## $\begin{array}{c} \text{PANAMÁ, REP. DE PANAMÁ} \\ \textbf{2006} \end{array}$

## **Gaceta Fiscal**

CONTENIDO				
EDITORIAL	3			
COMENTARIOS DEL PRIMER LECTOR —				
• La historia del impuesto al Whopper y al Big Mac — <i>Por</i> : Carlos F. Urbina	5			
• Niña perdida aparece por formulario fiscal — Por: Carlos F. Urbina	7			
• Hitler, el evasor fiscal — Por: Carlos F. Urbina				
• Impuesto a la Renta Confusión desde la niñez	9			
SECCIÓN NACIONAL:				
• Principios de la Imposición — Por: Edison Gnazzo	11			
• Reforma Fiscal, Defraudación Fiscal y nuevas sanciones  Por: Rafael Rivera Castillo	22			
• El Principio de Territorialidad luego de la Reforma 2005				
Por: Carlos F. Urbina	38			
• Aspectos Contributivos más relevantes de la reciente Reforma a la Ley de Seguridad Social en Panamá — Por: Salvatore Bacile	90			
• Efectos de los compromisos internacionales adquiridos por la	, ,			
República de Panamá sobre los Regímenes de Incentivos Fiscales vigentes  Por: Marion Lorenzetti Cabal	171			
• Las Normas Internacionales de Información Financiera	1/1			
bajo un Enfoque Fiscal — Por: Haydée de Chau	178			
• El Derecho Procesal de la Administración Tributaria	100			
Por: Noel Augusto Caballero	182			
SECCIÓN EXTRANJERA: • Experiencia del Impuesto a la Renta Personal de Argentina, Brasil,				
Chile y otros países de la región y Europa — Por: Hugo González Cano	230			
SECCIÓN HISTÓRICA:				
• La Determinación de la Obligación Tributaria				
Por: Rogelio A. Fábrega Zarak	244			
SECCIÓN CRÍTICA LITERARIA:				
• Estudiar Derecho Tributario Internacional en la Universidad de Leiden, Reino de los Países Bajos (Holanda) — Por: Edgar Iván Herrera	267			
• Estudiando Tributación en la Universidad Especializada	207			
del Contador Público Autorizado — Por: Sally P. Vargas R	268			
DIRECCIÓN GENERAL DE INGRESOS:				
• Reproducción de las Memorias de la Institución para el año 2004	269			
LIBROS QUE LEÍ:				
• The Dutch Approach (Description of the Dutch Tax and Customs Administration)	274			
• Precios de Transferencia Internacionales, Estudio Tributario y				
Microeconómico	277			

P.

270 Urbina, Carlos F.

Gaceta Fiscal — Año 3, Número 3 Editorial Universal Books, 2006

- 1. HACIENDA PÚBLICA, DERECHO FINANCIERO
- 2. CONTABILIDAD FISCAL
- 3. TRIBUTACIÓN

GACETA FISCAL Año 3, Número 3

Editor:

Carlos F. Urbina

Consejo Editorial: Francisco A. Barrios G. Rafael Rivera Castillo Carlos F. Urbina Publio Cortés

Diagramación:

Lourdes Jaramillo Aguirre

Portada: Leila Brown

Panamá, República de Panamá Mayo, 2006

La Gaceta incentiva la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluida la fotocopia, siempre y cuando se informe al Editor o al autor del artículo a reproducir; se cite al autor del artículo y a la revista Gaceta Fiscal como fuente y no se utilice dicha reproducción para fines comerciales o de lucro.

UNIVERSAL BOOKS

Vía Argentina, Edif. Vía Argentina #52

Telefax: 265-5990

### **Editorial**

La Gaceta número 3 nos llega en un momento en que el Colegio de Contadores Públicos Autorizados organiza lo que en nuestro país será el PRIMER CONGRESO INTERNACIONAL DE TRIBUTACIÓN. Sin duda alguna la gran convocatoria del Colegio y lo interesante de los temas hará de este evento todo un éxito.

Otro indicativo de avance para nuestra tributación es sin duda el tercer grupo de maestría en tributación iniciado en UNESCPA y similares intentos en otras universidades. Este tercer grupo cuenta ahora con abogados y otros especialistas, junto a la ya tradicional matrícula de contadores públicos. Esta mezcla nos hace pensar en la diversidad del fenómeno tributario y en el interés que el tema ha cobrado en la comunidad en general.

De la misma forma las pasadas reformas al régimen de Seguridad Social han traído más necesidad de estudio y de investigación. En la parte tributaria este cambio trae retos importantes en depurar la reglamentación, en especial la definición de salario en especie que ha creado inconsistencias difíciles de salvar y que en el futuro cercano tendrá que ser re-revisado. Este número de la Gaceta 3 se honra en presentar un interesante y exhaustivo trabajo de Salvatore Bacile sobre el tema siendo una lectura obligada para quien quiera actualizarse sobre el nuevo régimen.

La fase de implementación del CAIR trae para la Dirección General de Ingresos y para todos los practicantes locales más preguntas que respuestas haciendo un llamado urgente a toda la comunidad tributaria a investigar más sobre este tema confuso y cambiante.

De la mano con la tributación del hoy debemos observar la tributación del Panamá de finales de década. El futuro cercano de nuestro país se ve, de un modo u otro, inmerso en la ampliación del canal o al menos en medio de un movimiento significativo en el área canalera que incrementará nuestra deuda y posiblemente desmejore el flujo de caja estatal. Esta situación, sumada a la creciente firma de tratados de libre comercio junto a su consecuente eliminación de aranceles hará que en el mediano plazo debamos debatir nuevas reformas que suplanten los ingresos por perderse en ambas situaciones.

Como siempre, es nuestro deseo que el lector disfrute los temas de la Gaceta y se anime a escribir para la próxima.

### COMENTARIOS DEL PRIMER LECTOR

Es un real honor haber sido distinguido como primer lector de este número de la Gaceta Fiscal. Mi primer comentario es afirmar sin dudas que, por su contenido más que por su extensión, el mismo merece ser parte de un Tratado de Derecho Tributario. En segundo lugar, los temas abordados tienen tanta actualidad e interés, que su lectura y análisis deberían ser obligatorio material de consulta para todos los involucrados en la materia tributaria.

Dentro del obvio escaso espacio que un comentario de esta naturaleza brinda, es importante formular algunas reflexiones básicas sobre el referido contenido.

Así por ejemplo, las inteligentes y precisas consideraciones que RAFAEL RIVERA formula con respecto al certificado-declaración incorporado por el Art. 710-A- del Código Fiscal, ilustran acabadamente sobre una figura novedosa de nuestro Derecho Fiscal, especialmente en cuanto se refiere a "la simulación de actos jurídicos", a los "abusos en materia tributaria" y a la llamada "interpretación económica" de las normas tributarias.

En igual sentido, debe destacarse la profunda y bien documentada presentación que CAR-LOS URBINA hace del tema de la aplicación del "principio territorial" en nuestro país y su sugestivo planteamiento sobre la posibilidad de avanzar hacia un principio de renta mundial o de "territorialidad plus" como él lo llama.

El trabajo de **SALVATORE BACILE** tiene la particularidad de ser el primero que explica de manera exhaustiva y clara los alcances especialmente tributarios de la Ley 51 de 2005. La activa participación del autor en todo el proceso de elaboración de la referida ley, hace del documento un importante antecedente para entender dichos alcances.

MARION LORENZETTI incursiona con brillantez en otro tema de mucha importancia para Panamá, cual es el de la situación de los incentivos tributarios vis a vis los compromisos internacionales contraídos por nuestro país, en especial con la OMC. En su análisis, la autora destaca la falta de adecuación de la legislación interna a dichos compromisos.

Con la autoridad que le es reconocida, **HAYDEE DE CHAU** trata la problemática que plantea la aplicación en materia fiscal de las Normas Internacionales de Información Financiera, otro de los aspectos novedosos que introdujo la Ley 6 de 2005.

El presente número se enriquece con el sesudo y bien documentado artículo del Lic. **NOEL CABALLERO**, excelente funcionario de

la DGI, quien con su reconocida versación trata del procedimiento fiscal administrativo, un tema de especial importancia para los contribuyentes y asesores legales. El trabajo es valioso por cuanto, entre otras cosas, examina con detención varias figuras que tienen un tratamiento singular en el Derecho Tributario Procesal, apartado en varios casos de lo que dispone al respecto el procedimiento administrativo general establecido por la Ley 38 de 2000.

Al respecto, por provenir de quien proviene, me permito citar una esclarecedora frase que el Lic. Caballero inserta en su trabajo y que debería servir de inspiración a los funcionarios de la administración tributaria. "Si bien los actos administrativos se presumen legales hasta tanto se pruebe lo contrario, en ningún momento deben reflejar visos de arbitrariedad o abusos y que por el contrario, todas las diligencias y actuaciones de los funcionarios públicos deben ser transparentes, quedar plasmadas por escrito y con los mayores lujos de detalles de las partes que en ella han intervenido."

HUGO GONZÁLEZ CANO, un prestigioso tributarista latinoamericano, enriquece el contenido de la Gaceta con un artículo sobre la legislación comparada en torno al impuesto sobre la renta, con interesantes comentarios sobre la aplicación de los llamados "tasa flat" y "dual tax".

La Gaceta nos permite también conocer un enjundioso trabajo de nuestro querido y siempre recordado amigo, Lic. ROGELIO FÁBREGA ZARAK. El mismo nos brinda la oportunidad de entender todo el proceso de perfeccionamiento de la obligación tributaria, una figura fundamental del Derecho Tributario, en la medida que constituye uno de los fundamentos para reconocer su autonomía científica.

El número que comentamos contiene asimismo un artículo del suscrito sobre los principios de la imposición, que puede servir para inspirar normas jurídicas que cumplan con los mismos y hagan a los tributos más aceptables para los contribuyentes.

El contenido de la Gaceta contempla interesantes comentarios sobre el programa de maestría en Derecho Tributario Internacional de la prestigiosa Universidad de Leiden, algunas estadísticas de la Dirección General de Ingresos y un apéndice bibliográfico, del cual me permito destacar el libro de Carlos Herrero Mallol sobre "Precios de Transferencia Internacionales; Estudio Tributario y Macroeconómico."

En definitiva, otro excelente y valiente esfuerzo que reivindica y deja muy en alto los valores de la juventud panameña.

**Edison Gnazzo** 

## El gordo paga más, el flaco paga menos...

## LA HISTORIA DEL IMPUESTO AL WHOPPER Y AL BIG MAC

- Carlos F. Urbina -

Licenciado en Derecho (Universidad de Panamá) LL.M. in Int. Tax (Leiden)

Esta curiosidad fiscal empieza en Detroit, Michigan, una de las ciudades más gordas de los Estados Unidos. Tan gorda es Detroit, que la revista popular *Men's Health Magazine* la nombró la ciudad más gorda de los Estados Unidos en 2004¹. Después de este lamentable premio, el alcalde de la ciudad puso a la ciudad en dieta y según reportajes periodísticos, él mismo rebajó 25 libras para dar el ejemplo.

La historia de la ciudad y su sobrepeso tuvo otro capítulo en mayo de 2005. En ese mes los periódicos estadounidenses comentaban la intención de Kwame Kilpatrick, alcalde de Detroit, de proponer un impuesto al consumo de comida rápida. Este impuesto sería de un 2% y se aplicaría junto al impuesto estatal a las ventas que tiene una tarifa de 6%. La intención de este impuesto no es sólo de salud, sino que tiene fines recaudatorios ya que se estima que produzca 17 millones de dólares al año.

En los reportajes periodísticos sobre el tema, La Gaceta se impresionó al La base imponible del tributo también causó debates interesantes.

al Big Mac<sup>2</sup>.

observar la complejidad del debate en relación al hecho generador del tributo. Qué es comida rápida? Se preguntaba el St. Louis Post-Dispatch de Missouri. Obviamente McDonald's y Burger King entrarían en esta calificación. El problema se complica al revisar cadenas americanas como Star-Bucks, pizzerías como Pizza Hut y locales más pequeños que pueden servir desde ensaladas hasta platos muy parecidos

Detroit rebajó al puesto número 3 de este ranking en el 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Bill McClellan. Big Mac Tax could save the city, so let them eat cake. Mayo 9 de 2005. Sección Metro, Página B1.



<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Ver: Desperate for revenues, Detroit ponders fastfood tax.

Escrito por Sarah Karush de la Associated Press. BC Cycle. Mayo 8 de 2005. Business News; State and Regional.

Jordan J. Ballor. A food tax? Fat chance. Herald Sun (Melbourne, Australia). Julio 19 de 2005.

## NIÑA PERDIDA APARECE POR FORMULARIO FISCAL

### Carlos F. Urbina

Licenciado en Derecho (Universidad de Panamá) LL.M. in Int. Tax (Leiden)

Pocos contribuyentes asocian los formularios del fisco con buenas noticias. Quizás no haya quien pueda contar una historia hermosa de un formulario de renta. Sin embargo, estas dos frases no aplicarían a la familia Branch de la ciudad de Fremont, California en los Estados Unidos. A los Branch se les devolvió la alegría al reencontrarse con su hija después de siete años.

Este reencuentro fue posible por la iniciativa "Help us Picture Them Home" que en español se traduciría ... ayúdenos a fotografiarlos de vuelta al hogar ...

La iniciativa es un esfuerzo conjunto entre el IRS (servicio impositivo del gobierno americano) y la organización pro-rescate de los niños perdidos y explotados, National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC). Con este esfuerzo conjunto, el IRS presta un espacio en sus formularios de renta para colocar las fotos de niños perdidos.

La iniciativa empezó en 1999 y ya tuvo su primer final feliz al lograr que los Branch se reunieran con su hija desaparecida en marzo de 1997. Al ver la foto de la niña en el formulario de renta (Forma 1040), un lector anónimo alertó al NCMEC de que la niña, perdida siete años a tras, vivía en Detroit, Michigan. Luego de las averiguaciones pertinentes la niña se reunió con sus padres luego de 7 años de ausencia.

Sin duda una historia feliz nacida de un formulario fiscal. ¿Es esto un llamado a nuestra DGI de usar sus publicaciones masivas para iniciativas similares? Sin duda más de una noticia feliz nacerá de una iniciativa como esta en nuestro país.

> El website del NCMEC es: http://www.missingkids.com/ y su logo es el siguiente:



## HITLER, EL EVASOR FISCAL<sup>1</sup>

### Carlos F. Urbina -

Luego de exterminar a millones de judíos, gitanos e incapacitados, hablar de Adolfo Hitler como evasor fiscal es como decir que el diablo no pagó una cuenta de luz. Sin embargo incluimos esta curiosidad para observar una faceta de la fiscalidad común a otros dictadores, la inmunidad fiscal.

Para un desempleado y resentido excombatiente de la 1era. Guerra mundial,

los problemas fiscales debieron haber sonado inexistentes. Sin trabajo y sin mucha plata en el bolsillo Hitler no podía estar en la mira de ningún inspector fiscal.

Esta situación empieza a cambiar con la publicación de *Mein Kampf* que le produjo no solo notoriedad por sus extrañas teorías de superioridad racial sino también por los ingresos que estaba teniendo. El fisco alemán, según reportó a finales del año 2004 un notario jubilado e investigador de Bavaria de nombre Klaus-

Dieter Dubon, realizó varias investigaciones a los ingresos del futuro dictador.

Según las recientes investigaciones de Klaus-Dieter Dubon el futuro dictador llamó la atención del fisco en 1921. Desde ese momento y como cualquier contribuyente de hoy, Hitler empezó a defenderse del fisco. Sus estrategias fiscales quizás le recuerden al lector casos conocidos. Entre estas estuvo tomar deducciones extravagantes como su carro Mercedes de 1925 por ser "un carro de la compañía", la toma de varias deducciones por "servicios profesionales" y solicitar arreglos de pago para una creciente morosidad que para 1933 sumaba 405,494 reichsmarks.

La suma puede no sonarnos a nada al no estar familiarizados con el valor del marco de esa época, pero para hacernos una idea de lo grande de la cifra, para ese momento el maestro común ganaba un salario anual ligeramente superior a 4,000 marcos.

Los problemas de Hitler acabaron en 1933 cuando toma el poder como *Reichskazler*. Para ese año el dictador declaró que no ten-

dría un salario oficial y los auditores del fisco buscaron la oportunidad de congraciarse con Hitler. Para el año 1934, uno de los auditores escribió a Hitler como podía reducir sus ingresos netos de los años anteriores en 50%, eliminando así parte de su morosidad.

Al saber que el cobro de impuestos a un dictador era casi imposible, Klaus-Dieter Dubon menciona que el director regional de impuestos arguyó el principio de Derecho Romano que eximía al César de pagar impuestos para usarlo con el

caso Hitler. Hitler recibe la propuesta de exención por parte de las autoridades fiscales y luego sus asistentes envían una carta indicando que *Herr Hitler* había aceptado el ofrecimiento de inmunidad fiscal.

Acaban así los problemas fiscales de Hitler con el miedo y complacencia de las autoridades fiscales, enseñándonos a todos la necesidad que el poder no se concentre en un solo hombre o el fiscalizador buscará como complacerlo al igual que el fisco alemán hizo en los años 30's (aún cuando se tengan que invocar principios de hace 2000 años con el ansia de justificar el poder absoluto del dictador.)

¿Estará nuestra DGI amenazada por el poder quasi-absoluto de un Órgano Ejecutivo más fuerte de lo deseado? ¿Busca nuestro fiscalizador complacer al gobernante como lo busco el fisco alemán de los 30's? Estas son preguntas que nunca deben perderse de la mente.



**Adolf Hitler** 

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Historical Perspective: German Notary Reveals Hitler's Hidden Past as Tax Evader. Scales, Sirena J., Gnaedinger, Chuck. Tax Notes. Junio 20, 2005. Página 1501.

CNN.com, version del 17 de diciembre de 2004. Hitler a tax dodger. (disponible en el *world wide web*)

## IMPUESTO A LA RENTA... Confusión desde la niñez<sup>1</sup>

### Carlos F. Urbina

Quién no ha jugado monopolio???? Este es el juego del capitalismo por excelencia. Este autor, como todos los demás que leen el artículo, jugó monopolio en sus años de infancia sin dar mayor atención a lo que sería parte importante de su trabajo en la vida adulta. El impuesto a la renta.

Antes de siquiera haber producido un solo dólar de renta todos pagamos un "impuesto a la renta". Este pago lo hicimos cuando teníamos la poca fortuna de caer en el cuadro cuarto contado desde el GO! Inicial del juego de Monopolio. Este cuadro ordena que el jugador pague algo que el juego llama "impuesto a la renta".

El impuesto a la renta de este juego refleja la confusión que el mundo tenía sobre este nuevo impuesto en la época de Charles Darrell. Darrell, quien en teoría inventó el juego, ideó este raro tipo de impuesto a la renta en un tiempo donde el impuesto empezaba a cobrar auge.

Los tiempos de Darrell eran los años de la gran depresión (años '30s). Para estos años el impuesto a la renta no era conocido mucho y sólo se acababa de implementar en el propio país de Darrell (EE.UU.)

La historia cuenta que los ejecutivos de Parker Brothers desatendieron el juego de Darrell por encontrarle 52 errores en su diseño. La Gaceta no ha podido llegar a conocer cuáles fueron esos errores y se pregunta si habrá sido uno de estos el llamar impuesto a la renta en forma inapropiada a su "impuesto a la renta".



El impuesto a la renta del juego de Monopolio ordena pagar, a opción del contribuyente y sin ser un CAIR, lo siguiente:

- US\$ 200 ó
- 10% del valor de sus activos (cash más el valor de todos sus edificios poseídos y de los premios de Arca Comunal o chance).

Para la coyuntura fiscal del momento, la opción de US\$ 200.00 como pago de impuesto a la renta recuerda al panameño a nuestro actual CAIR. Después de todo este parece ser un método presunto para obviar la base imponible calculada al 10% de los activos del jugador. Como diferencia del CAIR se observa que este sí es un impuesto alternativo, mientras que el CAIR no lo es.

Luego de estas consideraciones debemos centrarnos en el error fundamental del juego. El error está en asignar una base imponible distinta a la base imponible del impuesto a la renta. La base imponible de todo impuesto es la renta debe ser la "renta", mientras que el monopolio no grava la renta sino el patrimonio neto del contribuyente. Aquí observamos un error fundamental en el entendimiento de la fiscalidad desde que se es niño. Pagamos desde niños un impuesto a la renta sin que se nos mida la renta. Más de uno quisiera transportarse al pasado y observar si el inventor del CAIR habría sido un asiduo jugador de Monopolio?

Las reglas oficiales del juego pueden ser encontradas en: http://en.wikibooks.org/wiki/ Monopoly/Official\_Rules

http://www.hasbro.com/monopoly/pl/ page.history/dn/default.cfm http://inventors.about.com/library/weekly/ aa121997.htm

## GACETA FISCAL

CONTRIBUYENDO CON LA CIENCIA FISCAL PANAMEÑA

- GACETA FISCAL 2004
- GACETA FISCAL 2005
- GACETA FISCAL 2006

La GACETA FISCAL llena el vacío existente en lo que se refiere a publicaciones sobre el tema tributario, contribuyendo de esta forma con la ciencia fiscal panameña. El Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) la ha colocado como una de las lecturas recomendadas en su newsletter y ha sido utilizada como texto de referencia en postgrados en tributación.

De venta en:
COLEGIO DE CONTADORES PÚBLICOS
AUTORIZADOS DE PANAMÁ
TELÉFONO 236-6571

PRECIO POR PUBLICACIÓN: B/.15.00

• CURIOSIDADES FISCALES • SECCIÓN NACIONAL • SECCIÓN EXTRANJERA • SECCIÓN HISTÓRICA • SECCIÓN CRÍTICA LITERARIA

## PRINCIPIOS DE LA IMPOSICIÓN

## Prof. Edison Gnazzo

1. Se observa una tendencia histórica hacia el rechazo del impuesto, considerado como una "imposición arbitraria". En realidad el problema gira más sobre el papel que cada uno le asigna al Estado. Un Estado protagonista requiere mayores impuestos. Preocupación doctrinaria y política para encontrar una justificación más tangible del impuesto por sobre el reconocimiento del carácter necesario del mismo (precio para vivir en una sociedad civilizada como decía un juez americano). Búsqueda del impuesto "óptimo" o "ideal". Impuesto único (sobre la tierra según los fisiócratas, sobre la energía de Schueller).

Búsqueda de principios impositivos. Históricamente se ha hablado del "principio de moderación" que se refiere a la carga tributaria total y los límites de la misma, incluyendo el monto de las alícuotas o tasas o tipos del impuesto. Gerloff habla del principio de limitación tributaria cuantitativa (absoluta y relativa). Este principio se fundamenta en una visión restringida del papel del Estado. Otro principio históricamente conocido es el de la "neutralidad", según el cual el impuesto no puede modificar en nada la situación económico-finaciera relativa de los contribuyentes. Se ha hablado también del principio impositivo de resistencia ante las crisis (las crisis no deberían afectar al impuesto) y al principio de la imperceptibilidad (que el contribuyente no sienta efectivamente la carga tributaria, o también como el principio de la "anestesia fiscal" tal como algunos lo han llamado). Algunos autores se han referido al principio de legalidad tributaria, que se ha convertido en la práctica en una disposición generalizada en los

textos constitucionales de todos los países civilizados. Finalmente, se ha expuesto el principio de **equivalencia**, que constituye un principio contrario al de capacidad de pago, hoy actualmente en boga.

## 2. PRINCIPIOS DE ADAM SMITH (LA RIQUEZA DE LAS NACIONES)

Epoca clásica (Siglo 18). "Laissez fare et laissez passer". Estado con mínimo protagonismo.

Las 4 máximas, principios, cánones o reglas, de A.Smith;

- (*Justicia. Equidad*). Ciudadanos deben contribuir al sostenimiento del Gobierno, en cuanto sea posible, en proporción a sus respectivas actitudes, es decir en proporción a los ingresos que disfrutan bajo la protección estatal
- (Certeza). El impuesto que cada individuo está obligado a pagar debe ser cierto y no arbitrario. El tiempo de su cobro, la forma de su pago, la cantidad adeudada, todo debe ser claro y preciso, lo mismo para el contribuyente que para cualquier otra persona.
- (Comodidad de Pago). Todo impuesto debe cobrarse en el tiempo y de la manera que sean más cómodos para el contribuyente
- (Economía de Recaudación). Toda contribución debe percibirse de tal forma que haya la menor diferencia posible entre las sumas que salen del bolsillo del contribuyente y las que se ingresan en el Tesoro Público acortando el periodo de exacción lo más que se pueda

Los problemas tributarios deben contemplarse desde un triple punto de vista: contribuyentes, Estado y comunidad o sociedad. La mayor parte de los impuestos significa en la práctica un compromiso entre los referidos tres puntos de vista.

### 3. EL PRINCIPIO DE JUSTICIA IMPOSITIVA

Se integra con tres componentes o postulados: (i) generalidad o universalidad; (ii) igualdad; y (iii) uniformidad

- La generalidad significa que todos deben contribuir, reconociéndose no obstante excepciones por ej. basadas en razones sociales (subsistencia), convenios internacionales (diplomáticos) y aún económicos (exoneraciones para promoción de sectores y actividades).
- La *igualdad* significa básicamente que todos en igual situación económica y personal deben ser tratados impositivamente igual (igualdad horizontal) y los en distinta situación deben tributar en forma diferente (igualdad vertical).
- La uniformidad significa que todos deben pagar de acuerdo con su capacidad de pago (capacidad contributiva o capacidad económica). (ver más adelante los conceptos de Neumark al respecto)

# 4. CAPACIDAD CONTRIBUTIVA (CAPACIDAD ECONÓMICA) (CAPACIDAD DE PAGO) (VER TAMBIÉN MÁS ADELANTE PUNTOS DE VISTA DE NEUMARK AL RESPECTO)

Se ha sostenido que el factor para medir la capacidad contributiva es el beneficio que cada uno recibe por el impuesto. Si bien la idea es atractiva, es claro que en el caso del impuesto por su propia naturaleza es técnicamente imposible determinar el grado o monto de beneficio que cada uno recibe al pagar el impuesto. Esa razón resulta válida para el caso de las ta-

sas y de las contribuciones especiales.

En general, la doctrina y la legislación comparada reconocen que la capacidad contributiva debe medirse en términos cuantitativos y en forma directa o indirecta. Las formas *directas* de medir la capacidad contributiva tienen que ver especialmente con las manifestaciones claras de riqueza, es decir la renta y el capital. Las formas *indirectas* se relacionan con el consumo.

J. Stamp señala que la capacidad de pago en materia de *renta* puede someterse a cinco preguntas o criterios:

- Cuánto ha ingresado Ud.? (aspecto cuantitativo)
- En qué periodo de tiempo? (aspecto tiempo)
- Está Ud. seguro de que se trata de una renta pura, sin ninguna reducción o rendimiento del capital? (aspecto económico o de renta pura)
- Cómo la obtiene? (discriminación de la renta ganada)
- Disfruta Ud. de algún excedente o presta su dinero? (aspecto de excedente económico)

### 5. LOS POSTULADOS DE IGUALDAD Y DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA EN LA LEGISLACIÓN COMPARA-DA

- Art. 261 de la Constitución de Panamá. "La ley procurará hasta donde sea posible, dentro de la necesidad de arbitrar fondos públicos y de proteger la producción nacional, que todo impuesto grave al contribuyente en proporción directa a su capacidad económica.
- Art. 16 de la Constitución de Argentina. "La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas"
- Art. 19 (20) de la Constitución de Chile. "La Constitución asegura a todas las personas la igual repar-

tición de los tributos, en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley y la igual repartición de las demás cargas públicas."

• Art. 31 (1) de la Constitución de España. "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo, inspirado en los principios de igualdad y progresividad, que en ningún caso tendrá alcance confiscatorio.

### 6. "PRINCIPIOS DE LA IMPOSICIÓN", FRITZ NEUMARK, 1970

Inserto en el período posterior a la II Guerra Mundial del pasado siglo, Neumark reconoce los principios de A.Smith (de justicia y de conveniencia financiera), pero agrega una nueva dimensión a los mismos, incluyendo sus efectos sobre las variables económicas y sociales (inversión, ahorro, consumo, distribución del ingreso, estabilidad y desarrollo), tomando en cuenta la necesaria intervención del Estado en la vida económica.

Sin embargo, debe reconocerse que los planteamientos de Neumark no son radicales. Reconoce la necesidad del intervensionismo del Estado en la vida económica y social, especialmente a través del impuesto, pero se preocupa de señalar que esa intervención no puede ser extrema ni profunda, sino más bien de adquirir un tono moderado.

La contribución de Neumark en esta área es importante al considerar que los principios de la imposición son algo más que meras "máximas administrativas". En ese sentido, Neumark establece que los principios de la imposición son comparables con los principios presupuestales. A esos fines, cada principio estará científicamente fundamentado siempre que se haya comprendido correctamente la naturaleza y funciones del impuesto y que los principios en su conjunto forman parte de los objetivos de la política impositiva. Y las políticas impositivas son variables en el tiempo y en el espacio, de modo que cualquier principio es básicamente "relativo".

### Fines y funciones del impuesto para Neumark

Sin perjuicio de admitir que pueden haber otros, Neumark destaca los siguientes 5 grandes fines o funciones del impuesto:

- Función político-financiera (cubrir financieramente los gastos públicos)
- Función político-económica (contribuir a los objetivos de la política económica (por ej. desarrollo económico)
- Función socio-política (contribuir con el gasto público en la redistribución de las rentas y el patrimonio)
- Principios de la administración tributaria

Neumark reconoce que pueden haber contradicciones entre los distintos fines señalados.

Tomando en consideración los referidos fines de la imposición, Neumark identifica 18 principios de la imposición, que califica como postulados de una política fiscal justa y económicamente racional.

- A. Principios de imposición presupuestario-fiscales. Junto con los principios del literal C 2, tienen relación con la estabilidad económica y el desarrollo
  - 1. Principio de suficiencia de los ingresos fiscales
  - 2. Principio de la capacidad de adaptación de la imposición en la política de financiamiento del gasto (capacidad de aumento del impuesto)
- B. Principios de imposición políticosociales y éticos. Tienen relación con el aspecto de justicia integral del sistema tributario

- 1. Principio de justicia (comprende 3 principios)
  - 1.1. Generalidad
  - 1.2. Igualdad
  - 1.3. Proporcionalidad
- 2. Principio de la redistribución de la renta y el patrimonio
- C. Principios de imposición políticoeconómicos
  - Principios de política económica (comprende 3 principios). Los mismos tienen relación con el aspecto de la asignación de recursos del sistema tributario
    - 1.1. Obviar (evitar) medidas tributarias dirigistas
    - 1.2. Minimizar las intervenciones tributarias
    - Evitar las consecuencias involuntarias que los impuestos puedan ocasionar a la competencia
  - Principios del proceso políticoeconómico (comprende 3 principios). Junto con los del literal A tienen que ver con la estabilidad y el desarrollo económico.
    - 2.1. Flexibilidad activa
    - 2.2. Flexibilidad pasiva
    - 2.3. Imposición orientada hacia el crecimiento y desarrollo
- D. Principios jurídico-tributarios y técnico-tributarios (comprende 6 principios)
   Tienen relación con la eficacia operativa o técnica del sistema tributario
  - 1. Principio de congruencia y sistematización de las medidas tributarias
  - 2. Principio de transparencia tributaria
  - 3. Principio de practicidad de las medidas tributarias
  - 4. Principio de la continuidad o permanencia de las normas tributarias

- 5. Principio de la economicidad de la imposición
- 6. Principio de comodidad de la imposición.

Se observa que los principios de Neumark B1 son los de justicia de A. Smith. Por su parte los principios D2, D5 y D6 de Neumark son sustancialmente los de conveniencia financiera de A. Smith. La diferencia básica entre ambos autores, es que los principios A, B2, C, D1, D3 y D4 no están contemplados por Smith.

Seguidamente se comentan cada uno de los referidos principios de Neumark

### A. Principios de imposición presupuestario-fiscales

### 1. Principio de suficiencia

Para Neumark dicho principio exige que la totalidad del sistema fiscal de un país, bajo el supuesto de un racional equilibrio financiero se estructure cuantitativa y cualitativamente de modo tal que los ingresos tributarios permitan la cobertura duradera de los gastos.

2. Principio de la capacidad de adaptación de la imposición en la política de financiamiento del gasto (capacidad de aumento del impuesto)

Algunos autores lo llaman principio de "movilidad de la imposición" y tiene mucha vinculación con el principio de suficiencia, aun cuando este último tiene un carácter permanente o duradero, en tanto que el de "movilidad" se asocia más a un corto plazo. Neumark define el principio de "movilidad" señalando que el sistema fiscal ha de permitir que, cuando sea necesario y en el corto plazo, se consigan los ingresos complementarios imprescindibles para financiar necesidades excepcionales (un ejemplo, podrían ser las guerras o planes de emergencia).

Significa que los impuestos deben tener los elementos o condiciones de modo que puedan adaptarse a los cambios de las necesidades financieras del Estado. El principio de "movilidad" está suponiendo que existe una regla de aumento natural del gasto público, de modo que la estructura tributaria pueda contribuir a financiar ese crecimiento. Aquí debe tenerse presente que los principios impositivos como todas las variables del fenómeno tributario están muy relacionadas con el entorno político y económico que lo rodea. Este principio entonces parece apropiado para una época o momento en que el Estado aparece como protagonista de la actividad económica y se supone que cada vez actúa con mayor fuerza, de tal modo que cada vez requiere mayores impuestos. En la época actual, donde la tendencia es hacia un Estado menos activo, parecería que el principio de "movilidad" no tiene mayor sentido.

### B. Principios de imposición políticosociales y éticos

### 1. Principio de justicia

Según Neumark, el principio de justicia impositiva aspira a regular la distribución interindividual de los impuestos de manera que resulte satisfactoria desde un punto de vista ético. Ello ayuda además a reducir paulatinamente las resistencias de los contribuyentes hacia el impuesto, incrementando de esa manera la racionalidad del proceso impositivo.

Tal como se señaló anteriormente, la justicia del impuesto se cumple a su vez con tres postulados: *generalidad, igualdad y proporcionalidad* (este último, algunos lo incluyen entre los dos anteriores)

#### Postulado de Generalidad

Se puede interpretar con relación a un solo impuesto o a todos los impuestos y en ambos casos los problemas derivados son muy heterogéneos.

La **generalidad** de la imposición exige que, **por una parte**, todas las personas (naturales y jurídicas) en tanto tengan capacidad de pago y queden tipificadas por una de las razones legales que dan

nacimiento a la obligación tributaria, sean sometidas al impuesto, sin que se tengan en cuenta para ello criterios extraeconómicos, tales como nacionalidad (jurídica), estamento y clases sociales, religión, raza, etc., y que, **por otra parte**, no se admitan en el marco de un impuesto particular otras excepciones a la obligación tributaria subjetiva y objetiva que las que parezcan inexcusables por razones de política económica, social, cultural y sanitaria o por imperativo de la técnica tributaria.

En resumen; (i) todas las personas con capacidad de pago resulten obligadas a la prestación tributaria de una u otra manera; y (ii) nadie puede ser excluido o liberado de un impuesto personal y general por motivos cuya justificación no esté basada bien en los supremos objetivos políticos del Estado, bien en el postulado de practicabilidad o/y en el de economicidad. Adicionalmente, sólo son lícitas aquellas excepciones en los impuestos reales que se realicen en las condiciones establecidas para los impuestos personales

Excepciones (infracciones) al principio de generalidad. También son por regla general, excepciones a los postulados de igualdad y de proporcionalidad.

- El "mínimo de existencia" (impuesto sobre la renta, impuestos al consumo). Una excepción de difícil valoración y cuantificación.
- Exoneraciones por razones políticofinancieras y/o técnicas (Estado, pequeños contribuyentes, razones de comodidad de pago y de administración). El sistema de retención en la fuente puede eliminar este tipo de excepción.

### Postulado de Igualdad

Este postulado está muy relacionado con el de generalidad.

De acuerdo con el postulado de generalidad todas las personas *con capacidad* 

de pago están sujetos a cumplir con el impuesto sin consideración a su nacionalidad, religión o raza. Sin embargo la ley que satisfaga este postulado puede contener, deliberadamente o no, tratos desiguales a casos materialmente iguales.

**Definición.** Las personas en tanto estén sujetas a cualquier impuesto y se encuentren en iguales o parecidas condiciones relevantes a efectos tributarios, han de recibir el mismo trato en lo que se refiere al impuesto respectivo (*igualdad horizontal*). Asimismo y como derivación, las personas que se encuentren en condiciones desiguales deben ser tratadas en forma diferente (*igualdad vertical*).

En general se utilizan criterios económicos, políticos y sociales para autorizar tratos desiguales. Existen asimismo, desigualdades de trato por ej. por la administración tributaria, que no tienen que ver generalmente con aspectos de dimensión de la empresa, pero si cualitativamente por cuanto se exigen requisitos formales (por ej. registros y comprobantes) a unos contribuyentes con respecto a otros.

Un ejemplo de violación del postulado de igualdad es el tratamiento discriminatorio que se presta a cierto tipo de rentas en algunos países (por ej. agricultores, intereses, zonas libres). Pueden tener igual renta, pero pagan diferente impuesto.

El sistema de retención en la fuente es asimismo contrario a la igualdad, por cuanto se aplica a ciertas rentas y contribuyentes y no a todos.

También es contrario a la igualdad la solución de computar rentas reales en un caso y rentas presuntas en otros.

Se cita también como contrarias a la igualdad, el tratamiento de las "rentas imputadas"

Un caso de interés es el de los tratamientos de los cónyuges. Un matrimonio pagaría por efecto de las tasas progresivas más impuesto sobre la renta que dos solteros con igual renta. De ahí la existencia del sistema "splitting". Sin embargo muchos critican esta solución en cuanto no es lo mismo un matrimonio que dos solteros.

## Postulado de proporcionalidad (capacidad de pago, capacidad contributiva)

Definición. Las cargas fiscales deben fijarse y distribuirse según la capacidad individual de pago de los contribuyente o sea que después de tener en cuenta todos los factores personales de importancia para indicar la capacidad de pago, las cargas reflejen la proporción de las capacidades individuales de pago y, en consecuencia, las pérdidas ocasionadas al individuo por el impuesto en cuanto a su capacidad económico-financiera, puedan ser consideradas como igualmente onerosas en terminos relativos.

Se ha discutido si la capacidad de pago (capacidad contributiva) (capacidad económica) se debe medir con respecto a cada impuesto o con respecto a la totalidad de los impuestos. En general el principio de la capacidad de pago como fundamento de la justicia, se ha estudiado con respecto al impuesto sobre la renta de las personas naturales. Pero dicho impuesto es sólo una parte, no siempre la más importante, de los impuestos totales en cualquier país.

Neumark sostiene que "un sistema tributario aproximadamente "ideal" cumpliría como totalidad el principio de capacidad de pago siempre que los impuestos que lo constituyan respondan, unos más y otros menos, a este principio y, en consecuencia, ni uno solo de dichos impuestos presente una estructura que no tenga en cuenta la fórmula de la capacidad de pago o que se oponga a ella." En la práctica en todos los países, hay impuestos que satisfacen totalmente este concepto, otros que lo satisfacen parcial-

mente y finalmente otros impuestos que no lo satisfacen en su totalidad. Adicionalmente, es difícil encasillar a un impuesto dentro de alguno de esos tres grupos (por ej. un impuesto sobre el agua mineral o sobre las letras de cambio es imposible tener en cuenta la capacidad personal de pago del contribuyente). En cambio un impuesto personal sobre la renta o el patrimonio es más fácil. **Por lo** tanto, el postulado de proporcionalidad debiera regir efectivamente y dentro de lo posible para cada impuesto en particular, pero de hecho es necesario contemplarlo fundamentalmente desde la perspectiva del sistema tributario en su totalidad, incluyendo por ej. a los impuestos locales.

Si bien puede resultar fácil medir la capacidad de pago en una persona natural, es especialmente difícil medirla en una persona jurídica.

### Medición de la capacidad contributiva

Según se señaló, se reconoce en general que la capacidad contributiva del contribuyente se puede medir de forma directa o indirecta. En forma directa, se mide cuando se toma como base del impuesto la renta o el capital, como factores demostrativos claros de riqueza o poder económico. Se puede medir en forma indirecta cuando se toma en cuenta especialmente el consumo, y en estos casos se puede por ejemplo, exonerar de impuestos los consumos necesarios y gravar con mayor fuerza los consumos suntuarios

### La progresividad tributaria

La pregunta al respecto es; ¿Aumenta la capacidad de pago de los contribuyentes proporcionalmente o más que proporcionalmente en relación con los indicadores de la capacidad de pago?

Tipos de progresividad y justificación económica de la misma. Estos temas se tratan más adelante al considerar el punto de la terminología impositiva.. El impuesto personal sobre la renta es el que mejor se ajusta para aplicar la progresividad. Esta afirmación es también aplicable al caso del impuesto personal al patrimonio, pero en este caso debe tenerse muy en cuenta que cuando el mismo coexiste con el impuesto personal sobre la renta, la progresividad debe mantenerse dentro de límites muy estrictos, dado que en general los rendimientos del patrimonio sufren un gravamen—ceteris paribus-más intenso que los ingresos no consolidados de igual cuantía y además están sometidos a las tasas progresivas del impuesto sobre la renta.

### 2. Principio de redistribución

El autor lo incluye como parte de los fines de justicia, tomando una postura diferente a A.Smith que, lógicamente, no lo toma en cuenta por cuanto para Smith el Estado debía cumplir sólo actividades esenciales (laissez faire et laissez passer). Sin embargo el efecto del impuesto sobre la distribución de la riqueza no parece ser tanto un problema de justicia sino de naturaleza económica y social. Por otra parte, el impacto del impuesto sobre la distribución de la riqueza (renta y capital) debe tomarse en conjunto con el papel de los gastos públicos al respecto.

Neumark analiza el principio de redistribución con relación especialmente a los impuestos sobre la renta y el patrimonio, las dos formas más notorias de riqueza.

Definición. La distribución interindividual de los impuestos se realice progresivamente, por encima de las proporciones necesarias para cumplir con el principio de capacidad de pago, de modo de conseguir una redistribución de rentas y patrimonios que sea justa y compatible con un orden económico basado en la economía de mercado. La redistribución consistirá en una disminución de las diferencias en la distribución primaria provocada por las fuerzas del mercad.

### C. <u>Principios impositivos político-</u> económicos

Según se señaló, bajo esta denominación Neumark distingue **dos** principios: (i) principios de política económica; y (ii) principios del proceso político-económico.

Dentro de los principios de *política económica*, se identifican tres subprincipios o postulados: (a) evitar las medidas dirigistas; (b) minimizar las intervenciones tributarias; y (c) no afectar la competencia.

Dentro de los principios del *proceso político-económico*, se identifican también tres subprincipios o postulados: (d) flexibilidad activa de la imposición; (e) flexibilidad pasiva o "incorporada" de la imposición; y (f) imposición orientada a la política de crecimiento.

Seguidamente se comentan los aspectos básicos de los referidos 6 subprincipios.

- 1. Principio de obviar (evitar) las medidas impositivas dirigistas
- 2. Principio de minimizar las intervenciones en la esfera privada

Dada su estrecha vinculación, estos principios se analizan en forma conjunta.

Neumark distingue entre "medidas intervencionistas tributarias" y "medidas dirigistas tributarias", indicando que las "intervencionistas" son aquéllas que actúan sobre las magnitudes económicas y sociales globales (consumo, ahorro, empleo, producción, etc) y por lo tanto tienen un carácter general y fundamentadas en los objetivos de la política económica gubernamental, en tanto que las "dirigistas" son las que tienden a favorecer o perjudicar relativamente a grupos económicos aislados (empresas, profesionales, etc), mediante un tributo diferenciado no justificado desde el punto de vista de la capacidad de pago.

A través de estos principios entonces, Neumark admite las medidas intervencionistas en cuanto ellas tengan un carácter general y respondan a objetivos de política económica del Gobierno y rechaza las medidas dirigistas de carácter particular. Sin embargo, una derivación de los principios afirma la necesidad de minimizar las intervenciones tributarias en la esfera privada y en la libre disponibilidad económica de los individuos, de modo que esa intervención se mantenga dentro de los límites que permita la observancia de los principios presupuestario-fiscales y de justicia, considerados de rango superior, así como de los principios derivados de las políticas de estabilización y de crecimiento. Un aspecto interesante de estos principios tiene relación con la exigencia de información que tiene la administración fiscal y que muchas veces puede según Neumark, violar la privacidad del contribuyente.

## 3. Principio de obviar (evitar) las consecuencias involuntarias que los impuestos ocasionan a la competencia)

Algunos lo llaman "principio de neutralidad", aun cuando Neumark se opone a esa denominación, por cuanto básicamente ningún impuesto es enteramente neutral. Sin embargo, para Neumark lo importante es que el impuesto no distorsione la competencia, salvo que el impuesto sea indispensable para corregir o eliminar los resultados de la competencia perfecta. Así por ejemplo, un impuesto general sobre ventas es compatible con este principio, pero un impuesto sobre el consumo de un producto específico puede ser contrario al principio en la medida que grave con mas fuerza a ese producto frente a otro producto competidor. Este principio planteado por Neumark recoge posteriormente un claro reconocimiento en los acuerdos de integración económica internacional, que prohíben tratamientos tributarios discriminatorios por parte de los países miembros que afecten la libre competencia en el comercio entre ellos y propugnan la armonización tributaria (caso por ej. de la Unión Europea).

### 4. Principio de flexibilidad activa

Para Neumark, este principio significa que el Estado tenga la posibilidad de aplicar medidas impositivas "anti-cíclicas". Lo anterior se concreta por ej. en aumentos de impuestos para atenuar efectos inflacionarios en la economía y rebaja de impuestos para aliviar los efectos de una recesión económica. En el impuesto sobre la renta por ej. una medida anti-inflacionaria sería la de permitir correcciones contables para eliminar los efectos de la inflación sobre los valores de la renta y del capital a los efectos fiscales. Este principio requiere la intervención activa del Estado estableciendo disposiciones expresas en las normas jurídicas tributarias.

## 5. Principio de flexibilidad pasiva (incorporada)

A diferencia de la flexibilidad activa, en la flexibilidad pasiva no es necesario el cambio por el Estado de las disposiciones tributarias para actuar en contra de los ciclos, sino que la propia estructura de los tributos permite de manera automática operar frente a la dirección de los ciclos. Bajo este principio, el sistema fiscal debe estructurarse de modo que la evolución de sus rendimientos financieros contribuya a amortiguar las fluctuaciones a corto plazo de la actividad económica, en especial el valor monetario y el empleo, sin que sea afectado a largo plazo el crecimiento económico.

Así por ejemplo, cuando el impuesto personal sobre la renta tiene una base imponible amplia y las alícuotas son altas, cuando hay crecimiento económico la estructura del impuesto determina que mayor cantidad de personas van pasando automáticamente a escalas más altas de alícuotas y el impuesto aumenta, sin necesidad de ajustar la base y la tarifa de tasas

## 6. Principio de imposición orientada al crecimiento

La política tributaria debe estructurarse de manera que por una parte, no produzca efectos que frenen el crecimiento económico individual y por otra, ejerza una influencia positiva sobre el mismo, en el caso que la tasa de crecimiento a largo plazo quede debajo de la que se considere adecuado. A los efectos anteriores, los impuestos deben promover la ocupación, estimular la productividad, el ahorro y la inversión,

### D. Principios jurídico-tributarios y técnico tributarios

Bajo esta denominación Neumark identifica 6 subprincipios o postulados: (g) principio de congruencia y sistematización de las medidas tributarias; (h) principio de transparencia tributaria; (i) principio de practicidad de las medidas tributarias; (j) principio de la continuidad o permanencia de las normas tributarias: (k) principio de la economicidad de la imposición; y (l) principio de comodidad de la imposición.

Varios de estos 6 subprincipios de Neumark equivalen prácticamente a los principios de conveniencia financiera de A.Smith, èn tanto que otros los amplían.

## 1. Principio de congruencia y sistematización de las medidas tributarias

Bajo este principio, la estructura tributaria debe ser congruente con los objetivos de política económica gubernamental y en consecuencia no puede desatender alguno de esos objetivos ni deben existir contradicción entre los objetivos perseguidos.

Este principio es sin duda, muy difícil de cumplir en su integridad. Si se aspira a la justicia del sistema por ejemplo, es posible que se deben dejar de lado disposiciones que apunten a la promoción del ahorro o la inversión

### 2. Principio de transparencia tributaria

Sería el principio de certeza de Smith. Es necesario que las normas jurídicas tributarias (leyes, decretos, resoluciones administrativas) sean claras y comprensibles para los contribuyentes y para los funcionarios de la administración tributaria, de modo de evitar arbitrariedades.

## 3. Principio de practicabilidad de las medidas tributarias

Las medidas tributarias que se proyectan en la teoría deben tener posibilidad cierta de ser aplicadas en la práctica. Así por ejemplo, si la organización contable de los contribuyentes es deficiente o no existe y si la administración tributaria no es eficiente, poco resultado se podrá obtener de sistemas de impuestos sobre la renta y ventas teóricamente bien diseñados.

## 4. Principio de la continuidad o permanencia de las normas tributarias

Sostiene la necesidad de que las normas tributarias tengan permanencia en el tiempo y que las modificaciones sean sólo las extremadamente necesarias.

## 5. Principio de la economicidad de la imposición

Equivale al principio de economía de recaudación de Smith. Los costos de administración de un impuesto no deben sobrepasar el mínimo de la recaudación, que sea imprescindible para atender los objetivos del impuesto y de la política fiscal y económica del gobierno.

## 6. Principio de comodidad de la imposición

Equivale al principio de comodidad de pago de Smith.

#### 8. CUADRO RESUMEN DE LOS PRINCIPIOS DE SMITH Y NEUMARK

A. SMITH	F. NEUMARK		
Justicia	Justicia • Generalidad • Igualdad • Proporcionalidad	Principios político- sociales y éticos	JUSTICIA
Conveniencia financiera • Certeza • Comodidad de Pago • Economía de recaudación	Redistribución  Tramsparencia  Comodidad  Economicidad	Principios jurídico- tributarios y técnico-tributarios	EFICACIA OPERATIVA O TÉCNICA
	Congruencia y sistematización Practicabilidad Continuidad Evitar el dirigismo fiscal	Principios político- económicos  Principios presupuestario- políticos	EFICACIA DE LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS ESTABILIDAD ECONÓMICA
	Minimizar la intervención  No afectar la competencia  Suficiencia  Capacidad de incrementación  Flexibilidad activa  Flexibilidad pasiva	Principios del proceso Político-económico	DESARROLLO
	Flexibilidad pasiva Orientación al crecimiento	-	



Las medidas tributarias que se proyectan en la teoría deben tener posibilidad cierta de ser aplicadas en la práctica.

### 9. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS SISTEMAS TRIBUTARIOS

Los sistemas tributarios evolucionan según el entorno político y económico a nivel mundial y nacional. En especial, se aprecia la visión sobre el papel del Estado en la economía. Si el Estado es visto con un papel restringido, el sistema tributario apunta fundamentalmente a proporcionar los recursos financieros para que el Estado preste los servicios públicos esenciales (A. Smith). Esta es también la tendencia actual luego de la desaparición de la Unión Soviética y la transformación de los países de la antigua Europa Oriental en naciones con economía de mercado (auge de la privatización y del proceso de globalización con participación relevante de las empresas multinacionales). Si el Estado es visto con un papel protagónico en la economía (aspecto que se vió por ej. luego de la II Guerra Mundial del siglo pasado), se reconoce su participación directa en la economía (a través de empresas públicas) e indirecta (a través de regímenes de incentivos tributarios por ej.)

Si el papel de la tributación es esencialmente visto como un instrumento para proporcionar recursos financieros, los impuestos indirectos (por ej. sobre ventas y consumos) asumen relevancia frente a los directos (renta y capital). Si se pretende que el Estado opere sobre las variables económicas y sociales, el impuesto sobre la renta se ajusta en gran medida a ese objetivo.

De todas formas, todo sistema tributario moderno debe estructurarse sobre la base de impuestos directos e indirectos, procurando a través de ellos objetivos recaudatorios, de justicia y de promoción o desaliento de sectores y actividades económicas. Actualmente, la imposición general sobre ventas (tipo IVA) y sobre consumos específicos adquiere importancia como regla general, en Europa y América Latina y el Caribe.

## REFORMA FISCAL, DEFRAUDACIÓN FISCAL Y NUEVAS SANCIONES

## Lic. Rafael Rivera Castillo

Licenciado en Derecho (Universidad de Panamá) LL.M. in Int. Tax (Leiden)

### 1. INTRODUCCIÓN

A través del artículo 21 de la Ley No.6 de 2 de febrero de 2005 (Ley de Reforma Fiscal) se adicionó el artículo 710-A al Código Fiscal. Dicho artículo fue posteriormente modificado a través del artículo 3 de la Ley No.5 de 25 de enero de 2006. La citada norma legal introduce un precepto que constituye –en nuestra opinión- una especie de cláusula general para el combate de la evasión y el fraude fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta (en adelante ISR).

Vale destacar que la citada norma no fue sustentada de forma técnica con respecto a cada una de las modalidades de conductas que deseaba combatir, pero sí se explicó en términos generales el objetivo del artículo 710-A del Código Fiscal, como una herramienta en contra del fraude fiscal en materia de ISR. Así lo manifestó el Ministerio de Economía y Finanzas al debatirse en la Comisión de Hacienda Pública, Planificación y Política Económica de la Asamblea de Diputados el Proyecto de Ley respectivo. Con posterioridad, este asunto tampoco recibió gran atención por parte de los miembros del Órgano Legislativo, quienes básicamente votaron a favor de su contenido sin exigir mayores explicaciones con respecto a su justificación, objetivo o mecánica de aplicación práctica<sup>1</sup>.

Ver Acta No. 7 de la Comisión de Hacienda Pública, Planificación y Política Económica correspondiente al 20 de enero de 2005, en donde el Ministro Ricaurte Vásquez, al ser interrogado con respecto a las preocupaciones suscitadas por el artículo 710-A que se introduciría al Código Fiscal, respondió lo siguiente: "Dr. Ricaurte Vásquez-Ministerio de Economía y Finanzas: Importante, porque desde el punto de vista de la administración de ingreso, como alternativa al recaudo, tiene la facultad de poder dictar el arresto, no es una figura que se utiliza, pero sucede. Entonces, aquí lo que pasa es que la responsabilidad solidaria, es una corporación que es relativamente, grande. En esencia, lo que se está tratando de hacer y yo creo que debemos hacer referencia, de que no se ha hecho o no se ha desviado dentro de la estructura de gasto de la misma organización, fondo para producir renta. No ha habido un mecanismo a través del cual, mediante el pago a los ejecutivos, se ha hecho domicilio fuera del territorio, cuando la renta fue causada en Panamá y que las personas son responsables individualmente por haber hecho esa declaración.

A nosotros se nos olvida que cuando presentamos una declaración de renta al cierre de nuestro ejercicio anual, nosotros firmamos una declaración jurada de renta, eso no es nuevo en el sentido de que existe la premisa de que se plantea que hay una declaración jurada de por medio. Adicionalmente, a eso, se requiere que la persona declare una serie de cosas y en la buena marcha y buena administración de la empresa, el propietario tiene que ser un padre celoso de la buena administración que él tiene bajo responsabilidad. Y en ese sentido él tiene que responder que no ha sido vehículo para que se evadan impuestos.

Hay que distinguir esto de que, se nos olvidó una cuenta y no aparece reflejada en la contabilidad, errores son otras cosas, pero que se ha hecho la debida diligencia de que los pagos fueron remitidos al exterior fueron de fuente externa. Efectivamente, son de fuente externa, que no hubo sobrefacturación con el propósito de evadir impuestos en el territorio nacional, que no ha habido transferencias a personas que tienen intereses dentro de la misma organización, como un vehículo para poder reducir. Por ejemplo, si yo dentro de una empresa creo una fundación sin fines de lucro y me acojo a transferirle como una deducción, donaciones importantes a esa fundación. Entonces, en ese sentido esto cierra esto y hace que las personas responsables de la compa-<u>nía tengan que declarar bajo gravedad de</u> juramento, que es una extensión del alcance de lo que ya la declaración jurada contempla". (Subrayado nuestro)

La modificación introducida al texto original del artículo 710-A del Código Fiscal, aprobada a través del artículo 3 de la Ley No. 5 de 25 de enero de 2006, tampoco fue objeto de mayores discusiones que pudiesen contribuir a su mejor entendimiento e interpretación.

Dicha modificación respondió más bien a las inquietudes formuladas por algunos gremios profesionales y empresariales, que pretendieron en todo caso limitar el alcance de las exigencias contenidas originalmente, pero que finalmente resultaron en una reiteración y profundización del alcance de varias de las declaraciones exigidas por la Administración Tributaria con fundamento en el artículo 710-A del Código Fiscal.

El más evidente "objetivo" de la modificación propuesta al artículo 710-A del Código Fiscal, tiene que ver con la precisión de que el reporte a la Dirección General de Ingresos sobre los pagos realizados o recibidos por el contribuyente, a que se refiere el numeral (1) de la citada norma legal, se limita a aquellos pagos "que incidan en la producción de renta de fuente panameña del contribuyente o la conservación de ésta" y no queda abierto a como sucedía en el texto original, en donde todo tipo de pagos -sin importar si los mismos estaban relacionados con renta de fuente era panameña o extranjera- debían supuestamente ser reportados.

El texto finalmente aprobado, deja la impresión de que los mencionados gremios –a cambio de la modificación del texto original- llegaron a una especie de aceptación de la fórmula propuesta por el Gobierno para el control o por lo menos la disuasión de ciertas conductas fraudulentas en materia fiscal. Entendemos que el artículo 710-A del Código Fiscal no ha contado con la debida discusión o entendimiento a nivel de empresarios, profesionales y autoridades.

La carencia de claridad sobre este punto en particular, reviste especial gravedad cuando a esta fecha, la gran mayoría de los contribuyentes (sean personas naturales o jurídicas) han cumplido con su obligación de presentar sus respectivas declaraciones juradas de rentas, debidamente acompañadas con la nueva declaración jurada exigida en virtud de lo establecido en el artículo 710-A del Código Fiscal.

### 2. LA NUEVA DECLARACIÓN JURADA

El artículo 710-A del Código Fiscal obliga a todos los contribuyentes, sean personas naturales o jurídicas a presentar una declaración jurada (adicional a la tradicional declaración jurada de rentas) en la cual se deben hacer constar una serie de extremos o circunstancias, que apuntan a acreditar que el contribuyente ha cumplido con todas sus obligaciones en materia de Impuesto sobre la Renta (ISR), de conformidad con las normas legales y reglamentarias vigentes.

A fin de proceder con el análisis puntual de la citada norma, hemos considerado necesario separar cada una de las declaraciones requeridas a fin de definir la naturaleza y los objetivos de cada una. Consideramos esto conveniente, porque al tratarse de una norma de naturaleza tributaria penal o de sanción, pues básicamente debemos identificar cada una de las conductas que podrían dar lugar a la aplicación de una sanción al contribuyente y a los demás responsables solidarios de acuerdo con el texto de la norma.

## 2.1. Reporte de Pagos Realizados o Recibidos

El numeral (1) del artículo 710-A del Código Fiscal exige que todo pago realizado o recibido directamente o a través de interpuesta persona o por cualquier vía, ya sea de persona nacional o extranjera, que: (a) incida en la producción de renta de fuente panameña del contribuyente o (b) en la conservación de esta, haya sido debidamente reportado a la Dirección General de Ingresos.

Básicamente, podemos distinguir que este numeral (1) se refiere a pagos realizados o recibidos por el contribuyente que presenta la declaración jurada.

Adicionalmente, tenemos que la norma exige el reporte de distintos tipos de pagos:

- (a) aquellos realizados directamente por el contribuyente;
- (b) aquellos pagos realizados o recibidos por conducto o a través de una persona que sirve como intermediario o vehículo para que el pago llegue a su destinatario final; y
- (c) finalmente, aquellos pagos realizados o recibidos por cualesquiera otras vías posibles –distintos a los dos supuestos anteriores-.

Cabe destacar que para este precepto, no interesa si los pagos son recibidos o realizados por personas nacionales o por personas extranjeras, lo realmente importante es que ese pago –sea realizado o recibido- tenga incidencia en la producción de renta de fuente panameña o en la conservación de la fuente de dicha renta.

Lo que se persigue en términos generales, tal como lo manifestaba el Ministro de Economía y Finanzas en su momento es —entre otras cosas- que:

- (a) "se ha hecho la debida diligencia de que los pagos fueron remitidos al exterior fueron de fuente externa",
- (b) "que no hubo sobrefacturación con el propósito de evadir impuestos en el territorio nacional" o
- (c) "que no ha habido transferencias a personas que tienen intereses dentro de la misma organización, como un vehículo para poder reducir (el pago de impuestos)".

En consecuencia, si la Dirección General de Ingresos llega a determinar que el

contribuyente incurrió en alguna de esas conductas –por vía de pagos realizados o recibidos- de personas nacionales o extranjeras, entonces el artículo 710-A del Código Fiscal le atribuye una presunción de responsabilidad directa a las personas naturales que suscriben esta nueva declaración jurada.

En otras palabras, si el pago realizado o recibido por el contribuyente tiene incidencia sobre la generación de renta de fuente panameña o sobre la conservación de la fuente de renta panameña, entonces es obligatorio reportar dicho pago a la Dirección General de Ingresos. Como hemos indicado, si se omite reportar dicho pago, se incurrirá en una falsedad en la declaración jurada y los suscriptores de la misma podrían estar sujetos a la aplicación de las sanciones respectivas.

## 2.2. Clasificación de Costos, Gastos e Ingresos como de Fuente Extranjera

Por su parte, el numeral (2) del artículo 710-A del Código Fiscal trata específicamente con un asunto que por décadas había pasado bastante desapercibido por parte de la Dirección General de Ingresos: los ingresos, costos y gastos imputados o clasificados como de fuente extranjera (precisamente porque al utilizar la etiqueta de "fuente extranjera" tradicionalmente se ha entendido la inexistencia de fiscalización por parte de la Administración Tributaria).

No obstante, en reiterados precedentes jurisprudenciales la Corte Suprema de Justicia ha concluido que si existe un vínculo o nexo de dichos ingresos de "fuente extranjera" con la producción de renta en el territorio nacional o la conservación de su fuente, entonces era correcto que la Direc-

ción General de Ingresos reclasificara el mismo como de "fuente panameña"<sup>2</sup>.

Tomando en cuenta los mencionados precedentes, entendemos que el numeral (2) en comento exige que al momento de imputar un costo, gasto o ingreso como fuente extranjera, el contribuyente lo hace cumpliendo con todas las disposiciones legales, reglamentarias y de cualquier tipo, vigentes en la República de Panamá.

Se incluye una advertencia en este numeral, en el sentido de que el contribuyente, al clasificar algún ingreso como de "fuente extranjera", está cumpliendo con lo establecido en el Parágrafo 1 del artículo 694 de este Código (que se refiere a la retención del ISR en el caso de servicios o beneficios suministrados por personas domiciliadas en el exterior y a los ingresos recibidos por personas naturales que se encuentren más del 70% del año calendario en la República de Panamá).

Sin embargo, el citado numeral (2) no se limita a verificar la correcta aplicación del Parágrafo 1 del artículo 694 del Código Fiscal, sino que también exige al contribuyente verificar el cumplimiento de todas las normas aplicables para proceder con la clasificación de un ingreso como de "fuente extranjera" o de "fuente panameña".

## 2.3. Retenciones por Remesas al Exterior

De otra parte, el numeral (3) del citado artículo 710-A del Código Fiscal se refiere específicamente al tema de la correcta aplicación de la retención del ISR sobre las remesas de renta de fuente panameña que se realizan a beneficiarios radicados en el exterior. Sobre el particular, es conveniente referirnos a la jurisprudencia expedida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia sobre esta temática en particular.<sup>3</sup>

En síntesis este precepto, exige al contribuyente haber realizado todas las retenciones sobre los pagos efectuados de manera directa, a través de interpuesta persona o por cualquier otra vía, a beneficiarios radicados en el exterior a que está obligado por ley. En esto, la nueva normativa añade un elemento tema de las retenciones ya debatido por la jurisprudencia, esto es, se exige que el contribuyente verifique la retención del ISR aún cuando la transferencia final de los fondos sea encomendada o realizada

Acceso en www.organojudicial.gob.pa

Ver las siguientes decisiones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: 1) Sentencia de 19 de agosto de 1998. Índustrias Acuimar, S.A. vs. Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Herrera; 2) Sentencia de 19 de agosto de 1998. Altrix de Panamá, S.A. vs. Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Herrera; 3) Sentencia de 6 de abril de 2000. Marketing Services & Products, S.A. vs. Administración Regional de Ingresos de Panamá; 4) Sentencia de 11 de julio de 2001. Servicios Rogama, S.A. vs. Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Panamá; 5) Sentencia de 8 de agosto de 2001. Andean Rental and Leasing Corp. vs. Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Panamá; y 6) Sentencia de 3 de octubre de 2001. Software Technology Inc. vs. Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Panamá; entre otras. En todos estos precedentes los contribuyentes clasificaron pagos realizados a beneficiarios radicados en el exterior como ingresos de "fuente extranjera" o ingresos no sujetos a retención de ISR. La Administración Tributaria los reclasificó como ingresos de "fuente panameña" o ingresos sujetos a retención del ISR. La Corte Suprema de Justicia decidió a favor de la Administración Tributaria en todos estos casos. Sólo conocemos de una sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en donde se declaró ilegal el acto administrativo expedido por la Administración Tributaria para exigir la retención del ISR sobre remesas realizadas al exterior. Se trata de la Sentencia de 20 de septiembre de 2001. Refinería Panamá, S.A. vs. Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Panamá. En este caso, prevaleció la posición del contribuyente en el sentido de que no estaba obligado a aplicar la retención del ISR pero no porque los pagos realizados fuesen ingresos de "fuente extranjera", todo lo contrario, la sentencia reconoce que se trata de ingresos de "fuente panameña", pero se reconoció que los beneficiarios de dichos pagos sí tenían domicilio fiscal en la República de Panamá y por lo tanto les correspondía incluir dichos ingresos en su propia declaración jurada de rentas, sin necesidad de que el pagador (en este caso Refinería Panamá, S.A.) aplicase ninguna retención sobre dichos pagos.

por terceras personas distintas al contribuyente que presenta la declaración jurada.

Al igual que lo señalamos con respecto al numeral (1) del artículo 710-A del Código Fiscal, en el caso de este numeral (3), este precepto exige al contribuyente que realiza la declaración jurada realizar las retenciones de ISR sobre distintos tipos de pagos, a saber: (a) aquellos realizados directamente por el contribuyente; (b) aquellos pagos realizados por conducto o a través de una persona que sirve como intermediario, conducto o vehículo para que el pago llegue a su destinatario final; y (c) finalmente, aquellos pagos realizados o recibidos por cualesquiera otras vías posibles –distintos a los dos supuestos anteriores-.

Como puede apreciarse, si la Dirección General de Ingresos llega a identificar la remesa de un pago que debió estar sujeto a retención del ISR -bajo cualesquiera de las modalidades antes indicadas- y en el cual se incumplió dicha obligación, entonces cabría la posibilidad de que se instruya un expediente por defraudación fiscal, en atención a lo dispuesto en el artículo 710-A del Código Fiscal.

Sobre este punto en particular, es importante señalar que la interpretación administrativa de la Dirección General de Ingresos con respecto al tema de las retenciones de ISR sobre las remesas al exterior se desdobla en la aplicación de dos (2) normas de jerarquía legal: (a) el artículo 694 (Parágrafos 1-A y 1-B del Código Fiscal y (b) el artículo 733 del Código Fiscal. En el primer caso, sólo procede la retención cuando el contribuyente que realiza el pago ha tomado dicha suma como gasto deducible y la retención se practica sobre el 50% de la suma remesada y en el segundo supuesto, se aplica la retención independientemente de si el contribuyente toma el pago remesado como gasto deducible o no y la retención se aplica sobre el 100% de la suma remesada. De acuerdo con la Dirección General de Ingresos "el criterio determinante al momento de definir la aplicación de una u otra norma, lo será el lugar (exterior o territorio nacional) en donde se ejecute el acto u contrato, que se configure como hecho generador del impuesto sobre la renta"<sup>4</sup>.

El criterio externado por la Dirección General de Ingresos sigue los lineamientos de la resolución reglamentaria expedida en materia de retención de ISR sobre remesas al exterior a través de la cual se aprueba el nuevo formulario de remesas, publicada en la Gaceta Oficial No. 25,451 de 23 de diciembre de 2005. La citada Resolución No. 201-4602 de 24 de noviembre de 2005 "Por la cual se adopta el nuevo diseño del Formulario para la Declaración Jurada por Rentas acreditadas o Remesas al Exterior" (Formulario 05) magnifica las inquietudes de los contribuyentes con respecto al potencial conflicto de aplicación del artículo 694 (parágrafo 1-B) del Código Fiscal, frente a la posibilidad de aplicar el artículo 733 del Código Fiscal.

En las líneas 1, 2 y 3 del Formulario 05 o "Declaración Jurada de Retenciones por Rentas Acreditadas o Remesas al Exterior", se hace referencia a la Renta Gravable de acuerdo con el artículo 694 del Código Fiscal (entendemos que incluyendo el Parágrafo 1-B). En estos casos, el "Instructivo para llenar la Declaración Jurada de Retenciones por Rentas Acreditadas o Remesas al Exterior" señala que debe incluirse la Totalidad de Remesas Pagadas a Beneficiarios Radicados en el Exterior (línea 1) y que la Base Imponible (línea 2) en estos casos será el cincuenta por ciento (50%) del monto total reflejado en la línea 1.

Por su parte, en las líneas 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del "Instructivo para llenar la Declaración Jurada de Retenciones por Rentas Acreditadas o Remesas al Exterior" se debe incluir la Renta Gravable al tenor de lo dispuesto en el artículo 733 del Código Fiscal, sin

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Nota No. 201-01-228 de 15 de febrero de 2006.

referencia alguna al artículo 694 del Código Fiscal. En estos casos, el contribuyente debe registrar el total de las remesas anteriores realizadas durante el período fiscal respectivo (línea 4), posteriormente debe incluir la renta gravable a que se refiere el Formulario 05 o "Declaración Jurada de Retenciones por Rentas Acreditadas o Remesas al Exterior" que se presenta en cada caso (línea 5) y sumar ambas cantidades para obtener un Total de Renta Gravable Acumulada (línea 6), sobre ese total entonces se aplicarán las tarifas de los artículos 699 o 700 del Código Fiscal, según corresponda (línea 7). Del monto liquidado, entonces debe sustraerse el impuesto retenido en las remesas anteriores realizadas durante el mismo período fiscal (línea 8) y finalmente, se obtiene el impuesto causado para la remesa particular de que se trate (línea 9) y ese es el monto a ingresar al Tesoro Nacional en estos casos en particular.

Como resulta evidente de la citada Resolución, el régimen aplicable a un tipo de remesa (artículo 694 del Código Fiscal), difiere en gran medida del régimen aplicable al siguiente tipo de remesa (artículo 733 del Código Fiscal) y por lo tanto, se mantiene la duda e inquietud de los contribuyentes en cuanto a cuál será la norma aplicable en cada caso.

Esta duda se hace más preocupante, precisamente porque el nuevo texto del artículo 149 del Decreto Ejecutivo No. 170 de 1993 (como quedó modificado por el artículo 50 del Decreto Ejecutivo No. 143 de 2005), establece claramente que a los efectos de las retenciones establecidas en el artículo 148 (ambos reglamentarios del artículo 733 del Código Fiscal), las tarifas de los artículos 699 y 700 del Código Fiscal se aplicarán sobre el cincuenta por ciento (50%) de las remesas al exterior, sin hacer las distinciones a que alude la Resolución No. 201-4602 de 24 de noviembre de 2005 "Por la cual se adopta el nuevo diseño del Formulario para la Declaración Jurada por

Rentas acreditadas o Remesas al Exterior" (Formulario 05).

Tomando en cuenta el escenario antes descrito, existen todos los componentes necesarios para que se suscite una buena cantidad de litigios fiscales con respecto a la exigencia de la retención del ISR sobre remesas al exterior. Adicionalmente, contamos con la agravante de que -al tenor de lo señalado en el numeral (3) del artículo 710-A del Código Fiscal- no aplicar una retención de ISR sobre pagos realizados a beneficiarios radicados en el exterior -por cualquier vía- puede servir de justificante a la Dirección General de Ingresos para iniciar un proceso de defraudación fiscal en contra del contribuyente y de cada uno de los firmantes de la nueva declaración jurada.

No obstante, de acuerdo con lo señalado originalmente por el Ministro de Economía y Finanzas al sustentar el artículo 710-A del Código Fiscal, si el contribuyente puede demostrar que "se ha hecho la debida diligencia de que los pagos fueron remitidos al exterior fueron de fuente externa", entonces no habría justificación para la aplicación de una sanción sobre defraudación fiscal alguna.

Concluimos lo anterior, precisamente por la excesiva complejidad que pudiera arrojar la aplicación de dos (2) normas legales cuyos alcances no fueron precisados claramente ni por el legislador, ni por el Ministerio de Economía y Finanzas, ni por la Dirección General de Ingresos.

Dichas normas legales, el citado artículo 694 (Parágrafos 1-A y 1-B) y el artículo 733 del Código Fiscal, fueron seguidas de un decreto reglamentario que pareció fusionar ambas normas legales y reconocerlas como un solo régimen aplicable a las remesas.

Finalmente, la Dirección General de Ingresos expide una resolución administrativa que deshace lo señalado en el decreto reglamentario y postula un régimen diferenciado para distintos tipos de remesas, atendiendo separadamente a lo señalado en el citado artículo 694 (Parágrafos 1-A y

1-B) del Código Fiscal por un lado, y por el otro, lo dispuesto en el artículo 733 del Código Fiscal.

## 2.4. Pagos entre Empresas o Entidades Vinculadas o Relacionadas

Finalmente, encontramos que el numeral (4) del artículo 710-A del Código Fiscal aborda una temática que había pasado prácticamente inadvertida en materia de legislación y reglamentación tributaria: la existencia de transacciones entre empresas o entidades relacionadas, mismas que obviamente no están -por lo general- sujetas a las mismas condiciones establecidas entre partes independientes entre sí. Esta problemática, a título de referencia obligada, constituye en esencia la razón de ser de las distintas normativas sobre "precios de transferencia" vigentes en el derecho comparado.

Este precepto en particular, exige al contribuyente que todo pago hecho a persona vinculada al contribuyente, ya sea formal o materialmente, ha sido debidamente reportado a la Dirección General de Ingresos. Además, el contribuyente declara bajo gravedad de juramento que dichos pagos no conllevan una simulación, incluyendo re-facturación o retrocesión de gastos o costos, con el objeto de reducir su carga fiscal. En nuestra opinión, cualquier falsedad consignada en esta nueva declaración, sólo daría lugar a las consecuencias <u>jurídicas previstas en el propio artículo</u> 710-A del Código Fiscal, esto es, a la aplicación de la sanción de multa o arresto <u>a que alude dicha norma legal. En sentido</u> contrario, creemos que no debería entenderse como un elemento idóneo para <u>iniciar un proceso penal ordinario por</u> falsificación en el contenido de un documento o por rendir declaraciones falsas dentro de un proceso.

Sobre este punto en particular, consideramos necesario destacar dos (2) aspectos de suma relevancia: (a) el hecho de que el contribuyente puede tener personas vinculadas desde un punto de vista formal o desde una punto de vista material –o dicho en otras palabras, la simple existencia de personas jurídicas distintas y separadas no es suficiente para acreditar que dos entidades no son vinculadas o relacionadas; y (b) que el contribuyente debe declarar bajo gravedad de juramento que no ha incurrido o que no ha perfeccionado un negocio o transacción "simulado" a fin de reducir el pago de sus impuestos.

Ambas ideas son extrañas a la práctica y al análisis tradicional del derecho tributario en Panamá, pese a que existan algunos precedentes legales y jurisprudenciales que hayan abordado esta temática, razón por la cual consideramos conveniente referirnos en más detalle a estas "innovaciones" en materia tributaria.

### 2.4.1. Doctrina de la Sustancia sobre Forma

La frase "que todo pago hecho a persona vinculada al contribuyente, ya sea formal o materialmente" contenida en el numeral (4) del artículo 710-A del Código Fiscal, nos lleva directamente a entender que de acuerdo con el legislador, un contribuyente puede hacer pagos a: (a) una persona vinculada formalmente con el contribuyente o a (b) una persona vinculada materialmente con el contribuyente.

Así las cosas, los pagos realizados en cualquiera de los dos supuestos están sujetos a la cobertura de esta norma y para extrañeza de muchos profesionales de la plaza, la ley alcanza incluso contratos, operaciones y transacciones realizadas entre dos (2) personas jurídicas distintas, las que, sin embargo, podrían ser consideradas para efectos tributarios como "personas vinculadas materialmente".

Esta decisión legislativa, constituye una excepción clara y radical del principio de la "separación de la personalidad entre una persona jurídica y sus accionistas o socios" de larga tradición en nuestro país y que ha dado lugar a una especie de culto a las formalidades legales sobre el fondo de las transacciones.

Básicamente, lo que el legislador ha decidido es desatar a la Administración Tributaria de ese culto a las formalidades legales, al punto de poder identificar en un momento dado, que dos (2) personas jurídicas distintas, pueden efectivamente estar "vinculadas materialmente" y en estas condiciones, si se encuentra evidencia de haber "simulado" un negocio jurídico, a fin de reducir la carga fiscal, entonces podrá aplicarse una sanción por defraudación fiscal en contra del contribuyente, así como en contra de cada uno de los suscriptores de la nueva declaración jurada.

La acción dirigida a sancionar estas conductas ya tiene destinatarios claramente identificados -a parte de la empresa contribuyente-, a saber: (a) el representante legal de la empresa, (b) el gerente general de la empresa y (c) la persona encargada del manejo financiero o contable de la empresa. Esto, sin perjuicio de la determinación de otros partícipes o cómplices en los actos que se investiguen y también, sin impedir que cada individuo investigado pueda presentar los descargos o justificaciones de su actuación.

Así las cosas, este numeral (4) del artículo 710-A del Código Fiscal hace obligatoria una referencia al principio de la "sustancia sobre la forma"<sup>5</sup>, ampliamente estudiado en el derecho tributario comparado y la doctrina tributaria, en algunos casos establecido por mandato del legislador y

en otros casos desarrollado por la jurisprudencia.

El citado principio autoriza a la Administración Tributaria a ignorar la clasificación o etiqueta que los contribuyentes asignen a sus operaciones o transacciones y reclasificarlas bajo otra categoría, siempre que de los hechos y evidencias recabadas se demuestre que su verdadera naturaleza no corresponde a la formalidad o etiqueta legal asignada por las partes.

### 2.4.2. Simulación en Materia Tribu-

Consideramos que el artículo 710-A del Código Fiscal inserta expresamente en nuestro ordenamiento jurídico tributario conceptos o figuras jurídico-tributarias que por décadas han sido obviadas –salvo ciertas excepciones- del análisis doctrinal y técnico, tanto por parte de los Tribunales de Justicia panameños, como de nuestra propia Administración Tributaria y finalmente, también de aquellos profesionales que en su práctica privada se dedican a prestar servicios de asesoría, cumplimiento y representación jurídica en materia tributaria.

Por esto, creemos que resultará complicado para nuestros empresarios y contribuyentes en particular, encontrar información clara o asesoría puntual con respecto a los efectos o consecuencias que puede suponer la aplicación del artículo 710-A del Código Fiscal sobre sus negocios. De hecho, la mayoría de las personas, tanto naturales, como jurídicas han debido presentar sus respectivas declaraciones juradas de rentas, incluyendo la nueva declaración jurada y probablemente, no hayan comprendido en su justa dimensión las implicaciones de esta nueva obligación.

Desde un punto de vista del derecho positivo (esto es, la legislación vigente en la República de Panamá) el concepto de la simulación no es innovador en el sistema tributario panameño. Por ejemplo, podemos mencionar que en el artículo 752 (1) del Código Fiscal se tipifica desde tiempo atrás la conducta de "simular actos jurídicos o pérdidas que impliquen la omisión parcial o

De acuerdo con el International Tax Glossary, Tercera Edición, 1997, pág. 286, publicado por el International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), el concepto de la "doctrina de la sustancia sobre la forma" debe entenderse como: "aquella doctrina que autoriza a las autoridades tributarias a ignorar la forma legal de una transacción y verificar su verdadera sustancia a fin de prevenir la utilización de estructuras artificiales para propósitos de evitar el pago de impuestos. Por ejemplo, las autoridades tributarias pueden investigar la presencia o ausencia de razones extra-fiscales para llevar a cabo una transacción en particular. La doctrina de la sustancia sobre la forma es utilizada principalmente en países anglosajones. (Compárese: doctrina de abuso de derecho, utilizada principalmente en países de tradición civilista en Europa Occidental).

total del pago de los impuestos" en materia de ISR y que en el artículo 1057-V, Parágrafo 20 (1) se tipifica la conducta de quien "simule un acto jurídico que implique para sí o para otro, la omisión total o parcial del pago del impuesto" en materia de Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS). Más recientemente podemos referirnos al artículo 128 de la Ley No. 51 de 2005, mismo que en materia de cuotas de seguridad social establece que se sancionará con multas desde B/.1,000.00 y hasta B/.20,000.00 "la simulación de actos jurídicos que tengan el objeto de evadir el cumplimiento de las obligaciones para con la Caja del Seguro Social. En estos casos se atenderá a la realidad de la relación y no a la formalidad del acto"6.

Lo que sucede, como señalamos previamente, es que ni a nivel de la Administración Tributaria, ni a nivel de la Corte Suprema de Justicia se han decidido un número plural de controversias que tengan como fundamento jurídico las normas que contemplan la figura de la "simulación" de forma clara y precisa (salvo ciertas excepciones) y por alguna razón, estos contados casos tampoco han sido analizados a profundidad luego de producidas las sentencias definitivas en cada uno de ellos.

Sin embargo, podemos destacar que el artículo 710-A del Código Fiscal ejemplifica algunas situaciones concretas que podrían ser tipificadas como "defraudación fiscal" por la Dirección General de Ingresos sobre la base conceptual de los "actos simulados", a saber: (1) la interposición de unas personas en lugar de otras en operaciones o transacciones con implicaciones tributarias; (2) la existencia de dos o más personas jurídicas que pueden ser vinculadas no sólo a título formal sino también materialmente; y (3) el concepto de simulación de negocios jurídicos con el objeto de disminuir los impuestos (por ejemplo: la re-facturación; y la retrocesión de costos o gastos), entre otros.

Como hemos indicado, en materia de derecho privado (civil y mercantil) y en materia de derecho tributario, por décadas ha prevalecido en Panamá el criterio de que las formas jurídicas o los documentos formales deben prevalecer en todo momento. Pero a manera de aclaración, debemos señalar que este principio se fundamenta en otra premisa básica, esto es, que los documentos legales deben en todo momento reflejar la realidad de los hechos ocurridos.

La siguiente interrogante sería ¿qué sucede cuando los documentos legales no reflejan la realidad de los hechos ocurridos? En nuestra opinión, debe prevalecer la realidad de las cosas. En todo caso, esa realidad debe ser demostrada ante la autoridad encargada de decidir el conflicto, en base a los medios probatorios admitidos por la ley. Dicho en otras palabras, el material probatorio debe ser evaluado en su conjunto y no se debe resolver en atención a un solo medio probatorio, si los demás indican una realidad contraria, precisamente por la abolición del sistema de la

Un antecedente legislativo en materia tributaria lo encontramos en el artículo 57 del Decreto de Gabinete No. 71 de 11 de diciembre de 1968, que establecía expresamente lo siguiente en cuanto a la forma de interpretar las normas tributarias: "Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes, se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes, que les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención de los mismos". No obstante, es conveniente destacar que ésta era una regla general de interpretación de las normas tributarias (de acuerdo con la cual siempre debía prevalecer el contenido económico sobre la formalidades legales), mientras que el artículo 710-A del Código Fiscal constituye más bien una norma de sanción o castigo que pretende configurar supuestos de defraudación fiscal.

prueba tasada en nuestro ordenamiento jurídico<sup>7</sup>.

En otras palabras, el juez debe valorar todo el material probatorio disponible para este propósito y no limitarse a texto de un documento (sea notariado, apostillado y demás). Cuando de todos los medios probatorios de un proceso, no se desprende ninguna evidencia material de que lo señalado en el documento se verificó o sucedió en el mundo real, entonces no se puede dar valor de plena prueba a lo señalado en un documento que evidentemente no encuentra respaldo alguno en la realidad de los hechos como sucedieron.

Como antecedentes sobre este punto en particular, podemos mencionar algunos casos sometidos a conocimiento de la Sala

Así lo manifiesta el doctor Jorge Fábrega Ponce en su obra "1. Medios de Prueba. 2. La Prueba en Materia Mercantil", Segunda Edición, 1998, pág. 43: "Los medios de prueba son en abstracto los diversos instrumentos o elementos utilizados dentro del proceso y dirigidos a producir el convencimiento del Juez respecto a las afirmaciones de las partes. Así, medios de prueba son el testimonio, el documento, el peritaje, la inspección judicial, la confesión, el indicio, etc. Desde una perspectiva actual, se puede hablar de tres sistemas sobre medios de prueba:

- a) El tradicional, de *numerus clausus*, de origen romano-canónico, inspirado en la ley española y en la jurisprudencia de ese país, que reprodujo el código panameño derogado y que sostuvo sistemáticamente nuestra jurisprudencia. Al extremo que para que se admitiera la eficacia probatoria de copias fotostáticas de documentos públicos –v-gr.: escrituras públicas autenticadas por notario- se requirió la expedición de una ley especial en el año de 1969.
- b) Otro, más evolucionado, que si bien mantenía el carácter taxativo de la enumeración de la ley, sostiene que es taxativo en cuanto al género y no en cuanto a la especie, ampliando, mediante interpretación analógica, otros medios acorde con el avance y descubrimientos tecnológicos. Es la actual posición española, tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la del Tribunal Supremo han reconocido –asimilando a la prueba documental- las cintas magnetofónicas, los videos y cualquier otro medio de producción hablado o escrito.
- c) El sistema de *numerus apertus*, que siguen los códigos procesales modernos, que admiten cualquier medio, siempre que no estén expresamente prohibido por la ley, ni violen derechos humanos, ni sean contrarios al orden público. Este último es el de nuestro Código Judicial (C.J.)"

Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mucho antes de la entrada en vigencia del artículo 710-A del Código Fiscal. Por ejemplo: (a) la sentencia de 17 de octubre de abril de 1995 (a través de la cual se negó la deducción de intereses generados por préstamos bancarios otorgados a una empresa contribuyente para pagar cuentas a empresas afiliadas, toda vez que los fondos recibidos por éstas afiliadas fueron pignorados para garantizar el préstamo contraído por la primera y ejecutados por la entidad bancaria)<sup>8</sup>; (b) la sentencia de 28 de mayo de

8 "La concepción del fraude fiscal alegado por el Ministerio de Hacienda y Tesoro y por la Procuraduría de la Administración se origina en el hecho de que las empresas afiliadas no disfrutaron realmente el dinero que supuestamente les fuera cancelado por GLIDDEN DE PANAMÁ, S.A. puesto que, a pesar de haber sido transferidos dichos dineros a nombre de las filiales, ellos fueron puestos inmediatamente como garantía prendaria del mismo préstamo que concedió la suma de 3.5 millones de dólares en comento a la sociedad GLIDDEN DE PANAMÁ, S.A. para efectuar dicho pago; siendo 20 meses después exigible dicha obligación, y por lo tanto, el Banco de Boston hizo efectiva la garantía pignorada consistente en los mismos plazos fijos de las afiliadas, quienes concretamente perdieron el dinero que supuestamente les fuera cancelado.

Es así como en cuanto a la deducibilidad del impuesto correspondiente a los intereses pagados con cargo al préstamo por la GLIDDEN DE PANAMÁ, S.A. al Banco de Boston, es importante determinar si el mismo cumple con la intención real y efectiva de saldar su deuda con las afiliadas para la conservación de una de las fuentes de ingresos de la recurrente.

Sobre el particular explican los autores José Luis Pérez de Ayala y Eusebio Gonzáles en su obra, Curso de Derecho Tributario, (págs. 325 y sgts.) que "el elemento de la intención es de un valor definitivo, como determinante del incumplimiento u observancia de las normas fiscales referentes a las deducciones permitidas para el pago de impuestos. Este elemento presupone una nula o apenas ligera apariencia de legalidad, con un fondo que implica ampararse en un precepto pero a su vez infringiendo el espíritu de otra disposición, es decir, que existe una incongruencia entre la situación jurídica que nace de la relación privada que no coincide con la situación de hecho, verificándose por consiguiente la discordancia entre el fin objetivo del negocio, es decir, la causa típica, y la voluntad puesta de manifiesto por las partes al elegir para el cumplimiento de sus fines una fórmula jurídica inadecuada o impropia..." (Sentencia de 17 de octubre de 1995. Glidden de Panamá, S.A. vs. Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Panamá). Subrayado nuestro. Acceso en www.organojudicial.gob.pa

1998 (en donde se sanción con multa por defraudación fiscal a una empresa que operaba como comisionista dentro de la Zona Libre de Colón, por no haber declarado, ni tampoco liquidado y pagado el ISR correspondiente a las comisiones percibidas, por no constituir éstas operaciones exteriores al tenor de la legislación vigente para el período fiscal 1992)<sup>9</sup>; así como también (c) la sentencia de 7 de marzo de 2001 (en donde

"En cuanto al sentido y significado de la palabra simular, el Diccionario de la Real Academia Española, la define como el acto de "Representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es". (Vigésima Primera Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1992, pág. 1335) Y leemos a foja 23 de la demanda, que la sociedad BRODY, S.A. acepta que sí operó durante el período fiscal 1992, pero que no declaró estas operaciones por un error de interpretación de la legislación fiscal, porque consideró que las ventas correspondían a SONEX TRA-DERS y que el dinero recibido de esa empresa, era un mero reembolso de gastos que no generaba renta gravable alguna (fs.20), y que los contadores se confundieron determinando que era una operación exterior, y que las operaciones exteriores no tienen que pagar impuestos localmente (fs. 40).

Sin embargo, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, tal como lo dispone el artículo 1 del Código Civil, y la declaración de renta de la empresa BRODY, S.A. del período fiscal 1992, reportada sin operaciones (ver fs. 19 del exp. Adm.), no se ajusta a la realidad del movimiento comercial de esta empresa durante ese año, hecho que constituye, a juicio de la Sala, una simulación. El artículo 752 párrafo primero se refiere a la simulación de un acto jurídico "o" a la simulación de pérdidas, por lo que la conjunción disyuntiva "o" admite ambas situaciones. En nuestro caso, no nos referimos a la simulación de pérdidas, sino que el acto jurídico simulado lo constituye la declaración jurada de rentas de la sociedad demandante para el período fiscal 1992.

A juicio de la Sala, constituye una simulación el hecho que BRODY, S.A. no registrara en su declaración jurada de rentas, el movimiento comercial de compras y ventas y el pago de comisiones por la casa matriz SONEX TRADERS LTD., que aunque fueron hechas en su condición de agente y filial de la empresa, estaba obligada por ley a llevar los registros de contabilidad, tal como lo exige el artículo 702 literal b) del Código Fiscal y a presentar declaración de estas operaciones comerciales aunque fueran operaciones exteriores, confirme el artículo 701 literal d) idem". (Sentencia de 28 de mayo de 1998. Brody, S.A. vs. La Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Colón). Subrayado nuestro. Acceso en www.organojudicial.gob.pa

se condenó al pago de cuotas de seguridad social a una empresa que implementó un mecanismo a través del cual sus empleados recibían comisiones por los servicios prestados a través de sociedades anónimas constituidas por dichos empleados)<sup>10</sup>.

"A juicio de la entidad oficial acusada, los rubros omitidos (comisiones, gastos de representación y participación en las utilidades) se incluyen dentro del concepto de sueldo previsto por el artículo 62, literal b) del Decreto Ley 14 de 1954 y dicha omisión asciende al monto de B/.523,976.60, que generó un alcance de B/. 120,248.25.

Al finalizar su exposición, la entonces Directora de la Caja del Seguro Social cita precedentes de la Sala Tercera de la Corte, que han abordado asuntos similares al ahora planteado sobre el cobro de cuotas obrero patronales, además de fraude y simulación para evadir su pago, por lo que la demanda de plena jurisdicción bajo examen, carece de fundamento legal (foja 39).

En cuanto a la infracción alegada del artículo 62 del Código Laboral, que regula la existencia del contrato y de la relación de trabajo y las figuras de subordinación jurídica y dependencia económica, la Sala es del criterio que no le asiste razón a la parte que demanda, porque la institución de seguridad social determinó, con base en los contratos que reposan en autos, que los señores Ralph Evans, Jorge Davis, Luciano Aguilar y Alberto Buendía eran trabajadores de la empresa Smoot y Paredes, S.A., quienes prestaban servicio personal a ésta, desempeñándose como vendedores, a excepción del señor Davis, contratado como ayudante de mecánico, según

Se determinó que estas personas recibieron pagos de comisiones a través de las empresas Arenabcar, S.A., Comisiones Joama, S.A., Mirali, S.A. y A. Buendía, S.A. (fojas 33 en adelante del expediente administrativo), empresas de las cuales eran directivos, aspecto que es corroborado de fojas 376 a la 379 ibídem, mediante certificaciones de existencia y representación legal de las enunciadas empresas, expedidas por el Registro Público.

contratos individuales de trabajo que reposan de

fojas 18 a 24 del expediente administrativo.

Resulta claro, que entre las empresas intermediarias no puede existir relación de trabajo. La condición de trabajador es propio de una persona natural, tal cual se extrae del artículo 65 del Código de Trabajo. Lo que determinó la Caja de Seguro Social fue la relación laboral entre Smoot y Paredes, S.A. y los señores antes mencionados, quienes recibían comisiones por venta de autos de la empresa Smoot y Paredes, S.A. De fojas 83 en adelante del Informe de Auditoría, se explica el modo de operar de estas personas, utilizando estados de cuenta mensual y órdenes de entrega, a través de Mirali, S.A., Comisiones Joama, S.A., Arenabcar, S.A. y A. Buendía, S.A.," Subrayado nuestro. Acceso en www.organojudicial.gob.pa

### 3. SANCIONES

Si producto de una investigación adelantada por la Dirección General de Ingresos, llega a comprobarse que en un momento dado el contribuyente no cumplió con alguno de los extremos o circunstancias incluidas en dicha declaración, se podría instruir un expediente por defraudación y aplicar una sanción pecuniaria de entre cinco (5) y diez (10) veces la suma defraudada por el contribuyente en materia de Impuesto sobre la Renta (ISR).

Alternativamente, esto es, si el contribuyente no cumple con la sanción pecuniaria antes indicada, entonces la Dirección General de Ingresos podrá decretar una sanción de privación de libertad (denominada "arresto" de acuerdo con el texto de la norma) y que puede tener una duración de un (1) mes a un (1) año.

Hemos escuchado opiniones contrarias, en el sentido de que la Dirección General de Ingresos podría imponer indistintamente una u otra sanción al contribuyente que incurra en infracción del artículo 710-A del Código Fiscal, así como a las demás personas que –por firmar la nueva declaración jurada- se constituyen en responsables solidarios con el contribuyente.

La sanción establecida en el artículo 710-A del Código Fiscal, lee de la siguiente forma: "El hecho de emitir conceptos falsos en esta declaración constituye defraudación fiscal, la cual se sancionará con multa no menor de cinco (5) veces, ni mayor de diez (10) veces la suma defraudada, o de arresto de un (1) mes a un (1) año". Tal como entendemos la conjunción disyuntiva "o", la Dirección General de Ingresos podría aplicar una sanción o la otra, pero no ambas en conjunto.

Adicionalmente, entendemos que el arresto corporal debe utilizarse única y exclusivamente como herramienta de último recurso en contra del contribuyente o de los firmantes de la declaración jurada, que una vez condenados a través de decisión ejecutoriada (es decir agotados todos los recursos en la vía gubernativa y a nivel judicial), se mantengan en rebeldía con respecto al cumplimiento de las obligaciones tributarias y sanciones impuestas por la Administración Tributaria.

#### 4. RESPONSABLES SOLIDARIOS

Sin dejar de reconocer la importancia de los asuntos antes discutidos, desde un punto de vista práctico, consideramos que uno de los aspectos más importantes a destacar en cuanto a la aplicación de estas sanciones (bien sea pecuniaria o privativa de libertad), es el de que, cuando se instruya un expediente por consignación de datos falsos en la declaración a que se refiere el artículo 710-A del Código Fiscal, las sanciones podrán aplicarse indistintamente a: (1) la empresa contribuyente; (2) el Representante Legal de la empresa contribuyente; (3) al Gerente General de la empresa contribuyente; y (4) al Tesorero, Secretario o cualquier otro miembro de la junta directiva de la empresa contribuyente que no tenga funciones operativas en la empresa, toda vez que todos estos sujetos deben firmar conjuntamente la mencionada declaración jurada.

Es decir, la Dirección General de Ingresos puede involucrar y hacer responsables directamente a tres individuos como responsables presuntos de los actos de defraudación investigados, aunque desde un punto de vista jurídico el contribuyente sea la persona jurídica que presenta la nueva declaración jurada. Como acertadamente me lo han señalado algunos profesionales de la tributación, este vínculo directo consagrado en el artículo 710-A del Código Fiscal, es una manifestación clara del componente psicológico de los impuestos, en el sentido de que se hace inocua para efectos del ISR, la separación jurídica que existe entre la persona jurídica y las personas naturales o individuos que trabajan en la organización empresarial.

Toda vez que la propia norma señala que los tres (3) firmantes de esta decla-

ración jurada responderán solidariamente por la veracidad de la información consignada en el documento, la Dirección General de Ingresos podrá requerir que cualquiera de ellos responda individualmente del pago de la sanción en su totalidad o imponer a cualquiera de ellos la totalidad de la pena decretada.

Lo anterior significa que no es sólo el patrimonio de la empresa el que puede verse afectado directamente por la sanción pecuniaria impuesta de acuerdo con esta norma, sino directamente el patrimonio de cada uno de los firmantes, quienes deben comparecer y defenderse a título propio en virtud de su actuación personal e individual dentro de la empresa- en el proceso de defraudación fiscal que pueda instruirse por falsedades en esta declaración. Esto obviamente hace un llamado a la planificación patrimonial que estos individuos deben realizar frente a potenciales situaciones frente a la Administración Tributaria.

Es decir, el estadio en el cual sólo la persona jurídica contribuyente debía responder patrimonialmente por sus ofensas tributarias ha sido dejado de lado por el legislador al aprobar el artículo 710-A del Código Fiscal y ahora se hace –ademásdirectamente responsables solidarios a cada uno de los firmantes. Las mismas observaciones se predican con respecto a la potencial sanción de arresto.

Queda claro entonces, que nos encontramos con una excepción al principio general en materia de ISR de que las obligaciones tributarias de un contribuyente deben ser cumplidas por éste a título personal y exclusivo. Bajo la perspectiva del artículo 710-A del Código Fiscal, la responsabilidad de cualquier tipo de falsedad consignada en la nueva declaración jurada puede ser atribuida no solo al contribuyente que la presenta, sino individualmente a cada una de las personas firmantes de la misma.

De acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional previa a la aprobación del artículo 710-A del Código Fiscal, la responsabilidad en materia de defraudación fiscal en el ISR –a diferencia de lo que sucede en casos de simples liquidaciones adicionales del impuesto- no podía limitarse exclusivamente a la persona jurídica contribuyente, sino que era extensiva a cualesquiera individuos que pudieran vincularse directamente con la infracción tributaria cometida<sup>11</sup>.

La mencionada doctrina constitucional se encuentra ahora acogida en la norma aprobada por el legislador a través del artículo 710-A del Código Fiscal, pero se ha visto exacerbada porque existen inquietudes con respecto a la aplicación de una especie de "responsabilidad objetiva" al momento de aplicar esta norma.

Por "responsabilidad objetiva", se entiende aquella modalidad de responsabilidad a través de la cual el legislador obvia o ignora la intención o voluntad de la persona investigada y se ciñe exclusivamente

<sup>&</sup>quot;Visto lo anterior podemos llegar a la conclusión de que son sancionados por el delito de defraudación fiscal el contribuyente que incurra en algunos de los casos enumerados por el artículo 752 del Código Fiscal, así como los cómplices, padrinos o encubridores de dichas conductas, quienes compartirán la pena por partes iguales con el autor del delito. Queda incluido el contribuyente que sea una persona natural o una persona jurídica, con lo cual se hace evidente que nuestra legislación fiscal penal admite que las personas jurídicas sean sujetos activos del delito de defraudación fiscal.

Así las cosas, la pena o sanción de multa establecida por el artículo 752 del Código Fiscal sólo podrá ser aplicada a la persona jurídica como sujeto activo del delito de defraudación fiscal cuando se haya comprobado la comisión de dicha conducta y a las personas naturales que conformen la sociedad luego de probada su participación en el delito, a las cuales podrá imponérseles la sanción de multa o arresto a la que se refiere la citada norma fiscal. (Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 5 de julio de 1999. Demanda de Inconstitucionalidad incoada por Sanford Schwartz). (Gaceta Oficial No. 23,925 de 11 de noviembre de 1999).



a los efectos externos de su actuación. Es decir, si se produce un resultado contrario a lo establecido en la norma, se presume la comisión del ilícito tributario y aplica de forma automática la sanción a las personas destinatarias de la norma.

Pese a la complejidad del problema planteado, nuestra posición es la de que el artículo 710-A del Código Fiscal no plantea una modalidad de "responsabilidad objetiva", sino que exige –como es el principio general en materia punitiva- que se acredite la intención dolosa del infractor para entonces proceder con la imposición de la sanción.

En esta línea de pensamiento, tenemos que el Ministro de Economía y Finanzas, principal promotor de la adopción de esta norma en nuestra legislación tributaria, se ocupó de señalar en su momento que el objetivo de la norma era el de que la persona declare una serie de cosas con respecto a la buena marcha y a la buena administración de la empresa. Se perseguía crear conciencia en el propietario de la empresa con respecto a comportarse como un padre celoso de la buena administración que él

tiene bajo responsabilidad, al punto que debía garantizar que no se constituya en un vehículo para que se evadan impuestos.

Incluso aclaró el Ministro de Economía y Finanzas que para efectos de la aplicación del artículo 710-A del Código Fiscal, es necesario distinguir las conductas fraudulentas, de los simples errores u omisiones de buena fe cometidos en el desarrollo de actividades empresariales. Citaba como ejemplo el caso en que se olvida incluir una cuenta y no aparece reflejada en la contabilidad. Expresamente señaló que "errores son otras cosas" distintas a las modalidades de defraudación descritas en la norma.

Se hizo énfasis en que se debía demostrar que tanto la empresa contribuyente, como los individuos que la representan, deben cumplir con la "debida diligencia" al manejar los negocios de la empresa y definitivamente, en los supuestos de "responsabilidad objetiva", poco importa la diligencia observada o no por el infractor, toda vez que el único elemento determinante es el resultado obtenido con la conducta del contribuyente y de los otros responsables.

Además, consideramos que el texto literal del artículo 710-A del Código Fiscal no impide, ni tampoco limita en forma alguna la posibilidad de que cualquier investigado en un proceso de defraudación fiscal presente todos los argumentos y material probatorio a su disposición a fin de demostrar que no formó parte de un determinado acto o transacción que sea posteriormente calificado como defraudación fiscal. De igual forma podría acreditar que en su momento agotó todos los medios razonables a su disposición para cumplir con las obligaciones tributarias establecidas.

## 5. DERECHO TRIBUTARIO PENAL O DE SANCIÓN

Toda vez que el artículo 710-A del Código Fiscal establece una serie de conductas y parámetros que debe observar el contribuyente y tipifica sanciones aplicables a quienes violen estas conductas y parámetros, al punto de calificarlas como "defraudación fiscal", queda claro para nosotros que se trata de una norma de naturaleza punitiva.

Al tratarse de normas de este tipo –tal como lo indicamos previamente– entendemos que es necesario acreditar dos (2) hechos antes de aplicar las sanciones previstas en este precepto: (1) que se ha producido un perjuicio al Fisco Nacional reduciendo la carga fiscal del contribuyente en violación de normas sustantivas tributarias que gravan hechos o que otorgan exenciones o beneficios y (2) que existe el elemento de "dolo" o "intención de causar daño" al Tesoro Nacional, elemento esencial en la comisión de cualquier "fraude tributario".

Así las cosas, concluimos que el artículo 710-A del Código Fiscal debe entenderse y aplicarse como una norma que integra el "derecho tributario penal" panameño –en otras palabras, forma parte del grupo de preceptos jurídicos que persiguen sancionar en la esfera de la Administración Tributaria a quienes violen las

normas sustantivas que crean impuestos o establecen exoneraciones o beneficios fiscales-. Por ejemplo, si una empresa contribuyente declara ingresos de fuente extranjera cuando en realidad se trataban de ingresos de fuente panameña, entonces se podrían aplicar las sanciones previstas en el artículo 710-A del Código Fiscal.

No nos parece correcto entender que este artículo 710-A del Código Fiscal introduce normas sustantivas que sirvan de fundamento para determinar si un ingreso es de fuente extranjera, de fuente exenta o si por el contrario debe considerarse como un ingreso gravable. Eso es función de otras normas sustantivas de derecho tributario y que vendrán consignadas en el Código Fiscal o en leyes especiales.

#### 6. CONCLUSIONES

En definitiva, la adición del artículo 710-A del Código Fiscal lleva la discusión sobre el tema de la "simulación de actos jurídicos" y de los denominados "abusos en materia tributaria" a una nueva etapa.

Puede destacarse que no existe ni en la escasa doctrina tributaria local, ni en la jurisprudencia panameña dictada en materia tributaria, principios o guías conceptuales claras que puedan orientar al contribuyente con respecto al concepto de la "simulación", ni con respecto al "fraude de ley" y mucho menos sobre el principio de "sustancia sobre forma", esto habrá que escudriñarlo de forma minuciosa y técnica ahora que estos conceptos adquieren nueva relevancia.

Por otra parte, tenemos que las normas internacionales de información financiera (NIIF's) consagran como principio la preeminencia de la realidad material sobre las formalidades legales o de cualquier otro tipo. Debemos recordar que estas normas internacionales de información financiera (NIIF's) deben servir de fundamento o base para la preparación de las declaraciones juradas de rentas en la República de Panamá.

A título de ejemplo, podemos referirnos a: (1) la "provisión para cuentas malas",

misma que de acuerdo con las reglas del Impuesto sobre la Renta (ISR) no debe exceder el 1% de las ventas al crédito y cuyo saldo no debe exceder el 10% de las cuentas por cobrar, frente a la regla contable que exige que la provisión para cuentas malas corresponda a un monto tal, que puede cubrir posibles pérdidas por cuentas incobrables, sin limitación; (2) los "arrendamientos financieros", que de acuerdo con las normas fiscales, permiten la deducción como gasto del canon pagado, mientras que contablemente, se reconoce el activo y una obligación o deuda. Contablemente, los gastos deben corresponden exclusivamente a los intereses por financiamiento y la depreciación del activo y (3) con respecto a los "activos intangibles", se autoriza fiscalmente la amortización en un solo año de los "gastos de organización y pre-operación" o en un plazo máximo de hasta cinco años o en el caso de los "derechos de llave, concesiones, marcas de fábrica o de comercio y otros activos intangibles similares", de acuerdo con las condiciones contractuales de cada caso, mientras que contablemente tenemos que los gastos de organización, investigación y otros se cargan inmediatamente a gastos, mientras que la plusvalía mercantil no es susceptible de amortización.

En nuestra opinión, el mandato consignado en la norma fiscal siempre debe prevalecer sobre el tratamiento contable que prevea la norma financiera en materia de preparación de la declaración jurada de rentas. Dicho en otras palabras, jamás podría entenderse que estas diferencias constituyen por sí mismas conductas sancionables como actos de defraudación fiscal.

Sin embargo, es indudable que estas diferencias también pueden ser utilizadas por la Dirección General de Ingresos como punto de partida al momento de fiscalizar la posición tributaria reportada por el contribuyente. Así las cosas, la Administración Tributaria podrá verificar de forma detallada si cada una de las discrepancias arrojadas entre los resultados contables y

fiscales, corresponden realmente a una divergencia entre ambos tipos de reglas.

En otras palabras, las cifras reflejadas en los estados financieros de las empresas deben servir de punto de partida al momento de iniciar la aplicación de las normas fiscales vigentes y de determinar la obligación tributaria de la empresa contribuyente. Así lo establece el Parágrafo 3 del artículo 699 del Código Fiscal, que aplicará como norma general en la República de Panamá, una vez se levante la suspensión de la aplicación de dichas normas, decretada por vía de resolución administrativa dictada por la Dirección General de Ingresos.

Otra particularidad que deseamos reiterar es que las sanciones pecuniarias (o alternativamente, privativas de libertad) previstas en el artículo 710-A del Código Fiscal, pueden aplicarse a personas distintas a una persona jurídica contribuyente que presente la declaración jurada. Nos referimos aquí a las personas naturales que firman esta nueva declaración jurada, quienes deben responder solidariamente por estas infracciones.

Se crea entonces una regla de excepción que se aparta de los conceptos tradicionales del derecho privado (civil y mercantil) que limitan y separan la responsabilidad de las personas jurídicas, de la responsabilidad a cargo de las personas naturales que cumplen distintas funciones en la estructura de administración y dirección de las personas jurídicas.

Es bueno tener presente en todo momento que normas como el artículo 710-A del Código Fiscal, tienen como finalidad específica, consagrar una autorización especial otorgada por el legislador a la Administración Tributaria, de manera que ésta pueda determinar la realidad de los hechos, sin atenerse exclusivamente a las formalidades o documentos producidos por el contribuyente, siempre que de otras fuentes o medios probatorios se desprenda que la documentación presentada no refleja la realidad de lo sucedido en un caso en particular.

## EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD LUEGO DE LA REFORMA 2005<sup>1</sup>

— (¿O el camino a la *territorialidad plus?*) =

## Carlos F. Urbina

Licenciado en Derecho (Universidad de Panamá) LL.M. in Int. Tax (Leiden)

### INTRODUCCIÓN:

Este artículo trata de explicar el significado del principio de territorialidad en materia fiscal, sus orígenes y el cambio que ha tenido en la legislación panameña.

Primero se analizan los criterios para el ejercicio de la soberanía de un Estado dentro de su territorio y cómo esto influye en la concepción jurídica de la aplicación de la ley en el espacio.

Segundo, se analiza la forma en que un Estado utiliza su soberanía fiscal a las personas y en su territorio. Tercero, la forma en que Panamá gravó la renta producida en su país hasta 2005. Cuarto, se analizará el cambio que este principio sufrió luego de la reforma 2005, con la introducción de 2 parágrafos al artículo 694 del Código Fiscal y con el artículo 10 (b) del Decreto Ejecutivo 170 de 1993 según fue reformado en 2005.

Luego de analizar estos cambios, se estudia qué consecuencias pueden tener en nuestra legislación y la alternativa que en otras latitudes se ha denominado *territo-rialidad plus*<sup>2</sup>.

## PARTE I Generalidades del Principio

#### 1.1 Orígenes del principio:

De forma general el principio de territorialidad puede entenderse como la facultad de ejercer la soberanía en el espacio (en oposición al tiempo o las personas). Es decir donde puede ejercerse la soberanía.

Desde la Paz de Westphalia, el Derecho Internacional Público entiende que cada Estado es soberano para ejercer su soberanía dentro de su territorio. Esta fue una de las conclusiones de la guerra de los 30 años. Recordemos que la guerra de los 30 años surge porque el Sacro Imperio Romano y el Papado pretendían y en efecto ejercían su soberanía en otros Estados. Los principados protestantes resintieron esta intromisión católica, empezando así la guerra con la intención (entre muchas otras) de que cada príncipe ejerciera de forma exclusiva su soberanía en su territorio sin que nadie más la ejerciera junto con él.

De este evento surge la concepción moderna del principio de territorialidad para ejercer la soberanía de un Estado. Ahí se reafirma el principio de que la ley (una de las consecuencias de la soberanía) tiene una aplicación en el espacio, ligada al lugar donde el Estado que la emite puede ejercer su soberanía.

Si analizamos a los clásicos civilistas, todos coinciden en que las leyes se aplican en el espacio donde el legislador es soberano. Brugi nos dice:

Este artículo ha sido preparado por Carlos F. Urbina como un trabajo en proceso y su única intención es la circulación limitada para posibles correcciones con miras a su publicación en la revista GACETA FISCAL # 3.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Este término lo he tomado del artículo "South Africa and its Worldwide Tax Regime: Have we (almost) Come Full Circle?" de Ernest Mazansky, publicado en abril de 2004 por la revista del International Bureau of Fiscal Documentation. Pág 151.



"La ley es el precepto de un legislador cuyo poder no se extiende más allá del territorio del Estado y tiene por naturaleza carácter territorial"<sup>3</sup>.

Sin embargo, los mismos autores nos dirían que este principio no es absoluto y que la ley alcanza a tener efectos extraterritoriales, sobretodo cuando analizamos sus efectos en las personas (en oposición a sus efectos en el espacio).

Por esto, se entiende que la ley tiene tres limitantes en sus efectos. Estos son límites del efecto de la ley en el espacio, en el tiempo y en las personas. Para Demófilo de Buen, académico español en cuyo honor se bautizó la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá, estos tres límites dan origen a 2 principios de aplicación de la ley. Los principios de personalidad y de territorialidad. En Palabras del académico español:

"Las leyes que siguen a las personas, aunque varíen de residencia, son leyes inspiradas en el principio de personalidad. Están, en cambio, inspiradas en el principio de territorialidad las leyes que se aplican sólo en determinado territorio..."<sup>4</sup>

Según los historiadores del medioevo, la teoría de la personalidad de las leyes fue ampliamente usada en la Europa medieval. Jaques Le Goff analiza como en los primeros años del medioevo se introduce el concepto de la personalidad de las leyes que había sido, hasta cierto punto, extraño al sistema del derecho romano. De esta for-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Instituciones de Derecho Civil. Biagio Brugi. Volumen 4. Tercera Serie de: Grandes Clásicos del Derecho. Editado por Oxford University Press. ISBN 970-613-514-6. Reimpresión de 2001.

Sobre el mismo tema, Rojina Villegas nos dice: "Gracias a la limitación de los territorios, como campos determinados de validez de los ordenamientos jurídicos imperantes en los mismos, se puede formular el principio general de que la ley debe regir en el territorio del Estado de que se trate...". Ver: Compendio de Derecho Civil. Rafael Rojina Villegas. Editorial Porrúa. Tomo I. ISBN 970-07-3506-0. Reimpresión de 2002.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Introducción al Estudio del Derecho Civil. Demófilo De Buen. Tercera Edición. Editorial Porrúa. Año 1998. ISBN 970-07-1325-3. Pág. 347.

ma, en un mismo territorio se aplicaba la ley romana al romanesco (descendiente de romanos), la tradición goda al godo, la costumbre franca al franco, etc. Así en un mismo territorio se aplicaban leyes distintas dependiendo del origen étnico de la persona<sup>5</sup>. Esta situación empezó a cambiar con el edicto de Teodorico el Grande, rey de los ostrogodos. Este edicto no se basó en la personalidad sino en la territorialidad de la ley, al aplicarse la misma ley en su territorio al romano y al godo por igual sin tomar en cuenta su origen étnico<sup>6</sup>.

La conversión de los pueblos bárbaros (godos, francos, lombardos, germanos, etc.) del arrianismo al catolicismo hizo posible que la influencia de Roma cambiara finalmente la balanza de un sistema legal inspirado en la personalidad a un sistema inspirado predominantemente en la territorialidad. Según Le Goff esto se dio en los siglos 8 y 9<sup>7</sup>.

Aunque la balanza terminó inclinándose por la "territorialidad de las leyes", la "personalidad" de ellas no desapareció y todavía vemos su aplicación en la actualidad.

En esto debemos pensar al considerar el concepto de "territorialidad de las leyes", la aplicación de la ley en el territorio del legislador que la emite sin consideraciones sobre el origen de la persona a la que la ley se le aplica. A esto se refería la vieja escuela latinoamericana y a lo que todavía nos referimos en Panamá como el principio de territorialidad de la ley fiscal.

## 1.2 El principio de territorialidad en otras ramas del derecho

Siguiendo el principio de la territorialidad de las leyes, Panamá ejerce su soberanía en su territorio. Por ejemplo, nuestra ley penal castiga los delitos cometidos en el territorio panameño, nuestro código de minas regula la actividad minera en nuestro territorio, etc.

Pero también la ejercemos a nuestros nacionales donde quiera que se encuentren, siendo esta una clara aplicación del principio de "personalidad" de las leyes. Ejemplo de esto es nuestra ley de familia que sigue al nacional donde quiera que esté (ver artículo 6 Código de Familia)<sup>8</sup>. Como vemos, la ley aplicada a la persona llega a tener efectos extra-territoriales.

De la misma forma y sin atender a la persona, nuestra ley penal se aplica de forma extra-territorial a delitos cometidos fuera de nuestro país contra la personalidad jurídica del Estado, salud pública, economía nacional, etc<sup>9</sup>. También aplicamos nuestra ley penal de forma extraterritorial si los resultados o efectos se sienten en Panamá o contra panameños, entre otros supuestos<sup>10</sup>.

Desde hace muchos siglos, el Derecho Internacional Privado estudia qué ley aplicar cuando el derecho extranjero colisiona con la ley nacional. Como consecuencia lógica, la aplicación de este estudio puede dar como resultado la aplicación extraterritorial de la ley (cualquiera que sea esta ley).

Las disparidades de este sistema son mencionadas por Le Goff en que la violación de una virgen era castigada con la muerte para el Romano, pero con una multa para el Borgoñés. Igualmente el matrimonio entre una mujer libre y un esclavo era considerado concuvinato para la mujer romana mientras conservaba la condición de mujer libre. El mismo hecho reducía a la mujer Sálica a esclavitud.

<sup>6</sup> Lo mismo hizo, según Le Goff el Código de Reccesswinth el Ostrogodo a presión del clero católico-romano (siglo 7mo) aplicándose indistintamente al romano y al ostrogodo.

Recomendamos el ya clásico libro: Medieval Civilization 400-1500 de Jacques Le Goff, Páginas 30, 31 y ss. ISBN 0-7607-1652-8. Barnes and Noble Books.

<sup>8 &</sup>quot;La ley nacional regula todo lo relativo a los derechos y deberes de familia... y obliga a los <u>panameños aunque residan en el extranjero</u>..."

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Ver artículo 8, Código Penal.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Ver artículos 9 y 10 de nuestro Código Penal.

#### 1.3 El principio en materia tributaria

Como mencionamos antes, en materia tributaria, el principio ha sido entendido como la capacidad de gravar hechos generadores ocurridos dentro del territorio. En forma más técnica debemos añadir también el hecho de no tomar en cuenta el origen (nacionalidad o residencia) de quien las genera. En nuestro país hemos entendido el principio como el único criterio para gravar la renta<sup>11</sup>. La mayoría de los tributos no parecen ser compatibles con criterios distintos (excepción hecha del impuesto a los capitales como se verá a pie de página más adelante).

Es común escuchar en nuestro país que nuestro sistema fiscal (incluso nuestra economía) se basa en el principio de territorialidad. Esta ha llegado a ser una de estas frases que se repiten sin mayores consideraciones doctrinales. Si entendemos a nuestro sistema fiscal como un todo, tendremos que concluir que esta frase no añade mucho debido a que todos los sistemas fiscales del mundo también son territoriales. Rossetto, ha dicho que el principio de territorialidad, en oposición al de la residencia sólo encuentra su expresión cabal en los impuestos a la renta<sup>12</sup>. De esto entendemos que el académico uruguayo concluye que todo otro impuesto es, por definición, territorial.

Por ejemplo, el impuesto de inmuebles no parece ser compatible con un gravamen distinto al territorial ya que sería muy difícil gravar un inmueble ubicado en otro país porque necesitaríamos un catastro que lleve valor registrado, que lo actualice, etc. Lo mismo pasa con el impuesto de importación, pareciera, desde el punto de vista práctico, que sólo el Estado en que se importa puede gravar este hecho. Lo decimos porque este impuesto requiere un equipo aduanero que revise los puertos de entrada, etc. Sería prácticamente imposible gravar la importación que un Panameño haga a China. Por esto, este es un impuesto que no parece funcionar con un criterio distinto al territorial.

Igualmente el impuesto a las ventas o su versión moderna del IVA / ITBMS, no parece compatible con un gravamen distinto al territorial<sup>13</sup>. Este impuesto requiere de la expedición de una factura para poder fiscalizarlo, de un agente retenedor que cobre a su cliente y lo remita al fisco, etc. Estas actividades parecen incompatibles con otro criterio distinto al territorial.

De la misma forma las distintas tasas y contribuciones especiales parecen sólo compatibles con el principio de territorialidad porque el Estado sólo provee servicios dentro de su radio de acción, ligado casi siempre a su territorio<sup>14</sup>.

Estos eran los tributos (tasas, contribuciones especiales e impuestos de importación) utilizados por el mundo hasta principios del siglo 20.

A finales del siglo 19, el mundo empieza a debatir qué impuesto reemplazará a los de importación y financiarán los costos de la revolución industrial<sup>15</sup>. Como

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Según Edison Gnazzo en Panamá hemos manejado el tema en forma empírica, sin tener mayores precisiones doctrinales sobre el mismo. (ponencia de Edison Gnazzo ante la Cámara de Comercio el 14 de noviembre de 2005.)

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> La Fuente Territorial de las Rentas. Jorge Rossetto. Montevideo, Uruguay. Año 1995. Página 28. Imprenta Rosgal, S.A.

Recordemos que en la fiscalidad comparada la doctrina sólo habla de tributación IVA en origen o en destino. Nadie habla de IVA con principio de territorialidad o con principio de renta mundial. Jorge Rossetto también lo expresa de esa forma. Ver: La Fuente Territorial de las Rentas. Jorge Rossetto. Montevideo, Uruguay. Año 1995. Página 28. Imprenta Rosgal, S.A.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Una pequeña excepción la encontramos en los servicios consulares, prestados "fuera" de nuestras fronteras.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Ver Gaceta Fiscal, Número 1, Año 1, Página 51 y siguientes. ISBN 9962-02-553-2.

se ha expuesto antes<sup>16</sup>, se pensaron varias alternativas siendo el impuesto a la renta la decisión que se materializa a inicios del siglo 20.

## 1.4 El siglo 19 y la aparición del gravamen a la renta

A finales del siglo 19 y principios del 20 se moldea el concepto del impuesto sobre la renta. Como todo nuevo impuesto, tuvo que definir las siguientes preguntas:

- 1. Qué grava
- 2. En cuanto
- 3. A quién
- 4. En donde

La primera pregunta fue definida en los términos dados por lo que hoy se llama la teoría *HAIG-SCHANZ-VON SIMMONS*. Esta teoría plantea el gravamen a la renta como un concepto neto. Es decir como

aquel que considera los gastos producidos en ocasión de la generación de la renta<sup>17</sup>.

La segunda fue respondida con la alícuota (tarifa) que cada país determinó.

La tercera y cuarta llevaron a la complicación doctrinal que genera este artículo. En esos tiempos surgieron varias posturas. Los Americanos, Ingleses y otros países europeos decidieron gravar la renta de sus residentes donde quiera que se encontraran. Adicionalmente los americanos decidieron gravar también a sus ciudadanos aunque no fuesen residentes. De la misma forma los no residentes o no ciudadanos eran sujetos al ISR sobre las rentas generadas dentro del territorio. Para una comprensión de este concepto de territorialidad (a los no residentes) y renta mundial al residente y/o ciudadano, traducimos la primera ley de rentas americana:

Se liquidará... y pagará anualmente sobre las ganancias, ingresos y renta recibida por todo ciudadano de los Gravamen mundial Estados Unidos, sea que resida en el país o en el extranjero, y a cada persona que aquí resida, sea que esas al residente / ganancias, ingresos o rentas se deriven de cualquier ciudadano propiedad, alquiler, intereses, dividendos, o ... De cualquier profesión... industria... *llevadas a cabo en los* Estados Unidos o en otro lugar, o de cualquier otra fuente, un impuesto de 2 por ciento del total producido sobre los 4 mil dólares, y un impuesto similar se impondrá, cobrará y pagará anualmente sobre las ganancias, ingresos y rentas de todas las propiedades poseídas y todos los negocios, Gravamen actividades o profesiones llevadas a cabo en los Estados territorial para el Unidos por personas que residan fuera de los Estados no-residente Unidos.

Aquí observamos el principio de personalidad aplicado a los nacionales / residentes y el de territorialidad para el no residente.

Ley de Agosto 28 de 1894, Subsección 27.

Los Franceses gravaron a sus residentes sin importar el lugar donde generaran rentas y a las personas jurídicas sólo sobre sus rentas de fuente francesa si tenía un "establecimiento permanente" en territorio Francés.

<sup>16</sup> La sección histórica de la Gaceta Fiscal, Número 2, exponía las ideas de Henry George, que pensaba que todo el mundo se podía financiar con el impuesto a la tierra (impuesto de inmuebles).

Recordemos que en estos tiempos también se debatió otro concepto neto conocido como la "renta producto", utilizado en Eisner –vs- Macomber en los EUA. Villegas hace alusión a este principio en la temprana jurisprudencia y legislación argentina en su libro: Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. 8va edición. ASTREA. Héctor Belisario Villegas. Año 2003. Ver página 703 y ss. La renta producto también se enfocaba en un concepto neto de renta.

Algunos países del sur de Europa y Latinoamérica decidieron no atender a la persona (principio de personalidad) sino atender al lugar de generación de la renta (principio de territorialidad).

Estos criterios pueden resumirse como sigue:

- 1. Nacionalidad
- 2. Residencia
- 3. Establecimiento Permanente
- 4. Fuente

Como observamos, los dos primeros no consideraran el lugar de producción de la renta como criterio de vinculación, por lo que podemos pensarlos cercanos al principio legal de personalidad de las leyes. Los dos segundos, hacen referencia al lugar de producción de la renta y por tanto podemos situarlos en el principio de territorialidad de las leyes. Para el argentino Héctor Villegas, el primero de ellos (el de nacionalidad) es el más antiguo<sup>18</sup>.

El hecho de tener a un criterio no basado en el principio de territorialidad como el más antiguo, debe llevarnos a pensar qué razón provoca a un país gravar las rentas generadas en otro país.

## 1.5 Porqué gravar una renta generada en otro país

Surge la pregunta de porqué gravar la renta generada en otro país. Según el venezolano Ronald Evans, el fundamento básico de gravar la renta de los residentes generada en otro país se debe "a la igualdad de todos los habitantes del país ante la ley. Como consecuencia del cual no seria justo discriminar en el trato impositivo entre quienes

obtienen la renta dentro del país de aquéllos que la obtienen en el exterior" <sup>19</sup>.

Igualmente, Evans, citando al argentino Claudino Pita y al alemán Klaus Vogel, agrega como justificaciones al gravamen a la renta mundial los principios de "capacidad contributiva" y al principio de que los impuestos deben tener alcances "generales"<sup>20</sup>.

Adicionalmente, la teoría fiscal internacional siempre ha argumentado la idea económica de la neutralidad en la exportación de capitales. Esta idea habla de la eficiencia (desde el punto de vista económico) lograda al no distorsionar las decisiones de inversión basados en el gravamen a lo interno y exención a la renta producto de la inversión en el extranjero<sup>21</sup>.

En Panamá, estamos acostumbrados a criticar al sistema de renta mundial del residente producto del relativo éxito que el principio de la fuente ha tenido en nuestro

- <sup>20</sup> Pita ha vivido en Panamá por muchos años y su labor al frente del CIAT se ha sentido en todo el continente. Vogel, profesor de la Universidad de Munich, es quizás el tributarista más destacado de nuestra época.
- La opinión opuesta a esta es la llamada Neutralidad en la Importación de Capitales. En este tema recomendamos leer el artículo: Competencia Fiscal y el Futuro del Centro Offshore de Panamá. De Rafael Rivera Castillo. Gaceta Fiscal, Número 2, Año 2, Página 51 y siguientes. ISBN 1815-4581. Año 2005.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. 8va edición. ASTREA. Héctor Belisario Villegas. Año 2003. Ver página 614. Villegas no sustenta porqué dice esto, ni cita a otro autor. El español emigrado a Puerto Rico, Gabriel Franco, también indica que el criterio de nacionalidad es el más antiguo (sin embargo, tampoco cita porque lo dice). Ver: Principios de Hacienda Pública. Ediciones de Ciencias Económicas S.R.L. Argentina, Buenos Aires. Año 1957. Página 289.

<sup>19</sup> Las palabras en itálicas son tomadas de Ronald Evans en su libro: Régimen Jurídico de la Doble Tributación Internacional. Editorial McGraw-Hill. Pág. 11. Año 1999. ISBN 980-373-006-1. Impreso en Colombia. Esta posición no parece convencer a Klaus Vogel que la critica por no tomar en cuenta que la renta generada en otro país puede ser producto de circunstancias muy distintas a las generadas en el país de residencia. Esta crítica se dio en el informe preparado por Vogel para el gobierno de Sudáfrica a finales de los 90 cuando este país debatía el cambio de un sistema territorial a uno de renta mundial del residente. Ver: Fifth Interim Report of the Comission of Inquiry into certain Aspects of the Tax Structure of South Africa (Basing the South African Income Tax System on the Source or Residence Principle - Options and Recommendations. ISBN 0-621-17706-7. Marzo 7 de 1997.

sistema. Estas críticas no dejan de tener lógica, sin embargo, el principio de renta mundial del residente parece tener su lógica también. La mejor forma de explicar esta lógica es citar un ejemplo dado desde una óptica distinta a la nuestra:

"Supongamos que un abogado residente en los Estados Unidos, que se educó en ese país y practica derecho de propiedad intelectual en Boston por 30 años, pasa más de 6 meses en una oficina de París dando consejerías. Asumiendo que Francia grava la totalidad del ingreso del abogado, los Estados Unidos se contentaría con gravar en forma residual después de haber dado un crédito por el impuesto francés sobre el 100% de este ingreso. Sin embargo la capacidad intelectual para este servicio se desarrolló en forma completa en los Estados Unidos...de seguro un observador objetivo dirá que existen bases económicas para atribuir parte de este ingreso a los Estados Unidos..."22

De este ejemplo podemos apreciar lo convencidos que están los autores de otras latitudes sobre lo objetivo del gravamen a la renta mundial del residente. Adicionalmente, estos autores son enfáticos en decir que no hay ningún principio del derecho internacional público que prohíba el gravamen a la renta ocurrida en otro país<sup>23</sup>.

Como corolario, podemos resumir las razones para gravar la renta generada en el extranjero en lo siguiente:

El residente / ciudadano genera ingresos en parte por los gastos de su país de residencia/ciudadanía por lo que el principio de igualdad ante la ley le exigiría contribuir con esos gastos tal y

- como lo hace quien genera rentas dentro del país.
- De no gravarse se daría un aliciente a la exportación de capitales, distorsionando así las decisiones económicas.
- El ingreso generado afuera es gastado en el país de residencia / ciudadanía lo que justifica que esta persona contribuya con los gastos públicos de su país por el principio de la "capacidad contributiva".

## 1.6 Una opinión distinta y el nacimiento del principio en la vieja doctrina latinoamericana

Por interesantes y lógicos que pudieran haber sido los argumentos de quienes inicialmente implementaron un gravamen a la renta mundial del contribuyente, Latinoamérica no aceptó esta idea y se adhirió el principio de territorialidad en materia tributaria. Nuestro país se ha acostumbrado a usar el término "principio de territorialidad" sin analizar que el mismo no tiene, como término, una aceptación generalizada y, según autores de renombre, el término debe sustituirse por el "principio de la fuente". Si bien es cierto que el término "territorialidad" es usado con frecuencia, la doctrina y los practicantes de la tributación se inclinan más por el uso del término "criterio de la fuente"24 e incluso recomiendan evitar el término "principio de territorialidad".

Es importante aclarar que el principio de territorialidad, entendido como el ejercicio de la soberanía fiscal para gravar la renta producida dentro del territorio de un Estado, no ha sido renunciada por ningún

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Este ejemplo es atribuído por M. Graetz a: Stepehn Shay, Clifton Fleming Jr y Robert Peroni. Ver: Foundations of Internacional Income Taxation. Michael J. Graetz. Foundation Press. Thomson-West. Pág 68. Año 2003. ISBN 1-58778-515-3.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Pág. 11. y Tratado de Derecho Tributario. Tomo Primero. Editado por Andrea Amattucci. Capítulo XVIII. Página 714. ISBN 958-35-0332-0.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Klaus Vogel ha mencionado en más de una ocasión su preferencia por el término "criterio de la fuente" en oposición al de "principio de territorialidad", término este que, según el profesor alemán debe ser evitado. Ver: Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Pág. 10. y Tratado de Derecho Tributario. Tomo Primero. Editado por Andrea Amattucci. Capítulo XVIII. Página 714. ISBN 958-35-0332-0.

país en este mundo. Es decir, todo país grava la renta producida en su territorio. Sin embargo y en oposición a otros países, Latinoamérica decidió sólo gravar la renta producida en su territorio sin atender a otros criterios como el de la nacionalidad y/o residencia del contribuyente. Quien dude de esta aseveración quizás se convenza si lee el reciente fallo de la Corte Británica contra el tenista André Agassi. En este fallo el tenista, en un argumento cuya complicación técnica escapa el alcance de este artículo, básicamente decía que no estaba sujeto al gravamen inglés por no ser residente en ese país. El fallo citó casos anteriores donde se menciona claramente que el sistema inglés es "primordialmente territorial". La Corte también citó que este mismo principio es aplicable al impuesto sobre la renta inglés que tiene límites territoriales aunque estos límites se han ampliado por medio de leyes en circunstancias especiales (asumimos que la Corte inglesa se refiere al gravamen a la renta mundial del residente)25.

Los peruanos Jorge A. Bravo Cucci y Gustavo López-Ameri Cáceres recientemente mencionaron este hecho, de que la aplicación del principio de renta mundial no excluye la aplicación del principio de la fuente o de territorialidad<sup>26</sup>. El alemán

El hecho que nadie renuncie a gravar las rentas producidas en su territorio nos debe llevar a pensar que es universalmente aceptado el derecho del país de la fuente (país donde se genera la renta) para ejercer su soberanía fiscal. En palabras de la americana Peggy Musgrave, uno de los argumentos más fácilmente entendidos para que el país de la fuente grave la renta es el principio del beneficio obtenido<sup>28</sup>. Este principio hace relación al hecho que la renta producida en un país se produjo con los beneficios dados por ese país al generador de rentas que, en contraprestación, debería retribuir con su impuesto sobre la renta.

Por esto debemos precisar que Latinoamérica recogió el llamado principio de territorialidad como el único para gravar la renta, sabiendo que los demás países también gravaron la renta producida en su territorio al tiempo que usaban otros sistemas o criterios de vinculación.

## 1. 7 La Doble Tributación creada al aplicar estos criterios:

Como se ha debatido antes, al aplicar estos dos criterios se termina gravando a la

Vogel, al analizar el criterio de la fuente y el de la residencia claramente menciona que ningún país renuncia el gravamen de rentas que tengan su fuente en su territorio aún cuando hayan sido devengadas por no residentes<sup>27</sup>. Por esta razón el mencionar que nuestro país tiene un sistema fiscal basado en el principio de territorialidad no es entendido fácilmente por el resto del mundo porque todo país también sigue este principio, sólo que en adición al mismo, utilizan otros criterios como el de la residencia y/o nacionalidad para gravar la renta.

El hecho que nadie renuncie a gravar

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> El lector no debe pensar que la Corte inglesa está diciendo que no existe el principio de renta mundial en ese país. Nuestra conclusión debe ser que este sistema de renta mundial se aplica junto con el principio de territorialidad. El fallo del tenista Agassi es: (2004) EWHC 497 (Ch) Caso No: CH/2003/APP/0693. Bajo el nombre ANDRÉ AGASSI –and- S. ROBINSON (HM INSPECTOR OF TAXES). Puede ser accesado por la Red Mundial de Internet. Este fallo cita a Cooke vs Charles A Vogeler Company (1901) y al caso Colquhoun vs Brooks (1889). En estos dos fallos la Corte menciona el principio de territorialidad de la ley fiscal inglesa.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Ver el reporte de Perú ante la conferencia IFA 2005. Pág. 535. Cahiers de Droit Fiscal Internacional. International Fiscal Association. 2005 Buenos Aires Congreso. Volume 90<sup>a</sup>. Source and Residence: new configuration of their principles. ISBN 90 64 76137 X.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. Prof. Dr. Klaus Vogel. Tercera Edición. Kluwer Law International. Año 1996. ISBN 90-411-0892-0.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Ver Foundations of International Income Taxation. Michael J. Graetz. Foundation Press. Thomson-West. Pág 6 a 7. Año 2003. ISBN 1-58778-515-3.

renta dos veces (en el país de residencia y en el país de la fuente). La solución a este viejo problema se dio primero en forma unilateral y luego en forma bilateral. La primera medida unilateral tomada para solucionar este problema fue la creación del llamado Crédito Fiscal Externo en los EE.UU.

Este sistema seguía el llamado principio de la Neutralidad en la Exportación de Capitales (NECs). Como ha comentado Rafael Rivera Castillo, este concepto guarda relación con la decisión que toma un país de cobrar impuestos a sus residentes sobre ingresos extranjeros como si éstos hubieran sido causados en el territorio de residencia (he ahí la razón del crédito fiscal externo).

Otros países siguieron el principio de la Neutralidad en la Importación de Capitales (NIC) y deciden exonerar las rentas generadas por sus residentes en el extranjero. Este sistema trata que el residente invirtiendo en el extranjero tenga el mismo gravamen que tienen sus competidores en su país de inversión<sup>29</sup>.

#### <u>Un tercer Criterio y la doctrina del</u> Cono Sur:

En adición a los dos criterios dominantes, el primero el de la residencia / ciudadanía y el segundo el de la fuente o territorialidad, algunos indican la existencia de un tercer criterio para gravar la renta. Este tercer criterio es llamado el de la fuente pagadora. Este criterio también se conoce como el criterio de los flujos financieros.

Rafael Rivera Castillo y Edison Gnazzo<sup>30</sup> se inclinan por pensar que este no Este escrito no pretende indagar sobre este punto y sólo clasificaremos a la "fuente pagadora" como un tercer criterio de vinculación para gravar la renta por motivos didácticos. Adicionalmente, académicos de prestigio lo han clasificado como un tercer criterio. Jorge Rossetto nos indica:

"Un tercer criterio utilizable para atribuir la potestad tributaria es el denominado de la "fuente pagadora", que no ha tenido aceptación de la doctrina (por lo menos en la doctrina nacional) por su carencia de base científica...<sup>31</sup>"

Como puede apreciarse de esta cita, la doctrina no acepta esta tesis. Según Rossetto esto se debe a la carencia de bases conceptuales que la soporten. Rossetto cita a Valdés Costa como otro de quienes se manifestaban contrarios a este criterio<sup>32</sup>.

A pesar de esta ausencia de adherencia a la "fuente pagadora" por la doctrina, encontramos momentos dorados de este principio. Un buen ejemplo de esto es la Segunda Reunión de Expertos en Doble Tributación Internacional sostenida en Mayo de 1974 en Montevideo, Uruguay. En esta conferencia la primera de las sugerencias que el grupo de expertos realizó fue la adhesión a un criterio de fuente pagadora. Según estos expertos y su reporte el principio de la fuente pagadora era citado ya en el año 1943 por la conferencia de la Liga de Las Naciones para evitar la Doble Tributación Internacional. Esta conferencia desarrolló un modelo de tratado que al final sirvió de base para la redacción del

es un tercer criterio sino una variante del principio de la fuente o territorialidad.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Nos referimos al artículo Competencia Fiscal y El Futuro del Centro *Offshore* de Panamá. Rafarel Rivera Castillo. Revista Gaceta Fiscal. Página 51 y ss. Año 2, Número 2. ISBN 1815-4581.

<sup>30</sup> Lo escuché de Gnazzo en su ponencia ante la Cámara de Comercio el 14 de noviembre de 2005. Rivera lo mencionó a finales de Febrero de 2005 en un seminario del Colegio de Contadores Públicos de Panamá.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> La Fuente Territorial de las Rentas. Jorge Rossetto. Montevideo, Uruguay. Año 1995. Página 26. Imprenta Rosgal, S.A.

<sup>32</sup> Ver: Rossetto. Pàgina 48. Rossetto también cita a Carlos Dentone como opuesto a esta tesis.

modelo de tratado OCDE / ONU. Esta mención al principio de la fuente pagadora se realizó en los comentarios interpretativos del artículo 9 de la Convención elaborada en Méjico. Este artículo 9 se refería a la renta generada por intereses.

Nuestra jurisprudencia parece haber acogido este principio en al menos un caso. El caso *Altrix International*, fallado el 19 de agosto de 1998 (en realidad fueron dos casos y dos fallos distintos pero con las mismas partes, los mismos argumentos y el mismo resultado). En este caso la Honorable Corte dijo:

"En el caso en estudio, si bien el servicio administrativo fue prestado por Altrix International en el extranjero, las sumas de dinero que fueron acreditadas a dicha empresa en concepto de pago por los servicios ... prestados son gravables en Panamá porque ese ingreso fue generado por bienes que tuvieron su origen en actividades llevadas a cabo por una empresa ubicada dentro del territorio .. de Panamá, ..."

En estas palabras vemos como la Corte no utilizó el criterio de "lugar de prestación de servicios" para atribuir la fuente de renta a un país. Es decir, la Corte reconoce que el servicio se presta en un lugar distinto a Panamá, pero considera de fuente panameña a las sumas pagadas por tener su origen (el pago) en Panamá.

Algo similar ocurre con el artículo 694 (1-b) del Código Fiscal tal como fue adicionado en 2005. A este tema regresaremos más adelante.

#### 1.8 Situación actual del debate

Todavía para mediados de los 80s el principio de la fuente era reverenciado en Latinoamérica. Para esa época eran actuales las palabras del tratadista José Vicente Troya Jaramillo: "La doctrina latinoamericana ha sido muy firme en

defender el principio de la fuente, como atributivo de potestad tributaria. Hay que continuar defendiéndolo, propiciándolo, difundiéndolo y ampliándolo, sin perjuicio de considerar la existencia de otros principios aplicables a casos especiales."<sup>33</sup>

Por alentadoras que para el principio de territorialidad sonaran las palabras en itálicas de Troya, la situación fiscal de la región ha cambiado mucho desde esa defensa (en los años 80). Tanto ha cambiado la situación que el principio dejó de aplicarse en forma exclusiva sólo 6 años después en el propio país del autor Troya (Ecuador)<sup>34</sup>.

En la actualidad, el principio de territorialidad como criterio exclusivo para gravar la renta ha sido abandonado del pensamiento latinoamericano. Sólo tiene vigencia en los países latinoamericanos de menor magnitud económica. Esta situación ya la anunciaba cinco años atrás el venezolano Ronald E. Evans, en la prestigiosa revista Tax Notes International, cuando mencionaba que el principio fue impulsado en la región por cuatro décadas desde los años 50s, pero que ya el sub-continente tenía una "retirada total" del principio que reflejaba la situación mundial. En ese momento (2000), Evans listó la siguiente tabla de países con renta mundial y renta territorial35:

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Estudios de derecho tributario. José Vicente Troya Jaramillo. Quito, Ecuador. Corporación Editora Nacional, 1984, página 95. Citado por César Montaño Galarza. El Establecimiento Permanente. Temis. Año 2004. Pág 119. ISBN 958-35-0465-3.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> En Ecuador la Ley 56 de 22 de diciembre de 1989 introdujo el impuesto a la renta global o mundial. En Argentina fue la ley 24.073 de 1992.

<sup>35</sup> Ver: Tax Notes International Magazine. Septiembre 25 de 2000, Página 1471. Artículo: The Expanding Role of Income Tax Treaties in Planning Latin American Ventures.

País	Criterio de Vinculación para ISR	
Argentina	Renta Mundial	
Bolivia	Territorialidad	
Brazil	Renta Mundial	
Colombia	Renta Mundial (Parcialmente)	
Chile	Renta Mundial	
Costa Rica	Territorialidad	
Rep. Dominicana	Renta Mundial	
El Salvador	Renta Mundial	
Guatemala	Territorialidad	
Honduras	Renta Mundial	
Méjico	Renta Mundial	
Nicaragua	Territorialidad	
Paraguay	Territorialidad	
Perú	Renta Mundial	
Uruguay	Territorialidad	
Venezuela	Renta Mundial	

Tres años después (2003), según Susana Camila Navarrine y Rubén Oscar Asorey, actualizadores de la monumental obra del tributarista argentino Carlos Guiliani Fonrouge, esta lista se mantenía igual. Según ellos, de los 18 países latinoamericanos que en un momento defendían el principio de territorialidad sólo quedan 7 países con esa posición. (Bolivia, Nicaragua, Panamá, Costa Rica, Guatemala, Paraguay y Uruguay)<sup>36</sup>.

De los países listados recordemos que los dos últimos (Uruguay y Paraguay) no tienen Impuesto Sobre la Renta a las personas físicas<sup>37</sup> y basan su recaudación fiscal primordialmente en el IVA. Del resto, nuestro país mediante la ley 6 de 2005, ha variado su principio de territorialidad. Bolivia sigue un sistema parecido a nuestro 694, 1-b del Código Fiscal, llegando a serles aplicables a los bolivianos las conclusiones de cambio de principio de territorialidad que en Panamá hacemos<sup>38</sup>.

Lo mismo ocurre en el Uruguay, donde los servicios técnicos prestados por no residentes en Uruguay y los ingresos vía regalías a ellos pagados son exentos a menos que sean prestados a contribuyentes del Impuesto Sobre la Renta uruguayo. En este gravamen a servicios técnicos (y pagos por regalías) no se toma en cuenta el lugar de producción de la renta, siendo esta una clara desviación del principio de territorialidad. En esta desviación coincide el reporte de Uruguay ante el congreso anual del IFA para el 2005<sup>39</sup>.

Por último, las profundas reformas de Costa Rica pueden traer cambios en nuestros vecinos<sup>40</sup>.

Respetando a quienes tengan otras opiniones, no dudamos que pronto veamos un nuevo replanteamiento del sistema de territorialidad en Panamá, que termine por aceptar, en mayor o menor grado, la tendencia global y regional del gravamen de renta mundial de los residentes.

Fuera del mundo latinoamericano no parece tener mayor influencia la doctrina

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Ver Derecho Financiero. Carlos M. Giuliani Fonrouge. Página 128. Actualizado por S. C. Navarrine y R. O. Asorey. Volumen 1. Octava Edición. Editorial LexisNexis Depalma. Noviembre de 2003. Argentina. ISBN 950-14-1924-X.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Ver: Impuestos y Gastos Públicos de la Republica de Panamá. Pagina 194. Edison Gnazzo. Año 2003. ISBN 9962-02-447-1.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Artículo 51 de la Ley 843 de 20 de Mayo de 1986. César Montaño Galarza, en su libro, Derecho Tributario Internacional, El Establecimiento Permanente, realiza un excelente y conciso análisis de este artículo cuyo texto es idéntico a nuestro 694 1-b. (ISBN 958-35-0465-3, Año 2004, Página 88).

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Cahiers de Droit Fiscal Internacional. International Fiscal Association. 2005 Buenos Aires Congreso. Volume 90<sup>a</sup>. Source and Residence: new configuration of their principles. Albacete Gómez, Juan Alonso. Año 2005. Pág 735. ISBN 90 64 76137 X.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Recomendamos revisar el website del Ministerio de Hacienda Tico, donde el lector encontrará más información sobre las reformas de nuestros vecinos <a href="https://www.hacienda.go.cr">https://www.hacienda.go.cr</a>

de la territorialidad como criterio exclusivo para gravar la renta. En 2005, según los Argentinos Angel Schindel y Adolfo Atchabahian, eran pocos los países que tenían este sistema. Esta aseveración la hacen en el respetadísimo reporte general de la Asamblea Anual de la International Fiscal Association (IFA) de 2005, por lo tanto, creemos que esa es la opinión aceptada en el mundo fiscal, recordando que esta es la institución mundial más respetada en este medio. Los estudiosos argentinos, citan a Hugo Antonio Figueroa quien para 2003 identificaba con este sistema, sólo a Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Hong Kong, Kenya, Malasia, Nicaragua, Panamá, Uruguay, Paraguay y Singapur<sup>41</sup>.

#### 1. 9 Voces disidentes en los EE.UU.

Un giro interesante en el viejo debate entre principio de territorialidad / fuente – vs- residencia se ha dado en los últimos años entre grupos conservadores de los Estados Unidos al abogar por un gravamen exclusivamente territorial para ese país.

Entre estos grupos se encuentran poderosas y bien financiadas instituciones como el CATO Institute y el Heritage Foundation<sup>42</sup>.

Una característica de estos grupos es no tener mucha aceptación de los círculos académicos de la fiscalidad (por lo menos en cuanto a su idea de adoptar un sistema de

bahian. Año 2005. Pág 40. ISBN 90 64 76137 X.

territorialidad para EE.UU.). Incluso, podríamos inferir que los círculos académicos de la fiscalidad considerarían como simplistas a los argumentos de quienes abogan por un giro al sistema de territorialidad en los EE.UU.<sup>43</sup>. El congreso de la IFA de 2005 no tuvo, que sepamos, ningún tipo de participación de estos grupos, aún cuando uno de los temas del debate de 2005 fue los principios de fuente –vs- renta mundial.

En Panamá, hemos tenido en varias ocasiones la visita de Daniel Mitchell, senior scholar, del Heritage Foundation. El país ha tenido el privilegio de escuchar a Mitchell en más de una oportunidad. Aunque no compartamos todos sus argumentos, muchos nos encontramos agradecidos por el interés que ha tenido en ayudar a nuestro país en su defensa contra las listas negras de la OCDE. Sin desmeritar a Mitchell, a la organización a la que pertenece y al CATO Institute, no creemos que sus ideas logren calar en la fiscalidad americana en un futuro cercano. Tampoco creemos que se basen en consideraciones doctrinales y económicas sólidas. Por estas razones no ahondaremos más en estos pensamientos.

## 1.10 Razones por la que Panamá tenía un régimen exclusivamente Territorial antes del 2005

Respetando a quienes sostienen lo contrario, este autor no cree que la razón de nuestro régimen territorial se debía a la existencia de nuestro centro bancario y las actividades de venta de sociedades de algunas firmas locales. Recordemos que el mismo sistema lo tenía toda Latinoamérica, hasta hace unos años, sin que necesariamente tuviesen centros bancarios de importancia, ni ventas de sociedades.

Contrario a la opinión general, este autor cree que nuestra ley fiscal era territorial, por motivos prácticos más que por motivos de política pública. Nuestros

cuanto a su idea de adoptar un sistema de

41 Cahiers de Droit Fiscal Internacional. International
Fiscal Association. 2005 Buenos Aires Congreso.
Volume 90a. Source and Residence: new configuration
of their principles. Angel Schindel y Adolfo Atcha-

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Quien quiera leer más sobre las posiciones de estos grupos puede visitar sus websites: <a href="www.cato.org">www.cato.org</a> y <a href="www.cato.org">www.heritage.org</a>. Recomendamos la lectura de: <a href="">"International Tax Competition: A 21st-Century Restraint on the Government"</a>. Chris Edwards y Veroneique de Rugy. Cato Institute Policy Analisis No 431, Abril 12 de 2002. Adicionalmente: <a href="#">"The Adverse Impact of Tax Harmonization and Information Exchange on the Use Economy"</a>. Porsperitas 1. No 4 (Noviembre 2001). También resulta interesante la lecura de: <a href="mailto:">"Making American Companies More Competitive"</a>. Escrito por: Daniel J. Mitchell. Septiembre 25, 2003. (<a href="mailto:Backgrounder">Backgrounder</a> #1691).</a>.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> No encontramos buenos comentarios hacia las ideas de estos grupos en el título 11 de Foundations of Internacional Income Taxation. Michael J. Graetz. Foundation Press. Thomson-West. Año 2003. ISBN 1-58778-515-3.

impuestos, como lo mencionamos antes, no son compatibles con un criterio distinto al territorial. También como comentamos, sólo uno de nuestros impuestos puede aplicarse en forma extraterritorial, siendo este el Impuesto a la Renta<sup>44</sup>.

Existía también un aspecto práctico detrás de este gravamen meramente territorial y era que no teníamos muchos panameños generando renta fuera del país. Hasta hace muy poco, nuestras compañías panameñas no tenían presencia en el extranjero. Esto ha empezado a cambiar con la expansión hacia Centroamérica de algunos grupos locales.

Finalmente, el Impuesto Sobre la Renta en especial y los tributos en general no tenían, hasta hace unos años, la importancia recaudatoria que cobran en los años 90 y principios del siglo 21. Anteriormente el presupuesto panameño tenía otras fuentes de financiamiento como los impuestos de importación, empresas públicas y más acceso al crédito internacional<sup>45</sup>. Esta relativa falta de trascendencia del Impuesto

Sobre la Renta hizo que el sistema adoptado en Panamá y copiado en los años 50's y 60's de Latinoamérica haya seguido por "default" hasta las presiones fiscales recientes que llevan a las reformas 2002 y 2005.

Analicemos cómo operaba nuestro sistema territorial antes de 2005.

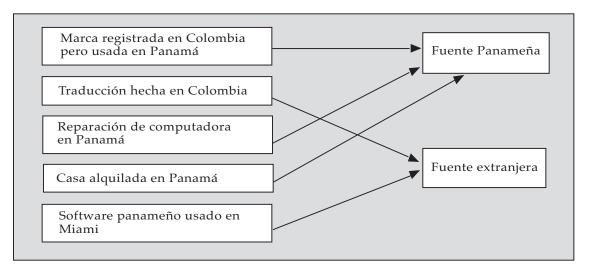
## 1.11 Forma en que operaba nuestra territorialidad antes de 2005

Antes del 2005, nuestra ley gravaba la renta producida en Panamá. Esto se hacía con base al artículo 694 de nuestro Código Fiscal, desarrollado por el artículo 9 del Decreto Ejecutivo 170 de 1993.

En líneas generales la regla para determinar la fuente de renta panameña podía resumirse así:

- a. Los bienes utilizados económicamente en Panamá producen fuente panameña.
- b. Los servicios prestados en Panamá producen renta de fuente panameña.

Esto traía como consecuencia lógica lo siguiente:



<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Quizás el de Licencias Comerciales (asumiendo que el activo es su base imponible). Un gravamen a los activos con alcances extraterritoriales fue propuesto por el CIAT en el año 2001. El recientemente aprobado impuesto a las ganancias de máquinas tragamonedas (de casino) quizás sea otro ejemplo. Holanda grava en forma extraterritorial las rentas de sus residentes generadas en casinos y juegos de azar. (ver The Dutch Approach. Matthijs Alink & Victor van Kommer. International Bureau of Fiscal Documentation. Pag. 42. Año 2003. ISBN 90-76078-57-2.)

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Ver Gaceta Fiscal, No 2, Año 2. Artículo: Problemática de la Administración Tributaria frente a la Reforma Fiscal 2005. Varios autores. Páginas 157 y ss. Publicada en 2005.

En líneas generales este es el sistema usado por la fiscalidad comparada<sup>46</sup>. Tal como citamos anteriormente, Gnazzo ha dicho que nuestro sistema de territorialidad se ha manejado de forma casi empírica, sin mayores consideraciones doctrinales. En jurisprudencia provista por Rivera esta falta de consideraciones o bases doctrinales sólidas se hace más que apa-

rente. Desde 1968, se han presentado al menos 11 casos donde se esgrimió el principio de territorialidad y/o el hecho de que parte de la renta objeto de alcances de la autoridad fiscal era de fuente extranjera y por tanto exenta.

Para sorpresa de este autor sólo un caso fue ganado utilizando este principio.

Casos donde el contribuyente se defendió utilizando el "principio de territorialidad"		
Año	Demandante	Resultado para el contribuyente
1968	Cemento Panamá (16/Julio/68)	Perdió
1971	Azucarera La Estrella (18/Ago/71)	Perdió
1984	Banco Comercial Antioqueño, S.A. vs. Director General de la Caja del Seguro Social (15/Jun/84)	Perdió
1995	Chiriquí Land Company vs. Director General de la Caja del Seguro Social (11/Ago/95) <sup>47</sup>	Perdió
1998	Altrix International (19/Ago/98)	Perdió
1998	Industrias Acuimar (19/Ago/98)	Perdió
1998	Paul Anthony Witmond (18/nov/98)	Perdió y Ganó (Resolución parcialmente derogada)
2000	Marketing Services and Products (6/abril/2000)	Perdió
2001	Smoot y Paredes (7/mar/2001)	Perdió
2001	Servicios Rogama (11/Jul/2001)	Perdió
2001	Andean Rental and Leasing Corp. (8/Ago/2001) <sup>48</sup>	Perdió
2001	Software Technology (3/Oct/01)	Perdió
2001	Litwin (20/Sept/01)	Ganó <sup>49</sup>
2005	Inscripción en RUC (28/Dic/2003)	Perdió

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Ver el *Internal Revenue Code* de los Estados Unidos en sus secciones 961 (Título 26, Subtítulo A, Capítulo 1, Subcapítulo N, Parte I, Sección 861). Rosseto hace una recopilación de las leyes de fuente en el Uruguay y se observa un texto muy parecido al nuestro. La influencia del cono sur en la tributación latinoamericana es la razón de esta similitud (Ver Rossetto, capítulo III).

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Este caso, junto a Banco Comercial Antioqueñ, S.A. (1984) son comentados por Salvatore Basile en un artículo publicado en este mismo número de la Gaceta Fiscal – Panamá.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Aquí el contribuyente alegó que una venta de bienes ocurrió fuera del territorio nacional y por tanto la misma no producía renta de fuente panameña.

<sup>49</sup> Sin embargo el p. de territorialidad no fue el argumento fundamental, sino la condición de residencia de la sucursal para escapar de la retención por remesas.

Estas estadísticas parecen indicar que el maestro Gnazzo tiene razón al decir que en nuestro país hemos carecido de bases conceptuales sólidas que definan el principio de territorialidad.

Otro punto que abona a sostener esta falta de claridad conceptual es la falta de definición, para propósitos fiscales, del término "territorio". Esta frase no ha sido definida, para propósitos fiscales, por nuestra ley (fiscal) lo que ha causado al menos 1 caso en los que el término debió ser solucionado recurriendo a la definición que del término da nuestra Constitución, el Código Administrativo50, y el Derecho Internacional Público. Este fue el caso de los pilotos de la aerolínea COPA. Estos empleados alegaban estar laborando fuera del territorio nacional mientras estaban en los aviones de esta aerolínea. La Procuraduría de la Administración, en respuesta C-No269, a consulta formulada por el Director de Ingresos, reconoció la falta de una definición del término para propósitos fiscales y concluyó, en base a nuestra Constitución, el Código Administrativo, y el Derecho Internacional Público que los aviones abanderados en Panamá son territorio de nuestro país.

Muchos de los problemas asociados con el manejo casi empírico que se le ha dado a nuestro sistema todavía permanecen vigentes. Permanecen todavía porque las reglas generales para determinar la fuente de renta panameña son iguales con cuatro excepciones importantes que son:

- La renta generada por servicios realizados por residentes<sup>51</sup> panameños.
- La renta generada por no-residentes mediante servicios prestados a residentes.

- 3. Los asalariados extranjeros que reciban su sueldo de casa matriz y gocen de un permiso de "visitantes temporales".
- 4. Traspasos en Zona Libre correspondientes a operaciones exteriores.

Los dos primeros cambios fueron introducidos mediante la ley 6 al añadir dos parágrafos al artículo 694 del Código Fiscal. El tercer cambio fue introducido mediante las reformas al Decreto Ejecutivo 170 de 1993 producidas en noviembre de 2005.

Estos dos parágrafos vienen a complementar un gravamen que ya existía a la renta del contribuyente donde sea que se generara. Este gravamen recaía sobre el sueldo del empleado público<sup>52</sup>. Nuestro Artículo 694, parágrafo 1 lee:

"Se considerará producida dentro del territorio de la República de Panamá, la renta proveniente del trabajo personal cuando consista en sueldos y otras remuneraciones que el Estado abone a sus representantes diplomáticos o consulares... a quienes encomienda la realización de funciones fuera del país."

Junto a estos dos parágrafos, el Reglamento del Impuesto a la Renta (tal como fue modificado en 2005) trajo otra modificación al principio de territorialidad que la ley no contempló.

Como un apéndice a estos cambios debemos realizar el análisis de un cuarto punto que cambia en 2005 nuestro entendimiento de las rentas de fuente panameña, siendo este la modificación al tratamiento fiscal de los traspasos dentro de las zonas libres.

Analicemos estos cuatro cambios.

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Artículo 3 de la CN y 1 del Código Administrativo.

<sup>51</sup> Entendiendo el término residente como quien permanezca en el país más de 70% de su tiempo anual.

<sup>52</sup> Este gravamen es usual en el resto del mundo, pero reconociendo que es un impuesto a la renta mundial del considerado "residente" aún cuando no reside en el país. Ver. Curso de Finanzas, derecho financiero y tributario. 8va Edición actualizada y ampliada. Héctor Belisario Villegas. Pág. 746. Editorial Astrea. Argentina. Año 2003. ISBN 950-508-582-6.

### PARTE II Cambios introducidos al principio en 2005

### <u>Cambios introducidos con la reforma</u> <u>2005 al principio de territorialidad</u>:

Con la reforma 2005, se introducen 2 parágrafos que cambian nuestro sistema de territorialidad (parágrafos 1-a y 1-b al artículo 694 del Código Fiscal). Con la reglamentación de esta reforma se introduce otra desviación del principio de territorialidad en el artículo 10 (b) del Decreto 170 de 1993 (luego de ser reformado en 2005).

El primero de estos cambios grava en forma extra-territorial al residente en Panamá que genere renta cuya fuente sea los servicios. El segundo grava al no residente que reciba pagos desde Panamá si estos han sido deducidos por contribuyentes panameños. El tercer cambio exonera a ciertos extranjeros con visa de visitante temporal si sus patronos realizan transacciones que se perfeccionen, consuman o surtan sus efectos en el exterior.

A continuación analizamos estos tres cambios:

#### 1. Primer Cambio

## 1.1 Servicios realizados por Residentes en Panamá (Art. 694, 1-a; Código Fiscal):

Tratemos de desgranar las palabras de este parágrafo.

### "Artículo 694, Parágrafo 1-a:

..., se considerará producida dentro del territorio..., la renta proveniente del ejercicio de profesiones,... y toda clase de prestaciones de servicios efectuados por personas naturales dentro del territorio... Cuando la prestación de servicios implique la realización de trabajos *dentro y fuera* del territorio nacional, se reputará de fuente panameña toda la renta producto de los servicios prestados cuando el contribuyente persona natural haya permanecido en el territorio... por lo merios el setenta por ciento (70%) de los días del año calendario..."

La importancia de estas 2 palabras (<u>dentro y fuera</u>), así como la conjunción <u>"y"</u>

es que parecen excluir a los servicios realizados con trabajos exclusivamente fuera del país, haciendo necesario que el servicio se realice con trabajos en ambos sitios (*dentro y fuera*).

Tratemos de ver esto con ejemplos:

### Ejemplo 1:

Juan, es beisbolista de las grandes ligas. Se jubila y se retira a Boquete. Una vez al mes se va a Miami por 1 semana para dar clases de béisbol a un equipo triple A.

En este ejemplo resulta claro que Juan no está sujeto al gravamen panameño porque:

- 1. Genera rentas de fuente extranjera.
- 2. El artículo 694, 1-a, no le aplica por no estar "realizando servicios que impliquen la realización de trabajos *dentro y fuera* del territorio nacional" (recuerde que en Panamá no realiza servicios).

La teoría fuera completamente opuesta si Juan fuera contratado para dictar la clase de béisbol por videoconferencia (desde Boquete) un mes y personalmente (en Miami) el mes siguiente. En este caso sí tendríamos un servicio (dictar clases) que implica la realización de trabajo *dentro y fuera* del territorio nacional. Por lo que se aplicaría el 694, 1-a de nuestro Código Fiscal.

El lector debe notar la importancia de la frase: "servicios que impliquen la realización de trabajos *dentro y fuera*". La importancia de esta frase no ha sido desarrollada por el reglamento que sólo se limitó a repetir las palabras de la ley.

¿Qué quiere decir esto? Estamos o no en lo cierto al decir que un servicio realizado exclusivamente con trabajos en el extranjero no produce "renta de fuente panameña"? Este punto no fue tocado por el reglamento de Renta (DE 143 de 2005) ni por sus dos modificaciones posteriores (DE 177 y DE 188 de 2005). Por tanto la tesis de este artículo no fue confirmada o negada por el mismo.

#### **1.2** Dos excepciones poco entendibles:

El artículo introduce dos excepciones que no parecen encajar bien con la técnica del impuesto a la renta. Tratemos de analizar ambas excepciones al gravamen a la prestación de servicios realizados con trabajos dentro y fuera del país.

### Primera excepción:

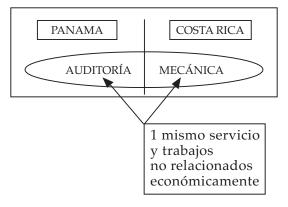
La primera de ellas hace relación a la prestación de servicios en el extranjero si no está ligada económicamente a la actividad gravable que el contribuyente realiza en Panamá.

El primer error de este artículo es no entenderse a sí mismo. El artículo grava a las rentas provenientes de servicios realizados con trabajos dentro y fuera del país. Es decir sólo grava la renta generada fuera del país si es la continuación de un servicio realizado dentro del país. Por esto, en todo caso, el contribuyente tendrá una actividad cuya renta es gravada en Panamá, que es continuada en el extranjero (de ahí el término servicios con trabajos realizados dentro y fuera).

No parece poder existir un servicio que se presta con trabajos en dos lugares distintos, pero donde parte de este servicio no esté económicamente ligado consigo mismo. Veámoslo gráficamente. Pensemos en un servicio de auditoría para un grupo con operaciones en Panamá y Costa Rica. Este servicio va a necesitar la prestación de servicios dentro y fuera del país. Es decir si el auditor (persona natural) audita en ambos países y si permanece 70% de su tiempo en Panamá, termina gravado por la renta total recibida por este servicio. En este caso siempre la actividad realizada en el extranjero va a estar relacionada con la actividad gravada en Panamá (recordemos que es el mismo servicio).



Para poder cumplir con el artículo la gráfica debe verse como sigue:



De esta forma pareciera cumplirse con un servicio que implica trabajos realizados dentro y fuera del país, pero donde los servicios prestados fuera del territorio nacional (mecánica) no están relacionados económicamente con las actividades gravables dentro del territorio nacional (auditoria).

¿Cuántos de estos servicios pueden entrar en esta categoría? Lamentablemente no muchos, haciendo esta exención de ley, difícil de cumplir en la práctica. Tal vez por esto el reglamento se limita a repetir el texto de la ley sin mayores aclaraciones al respecto (ver artículo 9,b del DE 170 de 1993).

Lo único nuevo que trae el Reglamento es colocar esta exención en la categoría de "Rentas de Fuente Extranjera" (artículo 10-c, DE 170). El artículo 694, 1-a, aún cuando usa el mismo texto (...no están relacionados económicamente...) colocaba a esta frase en un contexto distinto y que claramente hacía alusión a:

- 1. El parágrafo 1-a del artículo 694.
- 2. A los servicios realizados por personas que permanezcan más del 70% de su tiempo en Panamá.

Como lee el reglamento alguien podría interpretar que las personas jurídicas también son alcanzadas por el gravamen extraterritorial de sus rentas si realizan, en el extranjero, actividades que estén económicamente relacionadas con las llevadas a cabo en Panamá. Esta situación sumada al precedente dado por la corte en el caso ALTRIX, podría ser una combinación peligrosa que incline la balanza a favor de esta interpretación.

Creemos este un error no intencionado por el Reglamento. Sin embargo, lo creemos un error cuyas consecuencias podrían ser muy costosas y, tal como lo estipula nuestro Código Civil, no podemos dejar de reconocer que este reglamento tiene fuerza de ley hasta tanto la corte no se pronuncie sobre esta ilegalidad (ver artículo 15 del Código Civil).

¿Abre este texto el camino para que la DGI considere gravadas las rentas obtenidas por personas jurídicas fuera del país si están ligadas económicamente con servicios prestados en Panamá?

Esta es una pregunta que permanecerá abierta hasta que se reforme el reglamento. Como nos ha tocado ver en más de una ocasión, las reformas duran mucho más de las intenciones de los actuales funcionarios. Ante situaciones como esta y con muy buenas intenciones, la respuesta del funcionario público tiende a ser que la posición de la DGI no es lo que puede inferirse del texto.

¿Estará todavía ese funcionario o al menos esas buenas intenciones por el tiempo que permanezca en vigencia el texto del artículo 10-c, del DE 170 de 1993 según fue reformado en 2005?

#### Segunda excepción:

Una segunda excepción tiene relación con la prestación esporádica de servicios fuera del territorio nacional para:

- 1. Atender consultorías,
- 2. Presentaciones profesionales,
- 3. Conferencias,
- 4. Actividades similares a las tres.

El primer impedimento para comprender este artículo es conocer qué se quiso decir con la palabra "esporádica". Repetimos las palabras textuales de la norma:

"Se exceptúan de esta disposición aquellos contribuyentes que presten servicios *esporádicamente* fuera del territorio nacional para .... aun cuando los períodos de estadía fuera del país durante un año no alcancen el treinta por ciento (30%) de los días del año calendario".

Esta palabra debe ser entendida en su sentido natural y obvio<sup>53</sup> teniendo este una connotación de poca habitualidad, de operaciones eventuales, etc. La Real Real Academia Española nos dice que el término significa algo ocasional, sin ostensible enlace con antecedentes ni consiguientes. Si esto es así el término debe entenderse en oposición a algo permanente y constante. Por esto, no parece entenderse esta excepción con el resto del artículo que sólo grava a quienes permanezcan por más de 70% del año en Panamá. Es decir todo el que permanezca más de ese término (70% del año) pareciera no poder tener actividades constantes (en oposición a esporádicas) en el extranjero.

Por lo anterior no entendemos bien a qué se quiso referir la norma, ya que todo servicio que se preste por menos del 30% del tiempo de una persona pareciera ser esporádico. Tampoco entendemos bien porqué sólo la lista limitada de exenciones que tiene el artículo.

Tratando de hacer lógica al artículo creemos conveniente ver las exenciones con los siguientes ejemplos:

### Ejemplo 2:

Un mecánico de botes de lujo viaja de Panamá a Jamaica para explicarle a otros mecánicos como se repara el óxido de los barcos. Esto se hace una sola vez en el año, tomando el trabajo sólo 2 semanas. El resto del año trabaja en Panamá.

En este ejemplo vemos claramente la aplicación de un servicio esporádico de presentación profesional (asumimos que 2 semanas al año no hacen permanencia)

<sup>53</sup> En atención al Artículo 10 del Código Civil.

y la permanencia en el país por más de 70% del año.

### Ejemplo 3

¿Cambiaría la respuesta si este mecánico viaja todos los años por esas 3 semanas? ¿Dejaría de ser un "servicio esporádico"?

En esta segunda situación del mismo mecánico, pareciera cumplirse con los siguientes requisitos de la exoneración:

- 1. Presentación profesional.
- Aún cuando no sobrepase 30% del año.

A pesar de cumplir con estos dos requisitos pareciera pensarse que no hay el elemento de "esporádico" que debe tener el servicio. Esto lo decimos porque se realiza en forma constante (todos los años).

### Ejemplo 4

¿Cambiaría la respuesta si viaja todos los meses 1 día?

Notemos que 1 día al mes serían sólo 12 días al año. Es decir menos de 3 meses y sigue siendo un servicio de "presentación profesional". Sin embargo, ¿continuará siendo "esporádico"? Después de todo hay algo de permanencia si se viaja todos los meses.

Quizás por lo poco entendible del término, el reglamento prefirió ignorar la palabra esporádicamente (ver artículo 10, k del DE 170 de 1993). Al haber ignorado este término el reglamento deja una puerta abierta para malas interpretaciones en el futuro. Recordemos que al no mencionar un término vía reglamento no se está eliminando el texto claro de la ley al mencionar que el servicio referido debe ser prestado en forma esporádica. Para muestra de la confusión que esta palabra causará, puede notarse su re-aparición en la pregunta 19 del suplemento informativo Reforma Fiscal, publicado en La Prensa el día 6 de Febrero de 2006.

## 1.3 Cambio introducido por este artículo:

El cambio significativo de este artículo es que anteriormente se gravaba en Pana-

má sólo la proporción de horas hombres trabajadas dentro del territorio panameño<sup>54</sup>. Ahora la ley grava con ISR toda la renta si sólo un momento de ese tiempo se llevó a cabo fuera de Panamá.

## 1.4 <u>Ventajas significativas de este</u> artículo:

La ventaja más importante de este artículo es, en opinión de este autor, servir para que en el futuro cercano se debata la equidad fiscal desde el punto de vista del gravamen a quien esté en nuestro país, consuma los bienes y servicios públicos, pero que tenga gran parte de su renta exenta por el sistema de territorialidad o por otro tipo de régimen.

Adicionalmente el parágrafo trata de evitar un supuesto abuso que, según declaraciones informales de la DGI, existía con la realización de trabajos fuera del país y su consecuente declaración de "rentas exentas" en virtud de las horas hombres efectivamente laboradas en el extranjero.

A diferencia de quienes piensan lo contrario y respetando esas opiniones, no creemos que la reforma introducida por la Administración Torrijos sea mala *per sé*. Esto se debe a que no creemos que el sistema de territorialidad anterior a la misma deba permanecer intacto sin ningún tipo de modificación. Quizás el paso del tiempo ha hecho que este principio de territorialidad necesite un replanteamiento en nuestro sistema, como ya ocurrió en el resto de la región.

Quizás la ventaja más significativa de este artículo esté en crear conciencia de que existen bases conceptuales sólidas para pensar que los residentes deben tributar más allá de sus rentas generadas en el país en reconocimiento de que esos ingresos se han generado (en parte) por la protección de Panamá y por los servicios públicos que el país le ofrece. Quien dude de estos servicios y protección puede recordar la defensa que el país realizó ante la OCDE y sus esfuerzos para sacar a Panamá de las

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Ver el 9, a del 170 de 1993, antes de 2005.

llamadas "listas negras" de varios países. De la misma forma los esfuerzos y sacrificios que el país realiza ante la firma de Tratados de Libre Comercio y su negociación.

## 1.5 Inconsistencias / Desventajas del artículo:

La primera desventaja de este artículo es la falta de definición del término "esporádicamente". Esta falta de definición causará el problema que hemos anotado antes, en donde no se puede medir si la permanencia (en oposición al elemento "esporádico") ha de ser medido en un solo periodo fiscal o en varios consecutivos. Como mencionamos antes, no nos convence la eliminación vía reglamento de esta palabra y vaticinamos confusiones en el futuro cercano.

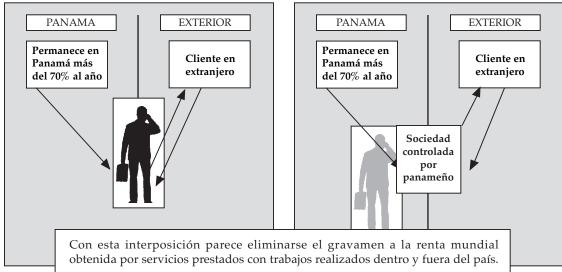
Como segunda desventaja se observa la poca lógica de gravar a los servicios realizados con trabajos dentro y fuera del país, frente a los realizados con trabajos sólo fuera del país. En forma tradicional, en la mayoría de los países que gravan la renta mundial del residente, se grava la renta de este residente sin importar que el servicio se haya realizado en parte en el país de

residencia y en parte en el extranjero. Por esta razón no entendemos bien el sentido que se utilizó para sólo gravar la renta mundial obtenida por servicios con trabajos dentro y fuera del país, pudiendo haberse gravado la renta proveniente de servicios independientemente de realizar el servicio por entero fuera del país.

Una tercera inconsistencia es el gravamen sólo a la persona natural y no a la persona jurídica. Es cierto que existen casos donde sólo se grava la renta mundial del residente persona natural y se grava a las personas jurídicas solo sobre su renta territorial (Francia siendo el caso más notable). Sin embargo, estos casos sólo ocurren con normas anti-elusión tendientes a evitar que la sola interposición de una persona jurídica elimine el gravamen al residente.

Como quedó nuestro Código Fiscal y su reglamentación, sólo basta interponer una sociedad sin operaciones y, a través de esta generar el ingreso con trabajos dentro y fuera del país. Luego el ingreso sería distribuido vía dividendos exentos a la luz del artículo 694 (P. 2-c) del Código Fiscal.

La siguiente ilustración trata de explicar el caso:



Nótese que no se viola el 710-A. También nótese que no tenemos una norma general anti-evasión que evite esta estructura.

Esta fácil forma de elusión del 694, 1-a, crea el cuarto error que consideramos el menos equitativo desde el punto de vista fiscal.

Quizás el único que no puede eludir al 694, 1-a, mediante la interposición de una forma corporativa (que al final bien puede ser sólo un papel) es el asalariado que al ser enviado al extranjero tendrá "rentas generadas por servicios con trabajos realizados dentro y fuera del país". A este asalariado será el que más golpeará el 694, 1-a.

Como última gran desventaja del artículo está la creación de una doble tributación internacional sin posibilidad de aliviarla de forma unilateral. Recordemos que el 694, 1-a, empieza a gravar la renta mundial de quien realice servicios con trabajos dentro y fuera del país. Por consiguiente parte de esta renta de servicios fue generada "fuera de Panamá". Es seguro asumir que en el país donde esa renta se genere, se gravarán dichas rentas.

Esta doble tributación no tendría nada de novedoso porque casi todo el mundo grava a sus residentes con base a la renta mundial. Lo que sí tiene de distinta esta doble tributación es que no tenemos forma de aliviarla. Al final de este artículo analizaremos las consecuencias que este gravamen extraterritorial tiene para Panamá y se observará si estamos o no obligados a aliviar la doble tributación que causamos con ambos parágrafos introducidos al artículo 694 mediante la ley 6 de 2005.

De la misma forma, en algunos casos, es probable que quien esté en Panamá por más del 70% de su tiempo sea considerado residente<sup>55</sup> en otro país también. Esto haría que la norma panameña cause una doble residencia desde el punto de vista fiscal. En este caso se crearía la posibilidad de una

triple tributación (en Panamá, en el lugar donde genera rentas y en el otro lugar donde se le considera residente). En ausencia de tratados tributarios no tendríamos lo equivalente al artículo 4 del Modelo ONU / OCDE<sup>56</sup> que proveería una regla que rompería esta doble residencia (*tie breaker rule* en inglés).

Hasta aquí analizaremos al 694 1-a, y nos moveremos a analizar la segunda forma como la ley 6 de 2005 cambia nuestro sistema de territorialidad.

# 1.6 Gravamen al no-domiciliado, sujeto a retención del remesante (Parágrafo 694, 1-b, Código Fiscal):

La segunda forma en que cambia nuestro principio de territorialidad es en el gravamen al no-domiciliado que realiza servicios desde fuera de Panamá a un residente en Panamá si el residente toma la remesa enviada al primero como un gasto deducible de su renta panameña.

Panamá, como todo otro país con impuesto sobre la renta, siempre utilizó el sistema de retención en la fuente para gravar a los no-domiciliados que obtuviesen rentas en nuestro país. Esto se realizaba con el entendimiento de que era la última oportunidad para gravar a quien generaba rentas en nuestro país, pero que, por no ser residente no estaba sujeto a nuestra jurisdicción.

Analicemos como se gravaban nuestras remesas antes de la reforma 2005.

#### 2. Segundo Cambio:

## 2.1 Retenciones panameñas a las remesas enviadas a no-residentes antes de 2005

Antes de 2005, las remesas enviadas a no-residentes y atribuibles a rentas generadas en territorio panameño eran sujetas a

<sup>55</sup> Casos como los de EUA, Sur Corea y Filipinas, sería los más significativos ya que estos países consideran gravado sobre su renta mundial al ciudadano aunque no sea residente.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> ONU (Organización de Naciones Unidas) y OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico), ambas tienen un modelo muy parecido.

retención. Esto sigue el principio universalmente aceptado que los no-residentes, por no ser sujetos a nuestra jurisdicción, están fuera del alcance de la administración tributaria.

Las reglas de atribución de renta panameña eran también fácilmente comprensibles. Como lo mencionamos en líneas anteriores, estas reglas fácilmente se podían resumir en dos<sup>57</sup>:

- 1. Los servicios prestados en Panamá producen renta de fuente panameña.
- Los bienes, derechos y capitales utilizados económicamente en Panamá producen renta de fuente panameña.

Sin ningún tipo de gravamen extraterritorial<sup>58</sup>, no era relevante si el contribuyente tenía o no un Establecimiento Permanente o cualquier otra clase de presencia para propósitos fiscales. De esta forma cualquier ingreso de fuente panameña era gravado sin importar quien lo recibiera (aquí vemos consistencia con el concepto jurídico de territorialidad de la ley). Por consiguiente, los no-residentes eran sujetos a impuesto sobre la renta en cada remesa de ingresos de fuente panameña. Las tarifas regulares de impuesto sobre la renta aplicaban a esta remesa y el contribuyente tenía la opción de declarar rentas y aplicarse las deducciones que pueda haber incurrido en producir este ingreso<sup>59</sup>.

## 2.2 Cambios introducidos en Febrero de 2005

A primera vista, el primer cambio introducido en Febrero de 2005 a las remesas realizadas a no-residentes es que sólo el 50% de este pago es gravado a las tarifas regulares. Estas remesas sufren retención si cumplen los siguientes dos requisitos<sup>60</sup>:

- Si las remesas han sido deducidas para propósitos del Impuesto Sobre la Renta por el contribuyente que las envió.
- 2. Si el servicio tiene incidencia en la generación de la Renta.

Esta primera impresión fue objeto de interpretaciones en los meses siguientes a la reforma. Estas interpretaciones nos merecerán comentarios en líneas siguientes.

En todo caso, estas dos condiciones se desvían de lo que sería más entendible, es decir, una retención a cualquier ingreso generado en Panamá por un noresidente (como el fisco americano hace con los llamados "fixed or determinable income" bajo la Subsección 871 (A) (1)).

Al desatender el lugar de generación del ingreso, Panamá está en efecto gravando ingresos de fuente local, pero también de fuente extranjera. La extraterritorialidad fiscal no representa mucho porque es una consecuencia aceptable de aplicar el criterio de la renta mundial al residente. Sin embargo, empieza a hacer una diferencia ya que Panamá no provee ningún mecanismo para aliviar esta doble tributación y debido a que los noresidentes pueden no tener ninguna conexión a la jurisdicción de Panamá bajo las normas del Derecho Internacional Público.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Ver artículo 9, Decreto Ejecutivo 170 de 1993. (Antes de la reforma 2005)

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Como mencionamos antes, una excepción bien reducida existía a este principio de territorialidad siendo el ingreso de los empleados públicos. Este ingreso era gravado con el impuesto panameño sin importar donde se generara.

Edison Gnazzo observaba una clara inconsistencia entre el reglamento del impuesto (art. 149 del DE 170) y la ley (art 733 del C. Fiscal) que pretende reglamentar. Según Gnazzo, la ley le asigna carácter definitivo a la retención, mientras el Reglamento contradice esta norma al permitir la devolución. Coincidimos con Gnazzo en esta inconsistencia. Impuestos y Gastos Públicos de la República de Panamá. Página 161. Edison Gnazzo. Año 2003. ISBN 9962-02-447-1

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> Estas dos condiciones fueron puestas por la ley 6 de 2005, que reformó el Código Fiscal de Panamá en su artículo 694, 1-b.

#### 2.3 Ventajas de este artículo:

El artículo lleva una buena intención al querer frenar las posibles evasiones que se den al declarar gastos deducibles por servicios prestados fuera del país, sin que se pueda indagar la veracidad de estos servicios.

La buena intención del artículo es frenar este supuesto abuso. Lamentablemente no creemos posible poder cuantificar cuantos de estos abusos en verdad sucedieron pero podemos asumir que la ausencia de tratados de información tributaria y la facilidad de la manipulación del lugar de generación del ingreso (sobre todo en los servicios) dan algo de justificación a la medida.

Quizás la mayor ventaja de este artículo es abrir los ojos a que no podemos seguir teniendo un Impuesto Sobre la Renta sin normas anti-evasión que tiendan a impedir que la recaudación del impuesto se vuelva meramente ilusoria.

## 2.4. Desventajas / inconsistencias del parágrafo:

## 2.4.1. Primer defecto (falta de definición del término residencia para efectos fiscales):

El primer defecto de este artículo es carecer de una definición del término "residente". El término no ha sido definido por nadie en nuestra ley fiscal, ni sus reglamentos.

La razón para esta falta de definición del término se encuentra en que, hasta el 2005, no parecía tener mayor importancia quien era o no residente, ya que el principio de territorialidad con carácter restringido hacía irrelevante esta definición<sup>61</sup>. Esto lo decimos porque quien generara rentas en Panamá estaba gra-

vado con nuestro impuesto sea o no residente.

En los sistemas que utilizan junto con el de territorialidad el criterio de la residencia, este término es central para determinar la exposición fiscal de un contribuyente. Tanto es así, que David Tillinghast ha dicho que nada es más fundamental para entender el sistema de impuesto a la renta federal de los Estados Unidos que la definición de "residente" y "no-residente"<sup>62</sup>.

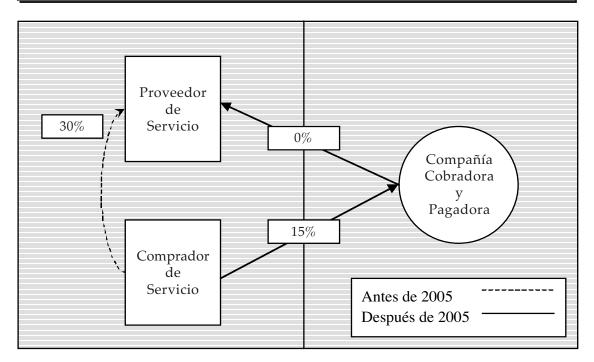
Veamos la forma que esta falta de definición tiene el potencial de terminar con el régimen del artículo en la práctica. Imaginemos un proveedor de servicio que siempre ha vendido a sus clientes en Panamá, siendo también domiciliado en Panamá. El gravamen de esta renta generada en Panamá era y es 30% de la utilidad neta.

Con la reforma 2005 y la incorporación del parágrafo 1-b al artículo 694 del Código Fiscal, este proveedor puede incorporar una sociedad (sin mayor actividad, siendo sólo una compañía de gaveta) no domiciliada en Panamá y a través de esta, facturar el mismo servicio. Como resultado el comprador terminará realizando una retención de 15% (en lugar de tener un gravamen a la renta de 30%). Si los números de la transacción (márgenes de utilidad) sustentan esta lógica, el proveedor panameño puede reducir, de forma significativa, su renta a pagar en Panamá.

Si la tesis de este artículo es la correcta y en menor medida, aún sin serlo, estaremos perdiendo ingresos de importancia con una operación relativamente sencilla. Tratemos de ver esto gráficamente:

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Salvo el caso muy reducido de las remesas al exterior que analizaremos en breve.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Vea: Foundations of International Income Taxation. Michael J. Graetz. Foundation Press. Pág 79. Año 2003. ISBN 1-58778-515-3.



El nuevo artículo 710-A, en su numeral 3 puede presentarse como un impedimento a esta figura, pero como anotamos antes, las buenas intenciones del artículo pueden verse truncadas, debido a que nuestro fisco no posee la herramienta necesaria (acuerdo de información) para poder cerciorarse de que esta sociedad (sin mayor actividad, siendo sólo una compañía de gaveta) beneficia a un domiciliado en Panamá.

Más aún, quizás la frase ("benefician") puede no aplicarse al caso de los dividendos, siendo esta la vía por la que los fondos se recibirían por el domiciliado en Panamá. Este punto escapa al alcance de este artículo. En todo caso y en adición a acuerdos de información con otros países, debemos tener normas claras anti-elusión para poder cortar posibles abusos (sustancia sobre forma, fraude a la ley, etc.).

Analicemos la definición que hemos tenido de residencia a nivel jurisprudencial y veamos porqué complica la labor de fiscalización de la DGI.

## Definición de Residencia a nivel de Jurisprudencia:

En ausencia de una definición legal o reglamentaria del término "residencia",

nuestra jurisprudencia ha tenido que debatir en más de una ocasión el significado y alcance del término.

En estos casos se debatió el término para propósitos de determinar si procedía o no la retención por remesas enviadas a no-residentes en Panamá. La corte simplemente señaló que la mera inscripción en el registro público hace que la sociedad extranjera sea "domiciliada" en Panamá.

En el caso LITWIN, de 20 de Septiembre de 2001, la Corte dio la razón al contribuyente al argumentar que solo la inscripción en el registro público como sucursal hace de una sociedad extranjera un "residente" en Panamá. La DGI en este caso había tratado que la Refinería de Panamá, empresa que remesaba sumas de dineros a LITWIN, pagase por las rentas que debió retener a esta compañía que, en opinión del fisco, sólo contaba con una inscripción en el Registro Público. Al no tener oficinas, según el fisco, no se cumplía el artículo 82 del Código Civil al decir que el domicilio de las personas jurídicas está en el lugar donde tienen su dirección o administración.

La falta de oficinas era, para el fisco, suficiente para decir que no existía domicilio en Panamá. La Corte desechó este argumento diciendo que los artículos 60 y 284 del Código de Comercio, así como el artículo 90 de la ley 32 de 1927, señalan que el domicilio de las personas jurídicas se puede establecer con la inscripción en el registro público. Según la Corte, estas normas son especiales frente a las citadas por el fisco (Código Civil) y por lo tanto se preferían ante las "generales" usadas por el fisco.

Este mismo razonamiento fue usado por la corte en sentencia de 23 de julio de 1981 para liberar al Banco de Colombia, S.A. de la obligación de retener a *Marine Midland Bank* y a *The Chase Manhatan Bank*, N.A. quienes, según palabras de la Corte, "por el solo hecho" de estar constituidas como agencias o sucursales en la República se consideran domiciliadas aquí.

En este punto debemos anotar el salvamento de voto que de esta sentencia realizó el entonces magistrado Lao Santizo Pérez, cuando expresó que el artículo 284 del Código de Comercio sólo da el carácter de domiciliado en Panamá a la sucursal y no a su casa matriz. El argumento de Santizo es relevante en ese caso porque la contratación se dio con las casas matrices de los bancos extranjeros y no con sus sucursales panameñas. Los argumentos de Santizo fueron interesantes pero no acogidos por el fallo de la corte.

## 2.4.2. Segundo defecto (puede no estar gravando la renta):

El diseño de esta cláusula no va de la mano con el propósito fundamental de la retención por remesas, siendo este gravar la renta generada por extranjeros no sujetos a nuestra jurisdicción. Es decir, el objetivo y razón de ser del sistema de retención en la fuente no es necesariamente anti-elusorio sino servir como una medida de eficiencia en el cobro.

Dejando a un lado la inconsistencia de este régimen con nuestro sistema de territorialidad anterior, debemos anotar que este régimen deja de ordenar la retención<sup>63</sup> a la renta producida por extranjeros en dos momentos importantes. Estos momentos son:

- 1. Cuando el remesante está en pérdida y no necesita gastos deducibles.
- 2. Cuando el remesante no está gravado con el impuesto sobre la renta<sup>64</sup>.

No parece haber una justificación sólida para crear este hueco en nuestro sistema de tributación a no residentes. Como se verá en el siguiente apartado este defecto crea una inconsistencia difícil de entender al dejar que un mismo proveedor de un mismo servicio esté sujeto a retensión en forma desigual creándose una incertidumbre en el precio por él a facturar. De la misma forma crea un inconveniente difícil de salvar al momento de querer utilizarse esta retención para crédito fiscal externo o el régimen de exención en el país de residencia del remesado.

Más adelante debatiremos este punto.

## 2.4.3 Tercer defecto (quizás no está de acuerdo al DIP):

El tercer defecto que anotamos es la poca coordinación que este parágrafo tiene con el Derecho Internacional Público.

Aunque estamos lejos de tener una estandarización del sistema fiscal internacional, sí podemos notar que existe poca conexión para que el país grave rentas generadas fuera de nuestro país por no-

<sup>63</sup> Nótese que decimos deja de ordenar, en oposición a deja de gravar. Como explicaremos luego, estas sumas si parecen estar sujetas a gravamen (al menos de acuerdo al Código Fiscal y al llamado principio de territorialidad).

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Un contribuyente puede no tener rentas gravadas por percibir rentas que el Código considera de esta forma o porque él como contribuyente se encuentra exento (Contribuyente en Ciudad del Saber, Iglesias, etc.).

residentes. Este gravamen no sigue el criterio de la fuente ni tampoco el criterio de la residencia.

Recordemos que el hecho generador de este impuesto llega a ser la deducción que realice el remesante panameño. Sobre esto entraremos en detalle en el siguiente apartado. Sin embargo, recordemos que el Derecho Internacional Público no prohíbe el gravamen extraterritorial y tampoco prohíbe que este gravamen extraterritorial provoque doble o múltiple tributación<sup>65</sup>.

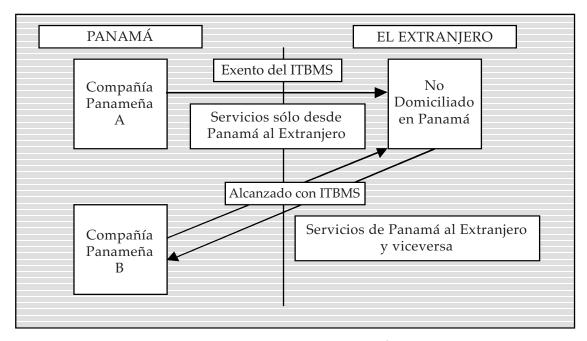
## 2.4.4 Cuarto defecto (crea inconsistencia con ITBMS):

Un cuarto defecto de este régimen es crear un cambio no intencionado en el ITBMS. En 2002, a consecuencia de la introducción del ITBM a los servicios, se realizaron varias exoneraciones que incluyeron a aquellos denominados "servicios de exportación".

El texto utilizado por la ley en esta exención fue de "los servicios profesionales legales que se presten a personas domiciliadas en el exterior... que no generen renta gravable dentro de la República de Panamá..."66. El entonces vigente decreto 20 de 200367, que reglamentó este texto sólo aludió a los servicios prestados por profesionales sin hablar de "profesionales legales". La ley 6 de 2005 eliminó el texto "legales" del parágrafo 7/g. A consecuencia de estos cambios vía reglamento y luego vía ley 6, se entendió que cualquier servicio prestado a no domiciliados estaba exento del ITBMS.

A raíz de la introducción del parágrafo 1-b al artículo 694 del Código Fiscal se ocasiona que parte de estos no-domiciliados "generen rentas gravables" aún sin nunca realizar servicios que generen rentas de fuente panameña.

Veamos esto gráficamente:



<sup>65</sup> Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Pág. 11. y Tratado de Derecho Tributario. Tomo Primero. Editado por Andrea Amattucci. Capítulo XVIII. Página 714. ISBN 958-35-0332-0.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> Artículo 1057-V, Parágrafo 7-g, tal como quedó modificado por la ley 61 de 2002.

<sup>67</sup> Artículo 10-e del Decreto Ejecutivo 20 de 2003.

Como vemos de la gráfica, el nodomiciliado puede haber prestado servicios por décadas antes de la introducción del parágrafo 1-b al 694 del Código Fiscal. Antes de esta introducción él era un nodomiciliado que no generaba rentas de fuente panameña. Sin embargo, luego de la introducción del parágrafo se convierte (bajo las mismas circunstancias anteriores al 2005) en un no-domiciliado que genera rentas de fuente panameña y por tanto el servicio que a él se le presta empieza a estar gravado con ITBMS.

Este es un cambio no intencionado por la reforma y que se constituye en un problema importante para quienes empiezan a estar extra-territorialmente gravados con ISR y también con ITBMS.

## 2.4.5 Quinto defecto (crea inconsistencia con Impuesto de Timbres):

Una inconsistencia similar y que a todas luces no fue intencionada por el legislador es la automática remoción de la exención al impuesto de timbres contemplada en el artículo 973 (20) del Código Fiscal. Este artículo dispone que todo documento que verse sobre asuntos que no produzcan renta de fuente panameña, según se define en el 694 del Código Fiscal está exonerado del impuesto de timbres.

Con la introducción de los dos parágrafos que motivan este escrito, se han creado nuevas "rentas de fuente panameña" y por lo tanto nuevas causaciones (no intencionadas por el legislador) del impuesto de timbre.

## 2.4.6 Sexto Defecto (Quién cobra en nombre de un tercero):

Un sexto defecto se produce en el cobro en nombre de un tercero. Por poner un ejemplo, una agencia de viajes puede estar cobrando paquetes promocionales para hospedaje en Bocas del Toro (Panamá) y en Puerto Limón (Costa Rica). En este arreglo la agencia de viajes cobra en nombre de un tercero, siendo este el operador en Costa Rica.

Cuando la agencia de viajes panameña cobra en Panamá, emitirá una factura que en realidad no refleja sólo su ingreso sino también el ingreso del operador en Costa Rica. Sin embargo, el consumidor panameño no necesariamente hará la retención porque no necesariamente conoce que parte de esas rentas son recibidas por una empresa panameña en nombre de una empresa tica. Desde el punto de vista de la agencia de viajes, no necesariamente se toma una deducción ya que ese ingreso no le es renta propia sino "ingresos recibidos en nombre de terceros". Este pareciera ser un punto que el reglamento ya tocaba a la perfección en el parágrafo 3 del artÍculo 148 (el texto no cambió con las modificaciones introducidas por el gobierno nacional en 2005). Es por eso que existía una buena oportunidad para ampliar esta frase ya existente en el Decreto 170 de 1993 para que haga referencia al nuevo gravamen que depende de la deducción del remesante.

Al momento que alguien tome una deducción de este tipo estará, sin saberlo, remesando a un tercero no domiciliado. La agencia panameña, al no tomar deducción, no estaría tampoco practicando la retención. Estimamos, sin embargo, que el artículo 148 debe ser suficiente para ordenar la retención.

## 2.4.7 Séptimo Defecto (El Canal de Panamá)

El defecto más significativo de este artículo está en no considerar que la coyuntura que vivimos parece indicar una inminente ampliación del canal o por lo menos una labor intensa de construcción en el futuro cercano. Muchos de estos inversionistas serán no residentes. Por esto debemos esperar una gran cantidad de dineros remesados desde Panamá a no residentes producto de una próxima ampliación del canal.

Si este artículo no se mejora y a pesar de la intención de la DGI que comentaremos más adelante, están en riesgo de perderse gran parte de estos ingresos al no sufrir retención, perdiéndose cantidades considerables de ingresos públicos sin mayor beneficio para el país (sería seguro asumir que una obra de esa envergadura no necesita incentivos para atraer a licitantes que quieran participar en ella). En forma poco consistente con la técnica tributaria internacional, se asocia la exención al no residente con la promoción de inversiones foráneas en nuestro país. Este autor ha tratado en el pasado de indagar sobre la eficiencia de estas exenciones y por lo menos él (no sé si alguien más) se encuentra convencido de la poca eficiencia de las mismas. En el caso particular del canal de Panamá creemos del todo ineficiente cualquier incentivo dado para sus contratistas porque estimamos (salvo mejor criterio de quien piense lo contrario) que no necesitamos atraer ninguna inversión en este sector y que la forma en que opera el crédito fiscal externo para compensar el gravamen panameño haría irrelevante nuestra exención. En el caso de que un incentivo de impuesto sobre la renta se aplique a los contratistas del canal la pregunta sería de donde es este inversionista y que representa en términos reales esta exención. Como hemos dicho previamente en este artículo la inmensa mayoría de los países poseen gravamen a la renta mundial. La mayoría de estos tienen mecanismos unilaterales para evitar la doble tributación internacional vía crédito fiscal externo o vía exención. En ambos casos este alivio está ligado a que el país de la fuente (Panamá) grave dichas rentas. Si nosotros decidimos no gravarlas, por lo menos en teoría, el inversionista no tendrá ningún beneficio en términos reales y el único beneficiado será el fisco extranjero<sup>68</sup>.

A esto le debemos sumar la poco sólida aclaración de la autoridad fiscal vía Memo Informativo que analizamos más adelante. Por esto creemos que el tema del canal de Panamá es la inconsistencia más cuantiosa en términos de recaudación que ha traído este nuevo régimen.

#### 2.4.8 Diferencias en el tiempo

Un principio de contabilidad 101 es el énfasis en las diferencias temporales que originan los gastos / ingresos diferidos o devengados. De la misma forma, toda contabilidad 101 hará énfasis en el principio de ligar cada gasto con el ingreso que ayudó a generar (matching costs and revenues principle en inglés).

Estas diferencias ocurrirán tanto en compra de bienes y servicios en la medida en que los mismos tengan una vida útil superior a 1 año. Un ejemplo sencillo sería el tune-up de un camión que será un servicio que aumentará la vida útil de este bien y por tanto deberá ser capitalizado. El costo de dicho servicio será entonces depreciado o amortizado en el período en que el mismo será considerado como útil.

El error de la norma es no entender estas diferencias temporales y reflejarlas en forma apropiada.

Las palabras textuales de la norma son "... en la <u>medida</u> en que dichos servicios incidan sobre la producción de renta de fuente panameña o de la conservación de ésta y su valor haya sido considerado como gastos deducibles por la persona que los recibió..."

La NIC 16, así como la NIC 38 indicarían en forma general la "medida" en que se ligará lo pagado al adquirir el bien y/o servicio depreciable y/o admortizable con la renta que ese bien y/o servicio producirá (o ayudará a conservar). Esta misma "medida" servirá para tomar en cuenta el "gasto deducible" que tomará el contribuyente en los años en que estos se depreciarán y/o amortizarán. Recordemos que

Este punto excede el alcance de este artículo por lo que referimos al lector al articulo: El Crédito Fiscal Externo y la Ineficiencia de Nuestras Exenciones al ISR. Gaceta Fiscal, Número 1, Año 1, Página 51 y siguientes. ISBN 9962-02-553-2.

el texto de la ley, al referirse a la toma del gasto deducible, está en pasado, asumiendo que el contribuyente tomó (y no que tomará) el gasto como deducible.

Esta situación es particularmente grave con la interpretación posterior de la DGI que trata de separar la retención hecha según el artículo 694 1-b y el artículo 733 del Código Fiscal. Recordemos que el último (art. 733) ligaba la retención al momento del acreditamiento. El 694 no lo hace y con la nueva interpretación no podemos mirar al 733 para, de alguna forma, usar el momento del acreditamiento como equivalente a la confusa frase de "medida en que dichos servicios incidan sobre la producción de renta de fuente panameña o de la conservación de ésta..."

La reglamentación perdió una oportunidad dorada para definir el momento de la retención cuando un bien capitalizado no va a ser (por norma contable básica) deducido cuando se adquiere sino a lo largo de su vida útil (según las reglas generales de depreciación / amortización).

Resulta oportuno recordar las palabras textuales de la ley al decir "... en la medida en que sean considerados ..... y su valor haya sido considerado deducible ...".

La importancia de considerar un valor deducible es que el primer año (momento en que el no residente recibe el pago) no coincide con el año en que se realiza la deducción. ¿Qué entendemos entonces? Siguiendo las palabras textuales de la ley tendré que retener en la medida en que deduzca. Siguiendo el razonamiento que el Ministro Vásquez<sup>69</sup> utilizó en la Asamblea de Diputados también debemos arribar a esta conclusión. La norma de depreciación me dará un periodo de años que va de 3 hasta la cantidad de vida útil que tenga el bien o servicio capitalizado. ¿Tiene lógica esta retención? ¿Si alcanza a tener una lógica entonces qué se retiene en los

años en que se toma una deducción por "depreciación acumulada" si no existe remesa en esos años (recordemos que se dio una única remesa)?.

Creemos conveniente que el gobierno tome una posición clara sobre el punto y de tomar el momento de deducción (a lo largo del período depreciable / amortizable) como el momento de retención, se deberá contar con una cuenta especial de contabilidad para este gasto-deducción y se necesitará una norma reglamentaria que la soporte como el artículo 32 del DE 84 de 2005 para la figura crédito-débito de ITBMS.

### 2.5 Excepción poco entendible:

El parágrafo creó una excepción poco entendible al decir que no le aplicaba a quienes, por razón de sus actividades de negocios internacionales, desarrollen operaciones fuera del territorio nacional que le sean requeridas para la generación de renta declarada en la República de Panamá.

Rafael Rivera Castillo, refiriéndose al tema se preguntaba quién era esa persona? Quién podía ser una persona que realizaba "actividades de negocios internacionales" y que le fueran requeridas para la generación de la renta en Panamá.

Una opción que no convencía a Rivera es interpretar que esta persona era quien realizaba exclusivamente operaciones de fuente extranjera. La respuesta no satisfacía a Rivera Castillo porque en ese caso no se realizaban transacciones "para la generación de renta declarada en la República de Panamá", tal como lo indica el parágrafo<sup>70</sup>.

Por esta razón las primeras soluciones buscadas por el público intentaban llegar a una respuesta salomónica al considerar que un contribuyente desarrolla actividades de negocios internacionales, cuando su renta es de fuente extranjera en un 40%.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Esta cita se transcribe en la siguiente parte.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Rafael Rivera Castillo. An Overview of the 2005 Fiscal Reform. Business Panama. Página 16. Mayo 2005. ISSN 1680-2470.

Sin embargo, esa propuesta creaba una inconsistencia al trasladar el énfasis de la ley a las rentas del contribuyente y no a las actividades del contribuyente. Recordemos que las palabras de la ley son "actividades de negocios internacionales" y no "rentas de fuente extranjera". Es decir, con esa propuesta, quien quiera evitar el alcance del artículo 694 1-b, sólo tendrá, sin ningún tipo de actividad, que generar rentas de fuente extranjera en la proporción establecida por la propuesta. Con esa redacción, alguien con la suficiente liquidez podrá traspasar un plazo fijo de un banco local a un banco extranjero y sin ninguna "actividad de negocios internacionales" ha logrado un 40% de rentas de fuente extranjera.

Quizás por esta razón el reglamento final no utiliza el porcentaje de rentas de fuente extranjera sino que trasladó el énfasis en la clientela del contribuyente. El Reglamento (artículo 10,L) utiliza como medida la condición de prestador de servicio de negocios internacionales si el 40% de la clientela del contribuyente es extranjera<sup>71</sup>.

No creemos que esta definición corresponda bien a la rara frase de "actividades de negocios internacionales". Sin embargo, tal vez sea lo mejor que podía redactarse con una frase como esa. Por esta razón repito que reconozco el esfuerzo de los redactores al tratar de dar una solución, aunque insatisfactoria en pequeñas áreas, al menos salomónica y con posibilidades de ser aplicable en la práctica.

Un defecto no contemplado por esta redacción es el hecho de que la clientela del contribuyente puede bien variar en distintas etapas del año. ¿Cómo saber cuando la clientela es 40% extranjera? Ha de ser esta clientela contabilizada sobre criterios anuales?, mensuales? Diarios? Históricos? Recordemos que la remesa puede enviarse con la periodicidad que se quiera. La reglamentación no contempla si esa periodicidad debe estar ligada de alguna forma al cálculo del porcentaje de clientela extranjera, ni cuando este porcentaje debe pensarse variado.

Tratemos de ver esto con un ejemplo:

#### Ejemplo 5

Un hotel comienza su funcionamiento en enero de 2005 y tiene 100 habitaciones. Ha atendido 1000 huéspedes de los que 800 han sido extranjeros. En forma clara el hotel ha tenido, desde enero hasta junio 80% de su clientela del extranjero. En forma mensual se envían remesas por el uso de un nombre corporativo del extranjero y se deduce el mismo.

En virtud del artículo 10,L del DE 170 de 1993 no se realizan retenciones. En julio la situación comienza a cambiar y en ese mes se tiene 100% de clientela panameña. Hay o no obligación de retener? Pensemos que la situación se mantiene y para el final del año se contabiliza que menos del 40% de la clientela era extranjera. ¿Desde cuando se debió retener? ¿Sobre que base se fundamenta qué criterio a seguir?

Un excelente ejemplo de esta confusión se observa en la pregunta 28 del Suplemento Informativo publicado en el Diario La Prensa de 6 de Febrero de 2006, donde la DGI se autocontesta la siguiente pregunta:

PREGUNTA: Si se vende más del 40% de apartamentos en Panamá a clientes extranjeros mediante un vendedor en Europa, ¿La comisión al vendedor europeo se considera renta de fuente extranjera? ...

**RESPUESTA:** Efectivamente, esta renta se considera de fuente extranjera por lo tanto no gravable ... Sin embargo, ello está condicionado a que la empresa cumpla con

Teste artículo también incluye como condiciones que el bien o servicio sea de origen internacional y en el caso de los servicios que se preste en el extranjero. En un popurrí de exigencias, también se añade la condición de razonabilidad entre gasto y el valor de la prestación recibida. Esto último lo consideramos un gran avance en nuestra escuálida legislación sobre precios de transferencia.

los requisitos pertinentes a fin de notificar a la DGI que se trata de una empresa que se dedica a negocios internacionales.

De esta auto-pregunta podemos observar la falta de claridad en la respuesta de la DGI al obviar un hecho fundamental, siendo este que el 40% de los apartamentos, pueden representar una fracción insignificante del total de ingresos de esa venta. Bien puede pensarse en un edificio de 50 apartamentos donde 21 de estos sean vendidos a US\$ 100.000 y 29 de estos a nacionales en Panamá a US\$ 250,000. La disparidad en cuanto al porcentaje de apartamentos vendidos en Europa, con el porcentaje de ingresos derivados de estas ventas en relación a las correspondientes de ventas locales hará, sin duda alguna, dudar a más de un auditor fiscal al momento de una auditoría causando problemas que debieron ser mejor analizados en la reglamentación y/o en las declaraciones de la DGI.

## Prestación de bienes... ¿... y servicios?:

Luego de realizar esta interesante aclaración, el reglamento salta a introducir un elemento confuso y difícil de conciliar con la norma que asumimos quizo reglamentar. El literal m del artículo 10 del DE 170 de 1993 (tal como fue reformado en 2005), coloca dentro de las rentas de *fuente extranjera* a las generadas en razón de actividades de negocios internacionales si estas rentas cumplen con lo siguiente:

- a. Provienen de actividades necesarias para la generación de renta declarada en Panamá.
- Se trate de pagos por bienes y servicios que se financien, contraten o ejecuten fuera de Panamá.

La confusión se produce porque el literal se refiere textualmente a pagos por "bienes", mientras que el artículo 694, 1-b, si bien mencionaba la palabra "acto" junto a la palabra "servicio" no hacía más que referencia a la compra de "bienes" a modo de exención (último párrafo del parágrafo 1-b).

Una segunda confusión está en qué diferencia existe entre el literal "l" y el "m" de este artículo?

Al ver estas confusiones no nos queda más que preguntarnos qué quizo decir este literal? ¿Está diciendo que la compra de bienes es renta para el vendedor (donde quiera que esta ocurra) si el pagador deduce el importe de la compra? Si recordamos, el artículo 694, 1-b, también se refería a "bienes" y "servicios". Algunas declaraciones de la DGI y comentaristas locales indujeron a muchos a pensar que el artículo no pretendía gravar las rentas producidas por venta de bienes en el extranjero aún cuando este gasto fuese deducido por el comprador de su renta a pagar en Panamá.

Al excluir ciertas rentas producto de venta de bienes en el exterior, este literal m introduce una confusión con las rentas que sí son gravadas al tomar la deducción en Panamá. Consideramos que se ha perdido una buena oportunidad de dejar claro de una vez que sólo las rentas derivadas de "servicios" están gravadas si el comprador se deduce estas sumas de su renta panameña.

De gravar también la renta de no residentes que sea generada por venta de bienes en el extranjero, se estará (salvo mejor criterio) violando los acuerdos de la OMC, específicamente en el protocolo de adhesión al Convenio de Marrakech.

En ese momento nuestro país aseguró:

"El representante de Panamá dijo que, a partir de la fecha de adhesión, el único impuesto interno o carga interna aplicable a las exportaciones sería el ITBM. Dijo además que, a partir de la fecha de adhesión, la aplicación a las importaciones de cualquier impuesto interno u otra carga interna de cualquier tipo sería conforme a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. El Grupo de Trabajo tomó nota de este compromiso" (Gaceta Oficial 23,340, Página 597).

¿Viola el literal m, del artículo 10 del DE 170 a nuestros compromisos con la OMC? ¿Se constituye este gravamen en una medida no arancelaria que discrimina contra la importación de bienes de los países miembros de la OMC? La respuesta a esta pregunta se acerca cada vez más al sí con el texto del Reglamento de Renta.

Pensemos en el siguiente ejemplo:

#### Ejemplo 6:

La compañía X compra 200 camiones de 16 ruedas en Miami a un "no residente en Panamá". La compañía X piensa tomar este gasto como deducible. ¿Aplica la retención ordenada en el artículo 694, 1-b?

Con la exención establecida en el artículo 10 (m) parece operar esta retención.

Esta respuesta nos lleva a una segunda pregunta .... Es esta retención una medida no arancelaria que viola los acuerdos de Panamá ante la OMC? La respuesta a esta pregunta no puede limitarse a las buenas intenciones del fiscalizador o a los "espíritus" que inspiraron su redacción. Esto lo decimos porque este texto bien puede permanecer en vigencia por mucho tiempo después de que el fiscalizador haya sido reemplazado en su cargo y que los "espíritus" que inspiraron la redacción hayan sido olvidados (o exorcizados según prefiera el lector).

La respuesta tiene que centrarse en el texto claro de la ley, tal como lo ordena nuestro Código Civil en su artículo 9, desatendiendo cualquier espíritu y centrándose en las palabras textuales del reglamento.

¿Por último, está este artículo reglamentando al 694, 1-b del Código Fiscal? O se refiere el artículo a una exoneración nueva? Llega este artículo a exonerar rentas producidas en Panamá si parte del trabajo se realizó en el extranjero siempre y cuando el financiamiento, contratación o ejecución se realice en el extranjero? ¿Reglamenta el artículo al 694, 1-b o al 694, 1-a?

## 2.6 Reembolso de gastos, luego de 2005:

Una de las grandes dudas de la reforma 2005 era la forma en que debían tratarse los llamados "reembolsos de gastos" entre casas matrices extranjeras y sus afiliadas en Panamá.

Estos "reembolsos de gastos" eran exentos de retención en virtud del artículo 149 del Decreto 170 de 1993. Este artículo fue reglamentado mediante la Resolución 201-2053 de 1996 dictada por la Dirección General de Ingresos.

En teoría y aunque nunca hubo, que sepamos, una definición clara de los llamados "reembolsos de gastos" la comunidad de tributaristas locales llegó a la conclusión que éstos debían corresponder a gastos incurridos por la casa matriz a cuenta o en nombre de su filial. La Resolución 201-2053 en mención, aún cuando no definió el término sí dio dos ejemplos en los que se enmarquen gran parte de los cargos enviados a las filiales panameñas. Estos ejemplos están en el punto cuarto de la Resolución como sigue:

- a) ASESORÍA O ASISTENCIA TÉCNICA: los estudios de costos de fabricación, compras de instalaciones, equipos y selección de materias primas, y mano de obra asesoramiento en sistemas de contabilidad industrial y empresarial; asistencia y seguimiento de controles de calidad, análisis, investigaciones, invenciones, técnicas y métodos de fabricación, estudios de factibilidad y proyecciones de mercadotecnia y distribución.
- b) OPERACIÓN Y/O ADMINISTRA-CIÓN: gerencia, contraloría, financieros relaciones públicas, publicidad e industriales, planificación y suministro, contratación de seguros, fletes promoción, entrenamiento o adiestramiento de personal, servicios de registro computarizados, gastos comunes de comunicaciones y control de gestión.

Obsérvese que sólo nos limitamos a decir "incurridos" por la casa matriz y no "incurrido en el exterior por la casa matriz". Al no distinguir el lugar donde este gasto incurrido por casa matriz se dio, bien podrían existir rentas de fuente panameñas pero que hayan sido incurridos por casa matriz en nombre de su filial. Estos gastos escapan del gravamen panameño en virtud de esta figura del artículo 149.

Tratemos de ver un ejemplo de esta teoría:

### Ejemplo 7

La compañía panameña AGUA CLA-RA, S.A. es filial de la compañía AGUA CLARA, S.A. de Venezuela. El grupo se dedica a vender agua en botella. El grupo tiene operaciones en Panamá, Venezuela, Colombia y Ecuador. La casa matriz de Venezuela contrata a una publicitaria que realizará la campaña publicitaria a usarse en los cinco países donde opera. El costo de esta campaña es US\$ 1,000,000.00 y se prorratea entre las cinco compañías del grupo.

Con este ejemplo la casa matriz venezolana pasaría un cargo a la filial panameña y por este cargo la filial enviaría una remesa a la matriz. Este pago sería una remesa enviada a un no-domiciliado.

Una serie de abusos pueden imaginarse (no estamos diciendo que ocurren en la realidad sino que pueden llegar a ocurrir). El primero de estos abusos es el posible precio abultado del cargo enviado a la filial panameña. Con la ausencia de precios de transferencia no hay forma de controlar qué precio se tiene. El segundo es que la campaña publicitaria que observamos bien pudo realizarse en Panamá y como dijimos en líneas previas escaparían estas rentas de fuente local del impuesto a la renta panameño.

Estos posibles abusos hicieron pensar que la intención del gobierno nacional con la reforma 2005 era eliminar la retención 0 a los reembolsos de gastos entre filiales panameñas y sus casas matrices extranjeras. La larga demora en concretar una redacción de reglamentación de la ley de reforma fiscal incrementó las dudas al respecto.

Al salir la reglamentación sólo se tiene el mismo texto del antiguo artículo 149 con la eliminación del segundo párrafo que permitía la declaración de rentas de quien haya sufrido retención y la consecuente devolución de saldos a su favor (a esta eliminación nos referiremos más adelante).

De esta forma parece ser todavía, luego de 2005, gravado al 0% las remesas enviadas al exterior a casas matrices de filiales panameñas.

El gran problema que existía antes de la reforma 2005 y todavía existe luego de la misma es el divorcio entre nuestro sistema panameño y el del resto del mundo. Este divorcio se manifiesta en que esta Resolución y el artículo 149 ignoran la existencia de regímenes en prácticamente todo país en el mundo que obligan a atribuir una "renta o ingreso" a la casa matriz por los servicios a la filial panameña o al menos por ser de intermediaria en el mismo. Es decir, los servicios listados arriba por la Resolución 201-2053 en raras ocasiones se dan en forma gratuita como pretende pensarlo el artículo 149 y su resolución reglamentaria. Como indicamos, la normativa de precios de transferencia hacen que se cobre un cargo por estos servicios reembolsados. Por consiguiente luego de la reforma 2005 seguimos ignorando que el artículo 149 "perdona" rentas importantes en el concepto de "reembolso de gastos".

## 2.7 El Artículo 733, omisión del legislador o herramienta de interpretación:

Antes de 2005, el único artículo de nuestra ley que ordenaba retener a no residentes era el artículo 733 de nuestro Código Fiscal (el artículo 708 también en casos de agrupaciones artísticas, etc. y en el caso de intereses pagados a no domiciliados). Este artículo era reglamentado por los artículos 148 y 149 del Decreto Ejecutivo 170 de 1993.

Con la reforma de 2005, se añade un segundo artículo que también parece ordenar la retención al no residente. Este es el parágrafo1-b del artículo 694 del Código Fiscal. En lo que puede pensarse fue un descuido del legislador, este artículo fue insertado sin eliminar, ni reformar, ni tampoco mencionar al artículo 733.

#### 733.

...

Toda persona ... que deba remitir a una persona ... no residente en .. Panamá, sumas ... producidas en el territorio panameño, ... deberá deducir y retener .. la cantidad que establece el Artículo 699 ó el 700 ... y entregará lo así retenido ... a los diez días ...

- La primera diferencia entre ambos textos está en que el 694 (1-b) nos define qué rentas se consideran "producidas" en Panamá (para el no domiciliado), mientras que el 733 sólo ordena la retención al no residente por rentas "producidas" en Panamá sin definir cuáles son estas rentas.
- La segunda diferencia está en que el 733 ordena en forma expresa la retención, el 694, 1-b, no ordena, en ningún sitio, una retención en forma expresa. Esto debe atribuirse al descuido del legislador. De todas formas sí se puede entender que la

Es aquí donde entramos a un debate que, como otros, el legislador no analizó. Por esto, nuestro punto de partida debe ser que el legislador no pensó en la respuesta que nosotros tendremos que buscar mediante las normas de interpretación de la ley.

El análisis debe continuar con el estudio de qué dice la ley en estos dos artículos, observando así las diferencias y semejanzas de ambos textos. Estos dos artículos leen como sigue:

#### 694 (1-b)

...

Se considerará producida dentro del territorio ... la renta recibida por personas ... domiciliadas fuera del territorio ... en la medida en que dichos servicios incidan sobre la producción de renta de fuente panameña ... y su valor haya sido considerado como gastos deducibles por la persona ... que los recibió.

Para los efectos de este Parágrafo, la persona ... que se beneficie con el servicio ... deberá aplicar las tarifas establecidas en los artículo 699 y 700 ... sobre el (50%) de la suma a ser remitida.

- retención del remesante se encuentra ordenada en forma implícita.
- Una tercera diferencia está en la ausencia de un plazo para entregar las sumas retenidas a la DGI e incluso, la imperfección del parágrafo fue tal que ni siquiera se ordena en forma explícita entregar las sumas retenidas a la Administración Tributaria.
- La cuarta diferencia es la tarifa reducida a la mitad (al aplicarse sólo al 50% de la remesa), dada por el 694, 1-b. Esta diferencia marca una divergencia completa del artículo 733.

¿Cómo conciliamos estas diferencias?

Ante dos leyes contrarias las normas de interpretación nos permiten considerar que una de ellas está derogada. En su defecto nos permiten considerar que las dos están vigentes, pero una es aplicable a la mayoría de los casos (generales) y la otra a situaciones más delimitadas o específicas (casos especiales). Estas dos alternativas nos indicarían que alguna de estas dos normas ha sido derogada y por tanto no está vigente. En la segunda solución tendríamos que concluir que una de estas dos normas se aplicará a casos especiales, mientras que la otra a casos generales.

Si creemos que el artículo 733 ha sido derogado tenemos que concluir que el 694 1-b ha hecho lo siguiente:

- 1. La ley que lo aprobó derogó en forma expresa el artículo 733
- 2. Ha regulado en forma íntegra la materia que regulaba el artículo 733, 6,
- 3. Es incompatible con el 733

Estos son las tres formas en que una norma es considerada derogada por el artículo 26 del Código Civil. El primero de estos puntos es fácilmente descartado al ver que la ley 6 de 2005 no deroga en forma expresa al artículo 733.

Por esta razón debemos movernos a la siguiente pregunta, ¿Está el artículo 694 (1-b) regulando en forma íntegra la materia regulada por el 733? La respuesta a esta pregunta debe ser no, porque, como vimos en líneas anteriores, el 694 (1-b) no regula el tiempo en que deben ser entregadas las sumas retenidas. En menor medida tampoco podemos decir que el 694 (1-b) regula el tema en forma íntegra porque nunca ordena en forma expresa a realizar la retención.

De esta forma hemos descartado las dos primeras formas en las que nuestro artículo 26 del Código Civil consideran derogada una norma. Por sorprendente que suene, tampoco podemos concluir con facilidad que el artículo 733 es incompatible (en su totalidad) con el artículo 694 (1-b). Esto lo decimos porque el lector se encuentra en una sensación de necesidad de recurrir a ambos artículos. El primero (694, 1-b) no tiene lo que el 733 tiene. Es decir plazo para entrega de las sumas retenidas y también la obligación expresa de entregar dichas sumas. Es por esto que, juzgamos, al menos estas dos partes del artículo deben estar todavía vigentes luego de la reforma 2005.

Pese a lo anterior, sí encontramos una clara incompatibilidad en la tarifa a retener (las tarifas de los artículos 699 y 700 del C.F. al 50% de la remesa es la tarifa ordenada por el 694 y las mismas tarifas a la totalidad de la remesa según el 733 del C.F.)

Una segunda incompatibilidad se encuentra en la definición que nos da el 694 1-b de "renta de fuente panameña" y que carecía el 733. Es decir, el 733 sólo se limita a ordenar la retención de sumas "de renta de fuente panameña" sin definir cuales son esas rentas. En este punto el 694, 1-b, va un paso más allá del 733 y define qué se considera renta de fuente panameña para el no residente. En palabras de la ley:

"Se considerará producida dentro del territorio ... la renta recibida por personas ... domiciliadas fuera del territorio ... que dichos servicios incidan sobre la producción de renta de fuente panameña ... y su valor haya sido considerado como gastos deducibles por la persona ... que los recibió...".

Recordemos que el 733 no definía lo que se considera o no renta de fuente panameña para el no-domiciliado. ¿Quiere decir esto que ahora tenemos una definición de qué constituye "renta de fuente panameña" para el no domiciliado?

Este autor reconoce lo difícil de decidir sobre que interpretación tomar. ¿Está agregando la norma una nueva "renta de fuente panameña"? o ¿está dando un régimen especial de "rentas de fuente panameña" aplicable exclusivamente al no domiciliado? Lo oscuro de este parágrafo debe llevarnos, como norma de interpretación, a mirar al artículo 9 del Código Civil que permite recurrir a la intención o espíritu de la norma, claramente manifestados en la historia fidedigna de su establecimiento.

Si esto es así, estaríamos de vuelta en la poco técnica explicación del ministro Vásquez (citada arriba y transcritas abajo) sobre la renta siendo renta si existe para el pagador un gasto deducible. En todo caso, la reglamentación perdió una oportunidad dorada de tratar de aclarar este punto. Esta incompatibilidad puede darnos la clave para alcanzar la correcta interpretación de estas dos normas. Volvemos a repetir que en este punto no creemos que el legislador pensó en el 733, sino que su intención en realidad fue aplicar la retención sólo a la mitad de la remesa y a las tarifas habituales, pero con un criterio de retención sujeto a deducción de la remesa.

#### 2.8 Interpretación Alternativa:

Una solución alternativa está en considerar que el 733 sigue vigente y aplicable como si no existiese el 694 (es decir para aplicarse a toda remesa de rentas de fuente panameña pagada a un extranjero). Esta tesis sostendría que el 694 1-b introduce una nueva retención a quienes reciben

#### **Artículo 694 (1-b)**

- La renta se produce <u>fuera</u> de territorio Panamá.
- 2. Tarifa de retención a la mitad (50%) de la remesa.
- 3. Es un pago definitivo y el contribuyente no puede solicitar sumas pagadas de más.

remesas que sean deducibles para un contribuyente panameño. Esta tesis alternativa diría que el 694 sólo introduce una "nueva renta de fuente panameña". En un conversatorio público realizado por la DGI, el viernes 23 de Diciembre de 2005, la Señora Directora de Ingresos manifestó que el 733 todavía estaba vigente y por tanto la retención de 30% (a personas jurídicas) todavía era aplicable y que sólo en los casos en que existiera deducción y la persona no viniese a Panamá se aplicaría una retención del 15% (persona jurídica).

Unos días más tarde aparece publicada en Gaceta Oficial la Resolución 201-4602 de 24 de noviembre de 2005 (G.O. 25,451) donde la DGI adoptaba el nuevo formulario 05 de remesas al exterior. En este formulario se encuentran los renglones 1 al 3 y los reglones 4 al 9 diseñados para colocar las rentas gravadas según el artículo 694 y el 733 respectivamente.

A esta Resolución le siguió la figura poco usual de un MEMORANDO INFOR-MATIVO publicado en el periódico CA-PITAL FINANCIERO de 9-15 de enero de 2006.

En este memorando la DGI realiza una muy buena labor de explicar su posición con referencia a la entonces recién emitida Resolución 201-4602.

Este memorando la DGI indica puntos de diferencia entre las rentas a remesar / retener según un artículo y otro que son:

#### Artículo 733

- La renta se produce <u>en</u> territorio Panameño.
- 2. Tarifa de retención a la totalidad (100%) de la remesa.
- Quien recibe la remesa puede presentar declaración de rentas, reconocer sus deducciones y solicitar devolución de sumas pagadas de más.

No podemos coincidir con esta tesis porque desconoce, ante la oscuridad de la ley, la intención del legislador. Esta intención, aunque muy poco técnica, no deja de ser su intención. De la misma forma ignora el hecho de que el legislador definió en el 694 qué se considera "renta de fuente panameña" para el no-domiciliado. Esta definición no la encontramos en el 733, ni la encontramos, en general, en el Código Fiscal. Sólo encontramos esta definición en el Decreto 170 de 1993 que reglamenta el impuesto. Por consiguiente este autor se inclina a pensar que estamos frente a una definición de renta de fuente panameña para el no domiciliado y que sólo se le aplica a este a razón de "norma especial". Sólo a él se le considerará que existe renta si quien le paga toma una deducción, el resto de los contribuyentes tendrán rentas en la forma definida en el artículo 9 y siguientes del Decreto Ejecutivo 170 de 1993.

Si observamos el artículo 9 del Decreto 170, el mismo define qué se considera "renta de fuente panameña" en forma casi idéntica a la anterior a las reformas de 2005 con la inclusión de unas "nuevas rentas de fuente panameña" que corresponden a los cambios introducidos al 694, 1-b. Para este

autor, este es un indicativo adicional de que existen desde 2005 "nuevas rentas de fuente panameña" y que sólo se aplican a los no domiciliados en Panamá. Por esto este autor se encuentra convencido que, luego de 2005, tenemos una norma de determinación de renta para el no residente que es una norma especial frente a la general que aplicaría a los residentes. De esta forma sería inmaterial si alguien continúa pensando que el 733 ordena realizar la retención a los no residentes al recibir "rentas de fuente panameña" ya que para definir cuales son estas rentas debemos recurrir al artículo 694 1-b (aquellas sujetas a la deducción del remesante).

Este fue el razonamiento que usó la Corte para gravar a CEMENTO PANAMÁ en el primer caso fallado (que recuerde este autor) sobre el llamado principio de territorialidad. En este caso la Corte señaló la obligación de retener sumas remesadas en concepto de intereses que tengan fuente en Panamá tal como lo ordenaba el entonces artículo 734 y luego se refirió al artículo 694 del Código Fiscal para ver cuando un interés es de fuente Panameña.

Veamos las palabras de la corte:

"...Si bien era cierto que la compra de la maquinaria la había hecho **CEMENTO PANAMÁ** ... a la **ALLIS CHALMERS**.... en los Estados Unidos, también lo era que el comprador cubría los intereses sobre los que quedó adeudando a la vendedora con renta producida en la República de Panamá, ...

"Al ser gravable con el impuesto sobre la renta, según el artículo 694 del Código ..., ALLIS CHALMERS ... no puede eludir el pago de ese impuesto sobre los intereses ...

Retención ordenada por intereses y luego la definición de cuando un interés tiene fuente panameña es buscada en el 694 del Código Fiscal.

Al momento que reconocemos que el artículo 733 del Código Fiscal sólo ordena la retención a las rentas de fuente panameña (sin definir que significa el término), empezamos a entender la incompatibilidad producida al aplicar las

normas de determinación de "fuente de renta" usadas antes del año 2005 (y todavía vigentes para el residente) con el nuevo artículo 694 (1-b).

Veamos esta incompatibilidad con un ejemplo:

## Ejemplo 8

FORMICA, S.A. es una empresa argentina con mucha experiencia en muebles de cocina. Viene a Panamá a realizar un Estudio de factibilidad para una mueblería panameña que quiere expandir su negocio al área del interior del país.

La mueblería deduce el pago de esta remesa.

Según el 694 (1-b) el no residente (FORMICA, S.A.) tendrá rentas consideradas "producidas en Panamá" en <u>la medida en que dichos servicios incidan sobre la producción de renta de fuente panameña ... y su valor haya sido considerado como gastos deducibles por la persona ... que los recibió.</u>

Al momento que la mueblería toma esta deducción el 694 1-b ordena que se realice la retención al 15% (50% de la remesa al 30%). Si creemos que el artículo 733 todavía está vigente tendríamos que pensar que estas rentas fueron "producidas" en Panamá y por tanto también realizar una retención al 30% (100% de la remesa al 30%).

¿Puede aplicarse el 694 1-b junto con el 733 del Código Fiscal? Por supuesto que no porque tendríamos que hacer dos retenciones contradictorias a la misma renta.

Con este criterio tendríamos a ambos artículos sobre-poniéndose el uno al otro. En ese caso el artículo 694 1-b nos diría que FORMICA, S.A. produce renta de fuente panameña porque el remesante panameño toma la deducción y por tanto se tendrá que retener al 15%. De la misma forma el 733 nos mandaría a realizar una retención (aún cuando no define que es renta de fuente panameña) y por tanto nos mandaría retener al 30%. ¿Podemos entonces decir que ambas normas están vigentes? En este caso ambas serían aplicables pero dándonos resultados muy distintos. Esta inconsistencia nos lleva a pensar que el 733 no se encuentra lo vigente que la DGI piensa que se encuentra y que sólo el 694 1b puede ser aplicado al ser una norma posterior y al ser especial para con el noresidente.

Adicionalmente, no podemos coincidir con la opinión de la DGI porque desconoce que el Gobierno Nacional mediante Decreto Ejecutivo 143 de 27 de Octubre de 2005 en su artículo 50 (que modifica el 149 del DE 170 de 1993) ordenó la retención al 50% de la remesa en los casos indicados en el artículo 148 del DE 170 de 1993. Estos casos son aquellos en los que exista "renta de fuente panameña". Por esta razón no entendemos cómo la DGI piensa hacer compatible mediante un Memo Informativo este artículo con el 733 del Código Fiscal.

#### La no toma de una deducción:

Pensemos que la mueblería de nuestro ejemplo no toma la deducción. ¿Cómo entonces, con las palabras claras de esta ley (694 1-b) saltamos a decir que estas rentas son consideradas producidas en Panamá aún cuando no hubo deducción? ¿Qué base legal tendríamos para considerar "producidas" en Panamá las rentas de la empresa extranjera cuando su remesante no tomó la deducción? Si creemos que el artículo 733 es la base legal para considerar "producidas" en Panamá a estas rentas, tenemos que preguntarnos cómo puede ser así si el 733 no define que son rentas "producidas" en Panamá<sup>72</sup>.

Tratando de buscar una base legal suficiente tendríamos que ir al reglamento del impuesto (Decreto 170 de 1993, artículo 9) y observar que el mismo considera de "fuente panameña" a los trabajos realizados en Panamá. Si queremos aplicar ese artículo para gravar la renta de nuestro ejemplo, tendríamos los siguientes inconvenientes:

Ante una pregunta similar realizada por este autor a la Directora General de Ingresos el día 23 de Diciembre de 2005, en una charla / conversatorio dirigido por la DGI la Señora Directora contestó que el 733 era la base legal de esta retención aún cuando no hubiese deducción.

- 1. El artículo 9 del Decreto 170 no es una ley y el artículo 694 1-b sí lo es.
- 2. El artículo 9 no se refiere al nodomiciliado, mientras que el 694 1-b sí lo hace.

El segundo punto nos lleva a pensar en la necesidad de considerar si el 694 1-b, al mencionar al "no-domiciliado" está constituyéndose en una "lex specialis" o ley especial que sólo se aplicaría al no domiciliado para determinar cuando este tiene "rentas producidas en Panamá".

En lo que no tiene mayor explicación que considerar que la DGI no ha realizado análisis consistentes de la norma, observamos un documento incluido en el diario LA PRENSA de 6 de Febrero de 2006 con la siguiente pregunta:

16. PREGUNTA: ¿Sin una persona natural o jurídica contribuyente decide no tomar como gasto deducible los montos remesados a un beneficiario en el exterior, ¿quedaría liberado de la obligación de aplicar retención de impuesto sobre la renta?

RESPUESTA: Si no lo registra en su declaración jurada como un gasto deducible, no está en la obligación de hacer la retención sobre las sumas remitidas. (Fundamento legal: Art. 694, Parágrafo 1B Ver primer párrafo).

Este documento redactado por la DGI debemos entenderlo como la posición oficial de la Institución. Como entonces ante una pregunta genérica, que no distinguía entre rentas remesadas correspondientes al artículo 733 o al 694 1-b, la DGI se auto-contesta su pregunta utilizando el artículo 694 1-b e ignorando al artículo 733?

Pese al buen intento de aclarar dudas a través de un medio masivo (y casi gratuito) no creemos que estas inconsistencias abonen al recto entendimiento de las normas fiscales. Consideramos además que esta respuesta no sólo es inconsistente con la norma, sino también con las interpretaciones de los mismos funcionarios que las emitieron.

# 2.9 Artículo 694 (1-b) y el criterio de la "fuente productora" o de los "flujos financieros":

Una solución alternativa ha sido pensar que el artículo 694 1-b, introduce a nuestro sistema el criterio de la "fuente productora" o de los "flujos financieros". Este criterio indicaría que nada ha cambiado en nuestro sistema de retenciones anterior a la ley 6 de 2005 y que sólo se ha añadido un criterio de "fuente productora" a la usanza de algunos países de Sudamérica.

Es decir, si alguien no tiene ninguna conexión con Panamá salvo un pago deducido en este país se tendría esa deducción como "criterio de vinculación".

Este criterio fuerza a pensar que el 733 se encuentra vigente (sin alteración alguna) y que debe ser aplicado junto con el 694, 1-b. De esta forma tendríamos dos tarifas de retención 15% y 30% (para personas jurídicas).

Este parece ser el criterio que usa la DGI en un confuso formulario de retención aprobado mediante resolución 201-4602 de 24 de noviembre de 2005.

Este formulario debe ser mejor sustentado vía ley y no vía Memo Informativo.

#### 3. Tercer Cambio

# 3.1 Salarios, comisiones y remuneraciones de empleados extranjeros en ciertas ocasiones

Un tercer cambio al principio de territorialidad lo encontramos en el artículo 10 (b) del Decreto Ejecutivo 170 de 1993 (tal como fue reformado en nov/05).

Esta exención no ha venido vía ley, sino vía reglamentación. El maestro Valdés Costa, citado por Noel A. Caballero ha dicho:

"...la existencia, estructura y cuantía de la obligación tributaria debe resultar de textos legales expresos ..."<sup>73</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Ver: Principios Constitucionales del Derecho Tributario Panameño. Noel Augusto Caballero. Gaceta Fiscal, Número 1, Año 1, Páginas 104 y 105. ISBN 9962-02-553-2.

Esta lógica es repetida por el texto del Modelo de Código Tributario para América Latina preparado por el Centro Interamericano de Administradores Tributarios. En palabras del Modelo:

## "Artículo 4 Principio de legalidad. Sólo la ley puede:

- Crear, modificar o suprimir tributos definir el hecho generador de la obligación tributaria indicar el sujeto pasivo,...
- Otorgar exenciones, reducciones o beneficios;

•••

5) Establecer privilegios, preferencias y ... ..."

Estas palabras de Valdés Costa, recogidas también por el Modelo de Código Tributario, resumen bien lo que la doctrina entiende como el principio de legalidad en materia tributaria. Este principio nos indica que la exención a la renta de algunos asalariados extranjeros no sólo se desvía del principio de territorialidad, sino que también se desvía del principio de legalidad en materia tributaria. Este último (a diferencia del principio de territorialidad) sí tiene rango constitucional.

Desde el punto de vista académico no puedo dejar de citar esta inconsistencia entre el principio de legalidad (recogido en los artículos 158 (a) y 52 de la Constitución) y el reglamento que contempla una exención que la ley no proveyó.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, tampoco podemos dejar de reconocer que este reglamento tiene fuerza de ley hasta tanto la corte no se pronuncie sobre esta ilegalidad (ver artículo 15 del Código Civil).

Esta tercera desviación del principio de territorialidad llega a eximir rentas producidas dentro de nuestro territorio si son recibidas producto del trabajo personal en las siguientes condiciones:

- 1) El Trabajador tienen una visa de visitante temporal especial.
- 2) Recibe sus ingresos directamente desde casa matriz ubicada en el extranjero.
- 3) El empleador se encuentra exento por dirigir, desde Panamá, transacciones que se perfeccionen, consuman o surtan sus efectos en el exterior.

#### 3.2 Ventajas y desventajas del artículo

Este es el único de los cuatro cambios en los que no vemos ninguna ventaja.

Esto lo digo porque no he alcanzado a ver que gana el país con introducir una exención a quienes producen rentas del trabajo personal en nuestro territorio y que antes de esta exención, concedida vía reglamento, estaban concientes del gravamen panameño.

Tampoco se alcanza a ver alguna razón de justicia tributaria ya que estos asalariados consumen bienes y servicios de nuestro país (mientras permanezcan en él) y por esto deben contribuir con la financiación del gasto público. El resto de los contribuyentes estaremos financiando la exención de estos asalariados.

Esta desviación del principio de territorialidad, como veremos más adelante, se constituye en una discriminación a la inversa (discriminando al nacional frente al extranjero) causando una inconsistencia difícil de entender. Es difícil entender esta inconsistencia ya que el resto de los asalariados han experimentado incrementos en su gravamen con las reformas de 2005.

El primero de estos incrementos vino con el desmejoramiento de su flujo de efectivo con la nueva retención a los gastos de representación y la eliminación del 25% de este como gasto deducible. El segundo con la introducción del parágrafo A al artículo 694 el Código Fiscal que analizamos en líneas anteriores. Con estas dos afectaciones al asalariado producto de la ley 6 de 2005, cómo se explica esta exoneración a otros asalariados por medio de un decreto que pretende reglamentar una ley que no concede esta exención?

Forzando los límites que este autor aceptaría como válidos, podría llegar a pensar aceptable una exención temporalísima mientras el inmigrante y su empresa se adecúan al nuevo régimen. Sin embargo, la visa de visitante temporal, puede ser concedida hasta por 5 años<sup>74</sup>. ¿Cómo explicar a un trabajador extranjero que esté exento por 5 años del Impuesto a la Renta?

Esta es una exención que debe ser mejor explicada por quienes la establecieron.

Finalmente, la DGI debe estar vigilante de esta nueva exoneración ya que los requisitos, según entendemos, de la exención no son compatibles al 100% con los de la visa de visitante temporal. Esta visa puede ser otorgada en cualquier compañía sin necesariamente ser una compañía exenta según el artículo 694 del Código Fiscal<sup>75</sup>. Por esto, la DGI debe estar al pendiente de que extranjeros beneficiados con el status de visitante temporal no se beneficien con la exención sin cumplir con la totalidad de los requisitos establecidos en el Decreto 170.

#### 4. Tributación en Zonas Libres:

Como regla general, las rentas generadas en la Zona Libre de Colón han estado

<sup>74</sup> En fotocopias suministradas por la Dirección de Migración sobre los requisitos para la obtención de esta visa, la institución señala este como un plazo máximo. Los Decretos 236 de 1971 y 363 de 1970 regulan esta visa. gravadas sólo si corresponden a las llamadas "operaciones interiores". Lo mismo ocurre con las zonas libres de Barú, del aeropuerto de Tocumen, las de petróleo y cualquier otra zona con este status.

Estas operaciones han sido definidas tradicionalmente por nuestro Código Fiscal en su artículo 701 d, de la siguiente forma:

... entendiéndose por dichas operaciones las ventas realizadas a adquirentes ubicados en el territorio aduanero de la República de Panamá.

• • •

En consecuencia con esta definición, se considera una "operación exterior" y por tanto exenta del impuesto a la renta aquellas operaciones de ventas realizadas a adquirentes ubicados fuera de nuestro territorio.

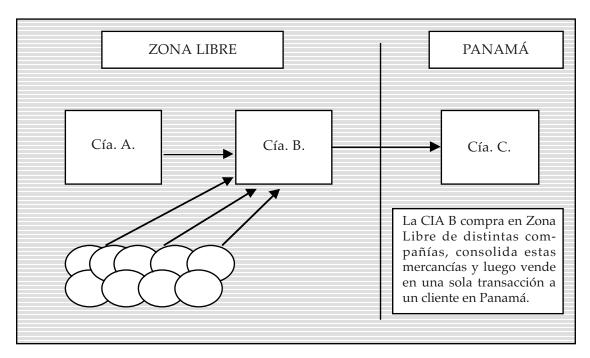
Hasta febrero de 2005, los traspasos entre compañías de Zona Libre eran considerados operaciones exteriores y por tanto exentas del impuesto a la renta. Sin embargo, el artículo 701-d, fue reformado en esta fecha para considerar operaciones exteriores sólo aquellos traspasos sobre operaciones exteriores exteriores. No parece intuirse en forma clara cuando un traspaso dentro de Zona Libre se realiza sobre operaciones exteriores o en su defecto sobre operaciones interiores.

Esta duda es aclarada en el reglamento de renta al considerar gravadas las ventas o traspasos de mercancía al resto del territorio aduanero de Panamá directamente o a través de un intermediario o consolidador (artículo 101 del DE 170 de 1993 reformado por el artículo 23 del DE 170 de 2005).

Por esto, sólo debemos considerar gravadas aquellos traspasos realizados en ZONA LIBRE a un consolidador que luego realiza el traspaso final al territorio aduanero de Panamá.

Gráficamente esta figura se ve como sigue:

 $<sup>^{75}</sup>$  Ver artículo 4 del DG 236 de 1971 y 3 del DG 363 de 1970.



Esta redacción evidencia un divorcio entre las realidades conceptuales y las limitaciones prácticas. Esto se debe a que conceptualmente la situación es muy clara. La intención del redactor de este artículo es asimilar la venta a Panamá vía intermediarios dentro de Zona Libre a la categoría de operaciones interiores. Esta intención da en el clavo al tratar de parar una evasión a la ley por la mera interposición de lo que la normativa pasó a llamar un consolidador.

Sin embargo, esta claridad en la intención del redactor choca con la complejidad e incapacidad desde el punto de visa práctico de identificar, en circunstancias normales, el destino de la mercancía que ha salido del inventario del contribuyente. Lamentablemente el artículo falla en darse cuenta que ni siquiera el comprador que en forma última realiza una operación interior puede conocer, con seguridad, al momento de la compra, cual destino tendrá su inventario.

Reconociendo este divorcio entre claridad conceptual pero incapacidades técnicas de cumplimiento, el gremio de Zonas Libres ha tratado de impulsar una redacción más acorde con las realidades contables y comerciales. Hasta el momento de la redacción de estas líneas no han rendido éxitos estos esfuerzos.

# Complicación causada por el Decreto 143 de 2005:

Tal como lo indican las normas generales de interpretación y aplicación de la Ley, de existir incompatibilidad en las normas de un mismo cuerpo legal se preferirá la última disposición. Si leemos el artículo 101 (a) del Decreto Ejecutivo 170, tal como fue modificado por el Decreto Ejecutivo 145 de 2005, observaremos que este artículo considera exentas a las rentas generadas por los traspasos de mercancías dentro de una zona libre sin realizar ninguna exclusión entre traspasos realizados a raíz de operaciones interiores o a través de consolidadotes.

Al no haber limitantes en considerar exentos los traspasos de Zona Libre según el artículo 101 (a) de este Decreto pareciera que existe una contradicción entre el artículo 101 que ordena el gravamen a las rentas producidas por <u>algunos</u> traspasos y la exención hecha en el artículo siguiente a <u>todos</u> los traspasos.

Esta contradicción debe ser salvada con la norma de interpretación que mencionamos y que indica que la última debe prevalecer sobre la primera. Reconocemos que esta no debió ser la intención del redactor de la norma y que debe obedecer a un descuido de este. Sin embargo la contradicción se encuentra ahí y en algún momento alguien podrá esgrimirla.

# Parte III Consecuencias de estos cuatro cambios

Estos cuatro cambios comienzan a gravar la renta generada fuera de nuestro país. Analicemos que consecuencias trae este gravamen a rentas cuya fuente no sea Panamá.

# 1. Consecuencias de gravar un ingreso cuya fuente no sea Panamá

La mayoría de los países proveen el crédito o la exención para los viejos problemas de doble tributación internacional. Panamá, al tener un sistema territorial, pareciera caer en el segundo método, siendo esta la exención para aliviar la doble tributación internacional<sup>76</sup>.

Sin embargo, este nuevo sistema de retención crea una doble tributación que le es propia y que no corresponde a la doble tributación causada al aplicar los principios de la fuente y la residencia como criterios de vinculación para gravar la renta. Bajo las nuevas disposiciones el impuesto sobre la renta puede muy bien caer sobre ingresos cuya fuente no sea Panamá y, en el caso del 694 (1-b), a no-residentes.

Este escenario puede llegar a anular cualquier alivio a la doble tributación dada en el país donde el contribuyente sea residente. En ausencia de tratados tributarios, los países darán alivio a la doble tributación internacional al dejar que el país donde el ingreso tenga su fuente cobre

primero. Este primer derecho a gravar se hará efectivo al otorgarse por el otro Estado cualquiera de los dos sistemas que adopte, crédito o exención. En ambos casos un solo tema está en juego, la exención o el crédito se da, sólo si el ingreso gravado al que se concede exención o crédito ha tributado en el país donde tenga su fuente<sup>77</sup>.

Como consecuencia, la retención panameña está creando un problema de doble tributación poco tradicional. Esta doble tributación no tiene sus orígenes en los viejos criterios de vinculación (fuente / residencia) para gravar la renta. Por consiguiente, el método tradicional para aliviar de forma unilateral el problema de la doble tributación al conceder el crédito o la exención no solucionaría esta doble tributación.

El caso más confuso se producirá cuando se aplique el 694, 1-a (retención a quien permanezca más del 70% de su tiempo en Panamá pero que bajo las leyes de otros países también sea contribuyente). Recordemos que otro país gravará las rentas generadas en ese otro país y nosotros en virtud del 694, 1-a también las gravaremos. Esta doble tributación puede convertirse en triple tributación si el individuo es considerado residente bajo otro país o si es ciudadano de los EE.UU. o de otro país que también grave a sus nacionales / ciudadanos.

# 2. La doble tributación y el derecho internacional

Ambos parágrafos añadidos al 694 del Código Fiscal, causan doble tributación

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Técnicamente este no sería el caso ya que Panamá sencillamente no grava la renta fuera del país.

<sup>77</sup> En este punto recomendamos el excelente trabajo de Michael Graetz & Michael O'Hear, titulado "The Original Intent of US International Taxation", publicado en el Duke Law Journal 1021 de 1997, páginas 1043 a 1056. También recomendamos la lectura de: International Business Taxation. Sol Picciotto. Capítulo I (History and Principles). ISBN 0-89930-777-9. Año 1992. De la misma forma referimos al artículo "Efecto del crédito fiscal externo en nuestras exenciones de ISR" publicado en la Gaceta Fiscal # 1 en 2004, páginas 51 a 72.

internacional. Analicemos estos dos casos por separado.

La mayoría de los estudiosos coinciden en que, bajo el Derecho Internacional, el país de la fuente tiene el primer derecho a gravar las rentas generadas en su territorio. Esto fue reconocido al principio de la difusión de los Impuestos Sobre la Renta en los años 10's y 20's. Por esto los métodos de la exención y el crédito fueron creados como reconocimiento a este "primer derecho de gravar" del país de la fuente.

Esta vieja práctica nos hace preguntarnos si estamos ante la presencia de una costumbre bajo el Derecho Internacional Público. De esta forma nos preguntamos si Panamá tiene la obligación, bajo el Derecho Internacional Público, de aliviar cualquier doble tributación causada por su nuevo mecanismo de retención a ingresos que pueden no tener fuente panameña.

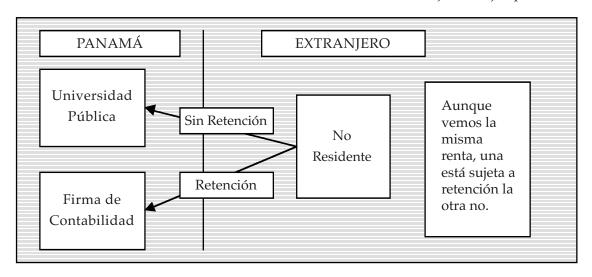
Si determinamos lo anterior, veremos que Panamá no tiene ninguna forma unilateral de aliviar la doble tributación internacional ni tampoco ninguna forma bilateral, ya que no ha realizado ningún tratado tributario hasta la fecha.

# 3. ¿Está Panamá gravando la "renta" y qué consecuencias tiene una respuesta negativa?

La palabra "renta" es entendida como un concepto neto. Esto es: ingreso bruto menos deducciones. Al realizar retenciones a no residentes, este concepto es con frecuencia convertido en una retención final sin la posibilidad de deducir ningún gasto<sup>78</sup>.

Sin embargo, hay un aspecto del nuevo sistema de retención panameño que nos hace preguntarnos si se está o no gravando la renta. Supongamos que tenemos una universidad pública y a una firma de contabilidad. Ambas reciben exacta e idénticamente el mismo servicio del mismo no-residente. En ambos casos la renta para el no-residente es idéntica, pero la primera estaría exenta de retención (ya que la institución pública no usaría esta remesa como gasto deducible) y la segunda sujeta a retención (porque la firma de contadores necesita la deducción).

Tratemos de dibujar este ejemplo:



<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> En nuestro país se permitía la declaración jurada del contribuyente (post-retención) y su consecuente inclusión de gastos deducibles. Como he mencionado antes, el tributarista más destacado de nuestro país, ha observado una clara inconsistencia entre este carácter provisional de la retención (dado vía reglamento) y el texto de la ley en su articulo 733 del Código Fiscal. Gnazzo, Op.Cit., Pag 161.

Con esta situación, ie., falta de un concepto neto de renta y tratamiento desigual a rentas idénticas, no podemos dejar de preguntarnos si estamos sólo ante un gravamen a las retenciones que son consideradas gastos deducibles para mitigar la fuga de capitales y no frente a un impuesto a la renta en el concepto tradicional del término. Es decir, tenemos que preguntarnos cuál será el hecho generador del impuesto en este caso.

Lamentablemente no podemos concluir que el hecho generador del impuesto es la producción de la renta. Esto lo decimos porque, como vemos en el ejemplo de arriba, existen contribuyentes con rentas generadas en Panamá, pero las mismas no son alcanzadas con la retención debido a la falta de una deducción por quien les paga dichas rentas. Como principio básico, el hecho generador de todo impuesto sobre la renta debe ser la producción de la renta sin importar la condición del que las paga. La intención de gravar la renta solo si el pagador ha tomado una deducción no fue una casualidad. El Ministro Ricaurte Vásquez, en los debates en la Asamblea Legislativa del entonces proyecto de ley y ante el cuestionamiento del diputado José I. Blandón, claramente expresó:

### H.D. JOSE I. BLANDON

"Ese acápite A del Artículo 696 se aplica ..., debo entender que si hay un funcionario ... que recibe además de gastos de representación, ... o recibe uso de vivienda, también, debe tributar sobre eso."

### RICAURTE VASQUEZ / MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

Siempre que la entidad que se lo brinde, sea una entidad que tiene que deducirlo como gasto para los efectos de su declaración de impuesto sobre la renta.

### H.D. JOSE I. BLANDON

Pero una institución publica no paga impuesto sobre la renta, sin embargo, hay

que pagar sobre los gastos de representación, o sea, voy a ser mas claro, Señor Ministro, ...

Pero además de eso la ACP, que es una institución publica le brinda a funcionarios de cierta jerarquía la utilización de casas ..., entonces debo entender en base a esta modificación que se esta haciendo ..., que si a un funcionario publico se le incluye como parte de su prestación, porque esa es un prestación para el funcionario ..., eso debe ser gravable y sobre eso debe tributar.

...

Pero volviendo al concepto tributario, si no es deducible, entonces no es imputable, así es que bajo ese concepto, .. en el caso de un pago en especie, como ese no estaría contemplado dentro del alcance del impuesto sobre la renta,

Entonces, yo entiendo que si una empresa privada le da a su gerente ..., una vivienda, ese gerente debe pagar, porque va a formar parte de su ingreso, ... y si esto es así para el sector privado, porque no va a ser así para el sector público.

## RICAURTE VASQUEZ / MINISTRO DE ECONOMIA Y FINANZAS

Por el mismo principio, si no lo deduce no es ingreso para la persona. ...

Como se aprecia de la lectura de las actas de la asamblea, el ministro claramente estableció su criterio que la renta, es renta, solo si para quien la pagó o remesó es un gasto deducible. ¿Es esto un impuesto a la renta en la forma tradicional del término? ¿Sigue esto el principio de territorialidad? ¿Sigue esto el principio de renta mundial? En ambas preguntas la respuesta es negativa.

El ejemplo del diputado Blandón estaba claro. ¿Cómo la misma renta está gravada en el empleado del sector privado pero exento en la Autoridad del Canal? No parece haber mucha consistencia en esto. La explicación del Ministro no ayuda mucho al decir que la consistencia está en que quien paga se deduzca o no un gasto. Por lo menos no fue lo que nuestra Honorable Corte de Justicia expresó en su fallo de 18 de diciembre de 1998 donde se recurría la resolución DGI-201-681 de 1996. En este caso nuestra Corte no aceptó la tesis que en las pasadas reformas explicó el Ministro. En ese fallo la corte claramente expresó que la deducibilidad del gasto no condicionaba la gravabilidad o no de la renta. Coincido plenamente con la opinión que en 1998 sostuvo la Corte. No creo que un impuesto que grave a la renta si hubo o habrá un gasto deducible esté gravando realmente a la "renta" del contribuyente sino, más bien, la deducción del pagador.

La pregunta sobre si existe o no un gravamen a la renta no es bizantina, sino que su respuesta tendrá profundas consecuencias al determinarse si esta retención es o no considerada como un crédito en el país de residencia del receptor de la remesa.

Recordemos que bajo la mayoría de los regímenes de crédito fiscal externo se hace necesario que el impuesto extranjero sea un impuesto a la renta para que sea acreditable<sup>79</sup>. La palabra "impuesto sobre la renta" es entendida en muchas jurisdicciones como un impuesto "análago". Tal es el caso de la Argentina que en el artículo 69 de la ley 11.683 nos habla de "impuestos análogos".

En los Estados Unidos, para que un impuesto sea acreditable, debe ser un "impuesto a la renta" en el sentido que el término es atribuido según el concepto americano<sup>80</sup>. El caso de los americanos es

trascendente porque son los inversores número 1 en Panamá y porque su política fiscal moldea la del resto del mundo. Ya en los años 60s y 70s el fisco americano debatió si los impuestos extranjeros eran o no "impuestos a la renta" en el concepto americano del término y por tanto acreditables al impuesto a pagar sobre la renta mundial de sus contribuyentes<sup>81</sup>.

En dos casos interesantes, el caso *Biddle* y el caso *Bank of America*. *Biddle* fue resuelto por la corte americana en 1938 y el caso *Bank of America* en 1972<sup>82</sup>. En ambos se debatió el acreditamiento de impuestos extranjeros a la carga fiscal americana. La jurisprudencia americana, en estos dos casos estableció lo que más adelante el departamento el tesoro americano introdujo mediante la Regulación 1.901, siendo en resumen que el impuesto extranjero es acreditable mediante el crédito fiscal externo si estos son impuestos a la renta en el sentido que el término es entendido por las leyes americanas.

Una segunda experiencia ocurrió con las compañías petroleras americanas que en los años 70s cuando el fisco americano recaracterizó regalías pagadas a gobiernos árabes por el uso y explotación de posos petrolífieros. Los gobiernos árabes habían llamado a estas regalías "impuestos sobre la renta" quizás con el propósito de que las petroleras usaran estos pagos como créditos. El fisco americano negó estos créditos mediante *Ruling* 76-215 de 1976. ¿Estaremos nosotros gravando con un impuesto sobre la renta de forma "no acorde" con la definición de un impuesto a la renta en el

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Ver Internacional Taxation. Joseph Isenbergh. Páginas 140-145. y Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributaio. Héctor Villegas. Páginas 728-729.

<sup>80</sup> Ver sección 164 y 903 del Internal Revenue Code americano. Estas secciones son reguladas por la Reg 1.901

<sup>81</sup> Un análisis excelente de este punto se encuentra en: International Taxation. Joseph Isenberh. Foundation Press. Año 2000. ISBN 1-56662-870-9. Páginas 135 y siguientes.

<sup>82 459</sup> F. 2d 513, 519-520 (Ct. Cl 1972) este caso fue resuelto por el Court of Claims americano.

sentido tradicional del término? Si la respuesta a la pregunta es sí, tendrá acceso al crédito fiscal externo el no domiciliado en Panamá que sufra retención por remesas según el artículo 694 1-b?

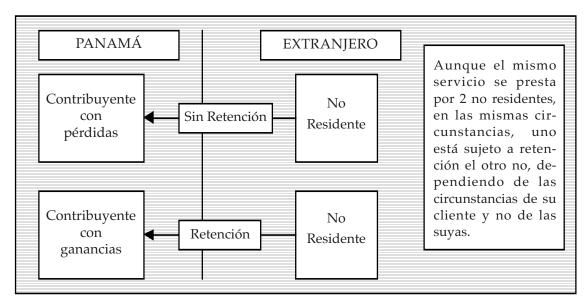
Como observamos antes, bien puede pensarse que el 694 (1-b) no grava la renta producida (sino la deducción del remesante) y por tanto no ser considerado un Impuesto Sobre la Renta en el sentido tradicional del término. Si esta conclusión es cierta la carga fiscal soportada por un no residente no será aliviada por la figura del crédito fiscal externo creándose una carga adicional al gravamen existente en Panamá.

### 4. Principio de igualdad ante la ley:

La Constitución nacional en su artículo 20 recoge el principio de igualdad de extranjeros y nacionales ante la ley. Este principio ha sido entendido en otros países como igual trato ante iguales circunstancias. En distintos fallos de la Corte se ha

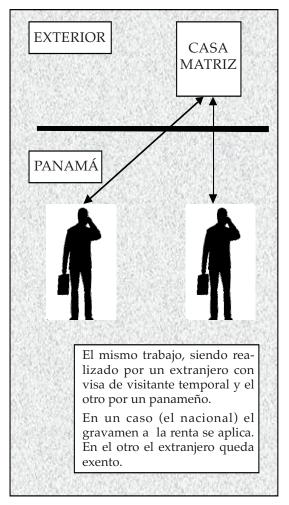
entendido que este es un artículo programático y por tanto no susceptible de reparación *vía* amparo de garantías constitucionales. Haciendo esta salvedad, debemos preguntarnos si tenemos las mismas circunstancias en la gráfica que ponemos abajo?

Tomemos al mismo contribuyente y el mismo no-residente teniendo la misma contratación pero en dos años distintos. El primer año el contribuyente ha tenido tantas pérdidas, que la deducción no hace mayor diferencia y decide no tomarla. En el segundo año el contribuyente tiene buenas ganancias y toma la deducción. No vemos ningún cambio en las circunstancias de los no residentes pero debido al cambio (deducción o no) de su cliente, la retención aplica o deja de aplicarse. De esta forma, podemos bien decir que en efecto tenemos las mismas circunstancias para ambos noresidentes pero tenemos tratos distintos.



El mismo artículo constitucional es relevante ante la tercera desviación del Principio de Territorialidad que deja gravando al nacional mientras exime al extranjero en las mismas circunstancias.

Tratemos de ver esta exención con otra gráfica:



Como se ve de la gráfica, el mismo trabajo es realizado por un asalariado panameño y por otro que posee una "visa de visitante temporal". Ante iguales condiciones, el panameño resulta gravado en su renta, mientras el extranjero no lo está. ¿Es esto una violación al principio de igualdad de los extranjeros y panameños ante la ley?

La respuesta, por lo menos para este autor, es positiva.

#### Parte IV

## Alternativa de movernos a un sistema de territorialidad plus:

Las presiones fiscales cíclicas harán que en un futuro cercano se debata nuevamente la inclusión en el gravamen a la renta aquellas "rentas de fuente extranjera" que tengan alguna conexión con Panamá.

No dudamos que en el futuro cercano algún gobierno verá con tentación la inclusión de parte de estas rentas de fuente extranjera a nuestro gravamen como ocurrió en 2005 y, en cierta medida en 2002. En estos dos años las reformas propuestas se debieron a presiones fiscales que tarde o temprano se repetirán. Es por esta razón que escribo esta parte IV con la intención de situar el debate en un escenario más claro y ofrecer al legislador otras alternativas a la existente, que ayuden a construir un sistema mejor elaborado desde el punto de vista conceptual y que cause las menores distorsiones posibles.

Si las presiones fiscales nos lo exigen, consideramos apropiado, cuando el momento llegue, considerar un sistema de territorialidad plus. Esto sería un sistema de territorialidad con inclusiones limitadas de gravamen extraterritorial a algunas rentas. En cierta medida eso es lo que siempre hemos tenido al gravar desde mucho tiempo atrás el sueldo del empleado público donde quiera que se encuentre.

Este sistema de territorialidad *plus*, entendido como la inclusión de algunas rentas de fuente extranjera a nuestro gravamen, puede ser una alternativa intermedia entre un sistema a la renta mundial del residente y un sistema exclusivamente territorial.

Con esta idea en mente ofrezco los siguientes pensamientos con la intención de servir de referencia a investigaciones futuras, con la esperanza de que nuestro legislador se nutra de un debate conceptual que ayude a diseñar un sistema más funcional y con las menores distorsiones posibles.

Por lo tanto los comentarios que siguen sólo los vierto con la intención de ampliar un debate que tarde o temprano ocurrirá.

# 1. Cuatro Rentas que parecieran no poder incluirse en la territorialidad plus:

### Venta de sociedades:

El defensor número 1 del llamado principio de territorialidad es el sector de abogados y demás grupos dedicados a las ventas de sociedades. Este sector dice representar TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO BALBOAS (B/. 3,367,042,648)<sup>83</sup> al año para nuestra economía. No conocemos las bases económicas que llevaron a estas mediciones pero, sin avalar estas cifras, reconocemos la importancia que tiene esta actividad.

#### **Actividad Bancaria:**

En cierta medida se liga este negocio (venta de sociedades) a la actividad bancaria Panameña. Nunca hemos visto en qué consiste esta relación. Después de todo nunca ha existido, que sepamos, un pronunciamiento de la comunidad bancaria en defensa del principio de territorialidad. Esta aparente falta de interés en el principio de territorialidad quizás se deba a que los bancos de importancia conocen que sus ingresos de fuente panameña son gravados localmente y acreditables o exentos en el país de su casa matriz. Tan real es esta situación que en el 2003, algunos bancos extranjeros lograron que el DE 170 de 1993 fuese modificado para que el impuesto de Licencia Comercial fuese declarado como un Impuesto a la Renta. Resulta obvia la intención de este sector en poder utilizar este impuesto de licencias comerciales (declarado como Impuesto a la Renta) como crédito fiscal externo en algún lugar del extranjero84. Por esta razón para ellos parece irrelevante un gravamen Panameño (al menos en teoría). Más aún, podrían bien perderse "créditos fiscales" o "exenciones"

De cualquier forma, sí resulta de interés conservar la exención al interés devengado por sus clientes, pero esta exención es independiente del principio de territorialidad. Recordemos que la exención a intereses devengados en ahorros bancarios es común a otros países tengan o no criterios de territorialidad como forma exclusiva para gravar la renta. La lógica pareciera ser mantener la exención a los intereses devengados con bancos locales (así no pareciera verse afectado nuestro centro bancario). Según Reuven S. Avi-Yonah, ningún país de importancia entre los importadores de capital ha tenido la capacidad de imponer un gravamen a los intereses bancarios pagados a extranjeros por miedo a que las mismas emigren a otros territorios85.

#### Abanderamiento de naves:

Como tercer punto se asocia nuestro principio de territorialidad con la actividad de abanderamiento de naves. En la tributación internacional no se grava las rentas marítimas utilizando el criterio del abanderamiento sino el criterio de la residencia de quien sea titular de la nave. Por esto, y reconociendo que pocos residentes en Panamá están dedicados a esta actividad debemos seguir eximiendo estas rentas ya que esta exención es, en la práctica, solamente formal. Adicionalmente, podemos dejar de gravar las rentas mundiales de las sociedades anónimas para minimizar el impacto que esto tenga en el negocio de venta de sociedades.

No recordamos qué otro negocio se asocia con el llamado principio de territorialidad. Por consiguiente, pareciera que podemos cambiar nuestro régimen (como

en sus países de origen al no existir un impuesto análogo en Panamá.

Nota enviada el 7 de Julio de 2005 al Presidente Martín Torrijos por el Colegio Nacional de Abogados y otras dos asociaciones de juristas.

<sup>84</sup> Ver artículo 28 tal como fue reformado en 2003 (G.O 24,960 de Dic/03).

<sup>85</sup> Ver Reuven S. Avi-Yonah, Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State, 113 Harvard Law Review, 1573, 1576-78. Año 2000.

en efecto lo hicimos en 2005) sin afectar las industrias antes listadas.

Con estas tres limitantes en mente, resulta interesante pensar si podemos llegar a gravar a las personas naturales con un criterio extra-territorial. Es decir qué nos limita gravar a la persona natural con renta mundial? Esto es lo que ha hecho Francia desde hace años al gravar las rentas de los individuos residentes con el principio de renta mundial y a las personas jurídicas con el principio de territorialidad.

### <u>Jubilados extranjeros residentes en</u> <u>Panamá</u>:

Alguien pensará que parte del turismo de jubilados que experimentamos tiene como ventaja nuestro sistema territorial. Al confrontar esta relación (turismo de jubilados –vs.- principio de territorialidad) con los criterios para gravar la renta en otros países no me encuentro convencido de esta aseveración. Pero si esto llega a ser cierto qué nos impide gravar sólo a aquellos jubilados por sus rentas locales en la medida en que sobrepasen cierta edad y no sean ciudadanos panameños? En la misma línea, ¿qué nos impide gravar a los residentes (no jubilados) con renta mundial?

## Criterio de vinculación que debemos usar:

Con estas cuatro limitantes podemos pensar que no existen mayores impedimentos para realizar un gravamen mundial al ciudadano de Panamá. Al considerar el criterio de la ciudadanía como vinculante para gravar con renta mundial no afectaríamos ninguna de las cuatro industrias antes listadas.

De esta forma, tendríamos dos criterios de vinculación para gravar la renta. El primero el de la fuente o territorialidad. Este gravaría, como lo hace hoy, a toda renta generada en Panamá sin importar quien la generó. El segundo criterio de vinculación sería para el ciudadano panameño. Este estaría gravado sobre su renta

mundial, sin importar si se generó en Panamá o no.

Esto es, como mencionamos antes, lo que tenemos hoy para el asalariado panameño que no puede eludir los efectos del artículo 694, 1-a. Por consiguiente, el sistema propuesto sólo haría el artículo citado menos distorsionante y más equitativo al gravar también las rentas de quienes realmente la poseen (quienes no dependen de un salario, ni de un trabajo de 8 horas).

Indudablemente este sistema crearía una gran desventaja para los nacionales que emigren a otros países y dejen de tener conexión económica con el país. Sin embargo, con lo fácil que resulta renunciar a los derechos ciudadanos, podemos pensar poco dificultosa la renuncia a estos derechos como alternativa a quien deje de residir por periodos largos en el país. De esta manera lograremos que todo el que resida en el país contribuya, al menos en teoría, con el financiamiento de los bienes y servicios públicos. En la opinión de este autor, en la práctica, el 99% de las personas naturales residentes en Panamá ya tienen, desde febrero de 2005, un gravamen a la renta mundial. Es decir al gravar el ingreso por salarios en forma mundial con el artículo 694, 1-a, se está en la práctica, gravando a casi todo el que genere ingresos de fuente extranjera con la excepción de quien sea lo suficientemente afortunado como para no depender de un salario (y un trabajo de 8+ horas). Este gravamen a la renta mundial del asalariado viene acompañado con una exoneración vía reglamento (y no vía ley) para quienes generen rentas provenientes del trabajo personal pero que tengan visas de visitante temporal, reciban su cheque de una casa matriz extranjera y su patrono dirija transacciones que se perfeccionen fuera de Panamá<sup>86</sup>. Es difícil enten-

<sup>86</sup> Artículo 10-b del Decreto Ejecutivo 170 de 1993. Ignoramos porque aparece esta exención en un Decreto Ejecutivo que pretende reglamentar una ley que no contempla esta exención.

der como esta exoneración se desvía del principio de territorialidad para discriminar en forma inversa (al nacional frente al extranjero) sobre todo en un momento donde el resto de los asalariados se ven desfavorecidos con las pasadas reformas fiscales.

Extendiendo este gravamen a la renta mundial del asalariado, para que también grave en forma mundial a todos los ciudadanos, lograría también eliminar el incentivo para invertir capitales en el extranjero que tengan individuos de alto poder adquisitivo en Panamá, haciendo neutral la ubicación de su capital (al recibir el mismo gravamen si su renta se genera en Panamá o fuera de Panamá).

Tal como empezamos esta sección ofrezco estos planteamientos con la intención de ampliar un debate que tarde o temprano ocurrirá. Este debate debe centrarse en qué méritos tiene, para el Panamá de hoy, el principio de territorialidad. Este debate tendrá que examinar si el mismo se justifica o si amerita un cambio como el que ya ocurrió en el resto del sub-continente latinoamericano.

Este examen puede concluir que el principio de territorialidad es lo que más nos conviene en este momento, o en su defecto, puede concluir que existen mejores ventajas para el país si nos movemos a un sistema de renta mundial o de territorialidad plus. Para empezar este examen será necesario des-atrincherarnos de la defensa al principio de territorialidad, impidiendo así que nos cieguen principios que, al ser repetidos al infinito, nos han atado a serles fiel sin en verdad analizar su alcance. Este es el caso del principio de territorialidad, al no haber analizado este principio a profundidad no tenemos bases conceptúales sólidas para pronunciarnos a favor o en contra del mismo. Este autor no recuerda cuando se analizó por última vez este principio y la relación costo beneficio del mismo. Por esta razón el tiempo, que

lo idealiza todo, ha idealizado también al llamado principio de territorialidad. De forma que el panameño llega a ver en el principio cosas que en verdad no existen, llegando a pensar que la fiscalidad de su país depende de un principio que para académicos de importancia no debe ni siquiera llamarse de esa forma<sup>87</sup>. Del mismo modo el panameño llega a pensar que el llamado principio de territorialidad es un sistema único o característico de su país sin saber que este mito deja de ser realidad al confrontar otros sistemas y comprobar que todo país tiene un sistema territorial y lo aplica junto con otros sistemas o criterios para el gravamen de la renta.

El debate sobre el tema debe comenzar a la brevedad posible.

#### 3. Conclusión:

El cambio de nuestro principio de territorialidad trae retos para nuestro país que ha estado acostumbrado al régimen anterior a los 2 parágrafos introducidos al artículo 694 del Código Fiscal mediante ley 6 de 2005 y con el artículo 10 (c) del Decreto Ejecutivo 170 de 1993 (tal como fue reformado en 2005).

En las apreciaciones de este autor no creemos que con esta introducción se haya violado una regla fundamental o sacrosanta de nuestra fiscalidad. Esto lo decimos porque no pensamos que nuestro sistema (ni nuestra economía) se basa (ni se basaba) en el llamado principio de territorialidad. Quizás el paso del tiempo ha hecho que nuestro sistema sea replanteado y a esto obedece la introducción de estos dos parágrafos.

A pesar de lo anterior, sí creo que ambos parágrafos introducen confusiones que no han sido aclaradas a cabalidad y que ameritan una mayor y mejor redacción.

<sup>87</sup> Recordemos las palabras de Vogel que mencionamos antes.

De la misma forma, la exención concedida vía reglamento, introduce una injusticia en el trato de extranjeros y nacionales en situaciones iguales que amerita una explicación y/o eliminación.

Reconocemos también el mérito de esta reforma al poner sobre el tapete la discusión de si es o no necesario y justo que los residentes en Panamá tributen sobre sus rentas obtenidas en el extranjero en contraprestación por los bienes y servicios que su país de residencia (Panamá) les provee.

De la misma forma reconocemos el mérito del artículo 694 1-b, al tratar de parar abusos que podían darse al manipular el lugar de prestación de servicios y que podían pasar inadvertidos para nuestro fisco al no tener tratados de información tributaria, ni normas generales antielusión (sustancia sobre forma, fraude a la ley, etc.). Al mismo tiempo observamos la poca consistencia entre este parágrafo y la razón de ser de la retención a las remesas. También pensamos que los dos cambios no intencionados con la reforma (timbre e ITBMS) deben ser solucionados inmediatamente vía ley y no vía reglamentación.

Estos dos parágrafos hacen posible que se graven rentas cuya fuente no sea Panamá. Esto creará doble tributación en el país donde estas rentas tengan su fuente. Al no tener tratados tributarios, Panamá no tiene forma de aliviar esta doble tributación internacional. Por consiguiente, los métodos tradicionales de aliviar la doble tributación internacional (exención o crédito) tendrán que ser aplicados, sólo si el gravamen panameño cumple con las reglas de determinación de la fuente de renta para aplicar los métodos de exención o crédito en el país de residencia de quien recibe la remesa panameña. Tenemos serias dudas de que este sea el caso en muchas jurisdicciones.

Creemos que estos dos parágrafos deben abrir el debate nacional sobre la necesidad o no de reformar nuestro principio de territorialidad y de ajustar nuestras políticas tributarias para evitar que el cobro de tributos se vuelva ilusorio por falta de medidas serias de combate a la evasión. De la misma forma la controversia surgida casi un año después de aprobada la ley 6 sobre la aplicación o no del artículo 733 debe ser un llamado a las autoridades actuales y las que vendrán de la necesidad de mejores redacciones de la ley fiscal y de más diálogo con los sectores afectados con las reformas fiscales.

De la misma forma, el régimen de tributación en Zonas Libres debe ser modificado para salvar el divorcio existente entre el Código Fiscal, su reglamentación y la viabilidad práctica de cumplir con ambas disposiciones. Espero que este artículo ayude a alimentar un debate que de seguro nos espera en un futuro.

# ASPECTOS CONTRIBUTIVOS MÁS RELEVANTES DE LA RECIENTE REFORMA A LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL EN PANAMA

Por: Salvatore Bacile<sup>1</sup>

#### INTRODUCCIÓN

En mayo del 2005 y después de más de 1 año de intensas deliberaciones, estudios y análisis internos y externos, el gobierno nacional enfrentó uno de los retos más importantes de los últimos 15 años; las reformas al sistema de seguridad social panameño, tema largamente postergado por gobiernos anteriores.

En ese mismo mes, presentó ante la Asamblea de Diputados, el Proyecto de Ley 114 por medio del cual se subrogaba el Decreto Ley 14 de 1954 con sus modificaciones y adiciones, se reformaba el sistema de seguro social y se dictaban otras disposiciones.

Esta iniciativa pasaría a convertirse en la Ley 17 de 1 de junio de 2005, con la cual se procuró, entre otras cosas, darle soste-

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Santa Maria la Antigua, posee una maestría en International Business and Trade Law de The American University, Washington College of law en Washington, D.C., Estados Unidos de América. El Licenciado Salvatore Bacile Ladaris, funge en la actualidad como asesor del Director General de la Caja de Seguro Social y representó a la Caja de Seguro Social en la Mesa del Dialogo por el mejoramiento de la Ley 17. Ha sido abogado de la firma Rivera, Bolívar & Castañedas y facilitador de algunas cátedras en varias universidades e instituciones de educación superior en el país, tales como la Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnología (ULACIT); la Universidad Latina de Panamá y la Universidad Latinoamericana de Comercio Exterior (ULACEX).

nibilidad financiera al Riesgo de Invalidez, Vejez y Muerte, principal problema que enfrenta la Caja de Seguro Social.

Si la realidad financiera de esta institución no hubiera sido crítica, y no hubiera ameritando la toma de algunas decisiones impopulares, posiblemente su reforma hubiese sido nuevamente postergada. Sin embargo, existía y existe en la conciencia de nuestro actual gobernante, la legitima y sincera convicción de que los cambios eran necesarios e inaplazables, por lo que esa necesidad estaba por encima del llamado "costo político", que influyo para que las medidas requeridas hubieran sido dilatadas en el pasado.

A pesar de lo anterior, la perpetración del sistema existente, provoco el descontento popular, motivando un cambio de actitud del gobierno, quien en forma meritoria decidió convocar a un gran diálogo nacional por el mejoramiento de la Ley 17, solicitándole al órgano legislativo la suspensión temporal de la Ley 17 de 2005 y reestableciendo la vigencia de las leyes por ella derogada, lo cual, según nuestras investigaciones, se constituyó un precedente en nuestro país².

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Ver Ley 23 de 30 de junio de 2005, Gaceta Oficial 25,335 de 5 de julio de 2005 y la Ley 32 de 10 de octubre de 2005, Gaceta Oficial 25,405 de 12 de octubre de 2005.

El Diálogo por el mejoramiento de la ley 17 de 2005, se dividió en cuatro grandes ejes temáticos, objeto de la deliberación de los sectores representados en la mesa, a saber: Trabajadores, Médicos, Enfermeras, Pensionados y Jubilados, Empresa Privada, Maestros y Técnicos de la Salud, Profesionales Independientes, obreros de la construcción y gobierno.

En el mes de diciembre de 2005 y luego de 6 meses de intensas y acaloradas discusiones, se remitió al Ejecutivo el informe final que contenía un proyecto de Ley que reformaba el régimen de seguridad social y la Ley 17 de 2005, siendo su principal y más fundamental cambio, el establecimiento de un régimen compuesto de pensiones, donde subsiste un sistema exclusivamente de beneficio definido (sistema de reparto) y un sistema mixto con un componente de beneficio definido y un componente de ahorro personal.

En este artículo procuraremos referirnos a los ASPECTOS CONTRIBUTIVOS MÁS RELEVANTES que trae como consecuencia la promulgación de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, dejando de lado para un artículo posterior, el desarrollo del nuevo régimen de invalidez, vejez y muerte.

#### Contenido

El siguiente trabajo lo hemos divido en cuatro grandes áreas, relacionadas directamente con la recaudación de la más importante fuente de ingresos de la Caja de Seguro Social que son las cuotas empleado-empleador, así como toda la normativa introducida con el fin de combatir la evasión y reducir la morosidad.

Estas cuatro grandes áreas son:

- a. Disposiciones generales en materia de recaudación de cuotas;
- b. De las personas obligadas a participar en el régimen (empleados e independientes);
- c. De las obligaciones; y
- d. De las sanciones.

Finalmente y antes de entrar en materia, resulta forzoso indicar, que muchos de los cambios introducidos en materia contributiva que veremos, fueron tanto en la Ley 17 de 2005, como en la Ley 51 de 2005, el resultado de: (i) la experiencia de la Caja de Seguro Social, (ii) las recomendaciones del Diálogo por la Caja de Seguro Social organizado por el PNUD en el período 2000-2004, (iii) las recomendaciones presentadas en el Gran Foro Popular por la Seguridad Social de 20 de marzo de 2005 y (iv) el Diálogo por el mejoramiento de la Ley 17 de junio de 2005.

# TITULO I. DISPOSICIONES GENERALES EN MATERIA DE RECAUDACIÓN DE CUOTAS.

## CAPÍTULO I.

Normas Generales para Combatir la Evasión.

Sección I. Inspección de lugares de trabajo, revisión de planillas y otros medios de pago de cuotas y recaudación de información. (Artículos 8 y 9)

El artículo 67 del subrogado Decreto Ley 14 de 1954, ya establecía la facultad de la Caja de Seguro Social para inspeccionar los lugares de trabajo y examinar los libros de contabilidad, listas de pago y demás documentos que fueran necesarios para la comprobación del sueldo, salarios y descuentos relacionados con el Seguro Social.

La norma disponía además que los empleadores estaban obligados a prestar a los funcionarios de la Caja de Seguro Social, las facilidades necesarias para realizar estas inspecciones, so pena de ser sancionado con una multa de hasta B/.1,000.003

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Ver artículo 61 del Decreto Ley 14 de 1954, Gaceta Oficial No.12,467 de 10 de septiembre de 1954.

Al igual que en el caso de la potestad de inspeccionar lugares de trabajo, el artículo 76 del subrogado Decreto Ley 14, también establecía la facultad expresa de la Caja de Seguro Social para revisar y verificar la información contenida en la planilla de declaración de pago de cuotas.

Siendo que los artículos 67 y 76 regulaban temas similares, pero estaban ubicados separadamente el uno del otro, la Ley 51 de 2005 los reproduce con algunas variaciones, en forma seguida a través de sus artículos 8 y 9, entendiendo que ambos deben interpretarse en forma conjunta por regular temas afines.

En el caso del artículo 8, el mismo se divide, contrario a su antecesor el artículo 67 del Decreto Ley 14 en 3 partes.

Primero, establece la potestad de inspeccionar los lugares de trabajo, sin embargo, y aunque su antecesor establecía que esta autoridad incluía "...y demás documentos que fueran necesarios para la comprobación del sueldo, salarios y descuentos relacionados con el Seguro Social", hubo en la práctica algunas dificultades en cuanto a la posibilidad real de examinar otro tipo de documentos, que no fueran los expresamente indicados en el otrora artículo 67.

Por ello, la Ley 51 de 2005 en su artículo 8"amplia el tipo de documentos o información sobre la cual la Caja de Seguro Social puede acceder, para indicar en forma expresa: las planillas de pago y las declaraciones de pagos a terceros, contenida en el denominado formulario 03 de rentas y el PAT<sup>4</sup>

Adicionalmente amplia el marco dentro del cual la Caja de Seguro Social puede requerir esta información, ya que antes sólo se limitaba a establecer en forma genérica la comprobación del sueldo, salarios y descuentos relacionados con el Seguro Social.

La norma dispone ahora que la institución puede requerir "...todos aquellos documentos que sean necesarios, para verificar y comprobar...":

- a. El pago de sueldos o salarios;
- El pago de honorarios (para el caso de los independientes o de pagos de honorarios a empleados); y
- c. El pago de gastos de representación.

Y agrega que inclusive puede recabar información para comprobar el cumplimiento por parte de los empleadores **de todas** sus obligaciones para con la Caja de Seguro Social, tanto en materia de cotizaciones como de salud ocupacional.

En su primera parte, el artículo 8 termina adicionando la posibilidad de la Caja de Seguro Social, de solicitar, de ser necesario, la ayuda de la Policía Nacional a efectos de poder cumplir con su deber de inspección, tema que en el pasado había sido cuestionado, argumentando la no existencia de una norma expresa que enunciara esta posibilidad.

En este punto, el artículo 9 de la Ley 51 de 2005, entra entonces a adicionar a lo anterior la autoridad de revisar, dentro de este proceso de inspección previo o posterior, cualquier medio utilizado para la deducción de los aportes de los empleadores e indica con que fin: (i) para efectos de determinar su exactitud, (ii) realizar alcances y (iii) ordenar rectificaciones.

Continuando con el artículo 8 en su segunda parte, el mismo mantiene al igual que su antecesor, la disposición expresa que obliga a las personas sujetas al régimen de la Caja de Seguro Social (incluyendo como novedad a los independientes y ya no sólo a los empleadores) de: (i) suministrar a la Institución toda la información que esta requiera, a efectos de determinar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley; y (ii) para dar las facilidades pertinentes para las inspecciones que sean necesarias.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Ver Decreto Ejecutivo 267 de 13 de diciembre de 2000. Gaceta oficial No.24,202 de 18 de diciembre de 2000.

En tercer y último lugar, el artículo 8 de la Ley 51 de 2005 introduce en materia de manejo de la información, la obligación de la Caja de Seguro Social de notificar a la entidad correspondiente, por ejemplo el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), si en el curso de una investigación para determinar el pago de cuotas, detecta hechos que a su criterio puedan constituir incumplimiento de cualesquiera disposición legal vigente. Por ejemplo, el pago de impuestos. Igual obligación tendrán las demás entidades del Estado, señala el artículo para con la Caja de Seguro Social.

En este punto, nuevamente el artículo 9 de la Ley 51 de 2005 entra entonces a adicionar a lo anterior, indicando además, que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 51 de 2005, la Caja de Seguro Social tendrá acceso a examinar y obtener, por parte del MEF, toda la información relativa a las distintas formas y montos de las rentas de los independientes contribuyentes y no contribuyentes o informales y su identificación, debiendo proporcionarle a la Caja de Seguro Social toda la información que así le sea requerida.

Como se observa, esta última parte del artículo 9 de la Ley 51 de 2005, encaja con el artículo 8 en materia de manejo de la información e introduce la novedad de poder recibir por parte del MEF, información relativa a las distintas formas y montos pagados en concepto de impuestos nacionales.

Esta ultima parte del artículo 9 de la Ley 51 de 2005 que nace en virtud de la obligación que tienen ahora los trabajadores por cuenta propia o independientes de contribuir con el régimen de la seguridad social como veremos más adelante, le permite a la Caja de Seguro Social tener acceso a información que antes le era vedada y que dificultaba su proceso de revisión y auditoria.

Este intercambio de información, además de contribuir a realizar auditorias

de forma selectiva, es decir identificando previamente donde hacer las mismas, lo que a su vez se traduce en un uso eficiente del personal en búsqueda de situaciones específicas que hayan llamado la atención de la Caja de Seguro Social, sirve también de asidero para informar, con base a lo que dispone la última parte del artículo 8 de la Ley 51 de 2005 a otras entidades, si en el curso de una investigación, se detectan situaciones que juicio de la Caja de Seguro Social constituyen incumplimiento de normas de carácter tributario.

# Sección II. Facultad para determinación obligaciones para con la Caja de Seguro Social (Artículo 7)

El artículo 7 de la Ley 51 de 2005 formaliza una facultad reconocida de la Caja de Seguro Social que no encontraba en el pasado una mención expresa.

Nos referimos a la potestad para determinar la obligación de afiliar, afiliarse, retener, cotizar y remitir cuotas, así como cualquier otra obligación para con la Caja de Seguro Social.

Esta facultad había sido cuestionada, antes de la aprobación de la Ley 51 de 2005 y ahora aún más con su introducción expresa en esta norma jurídica.

El principal cuestionamiento que se le hace, es que la Caja de Seguro Social no es competente para determinar si existe o no una relación de trabajo entre un empelado y un empleador, a efectos de poder realizar alcances por el pago de cuotas.

Se ha dicho inclusive, que esto es una violación a las normas de la Constitución Política de la República de Panamá, que regulan las relaciones entre el capital y el trabajo y reservan al Órgano Judicial el administrar justicia en materia laboral.

Al respecto es necesario señalar que la Caja de Seguro Social sí está facultada para determinar la existencia de relaciones laborales, pero con el fin único de establecer las cotizaciones obligatorias, según el régimen legal de la seguridad social. Es decir, que sus conclusiones en cuanto a la existencia o no de una relación laboral, sólo afectan en cuanto a la determinación de pagar cuotas empleado-empleador. De ninguna forma sus conclusiones pueden establecer la existencia de una relación laboral para otros efectos, como por ejemplo puede ser el pago de prestaciones laborales como lo son vacaciones, primas de antigüedad, etc.

Es por ello que el artículo 7 en comento señala que la CSS "...tendrá facultad para determinar, dentro de los parámetros de esta Ley, la obligación de afiliar, afiliarse, retener, cotizar, remitir y otras que surjan de la relación con la Institución, con el fin de asegurar su cumplimiento...", es decir, limitándolo al ámbito de su competencia y dentro del marco de las obligaciones establecidas para los empleadores en la Ley 51 de 2005, especialmente en cuanto a su obligación de pagar cuotas.

La Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones se ha referido a esta facultad que tiene la Caja de Seguro Social y que el artículo 7 de la Ley 51 de 2005 viene a formalizar. Quizás el más ilustrativo de estos fallos es el de 17 de agosto de 1998<sup>5</sup> donde la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia dispuso:

"Muchas veces se ha cuestionado la facultad de la Caja de Seguro Social, en razón de la potestad otorgada por el artículo 67 del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954, reformada por la Ley No. 30 de 26 de diciembre de 1991, para determinar la existencia de una relación de trabajo, que se supone que es privativo de

los juzgados de trabajo, y de aplicar las normas referentes a la cotización obligatoria, que preceptúa el artículo 2 de la propia Ley Orgánica. Se arguye una colisión de jurisdicción, ya que se supone que las decisiones de la Caja de Seguro Social son materia administrativa únicamente.

Sin embargo, frente a los argumentos de los opositores de estas facultades de la Entidad de Seguridad Social, es importante indicar que no tiene sentido que la Caja de Seguro Social tenga la facultad de exigir el cumplimiento de las disposiciones que están relacionadas con el pago de las cuotas obrero patronal, pero sujeta a la decisión de los tribunales de trabajo, para que estos determinen la existencia o no de la relación de trabajo. La Ley Orgánica de esta entidad autónoma es especial, y su aplicación es preferente frente a las normas laborales. En esta situación no se verifica una colisión de jurisdicción, ya que la decisión de la Caja de Seguro Social es netamente administrativa cuyas características son distintas a las que regulan las decisiones laborales, pues estas son eminentemente judiciales. DROMI confirma esta afirmación, cuando indica que "los actos que dicta la Administración no están sujetos al régimen jurídico de los actos jurisdiccionales, sino al de los actos administrativos. Es impropio pretender que la Administración ejerza funciones judiciales. En nuestro sistema las facultades jurisdiccionales sólo corresponden al Poder Judicial". (DROMI, Roberto. El Poder Judicial. Cuarta Edición. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, Argentina 1996. Pág. 105).

Es viable entonces, que la Caja de Seguro Social determine la relación de trabajo y en consecuencia cobre la cuota obrero patronal que ha omitido el empleador pagar a esa entidad."

# Sección III. Requerimiento de Paz y Salvos. (Artículos 99, 234 y 237)

El artículo 234 de la Ley 51 de 2005 viene a modificar el artículo 717 del

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Fallo de 18 de mayo del año 2000, proferido por la Magistrada Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera, dentro de la Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por el licenciado Luis A. Arrocha, en representación de la Cervecería del Barú, S.A., para que se declarase nula, por ilegal, la Resolución N° 883-97 D.G. de 8 de mayo de 1997, dictada por la Caja de Seguro Social.

Código Fiscal que establece la obligación de todo contribuyente, que por la terminación de su negocio deje de estar sujeta al Impuesto sobre la Renta, a presentar una declaración jurada final o de cierre, con el fin de introducir que dicha declaración debe ir acompañada de un paz y salvo expedido por la Caja de Seguro Social.

Por su parte el artículo 237 de la Ley 51 de 2005 modifica el artículo 28 de la Ley 56 de 1995 por la cual se regula la contratación pública y se dictan otras disposiciones. Dicho artículo 28 de la Ley 56, establece el contenido que debe tener todo pliego de cargos, elaborado con el fin de contratar la adquisición de una obra, el suministro de equipo o la prestación de un servicio a favor del Estado.

La modificación especifica establece como un requerimiento adicional de todo pliego de cargos, la exigencia de un paz y salvo con la Caja de Seguro Social, a manera de requisito previo para poder contratar con el Estado.

Finalmente tenemos el artículo 99 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 que dispone que se requiere de un paz y salvo con la Caja de Seguro Social, para poder hacer efectivo el cobro de cualquier crédito que tenga un empleador con el Estado en calidad de proveedor.

Como se observa, estos requerimientos de paz y salvo buscan combatir la evasión, garantizando: (i) que al momento de cerrar un negocio o disolver una sociedad el empleador no deje pendientes por pagar sus cuotas para con la Caja de Seguro Social; (ii) que los proveedores de bienes, equipos o servicios al Estado, estén al día en sus obligaciones al momento de concursar por un contrato y (iii) que los proveedores de bienes, equipos o servicios al Estado, estén al día en sus obligaciones al momento de requerirle al Estado el pago correspondiente.

Importante señalar que tanto el artículo 234 como el 99 de la Ley 51 de

2005 establecen que la Caja de Seguro Social deberá, si una persona natural o jurídica, no estuviera obligada a inscribirse o afiliarse, con base a lo dispuesto en la Ley, a emitir una certificación haciendo constar tal situación, certificación que en todo caso tendrá, para los fines antes señalados, la misma validez que un paz y salvo.

#### Sección IV. Fuero Laboral (Artículo 234)

El tema de introducir algún tipo de protección a favor de los empleados que denunciaban a sus empleadores, por no inscribirlos en el régimen de la Caja de Seguro Social, era una reclamación que venía haciendo el sector trabajador, desde hace ya varios años.

En respuesta a esta reclamación, la Mesa del Dialogo por el mejoramiento de la Ley 17 de 2005, introduce el artículo 234 de la Ley 51 de 2005 que adiciona un artículo 228-A al Código de Trabajo, estableciendo que el trabajador que denuncie a un empleador por falta de inscripción o evasión no podrá ser despedido sin que medie causa justificada.

En todo caso el artículo señala que no bastará sólo con que un trabajador haga la denuncia respectiva; este fuero será otorgado siempre y cuando:

- La Caja de Seguro Social tenga constancia y pruebas de que el empleado de que se trate, es efectivamente el empleado que denunció la falta de afiliación o evasión por parte de su empleador; y
- Que la Caja de Seguro Social, producto de una inspección o auditoria, realizada en virtud de dicha denuncia, haya comprobado la falta de afiliación o evasión por parte de dicho empleador.

Si la información es comprobada y la Caja de Seguro Social así lo certifica, entonces le dará derecho al trabajador a reclamar, ante la autoridad laboral correspondiente, un fuero laboral que le protegerá contra el despido injustificado por parte de su empleador por haber realizado la denuncia, durante 18 meses contados a partir de la fecha de formalización de la denuncia tratándose de trabajadores por tiempo indefinido. En el caso de trabajadores por tiempo definido, obra determinada o fase correspondiente, el fuero durará durante el tiempo que dure la relación de trabajo.

El artículo finaliza señalando que este fuero deberá aplicarse, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes que puede ejercer el empleador en contra del trabajador que haya realizado una denuncia falsa.

#### CAPÍTULO II

#### Normas Generales para Combatir la Morosidad.

#### Sección I. Cobro Coactivo (Artículo 5)

El artículo 5 de la Ley 51 de 2005 recoge la facultad de la Caja de Seguro Social para ejercer la jurisdicción coactiva, tal como viene definida en el Capítulo VIII del Libro Segundo, Parte II del Código Judicial.

Esta facultad no requiere mayor explicación, ya que el Decreto Ley 14 de 1954 en su artículo 57, tal como fue subrogado por el artículo 21 de la Ley 19 de 1958 y adicionado en los parágrafos 1 y 2 por el artículo 45 de la Ley 30 de 26 de diciembre de 1991, le otorgaba a la Caja de Seguro Social jurisdicción coactiva para el cobro de todas las sumas que debían ingresarle por cualquier concepto. En la actualidad y en virtud de lo anterior, la Caja de Seguro Social maneja 9 juzgados ejecutores a nivel nacional.

A pesar de que la norma establecía claramente de que esta jurisdicción podía ejercerse para el cobro de "todas las sumas que deben ingresarle por cualquier concepto", hubo algunas diferencias en cuanto a la aplicación de la misma, para efectos del cobro especifico de multas, recargos e intereses.

El principal cambio introducido entonces con la Ley 51 de 2005 consiste precisamente, en buscar subsanar estas diferencias situación al establecer expresamente que este cobro coactivo podrá realizarse por"... cualquier concepto, incluidos las multas, los recargos e intereses hasta su fecha efectiva de cancelación."

# Sección II. Facultad excepcional de conceder pagos en especie en abono a moroidad. (Artículo 10)

Uno de los problemas con lo que históricamente se ha enfrentado la Caja de Seguro Social dentro de un proceso de cobro; y aún en los casos de ejercer la jurisdicción coactiva, es que el empleador moroso no necesariamente se encuentra siempre en una situación de liquidez que le permita cumplir con sus obligaciones en forma oportuna.

Esta situación obliga a la Institución, como cualquier acreedor, a realizar todo tipo de actuaciones con el fin de procurar asegurarse de bienes que le permitan recoectar las sumas adeudadas, como lo son el secuestro de bienes o de la administraciones, entre otras; siendo estas actuaciones en principio, el último recurso al que recurre un acreedor.

Frente a esta realidad y habiéndose presentado múltiples situaciones en el pasado en las cuales el deudor, a pesar de encontrarse en una situación de iliquidez, podía compensar las sumas adeudadas a través de determinados bienes, la Ley 51 de 2005, a través de este artículo permite excepcionalmente aceptar pagos en especie y títulos valores como abono a la morosidad.

Siendo esta una facultad excepcional, varias reglas aplican con el fin de evitar los abusos, como lo puede ser el hecho de que este modo de pago, en virtud de la existencia de una morosidad de superior a tres (3) meses, se convierta en una regla usual en lugar de una excepción.

Es por ello que en el proyecto de Reglamento General de Ingresos de la Caja de Seguro Social<sup>6</sup>, establece una serie de requisitos que deben cumplirse para poder acceder a una petición de esta naturaleza, como lo son:

- a. Que se haya agotado la gestión de cobro administrativo por parte de la Institución y la morosidad supere los 3 meses.
- b. Presentar documentación como Estados Financieros y declaración del Impuesto Sobre Renta, entre otros, en la que se compruebe la situación de iliquidez, que no le permita afrontar el pago de la morosidad existente.
- c. Que el bien sea debidamente identificado y aparecer en un listado de bienes usualmente adquiridos o requeridos por la Institución, que como marco de referencia suministrará la Dirección Nacional de Compras y Abastos.

## Sección III. Créditos de la Caja de Seguro Social en casos de insolvencia y quiebra (Artículo 97, 232 y 233)

El artículo 97 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 establece que en caso de quiebra, el pago de las cuotas adeudadas a la Caja de Seguro Social tendrá prelación sobre todas las demás obligaciones del concursado o quebrado, salvo los créditos establecidos en el artículo 166 del Código del Trabajo, es decir los créditos de los trabajadores.

Aún cuando el parágrafo 4 del artículo 62 del subrogado Decreto Ley 14 de 1954, establecía (como se mantiene en el artículo 97 de la Ley 51 de 2005) que en el caso de quiebra, el pago de las cuotas adeudadas a la Caja de Seguro Social tendrían prelación sobre todas las demás obligaciones del

fallido, salvo las pensiones por alimentos o las que legalmente tuvieran preferencia, la Caja de Seguro Social muy pocas veces, sino ninguna vez, llegó a recuperar los dineros que se le adeudaron en concepto de cuotas por empresas declaradas ya en quiebra.

Es por ello, que más que por falta de activos con el cual el fallido podía hacerle frente a sus obligaciones, la dificultad de la Caja de Seguro Social de cobrarse las sumas adeudadas en estos casos, se debía principalmente a que nunca se enteraba de este tipo de procesos, sino hasta cuando ya era demasiado tarde.

El artículo 232 de la Ley 51 de 2005 viene a adicionar el numeral 7 al artículo 1802 del Código Judicial, estableciendo como un paso o formalidad adicional dentro de un proceso de quiebra y específicamente al momento de dictarse un auto donde se declare formado el concurso de acreedores, el deber del tribunal que conoce de la acción, de notificar personalmente al Director General de la Caja de Seguro Social, a fin de que la Institución se presente al concurso de acreedores, en el evento de tener créditos a su favor en contra del deudor.

Siguiendo el mismo razonamiento que para el artículo 232 del Código Judicial, el artículo 233 de la Ley 51 de 2005 viene a modificar el artículo 1548 del Código de Comercio, para que habiéndose dictado una sentencia en materia de quiebra, se comunique de la misma al Director General de la Caja de Seguro Social, con el objeto de que la Institución participe en el proceso, en el evento de tener créditos a su favor contra el fallido.

#### CAPÍTULO III.

#### Demás Normas Generales en Materia Contributiva

Sección I. Manejo de Información y Obligación de Suministrar Informes. (Artículos 16 y 20)

<sup>6</sup> La Junta Directiva de la Caja de Seguro Social aprobó el mismo día del cierre de la edición de este artículo, en segundo debate, el nuevo Reglamento de Ingresos de la Caja de Seguro Social, el cual deberá estar debidamente publicado mediante gaceta Oficial para el mes de junio de 2006.

Continuando con el tema del manejo de la información y en forma accesoria a lo visto en los artículos 8 y 9 de la Ley 51 de 2005, se introducen los artículos 16 y 20, que también deben interpretarse en forma conjunta por regular temas afines.

Los artículos 74, 68 y 84 del subrogado Decreto Ley 14 de 1954, ya establecían las normas sobre el manejo de la información a que tenía acceso la Caja de Seguro Social.

La Ley 51 de 2005 a través de su artículo 16 y 20, fusionan los artículos subrogados y los desarrollan a la luz de las nuevas disposiciones vigentes en esta materia con la Ley 6 de 22 de enero de 2002 que dicta normas para la transparencia en la gestión pública.<sup>7</sup>

En primer lugar, el artículo 16 de la Ley 51 de 2005 establece la regla general de que todos los datos y hechos referentes a asegurados y empleadores de que tenga conocimiento la Caja de Seguro Social, en virtud del ejercicio de sus funciones, tendrán carácter de **reservado**.

En segundo lugar establece que solo los asegurados y empleadores podrán consultar a la Caja de Seguro Social sobre cualquier información particular relativa a ellos mismos. Sin perjuicio de lo anterior, se dispone que aún así la Caja de Seguro Social puede publicar cualquier información estadística o de otra índole que no se refiera a ningún asegurado o empleador en particular.

En este punto, el artículo 20 de la Ley 51 de 2005 entra entonces a adicionar lo anterior, indicando expresamente que todas las entidades públicas están en el deber de suministrar a la Caja de Seguro Social la información relacionada con las obligaciones empleado-empleador que ésta les solicite; y agrega, que en el caso de que la información requerida sea de carácter confidencial con base a lo dispuesto en

la Ley 6 del 2002, dichas entidades estarán obligadas a remitir a la Caja de Seguro Social la información solicitada.

Pero al igual que con el manejo de información confidencial en materia bancaria por ejemplo, la norma establece que en estos casos, los funcionarios de la Caja de Seguro Social deberán tomar las previsiones para que dicha información se maneje a su vez, con esa misma reserva confidencialidad, por lo que en consecuencia, no podrán revelarla, so pena de sanciones pecuniarias y penales, además de su destitución.

Luego, en forma equivalente, el artículo 16 de la Ley 51 de 2005 señala que a su vez, la Caja de Seguro Social deberá proporcionar información a todas las autoridades públicas autorizadas por Ley para requerirla, condicionándolo a:

- a. Que esta información se solicite en virtud de las investigaciones que la entidad de que se trate adelante en el ámbito de su competencia; y
- b. Que se deje constancia de la misma en la Caja de Seguro Social.

Lo que la norma busca proteger con este condicionamiento es, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 6 de 2002 anteriormente mencionada, que entidades públicas soliciten información que no sea pertinente para la realización de sus funciones

Por ello la norma indica que la información a ser proporcionada, en respeto del deber de reserva, no puede ser genérica, sino específica y particular, en virtud de un proceso administrativo o judicial llevado por la entidad de que se trata, siempre en el ámbito de su competencia, es decir, información pertinente.

Finalmente el artículo 16 introduce un tema novedoso en materia de manejo de información y específicamente en cuanto al manejo de cuentas morosas.

Ya el subrogado Decreto Ley 14 de 1954 mantenía una disposición que obli-

Ver Ley 6 de 22 de enero de 2002. Gaceta Oficial 24,476 de 23 de enero de 2002.

gaba a la Institución a publicar periódicamente la lista de empleadores morosos<sup>8</sup>, con el fin de ejercer una presión "moral" adicional sobre quienes no cumplían con el pago de sus cuotas en forma regular.

Esta obligación se mantiene en la Ley 51 de 2005<sup>9</sup>, sin embargo, el artículo 16 introduce la posibilidad de que la Caja de Seguro Social utilice los servicios de empresas dedicadas a suministrar información de historial de crédito, debidamente autorizados en la República de Panamá<sup>10</sup>, como lo es por ejemplo la Asociación Panameña de Crédito.

# Sección II. Facultad para declarar el archivo provisional de las actuaciones por incobrables. (Artículo 11)

Otro de los grandes problemas con lo que históricamente se ha enfrentado la Caja de Seguro Social dentro de su proceso de cobro, es que su listado de cuentas incobrables, por más que sea depurado en forma regular, no permitía separar aquellas cuentas prescritas o que simplemente por no existir medios reales de cobro se convertían en incobrables.

Es por esta razón que las sumas por cobrar en concepto de cuotas empleadoempleador, se han venido acumulando a través de los años, hasta alcanzar en el mes de diciembre de 2004 los 135.7 Millones de Balboas<sup>11</sup>, de los cuales, el proceso de depuración iniciado en el 2005, indica existen aproximadamente unos 86 Millones de Balboas que son incobrables. Las razones por las cuales estas sumas resultan incobrables son múltiples, entre las que podemos mencionar: que la deuda esta prescrita<sup>12</sup>, que el empleador cerró sus operaciones sin dejar bienes o activos, entre otras.

En virtud de lo anterior y entendiendo que el no pago de una cuota corresponde directamente a un asegurado que se verá afectado en su pensión, por lo que simplemente no se pueden "borrar estas cuentas", el Artículo 11 de la Ley 51 de 27 diciembre de 2005 faculta a la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social para declarar el archivo provisional de estos casos y liquidaciones de deudas en gestión de cobro judicial, que se consideren incobrables, para colocarlas en un archivo paralelo provisional.

Sin embargo, la norma establece que el hecho de que una cuenta morosa haya sido decretada como incobrable y que en consecuencia, la misma sea llevada a este registro separado, no impide que en cualquier momento la Caja de Seguro Social pueda realizar gestiones de cobro sobre ella, u ordenar la reactivación de la misma, siempre que se hayan denunciado o se hayan encontrado bienes suficientes del deudor sobre los cuales hacer efectivo el cobro.

# Sección III. Facultad para cobrar tasas (Artículo 13)

El artículo 117 de la Ley 51 de 2005, dispone que todas las gestiones o trámites ante la Caja de Seguro Social por parte de los empleadores y asegurados, con motivo de la aplicación de la Ley y sus reglamentos son de carácter gratuito.

Sin embargo, con independencia de este principio general; y respetando el principio de legalidad en materia tributaria, el artículo 13 de la Ley 51 de 2005 introduce, a manera de excepción a esta

<sup>8</sup> Ver Artículo 84-D del Decreto Ley 14 de 1954, adicionado por el artículo 4 de la Ley 81 de 29 de noviembre de 1963.

<sup>9</sup> Ver artículo 15 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005

Ley 24 de 2002 de 22 de mayo de 2002 que regula el servicio de información sobre historial de crédito de los consumidores o clientes. Gaceta Oficial 24,559 de 24 de mayo de 2002.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Ver Memoria 2005-2006, Caja de Seguro Social, página 39.

Antes de 1991, el período de prescripción era de 40 años. Ver artículo 104 del Decreto Ley 9 de 1 de agosto de 1962 que introdujo un artículo 84-J al Decreto Ley 14 de 1954.

regla y por primera vez, la facultad expresa de la Caja de Seguro Social para estructurar, determinar y fijar el monto de tasas a cobrar por la prestación de determinados servicios administrativos que brinda, entre los cuales se indican la expedición de paz y salvos, la confección de listas para la remisión de descuentos voluntarios autorizados, entre otros.

Importante señalar que esta norma busca resarcir a la Institución de los costos en que incurre por la prestación de una serie de trámites administrativos que requieren recursos y personal para realizarlos, sin que los mismos representen directamente una función o prestación de seguridad social debida a sus asegurados. Es decir por funciones accesorias, siempre a favor de terceros o de empleadores, para los cuales la Caja de Seguro Social debe hacerse de gastos adicionales para su realización.

Con base a este razonamiento es que el artículo finaliza señalando que los servicios administrativos que soliciten los asegurados estarán exentos de estas tasas.

Esto quiere decir<sup>13</sup>, que los trámites o servicios que brinda la administración para los trabajadores afiliados al régimen, siempre deberán ser gratuitos y exentos del cobro de cualquier tipo de contribución.

Por el contrario, entonces; ciertas gestiones administrativas a favor de los "empleadores" o de terceros, pueden ser objeto del cobro de tasas, con el único fin

de cubrir el costo imputable a la prestación de dicho servicio.

Sección IV. Caja de Seguro Social como agente de recaudación de impuestos nacionales y viceversa. (Artículos 18 y 235)

El artículo 18 de la Ley 51 de 2005 viene a estipular de manera formal una situación que a pesar de ser una práctica usual, nunca había tenido sustento o asidero en un texto legal, como lo es el hecho de actuar como ente recaudador de impuestos nacionales.

Así las cosas el artículo 18 viene a corregir este vacío y establece expresamente que la Caja de Seguro Social actuará como agente recaudador de los impuestos nacionales retenidos mensualmente por los empleadores a sus empleados, y que deberá remitir al Ministerio de Economía y Finanzas las sumas así recaudadas.

De igual forma se establece que el Ministerio de Economía y Finanzas actuará como agente recaudador de las cuotas de la Caja de Seguro Social que deben pagar los trabajadores independientes, a través de la declaración anual del Impuesto sobre la Renta, en virtud de que como veremos más adelante, la Ley 51 de 2005 incorpora a estos trabajadores independientes al régimen obligatorio. Esta situación, además de haber sido incluida en el texto de la Ley de la Caja de Seguro Social, también fue introducida por la propia Ley 51 de 2005 en el Código Fiscal mediante la modificación de su artículo 722<sup>15</sup>.

Adicionalmente, el artículo 18 introduce dos aspectos importantes con relación a esta recaudación cruzada. El primero, indicando que el Ministerio de Economía y Finanzas deberá remitir oportunamente a la Caja de Seguro Social, además de los dineros así recaudados, toda la información que esta requiera con el fin de realizar las verificaciones pertinentes y ejercer la fiscalización correspondiente, lo cual es

Acta del 29 de agosto de 2005 de la Mesa de Diálogo por el mejoramiento de la Ley 17 de 2005.

http://www.dialogo.org.pa/audio/29\_08\_05\_2.mp3

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Artículo 1. Glosario.

Para los efectos de esta Ley Orgánica, los términos que se expresan a continuación tendrán el siguiente significado:

<sup>12. &</sup>lt;u>"Empleador</u>: Persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que usa los servicios de un empleado, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o tácito, mediante el pago de un sueldo.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Ver artículo 235 de la Ley 51 de 2005.

cónsono con lo dispuesto en los artículos 8 y 9 vistos anteriormente en materia de manejo de información entre las dos instituciones.

El segundo, es la obligación del Estado de retener en la fuente y actuar como agente recaudador de las cuotas que deben pagar los trabajadores independientes bajo contrato a su servicio, tema que desarrollaremos en el Título II de este documento, cuando hablemos del régimen obligatorio.

# Sección V. Prescripción para el cobro de cuotas. (Artículo 21)

Para finalizar con esta primera parte de disposiciones generales, resulta importante referirnos al cambio introducido con la Ley 51 de 2005 en materia de prescripción para el cobro de las cuotas.

El Decreto Ley 9 de 1 de agosto de 1962<sup>16</sup> vino a modificar el Decreto Ley 14 de 1954 para introducir por primera vez, a través de su artículo 104, un nuevo artículo 84-J, indicando que la cancelación para el cobro de cuotas prescribía a los 40 años. Esta norma estuvo vigente hasta el año de 1991, cuando la Ley 30 de 26 de diciembre de 1991<sup>17</sup> en su artículo 47 disminuyó este período de prescripción a 15 años.

Frente a las reclamaciones de algunos grupos de trabajadores en la Mesa de

Diálogo del 2005 por el mejoramiento de la Ley 17, quienes pretendían que el cobro de cuotas fuera imprescriptible, la Mesa acordó establecer, en lo que después vendría a ser el artículo 21 de la Ley 51 de 2005, que la acción para el cobro de las cuotas adeudadas a la Caja de Seguro Social por parte de cualquiera persona obligada a deducirla, retenerla y/o pagarla de conformidad, prescribe a los 20 años.

Adicionalmente y a diferencia de las normas que le antecedieron, la Ley 51 de 2005 vino a establecer a partir de cuando se debe contar este término de prescripción, indicando que el mismo empieza a computarse, a partir de la última planilla declarada, correspondiente a la cuota mensual que se pretende cobrar.

El fin de esta norma, como se observa, fue el de darle mayor tiempo a la Caja de Seguro Social para revisar los pagos realizados por los empleadores en concepto de cuotas, lo que a su vez es traduce en un beneficio para los empleados quienes pueden hacer reclamos por más tiempo. Esto sin embargo, en perjuicio de que como consecuencia, los empleadores deberán guardar los documentos pertinentes al pago de salarios y cuotas, ya sea en documentos originales o mediante archivos electrónicos autorizados por Ley, durante un plazo de 20 años.

## TITULO II DEL RÉGIMEN OBLIGATORIO.

Habiendo evacuado el tema de las disposiciones generales contenidas en la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 que tienen incidencia directa en el aspecto contributivo; y específicamente para combatir la evasión y la morosidad, pasamos a ver entonces la segunda parte de este documento donde abordaremos la reforma introducida en cuanto a la obligatoriedad del régimen de Seguro Social.

La Ley 51 de 2005 en su artículo 1, numeral 30<sup>18</sup>, señala que toda persona natu-

Decreto Ley 9 de 1 de agosto de 1962, por medio del cual se modifica y adicional el Decreto Ley 14 de 1954 orgánico de la Caja de Seguro Social. Gaceta Oficial 14,894 de 10 de junio de 1963.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Ver Gaceta Oficial 21,943 de 31 de diciembre de 1991.

<sup>18 &</sup>quot;Artículo 1. Glosario. Para los efectos de esta Ley Orgánica, los términos que se expresan a continuación tendrán el siguiente significado:

<sup>30.</sup> *Trabajador*. Toda persona natural, nacional o extranjera, que presta servicios remunerados en dinero o en especie, dentro de la República de Panamá, incluyendo sin limitación a los empleados, los independientes contribuyentes y no contribuyentes o informales

ral, nacional o extranjera, que presta servicios remunerados en dinero o en especie, a particulares o al Estado, dentro de la República de Panamá, es un trabajador.

Con esta definición se introduce uno de los cambios más importantes a nuestra norma de seguridad social, ya que como se aprecia, parte del principio de que todos somos trabajadores. Es decir, que toda persona natural que trabaja y que por la realización de dicho trabajo, recibe una remuneración es un trabajador.

Luego y habiendo establecido este principio general, el mismo numeral divide a los trabajadores en dos categorías que veremos a continuación en el Capítulo I y II de este Título.

#### CAPÍTULO I

Trabajadores por cuenta ajena, asalariados o empleados.

#### Sección I. Definición.

La Ley 51 de 2005 define a esta primera clase de trabajadores, como toda persona natural, permanente o eventual, que realiza labores por cuenta y a favor de un tercero, denominado "empleador" (ya sea un particular o el Estado); y que reciben como retribución de sus servicios un salario, en virtud de la existencia de una relación laboral expresa o tácita; es decir asalariados o empleados.

Para efectos de determinar si existe una relación de trabajo, los numerales 11 y 15 del artículo 1 de la Ley 51<sup>19</sup>, siguiendo las disposiciones del Código de Trabajo, señalan que existe una relación laboral cuando se dan los siguientes elementos:

- i. El trabajador esta subordinado a recibir órdenes directas de quien lo contrata;
- ii. El trabajador depende económicamente de quien lo contrata.

Con el fin de ampliar sobre estos dos conceptos, me permito citar al Doctor Arturo Hoyos<sup>20</sup>, magistrado de la Corte Suprema de Justifica, quien con respecto al particular en forma muy clara y pedagógica explica:

"La subordinación jurídica consiste en la dirección ejercida o susceptible de ejercerse por el empleador o sus representantes en lo que se refiere a la ejecución del trabajo (Artículo 64 del C.T.). Tal subordinación existe aun cuando no se produzca la dirección efectiva por parte del empleador o sus representantes, sino que basta que exista la posibilidad jurídica de que haya esa dirección.

El concepto de subordinación jurídica implica: a) Que el trabajador se encuentra obligado a laborar bajo la autoridad, mando y control del empleador; b) que él esta obligado a realizar el trabajo convenido personalmente con "intensidad, cuidado y eficiencia que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, preparación y destreza" (Art. 126 numeral 1 del C. T.); c) que el trabajador está obligado a prestar servicios en el tiempo convenido, y en la forma y modalidades que les sean indicadas por el

<sup>19 &</sup>quot;Artículo 1. Glosario. Para los efectos de esta Ley Orgánica, los términos que se expresan a continuación tendrán el siguiente significado:

<sup>11.</sup> Empleado. Persona natural, nacional o extranjera, que siendo un trabajador, realiza labores por cuenta ajena a favor de un empleador, en virtud de una relación laboral expresa o tácita, dentro de la República de Panamá.

<sup>15.</sup> Independiente. Persona natural, nacional o extranjera, que siendo trabajador, realiza

labores dentro de la República de Panamá, que le producen un ingreso, sin que exista un contrato de trabajo o una relación laboral, y que tiene las siguientes características:

a. No está subordinado a recibir órdenes directas de quien lo contrata.

b. No depende económicamente de quien lo contrata.

Arturo Hoyos, Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Editorial Jurídica Iberoamericana, S.A. 2005, pagina 193.

empleador de acuerdo con el contrato y dentro del marco de los fines y organizaciones de la empresa; d) el trabajador debe rendir sus tareas en el lugar convenido.

La dependencia económica escapa a un concepto unitario, pues son una gran cantidad de situaciones fácticas las que podrían caber dentro de la idea general, de esta manera nuestra legislación ha optado por no definir la dependencia económica prefiriendo la vía de una enumeración no exhaustiva de situaciones que quedan dentro del concepto.

Existe dependencia económica en los siguientes casos (Artículo 65 del C.T.):

- Cuando la sumas que percibe la persona natural que preste el servicio o ejecute la obra constituyen la única y principal fuente de sus ingresos.
- Cuando las sumas a que se refiere el caso anterior, provienen directa o indirectamente de una persona, empresa o como consecuencia de sus actividades; y
- Cuando la persona natural que presta el servicio o ejecuta la obra no goza de autonomía económicamente al giro de actividades que desarrolla la persona o empresa que pueda considerarse como empleador.

También se dispone que en el caso de duda sobre la existencia económica ha de determinar que se califique una relación como de trabajo, sin que aquella sea requisito necesario para que exista la relación de trabajo, ya que puede existir relación de trabajo sin dependencia económica y aún puede darse el caso de dependencia económica sin relación de trabajo, como es el caso de algunas personas que ejerces profesiones liberales. En este sentido, el criterio de la dependencia económica es sólo aun auxiliar en nuestra legislación, existe en adición al de subordinación jurídica, para la determinación de la existencia de la relación de trabajo."

Si un trabajador es contratado, existiendo subordinación o dependencia con quien lo contrata, sin importar la figura jurídica que se utilice (servicios profesionales, pago de honorarios en lugar de salario, etc.), es un asalariado o empleado, que recibe salario como retribución de sus servicios y no un independiente.

Importante señalar que estos trabajadores, por cuenta ajena, asalariados o empleados, siempre han estado obligados a contribuir al régimen obligatorio de la Caja de Seguro Social, disposición que se mantiene en la nueva Ley 51 de 2005.

#### Sección II. Obligaciones.

En el caso de estos trabajadores por cuenta ajena, asalariados o empleados, y tomando en cuenta de que sus servicios son brindados a favor de un empleador en virtud de la existencia de una relación laboral, las siguientes obligaciones recaen en la figura del empleador, es decir de quien los contrata:

La primera obligación es la de afiliar a sus trabajadores, tal como lo dispone el artículo 87<sup>21</sup>; es decir el empleador está obligado a verificar la afiliación de sus empleados en el

<sup>&</sup>quot;Artículo 87." Inscripción y afiliación. Es deber de toda persona natural o jurídica de derecho público o privado, que opere en el territorio nacional, inscribirse en la Caja de Seguro Social como empleador dentro de los primeros seis días hábiles de inicio de operaciones, cuando utilice los servicios de un empleado o aprendiz en virtud de un contrato de trabajo expreso o tácito, mediante el pago de un sueldo o salario.

De igual forma, es obligación de todo empleador verificar la afiliación de sus empleados, sean nacionales o extranjeros, a la Caja de Seguro Social, en el momento que ingresan a su servicio. Si el empleado no estuviera afiliado, será responsabilidad del empleador, dentro de los primeros seis días hábiles, contados a partir de su ingreso, afiliarlo al régimen de la Caja de Seguro Social. El empleador quedará eximido de esta responsabilidad si el empleado ya estuviera afiliado, pero deberá declarar los datos generales de este a la Caja de Seguro Social dentro del mismo periodo.

<sup>&</sup>quot; (Resaltado es nuestro)

momento que ingresan a su servicio; y si el empleado no estuviera afiliado, debe afiliarlo dentro de los primeros 6 días hábiles, contados a partir de su ingreso.

- ii. Adicionalmente el empleador está obligado, según el artículo 90<sup>22</sup> de la Ley 51 a:
  - a. Deducir y retener las cuotas que debe pagar el empleado sobre su sueldo o salario.
  - Pagar la cuota que corresponde al empleador sobre el sueldo o salario que paga al empleado; y
  - c. Entregar a la Caja de Seguro Social el monto de estas cotizaciones, junto con los impuestos nacionales deducidos y retenidos, dentro del mes siguiente al que correspondan.

### Capítulo II

# Trabajadores por cuenta propia o independientes.

#### Sección II. Definición.

Esta segunda clase o categoría de trabajadores a la luz de la Ley 51 de 2005, son definidos como toda persona natural, que realiza los denominados "servicios profesionales", es decir, labores por su cuenta, en forma independiente y que reciben como retribución de sus servicios, ya sea

de un particular o del Estado, honorarios, sin que exista una relación laboral con quien los contrata<sup>23</sup>.

Para efectos de determinar si existe una relación de trabajo, se sigue el mismo principio del numeral 15 del artículo 1 de la Ley 51<sup>24</sup> que como vimos anteriormente, señala que si no hay subordinación y dependencia económica, entonces no se configura una relación laboral.

Por otro lado y a su vez, los trabajadores por cuenta propia o trabajadores independientes se clasifican en:

- Contribuyentes, que son los que reciben como retribución por sus servicios profesionales, honorarios, por una suma superior a los nueve mil seiscientos balboas (B/.9,600.00) anuales.
- ii. No contribuyentes o informales, que son los que reciben como retribución por sus servicios profesionales, honorarios, por una suma inferior a los nueve mil seiscientos balboas (B/.9,600.00) anuales<sup>25</sup>.

..

<sup>&</sup>quot;Artículo 90. Obligación del empleador de deducir cuotas. Los empleadores, al pagar el salario o sueldo a sus empleados, estarán obligados a deducir las cuotas que estos deban satisfacer de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y, junto con el aporte del empleador, a entregar a la Caja de Seguro Social, el monto de estas, así como los impuestos nacionales deducidos y retenidos a sus empleados, dentro del mes siguiente al que correspondan, según las fechas que se establezcan en el reglamento que al efecto dicte la Junta Directiva.

El empleador que no cumpla con la obligación que establece el párrafo anterior, responderá del pago de sus cuotas y las del empleado, sin perjuicio de las acciones penales que puedan ejercer la Caja de Seguro Social o el empleado, de acuerdo con las disposiciones del Código Penal.

<sup>23 &</sup>quot;Artículo 1. Glosario. Para los efectos de esta Ley Orgánica, los términos que se expresan a continuación tendrán el siguiente significado:

<sup>36.</sup> Trabajadores por cuenta propia. Independientes que brindan servicios al Estado o a particulares en el territorio nacional, los cuales se clasifican en contribuyentes y no contribuyentes o informales, incluyendo a los notarios.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Supra nota 19.

<sup>25 &</sup>quot;Artículo 1. Glosario. Para los efectos de esta Ley Orgánica, los términos que se expresan a continuación tendrán el siguiente significado:

<sup>16.</sup> Independiente contribuyente. Persona natural, nacional o extranjera, que siendo independiente, recibe como única retribución por sus servicios, ingresos por una suma superior a los nueve mil seiscientos balboas (B/.9,600.00) anuales.

<sup>17.</sup> Independiente no contribuyente o informal. Persona natural, nacional o extranjera, que siendo independiente, no recibe como ingreso, ninguna otra retribución, más que honorarios, por una suma inferior a los nueve mil seiscientos balboas (B/.9,600.00) anuales.

A diferencia de los trabajadores por cuenta ajena, asalariados o empleados, quienes como vimos, siempre han estado obligados a contribuir al régimen de la Caja de Seguro Social; a los trabajadores por cuenta propia o independientes, quienes en algún momento estuvieron comprendidos, la Ley 51 de 2005 los vuelve a incorpora en forma obligatoria, pero bajo normas especiales:

- i. En primer lugar no todos los trabajadores por cuenta propia o independientes están obligados a participar. Sólo los denominados independientes contribuyentes que según lo indica el numeral 16 del artículo 1<sup>26</sup>, son aquellos que reciben como retribución por sus servicios, honorarios<sup>27</sup> por una suma superior a los nueve mil seiscientos balboas (B/.9,600.00) anuales.
- ii. Luego, de estos trabajadores independientes contribuyentes, sólo

- aquellos que, según lo establece el artículo 77<sup>28</sup> y 82<sup>29</sup> de la Ley 51, no haya superado al 1 de enero de 2007 los 35 años de edad están obligados. Esto significa que aún siendo un independiente contribuyente, si al 1 de enero del 2007 tengo más de 35 años de edad, no estaré obligado a ingresar al régimen.
- iii. Aquellos trabajadores independientes contribuyentes con menos de 35 años de edad al 1 de enero del 2007, pagarán su cuota en forma individual, en su declaración anual de rentas, donde contribuirán únicamente al componente de ahorro personal el subsistema mixto del riesgo de invalidez, vejez y muerte.<sup>30</sup>

Aunque como señalamos al comienzo de este artículo, el tema del nuevo régimen de invalidez, vejez y muerte no es el objeto de este documento, resulta necesario dete-

<sup>26</sup> Idem.

<sup>&</sup>quot;Artículo 1. <u>Glosario</u>. Para los efectos de esta Ley Orgánica, los términos que se expresan a continuación tendrán el siguiente significado:

<sup>13.</sup> Honorario. Ingreso en dinero, especie o valores que recibe un trabajador independiente contribuyente y no contribuyente o informal, de una persona natural o jurídica, de derecho público o privado, como retribución de sus servicios personales o con ocasión de estos, sin que exista una relación laboral entre quien realiza y recibe el servicio, incluyendo las comisiones, las dietas y las bonificaciones.

<sup>&</sup>quot;Artículo 77." Afiliación obligatoria. Están obligados a participar en el régimen de la Caja de Seguro Social todos los trabajadores nacionales o extranjeros que brinden servicios dentro de la República de Panamá, incluyendo los trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia. La Caja de Seguro Social está obligada a promover y facilitar la afiliación de todos los trabajadores. (Resaltado e snuestro) Parágrafo 1. La obligatoriedad de los trabajadores independientes contribuyentes, entrará a regir a partir del 1 de enero de 2007, referida solamente al componente de Ahorro Personal del Subsistema Mixto del Riesgo de Invalidez, Vejez y Muerte, siempre que a esa fecha el trabajador no haya superado la edad de treinta y cinco años.

<sup>&</sup>lt;u>Parágrafo 2</u>. No obstante lo dispuesto en el presente artículo, la afiliación obligatoria de los trabajadores independientes no contribuyentes, trabajadores ocasionales, estacionales y trabajadores domésticos, se regirá por los reglamentos que para estos fines dicte la Junta Directiva, los cuales señalarán los aportes, las prestaciones a las que tendrán derecho dentro de los distintos riesgos y demás modalidades de aseguramiento según sus características particulares." (Resaltado es nuestro).

<sup>&</sup>quot;Artículo 82. Obligatoriedad de los trabajadores independientes contribuyentes. El trabajador independiente contribuyente que al 1 de enero de 2007 no haya superado los treinta y cinco años de edad, deberá, en un término no mayor de seis meses posteriores a la fecha de entrega y pago de su declaración anual de rentas, proceder personalmente a afiliarse ante la Institución, indicando correctamente todos los datos que esta entidad exija.

La Caja de Seguro Social, una vez recibida la declaración de rentas anuales de los trabajadores independientes, procederá a crear un registro temporal para los que no estuvieren ya afiliados, y acreditará a dicho registro las cuotas que le hayan sido remitidas junto con la declaración de rentas. " (Resaltado es nuestro).

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Ver Artículo 152, numeral 2 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005.

nernos aquí para hacer una serie de aclaraciones en cuanto a este tema; y específicamente de las reglas para la incorporación de estos trabajadores por cuenta propia o independientes.

En primer lugar debemos señalar, aunque arriba sólo lo mencionamos, que los independientes, aunque no todos, ya estuvieron obligados a cotizar al régimen obligatorio de la Caja de Seguro Social cuando fueron incorporados por el Decreto Ley 40 de 29 de septiembre de 1966<sup>31</sup> que modificó el Decreto Ley 14 de 1954. Esta norma establecía que los trabajadores independientes afiliados a gremios con personería jurídica, debían incorporarse obligatoriamente al régimen, a partir de la vigencia de esta norma, para lo cual al Caja de Seguro Social fijaría sus condiciones de admisión.

Luego, la Ley 40 de 1966 fue modificada por la Ley 15 de 31 de marzo de 1975<sup>32</sup> que introdujo lo que dispuso hasta el 31 de diciembre de 2005 el Decreto Ley 14 de 1954, en el sentido de que los trabajadores independientes serían incorporados al régimen, una vez la Caja de Seguro Social reglamentara las condiciones de su admisión.

En desarrollo de lo anterior, la Caja de Seguro Social aprobó 9 reglamentos específicos donde incorporaba diversos grupos de independientes al régimen<sup>33</sup> y un reglamento general para independientes.<sup>34</sup>

En segundo lugar, los trabajadores por cuenta propia o independientes que están obligados a participar en el régimen (que como vimos anteriormente son aquellos que no superen los 35 años de edad al 1 de enero del 2007 y tengan ingresos en concepto de honorarios superiores a los B/.9,6000 anuales), sólo participan obligatoriamente en el riesgo de invalidez, vejez y muerte, es decir no participan en el riesgo de enfermedad y maternidad. La razón de esta decisión es que ya participar en el riesgo de invalidez, vejez y muerte resultaba oneroso para estos independientes, pues a diferencia de los empleados que comparten la cuota con un empleador, los independientes deben cubrir la totalidad de su importe.

Así las cosas, obligarlos a cotizar también al riesgo de enfermedad y maternidad, hubiese resultado extremadamente costoso. Esto sin perjuicio por supuesto, de que un independiente pueda voluntariamente pagar adicionalmente la cuota correspondiente a enfermedad y maternidad, con el fin de obtener accesoriamente las prestaciones que este riesgo otorga.

En tercer lugar y siendo que estos independientes sólo cotizan al riesgo de invalidez, vejez y muerte, la Ley 51 de 2005 establece que, dentro de este riesgo, sólo cotizarán al componente de ahorro personal del subsistema mixto.

Reglamento del Sindicato de Buhoneros. Aprobado por la Junta Directiva el 1 de mayo de 1977.

Reglamento de Chóferes Guías de Turismo. Aprobado por la Junta Directiva el 6 de julio de 1977.

Reglamento de Transportistas comerciales de Bocas del Toro. Aprobado por la Junta Directiva el 30 de agosto de 1978.

Reglamento de Sindicato Industrial de Conductores de Taxis de Panamá. Aprobado por la Junta Directiva el 14 de junio de 1978.

Reglamento de Expendedores del Mercado Público. Aprobado por la Junta Directiva el 14 de junio de 1978. Reglamento de Incorporación de los Billeteros. Aprobado mediante Resolución 17191-99-J.D. de 1 de marzo de 1999 y publicado en la Gaceta Oficial 23752 de 12 de marzo de 1999.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Ver Gaceta Oficial 15.724 de 13 de octubre de 1966.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Ver Gaceta Oficial 17,830 de 30 de abril de 1975.

Reglamento de Trabajadores Domésticos. Aprobado por la Junta Directiva el 3 de diciembre de 1965. Reglamento de Conductores de Taxis Pequeños. Aprobado por la Junta Directiva el 3 de diciembre de 1965. Reglamento de Palafreneros. Aprobado por la Junta Directiva el 25 de agosto de 1970.

<sup>34</sup> Reglamento de Trabajadores Independientes. Aprobado por la Junta Directiva el 6 de febrero de 1974.

Es decir que para estos independientes existirá, sin perjuicio de los aportes solidarios que aún deberán realizar, un sistema exclusivo de cuentas individuales, distinto al sistema de reparto que ha caracterizado nuestro sistema de seguridad social desde sus orígenes, por lo que las sumas que aporten en concepto de cotización serán ahorradas exclusivamente para sí mismos, pudiéndolas retirar al momento de llegar a la edad de retiro o heredarlas si fallecen antes, entre otras características.

Lo que esto significa en palabras simples, es que los independientes que estén obligados a cotizar, lo harán sólo para una cuenta individual.

En cuarto lugar, vimos que es obligatoria la incorporación de los independientes que al 1 de enero del 2007 no hayan superado los 35 años de edad. Esta disposición obedece a que un independiente mayor a esta edad, difícilmente podrá ahorrar lo suficiente para procurarse una pensión decorosa bajo el nuevo sistema en una cuenta de ahorro personal, durante el tiempo que le queda de vida activa determinado por la edad de retiro (58 para las mujeres y 62 para los hombres).

En quinto y último lugar, vimos que la norma señala que sólo están obligados a incorporarse al régimen a partir del 1 de enero del 2007, los independientes que reciban ingresos superiores a los B/.9,600.00 anuales y a estos les denomina "contribuyentes".

Ciertamente, todo independiente es el que recibe honorarios por la prestación de sus servicios, sin que exista una relación de trabajo; y en esta condición se encuentran tanto un abogado o un contador (profesiones liberales), como un electricista, un plomero, entre otros.

La Ley 51 de 2005 hace entonces una separación entre estos independientes, en atención al monto de sus ingresos.

Siendo que un independiente sólo está obligado a presentar declaración

de impuesto sobre la renta si supera los B/.9,600.00 de ingresos anuales, sobre ellos existe una base de datos que permite identificar a esta porción de trabajadores independientes.

Los denominados independientes "no contribuyentes o informales" en cambio, por recibir como ingreso anual una suma inferior a esta suma y por lo tanto no estar obligados a presentar declaración de rentas, no están identificados en base de datos alguna que permita establecer sus condiciones particulares y capacidad de contribución. Obsérvese entonces, que la denominación "no contribuyente o informal", no es peyorativa, sino en atención al hecho de que, al no saber quienes son, no existe información sobre ellos, por lo que están en la informalidad que les da el no estar necesariamente registrados por actividad ante el Estado.

#### Sección II. Obligaciones.

Los trabajadores por cuenta propia o independientes, tienen las siguientes obligaciones:

- i. La primera obligación y siempre y cuando, el independiente tenga menos de 35 años al 1 de enero del 2007 e ingresos superiores a los B/.9,600.00 anuales, es la de afiliarse a sí mismo, tal como lo dispone el artículo 82<sup>35</sup>. Es decir, como no tiene empleador y paga su cuota con su declaración anual de rentas, debe afiliarse a sí mismo.
- ii. La segunda obligación es la de pagar por su cuenta las cuotas correspondientes al riesgo de invalidez, vejez y muerte, sobre la base de cotización establecida en la Ley, de sus honorarios brutos anuales devengados en virtud de la prestación de sus servicios personales.

<sup>35</sup> Supra nota 29.

## **CAPÍTULO III**

### Obligaciones especiales cuando es el Estado quien contrata a un trabajador por cuenta propia o independiente.

En el caso específico de los trabajadores por cuenta propia o independientes que brindan servicios al Estado, la Ley 51 de 2005 introdujo dos disposiciones adicionales en sus artículos 18<sup>36</sup> y 84<sup>37</sup>, aplicable sólo en estos casos.

La primera obligación especial establece que, cuando sea el Estado el que contrate a un profesional independiente y le remunere mediante el pago de honorarios por los servicios profesionales que brinda, deberá verificar que efectivamente se trata

36 "<u>Artículo 18</u>. Agentes de recaudación de impuestos nacionales y de cuotas de la Caja de Seguro Social.

La Caja de Seguro Social actuará como agente recaudador de los impuestos nacionales retenidos mensualmente por los empleadores a sus empleados, y remitirá al Ministerio de Economía y Finanzas las sumas así recaudadas.

El Ministerio de Economía y Finanzas actuará como agente recaudador de las cuotas de la Caja de Seguro Social que deben pagar los trabajadores independientes, a través de la declaración anual del Impuesto sobre la Renta.

El Ministerio de Economía y Finanzas remitirá oportunamente a la Caja de Seguro Social, los dineros así recaudados junto con la información que esta requiera, con el fin de realizar las verificaciones pertinentes y ejercer la fiscalización correspondiente.

El Estado actuará como agente recaudador de las cuotas que deben pagar los trabajadores independientes bajo contrato a su servicio, y remitirá a la Caja de Seguro Social los dineros así recaudados." (Resaltado es nuestro)

37 "Artículo 84. <u>Afiliación de personas que brindan</u> servicios profesionales al Estado.

Es deber del Estado verificar la afiliación a la Caja de Seguro Social de las personas, nacionales o extranjeras, que contrate bajo la modalidad de servicios profesionales en la medida que desempeñen funciones iguales o similares a las que figuren en la estructura de cargos de la respectiva institución.

Si estas no estuvieran afiliadas, será responsabilidad del Estado, dentro de los primeros seis días hábiles, contados a partir del inicio de la contratación, afiliarlos al régimen de la Caja de Seguro Social. El Estado quedará eximido de esta responsabilidad si el contratado ya estuviera afiliado." (Resaltado es nuestro) de un independiente y no de un empleado. Para ello se le exige a la Institución, que constate primero si hay subordinación y dependencia y luego, si el trabajador es contratado para ejercer una función que existe en la estructura de cargos de la entidad de que se trate y que sea la propia Institución la que pague esos servicios.

Si las funciones desempeñadas por esta persona contratada como independiente, se dan bajo subordinación y dependencia y la labor que desempeña es igual o similar, a las funciones descritas en la estructura de cargos de la respectiva institución, entonces se deberá considerar a dicho trabajador como un empleado y por lo tanto se le aplicarán las mismas normas que a los empleados, incluyendo el deber de afiliarlos, retener y pagar la cuota empleado-empleador en forma conjunta.

El objeto de esta primera obligación especial para el Estado, es la de que las Instituciones gubernamentales verifiquen, si efectivamente la persona que están contratando, es un trabajador por cuenta ajena o un trabajador por cuenta propia, de forma que se prevenga que la figura del pago de servicios profesionales sea utilizada para disimular el pago de salarios a empleados, que como vimos, solamente corresponden a los independientes.

Si habiendo hecho esta verificación y habiendo determinado con propiedad que la persona contratada es un independiente, es decir que se ha constatado que no hay subordinación y dependencia; y que el trabajador no desempeña una función igual o similar a la descrita en la estructura de cargos de la organización, surge entonces la segunda obligación especial para el Estado.

Esta consiste, tal como lo disponen los artículos 84 y 18 de la ley 51 de 2005 en: (i) verificar que ese independiente esté afiliado a la Caja de Seguro Social, siempre y cuando el mismo esté obligado (menor de 35 años al 1 de enero del 2007

y reciba ingresos anuales superiores a los B/.9,600.00); y en caso de estar obligado, a (ii) retener la cuota que le corresponda y remitirla a la Caja de Seguro Social.

Así las cosas, toda persona que brinda servicios a favor de un empleador, con base a la existencia de una relación laboral (en virtud de que exista subordinación jurídica y dependencia económica), es considerado a luz de la Ley 51 de 2005, un trabajador por cuenta ajena, asalariado o empleado y está sujeto como tal, a las obligaciones derivadas de tal relación.

Por el otro lado, si la persona realiza labores por su cuenta y no está subordinado jurídicamente a éste, ni depende económicamente de quien lo contrata; es considerado entonces como un trabajador por cuenta propia o independiente y sólo estará obligado a afiliarse al régimen obligatorio de la Caja de Seguro Social, si recibe honorarios anuales por la prestación de sus servicios profesionales, por una suma superior a los nueve mil seiscientos balboas (B/.9,600.00) y no supera, al 1 de enero del 2007, los 35 años de edad.

Esta es la primera regla o "test" que debe realizarse a cada trabajador, sea contratado por el Estado o por particulares, con el fin de poder aclarar las dudas que puedan surgir a efectos de determinar bajo qué clasificación se contrata, (como empleado o como independiente).

Adicionalmente y sólo para las contrataciones que realiza el Estado, se exige una segunda regla de verificación o "test" que obliga a la entidad a identificar si las funciones para las cuales se contrata al trabajador, son iguales o similares a las funciones asignadas a algún cargo, dentro de la estructura de la Institución.

Si lo está, la Ley 51 de 2005 asume y presume que es un empleado, con las consecuencias de una relación laboral; y si no lo está, entonces sí lo identifica como independiente o trabajador por cuenta propia.

Luego si la persona efectivamente califica como independiente o trabajador por cuenta propia, el Estado asume dos obligaciones adicionales: (ii) verificar si ese trabajador está obligado a cotizar; y si lo está, a (ii) retenerle las cuotas correspondientes y remitirlas a la Caja de Seguro Social.

### Capítulo IV. Trabajadores extranjeros

La Ley 51 de 2005 en su artículo 78 introduce una novedad en cuanto a su antecesor el Decreto Ley 14 de 1954 en materia de afiliación obligatoria de los trabajadores extranjeros.

Este artículo indica que sin perjuicio de lo que al efecto dispongan las normas que sobre migración o trabajo de extranjeros rigen en la República de Panamá, las autoridades nacionales (Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, Dirección de Migración y Naturalización, etc.), no podrán prohibir la afiliación y el pago de cuotas de un trabajador extranjero que brinden servicios dentro del país, al régimen obligatorio de la Caja de Seguro Social, so pretexto del incumplimiento por parte de dicha persona de normas migratorias o de trabajo.

Como se observa, este artículo se desarrolla reconociendo 2 principios ya desplegados en la Ley e introduce un nuevo elemento.

El primer principio reconocido es el señalado en el artículo 77 visto anteriormente, y que parte por presumir que todos somos trabajadores. Es decir, que toda persona que reciba una remuneración por la prestación de sus servicios en calidad de trabajo es un trabajador.

El segundo principio reconocido es el de la territorialidad que aplica a las relaciones de trabajo, a efectos de determinar la obligación de cotizar cuotas a la Caja de Seguro Social. Con respecto a este segundo principio, es pertinente señalar, que a efectos de la normativa de seguridad social, tradicionalmente el criterio que ha imperado es el del lugar en donde existe y se desarrolla la relación laboral entre la empresa y su empleado.

Por ejemplo, en sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de 15 de junio de 1984, se señaló que:

"...en materia de pago de cuotas de seguro social es independiente que la fuente de ingreso sea o no interna para que exista la obligación de cotizar, pues lo importante y determinante es que el servicio o la actividad se preste legalmente dentro del territorio nacional o sujeto a nuestra jurisdicción, y que la empresa donde el trabajador preste sus servicios... esté radicada en el país, sujeta a nuestras regulaciones legales... la norma no establece diferencia alguna entre la fuente de ingreso del salario interna o externa, sino que basta que un trabajador, sin importar su calidad o rango, preste servicios a una empresa dentro del territorio nacional, estando instalada en un distrito incorporado al régimen de seguro obligatorio ...para que quede obligado a cotizar seguro social". (Banco Comercial Antioqueño, S.A. vs. Director General de la Caja del Seguro Social).

Posteriormente, en sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de 11 de agosto de 1995 se concluyó que:

"El demandante señala como argumento a su favor que la obligación del pago de cuotas y los derechos correspondientes dependen del lugar donde se presten los servicios. Sin embargo, el artículo 2, literal b) de la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social y el artículo 7, literal b) del Decreto de Gabinete No. 68 de 1970, no se refieren al lugar donde el trabajador preste sus servicios como alega el demandante, sino al lugar donde opere la persona natural o jurídica, que los contrata y paga, es decir, la empresa. A juicio de la Sala, lo que la norma comentada consagra es la obligación del pago de cuotas obrero patronales por parte de los patronos que

operen localmente y tenga personal a su servicio contratado, pagado y preste sus servicios en el país, y no excluye a los trabajadores de estas empresas que, debido a que las mismas tienen instalaciones en otro país, deban prestar sus servicios, en ocasiones, en el extranjero". (Chiriquí Land Company vs. Director General de la Caja del Seguro Social).

Estos fallos se ven reflejados en el artículo 1, numeral 11 de la Ley No. 51 de 2005, al definir el concepto de empleado como: "persona natural, nacional o extranjera, que siendo un trabajador, realiza labores por cuenta ajena a favor de un empleador, en virtud de una relación laboral expresa o tácita, dentro de la República de Panamá".

Para efectos de la Ley 51 de 2005, el vínculo o nexo que genera la obligación de cotizar lo constituye la "relación laboral dentro de la República de Panamá", más allá del hecho de que en ciertos casos, un trabajador pueda desplazarse a cumplir funciones esporádicas fuera del territorio panameño.

Este concepto o definición de "empleado" es el que debe tomarse en cuenta al revisar el artículo 90 de la Ley 51 de 2005, cuando señala que los empleadores, al pagar el salario o sueldo a sus empleados, estarán obligados a deducir las cuotas que estos deban satisfacer de conformidad con lo dispuesto en esta Ley y, junto con el aporte del empleador, a entregar a la Caja del Seguro Social el monto de estas, así como los impuestos nacionales deducidos y retenidos a sus empleados, dentro del mes siguiente al que correspondan, según las fechas que se establezcan en el reglamento que al efecto dicte la Junta Directiva.

Finalmente el tercer y nuevo elemento introducido en este artículo, es el que hace referencia a la prohibición de otras autoridades nacionales, de no permitir la afiliación de un trabajador, en virtud de que él mismo, no tenga sus documentos migratorios o de trabajo en regla.

La intención obvia del mismo, es impedir la contratación de empleados extranjeros en forma temporal o permanente, sin pagar las cuotas a la Caja de Seguro Social fuera de planillas, por cualquier medio, incluyendo "servicios profesionales", alegando la demora por parte de las autoridades laborales o de migración de la tramitación de permisos de trabajo. Adicionalmente, se logran dos objetivos adicionales. Primero se colabora con las autoridades de Migración y de Trabajo en la labor de revisión e inspección del cumplimiento por parte de los empleadores de normas pertinentes. En segundo lugar, se le da a los extranjeros la misma condición de los nacionales, evitando preferir a aquellos, al no pagarles las prestaciones laborales a las que tiene derecho.

Importante indicar que, siendo este el espíritu de la norma, existirán algunos extranjeros que por su condición particular, no tiene sentido que sean incorporados al régimen obligatorio. Tal es el caso de aquellos extranjeros que ingresan formalmente (es decir en cumplimiento previo de las leyes migratorias y laborales) a la República de Panamá, a realizar trabajos temporales y específicos, entre los que podemos mencionar a aquellos que hayan obtenido una visa de visitante temporal<sup>38</sup> o que inclusive estén debidamente protegidos por seguros iguales o mejores que los ofrecidos por la Caja de Seguro Social.

Es decir, las mismas reglas que se aplican a trabajadores de nacionalidad panameña, le son aplicables a los trabajadores extranjeros, siempre y cuando estos brinden sus servicios en el territorio de la República de Panamá.

En todo caso, el nuevo reglamento de afiliación de la Caja de Seguro Social que se encuentra en proyecto y que aún no ha sido presentado a la Junta Directiva a la fecha de redacción de este artículo deberá desarrollar este tema.

## TITULO III DE LAS OBLIGACIONES.

## Capítulo I. Obligaciones de los Empleadores

Teniendo claras las disposiciones generales contenidas en la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 que tienen incidencia directa en el aspecto contributivo; y la obligatoriedad del régimen, pasamos a ver entonces en detalle las obligaciones de los empleadores.

Como hemos visto la Ley 51 de 2005 en su artículo 1, numeral 12 señala que empleador es toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que usa los servicios de un empleado en virtud de un contrato de trabajo, expreso o tácito, mediante el pago de un sueldo.

Consecuente con lo anterior, vimos que en el caso de estos trabajadores por cuenta ajena, asalariados o empleados, y tomando en cuenta de que sus servicios son brindados a favor de un empleador en virtud de la existencia de una relación laboral, las siguientes obligaciones recaen en la figura del empleador: (i) afiliar a sus trabajadores; (ii) deducir y retener las cuotas que debe pagar el empleado sobre su sueldo o salario, (iii) pagar la cuota que corresponde al empleador sobre el sueldo o salario que paga al empleado; y (iv) entregar a la Caja de Seguro Social el monto de estas cotizaciones, junto con los impuestos nacionales deducidos y retenidos, dentro del mes siguiente al que correspondan.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Consultar los Decretos de Gabinete 363 de 17 de diciembre de 1970, publicado en la Gaceta Oficial No. 16758 de 24 de diciembre de 1970; y el Decreto de Gabinete No. 236 de 16 de junio de 1971, publicado en la Gaceta Oficial No. 17768 de 27 de enero de 1975.

## Sección I. Inscripción y afiliación. (Artículo 87)

El artículo 87 de la Ley 51 de 2005 es el resultado de una fusión entre los artículos 6, 7 y 8 del subrogado Decreto Ley 14 de 1954.

En primer lugar establece la obligación de toda persona natural o jurídica de derecho público o privado que opere en el territorio nacional, a inscribirse<sup>39</sup> en la Caja de Seguro Social como empleador dentro de los primeros seis días hábiles de inicio de operaciones, cuando utilice los servicios de un empleado o aprendiz en virtud de un contrato de trabajo expreso o tácito, mediante el pago de un sueldo o salario.

Es decir, la primera obligación que nace para los empleadores, es la de inscribirse como tales ante la Caja de Seguro Social. Importante tener presente, como lo indica este artículo, que esta obligación nace cuando una persona natural o jurídica contrata a un trabajador o a un aprendiz y no antes. Y aún así, la obligación no se hace exigible y por lo tanto no constituye una falta, sino hasta después que hayan transcurrido 6 días contados a partir de dicha contratación.

En segundo lugar, el artículo dispone la obligación de todo empleador de verificar la afiliación<sup>40</sup> de sus empleados, sean

Artículo 1. <u>Glosario</u>. Para los efectos de esta Ley Orgánica, los términos que se expresan a continuación tendrán el siguiente significado:

18. Inscripción. Registro en la Caja de Seguro Social de toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, que opere en el territorio nacional y que utilice los servicios de un empleado o aprendiz, en virtud de un contrato de trabajo, expreso o tácito, mediante el pago de un sueldo o salario.

nacionales o extranjeros a la Caja de Seguro Social en el momento que ingresan a su servicio

En el caso de que el empleado no estuviere afiliado, será deber del empleador hacerlo dentro de los primeros seis días hábiles, contados a partir de su ingreso.

Si el empleado ya estuviera afiliado, entonces no habrá obligación de hacerlo, pero se deberán declarar le ingreso de dicho empleado, a través del aviso de entrada, indicando además los datos generales del empleado dentro del mismo período.

## Sección II. Obligación de deducir, retener, pagar y remitir cuotas. (Artículo 90)

El artículo 90 de la Ley 51 de 2005 parte por establecer la obligación de los empleadores, al pagar el salario o sueldo a sus empleados, de deducir las cuotas que estos deban satisfacer de conformidad con lo dispuesto en la Ley.

Para estos efectos, el artículo 1, numeral 8 dispone que por cuota debemos entender, la parte o proporción del sueldo que debe pagarse para tener derecho a los beneficios que otorga la Caja de Seguro Social.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 101 de la Ley 51 de 2005 y con independencia del fondo destino al cual ingresan estos recursos (invalidez, vejez y muerte o enfermedad y maternidad), la cuota o porción de los salarios pagada por los empleados será así:

- 1. Hasta el 31 de diciembre de 2007, el equivalente a siete punto veinticinco por ciento (7.25%) de sus sueldos.
- 2. Del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2010, el equivalente a ocho por ciento (8%) de sus sueldos.
- 3. Del 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012, el equivalente a nueve por ciento (9%) de sus sueldos.
- 4. A partir del 1 de enero de 2013, el equivalente a nueve punto setenta y cinco por ciento (9.75%) de sus sueldos.

..

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Artículo 1. <u>Glosario</u>. Para los efectos de esta Ley Orgánica, los términos que se expresan a continuación tendrán el siguiente significado:

Afiliación. Acto formal de incorporación de un asegurado a la Caja de Seguro Social como cotizante o dependiente de un cotizante.

En segundo lugar, el artículo 90 establece que junto con este aporte retenido a sus empleados, el empleador debe pagar su cuota, la cual conforme con el numeral 2 del artículo 101 de la Ley 51 de 2005, será así:

- 1. A partir de la entrada en vigencia de esta Ley, el equivalente a diez punto setenta y cinco por ciento (10.75%) de los sueldos que paguen a sus empleados.
- 2. Del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2010, el equivalente a once punto cincuenta por ciento (11.50%) de los sueldos que paguen a sus empleados.
- 3. Del 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012, el equivalente a doce por

- ciento (12%) de los sueldos que paguen a sus empleados.
- 4. A partir del 1 de enero de 2013, el equivalente a doce punto veinticinco (12.25%) de los sueldos que paguen a sus empleados.

Adicionalmente y en virtud de lo dispuesto en el Decreto 68 de 31 de marzo de 1970<sup>41</sup>, el empleador deberá pagar por su cuenta, la cuota que corresponda como consecuencia de la cobertura de riesgos profesionales.

A continuación incluimos una tabla que establece en forma separada, el porcentaje de cuota que paga el empleado y el empleador sobre los sueldos, con la gradualidad indicada, sin incluir la cuota de riesgos profesionales:

	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Empleador	11.00	11.25	12.25	12.00	11.75	12.00	12.00	12.25
Trabajador	7.25	7.25	8.00	8.00	8.00	9.00	9.00	9.75
TOTAL	18.25	18.50	20.25	20.00	19.75	21.00	21.00	22.00

En tercer lugar, el artículo 90 dispone que el total de los aportes o cuotas, retenidas a sus empleados y pagada por el propio empleador deben ser remitidas a la Caja de Seguro Social junto con los impuestos nacionales también deducidos y retenidos a sus empleados. Con respecto a este punto y como vimos anteriormente, el artículo 18 de la Ley 51 de 2005 viene a estipular de manera formal que la Caja de Seguro Social actúa como agente recaudador de los impuestos nacionales retenidos mensualmente por los empleadores a sus empleados, para remitir al Ministerio de Economía y Finanzas las sumas así recaudadas.

Adicionalmente el artículo señala que esta remisión de cuotas e impuestos nacionales, debe hacerse dentro del mes siguiente al que correspondan, según las fechas que se establezcan en el reglamento que al efecto dicte la Junta Directiva.

Mientras se mantenga vigente el sistema de planilla preelabora con facturación directa, la Caja de Seguro Social emitirá mensualmente la planilla de pago de cuota empleado-empleador, antes de los últimos ocho (8) días hábiles de cada mes, de acuerdo a los cambios presentados por los empleadores durante los primeros cinco (5) días hábiles del mes siguiente al que corresponda.

Decimos mientras se mantenga vigente la planilla preelabora con facturación directa, pues el calendario de presentación y pago de la planilla, se ajustará a las condiciones que un nuevo sistema automatizado de presentación de planillas en línea requiera. Sobre este particular, la Caja de Seguro Social prevé la implementación de este nuevo sistema automatizado en los próximos

<sup>41</sup> Gaceta Oficial 16,576 de 3 de abril de 1970.

48 meses, el cual, una vez en funcionamiento, ira siendo exigido en forma progresiva para todos los empleadores, con la consecuente eliminación de la facturación manual o planilla preelaborada en forma definitiva.

Ahora bien, la presentación ante la Caja de Seguro Social de la planilla de declaración de cuotas, ya sea que incluya el pago o no, tiene por efecto el reconocimiento por parte del empleador de la existencia de la relación laboral con los empleados señalados en la misma, para efectos de la determinación del pago de cuotas u otras contribuciones establecidas en la Ley.

Recibida la planilla, la Caja de Seguro Social valida la información presentada por el empleador, para confirmar el registro del empleado en el Archivo Maestro de Asegurados, y en caso que contenga errores se la devuelve al empleador, para que la corrija en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles.

Importan tener presente que la Ley 51 de 2005 sobre este particular señala en su artículo 93, que una vez la Caja de Seguro Social haya implementado el soporte tecnológico para el control de los errores en las planillas, si le remite al empleador la planilla para su corrección y este mantuviera los errores, se le impondrá una multa de diez balboas (B/.10.00) por error así mantenido.

Finalmente el artículo termina señalando que el empleador que no cumpla con estas obligaciones, responderá del pago de sus cuotas y las del empleado, sin perjuicio de las acciones penales que puedan ejercer la Caja de Seguro Social o el empleado, de acuerdo con las disposiciones del Código Penal, tema sancionatorio que veremos en detalle en el Título IV de este documento.

#### Sección III. Pago de Salario

Teniendo clara la obligación de los empleadores de deducir y retener la porción de la cuota correspondiente a los empleados; y de pagar su parte de dicha cuota a la Caja de Seguro Social, resulta necesario hacer una pausa y referirnos a los que constituye "sueldo o salario" a la luz de la Ley 51 de 2005, a efectos de poder determinar con precisión sobre que se deben realizar las deducciones y pagos vistos anteriormente.

El artículo 91 de la Ley 51 de 2005 establece qué debemos entender por salario o sueldo y el artículo 92 que conceptos no se consideran salario.

De conformidad con lo anterior, la Ley señala que "...para efectos de esta Ley y del Decreto de Gabinete 68 de 1970, sin perjuicio de la definición de salario contenida en el Código de Trabajo, se entenderá como salario o sueldo toda remuneración sin excepción, en dinero o especie, que reciban los empleados de sus empleadores como retribución de sus servicios o con ocasión de estos, incluyendo..."

En primer lugar el segundo párrafo del artículo 91 parte señalando que esta definición aplica no sólo para el pago de la cuota descrita en la Ley 51 de 2005 para los riesgos de invalidez, vejez y muerte y el riesgo de enfermedad y maternidad, sino también para efectos de los riesgos profesionales contenidos en el Decreto de Gabinete 68 de 1970 al que ya nos hemos referido.

En segundo lugar, este párrafo señala: "sin perjuicio de la definición contenida en el Código de Trabajo". Esto quiere decir que los conceptos de "salario" contenidos en la Ley 51 de 2005, aplican sólo para efectos de determinar sobre que conceptos realizar el pago de cuotas, sin perjuicio de lo que disponga el Código de Trabajo que define salario y que se encuentran vigente.

Serán las disposiciones de la Ley 51 de 2005 las que apliquen al momento de determinar la incidencia que tendrán estos conceptos en el pago de cuotas; y serán las disposiciones del Código de Trabajo y las normas especiales que regulan la materia, las que apliquen al momento de determinar la incidencia que tendrán estos conceptos en el cálculo de las prestaciones laborales a que tiene derecho todo empleado, independientes a las cuotas de la Caja de Seguro Social.

En tercer lugar, el segundo párrafo del artículo 91 indica que se entenderá como salario o sueldo toda remuneración sin excepción, en dinero o especie..." entendiendo como dinero toda remuneración en metálico y por especie toda remuneración distinta a la moneda de curso legal. Con respecto a la especie, nos referiremos en detalle más adelante.

En cuarto y último lugar, el artículo 91 establece como regla general, que constituye salario toda retribución que pague un

empleador a un trabajador en atención a los servicios personales que le dispensa. Es decir que este es el "chapeau" frente al cual deben confrontarse todos los pagos que realiza un empleador a favor de sus empleadores para definir o establecer si los mismos constituyen o no salario.

Luego, el segundo párrafo del artículo 91 finaliza indicando: "incluyendo", a manera de ejemplo o entre otros; es decir que con independencia de que se incluya una lista de retribuciones consideradas salarios, el artículo no encasilla las situaciones citadas como un""numerus clausus" de casos, sino que deja abierta la posibilidad de que con base al principio general indicado o "chapeau", pueden haber otros medios de retribución al trabajo que sean considerados salarios.

Para mayor claridad, presentamos el siguiente cuadro donde se aprecian las disposiciones del artículo 91 frente a las disposiciones del artículo 92, marcando en negrillas los principales cambios introducidos en la Ley, frente a lo que disponía el subrogado Decreto Ley 14 de 1954<sup>42</sup>.

a. b)

Sueldo: La remuneración total, gratificación, bonificación, comisión, participación en beneficios, vacaciones o valor en dinero y en especie, que reciba el trabajador del patrono o empleador o de cualquier persona natural o jurídica como retribución de sus servicios o con ocasión de éstos.

Se exceptúan del pago de cuotas de seguro social los viáticos, dietas y preavisos. También se exceptúan las gratificaciones de navidad o aguinaldos y los gastos de representación mensual, siempre que no excedan a un mes de sueldo. En el caso de exceder al mes de salario se gravará solamente el diferencial que exceda al respectivo mes de salario. Igualmente se exceptúan del pago de cuotas de Seguro Social la participación en beneficios que otorgue el empleador a sus trabajadores siempre y cuando esta participación beneficie a no menos del setenta por ciento (70%) de los trabajadores de la empresa y no exceda ni sustituya el total del salario anual. Para los efectos del porcentaje establecido en forma precedente, no se considerarán dentro del mismo a los ejecutivos y empleados que sean socios o accionistas del empleador o patrono, si éste fuese persona jurídica, así como a los parientes de los ejecutivos, socios o accionistas, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si el patrono o empleador fuese una persona natural, excluirá de este porcentaje a los parientes y directivos en los referidos grados de parentesco, a los dueños de la empresa y a los ejecutivos de la misma.

Además, se exceptúan del pago de cuotas de seguro social las sumas que reciba el trabajador en concepto de indemnización con motivo de la terminación de la relación de trabajo, así como las sumas recibidas por los servidores públicos que se acojan a planes de retiro voluntario.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> "Artículo 62: Para los efectos del Seguro Social privarán las siguientes definiciones:

#### Concepto de Salario Ley 51 de 27 de diciembre de 2005

Pagan cuotas de Seguro Social

Se entenderá como salario toda remuneración en dinero o especie, que reciban los empleados como retribución de sus servicios incluyendo:

- a. Las comisiones.
- b. Las vacaciones.
- c. Las bonificaciones.
- d. Las dietas, siempre que sean recurrentes y que excedan el 25% de un mes de salario. En caso de exceder el porcentaje anterior, tales excedentes serán considerados salarios.
- Las primas de producción, siempre que excedan el 50% de un mes de salario.
- Los gastos de representación.
   Tales gastos de representación se gravarán con la siguiente gradualidad:
  - a. Desde julio de 2006, el 25% de la totalidad.
  - b. Desde julio de 2008, 55% de la totalidad.
  - c. Desde julio de 2010, el 100%.

Ahora bien, veamos cada uno de los conceptos que incluyen estos dos artículos:

#### A. Las comisiones.

Fue el Decreto Ley 9 de 1 de agosto de 1962<sup>43</sup> que modificó el artículo 62 del Decreto Ley 14 de 1954 para introducir a las comisiones como salario.

La Ley 51 de 2005 mantiene este concepto. Para efectos de la Caja de Seguro Social, las comisiones constituyen el reconocimiento económico que recibe el empleado, como porcentaje o suma establecida del precio de venta de bienes o servicios, transacción comercial o cualquier otro parámetro establecido por las partes.

No pagan Cuotas de Seguro Social

No se considerará salario:

- a. El monto de las tres partidas del Décimo Tercer Mes
- b. El preaviso.
- c. Las sumas que reciba el empleado en concepto de indemnización, con motivo de la terminación de la relación de trabajo.
- d. La participación en beneficios o utilidades, siempre que esta participación beneficie a no menos del 70% de los empleados de la empresa y no exceda ni sustituya el total del salario anual.
- e. Los dividendos siempre que no sustituyan el salario.
- f. Las gratificaciones o aguinaldos, siempre que no excedan un mes de salario. En caso de exceder el monto anterior, tales excedentes serán considerados salarios.
- g. La prima de antigüedad.
- h. Los viáticos.
- Las primas de producción, siempre que no excedan el 50% de un mes de salario.

#### B. Las vacaciones.

Las vacaciones constituyen el pago realizado por el empleador al empleador como período de descanso anual remunerado. Este pago, desde que fue expresamente considerado salario por el Decreto Ley 9 de 1 de agosto de 1962<sup>44</sup> que modificó el Decreto Ley 14 de 1954 y al cual hemos hecho referencia, ha estado obligado a pagar cuotas a la Caja de Seguro Social. La Ley 51 de 2005 mantiene este concepto.

#### C. Las bonificaciones.

El Decreto Ley 14 de 1954 establecía ya que las bonificaciones constituían salario, posteriormente la Ley 44 de 1995<sup>45</sup> que

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Supra nota 16 y Ley 19 de 29 de enero de 1958, Gaceta Oficial 14,894 de 10 de junio de 1963.

<sup>44</sup> Idem

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Gaceta Oficial 22,847 de 14 de agosto de 1995.

modificó Código de Trabajo, excluyó a las bonificaciones del concepto de salario y la Ley 51 de 2005 los volvió a incorporar.

Para efectos de la Caja de Seguro Social, es una bonificación, toda suma de dinero pagada ocasionalmente al empleado en adición a su salario, a manera de dádiva o regalo, sin contraprestación laboral, distinta al aguinaldo o gratificación y prima de producción.

#### D. Las dietas

La Ley 51 de 2005 en su artículo 1, numeral 10, define las dietas como todo estipendio que se paga a miembros de juntas directivas u otros organismos colegiados, por su asistencia a las reuniones de estos.

Las dietas habían estado excluidas en forma expresa del concepto de salario desde que así lo dispuso la modificación introducida por el Decreto Ley 9 de 1 de agosto de 196246, sin embargo, la Ley 51 de 2005 establece que las dietas constituyen salario, siempre y cuando se den dos condiciones: (i) que las dietas las reciba un empleado del mismo empleador de quien recibe su salario; y (ii) sólo se consideran salario, aunque sean concurrentes, si exceden el 25% de su salario mensual. un mes, las dietas pagadas, superan un mes de salario, serán los excedentes los que deberán ser sumados al sueldo y pagar las cuotas correspondientes.

#### E. Las primas de producción.

Las primas de producción fueron reguladas con Ley 44 de 1995<sup>47</sup> y las reformas que dicha norma introdujo al Código de Trabajo, específicamente en el artículo 142 de dicho Código. En este sentido, este artículo del Código finaliza señalando que: "...En cualquier caso, las primas de producción y las donaciones no podrán exceder del 50 por ciento del salario básico."

La Ley 51 de 2005 respeta esta disposición y establece que las primas de producción serán consideradas salario, siempre y cuando"excedan el cincuenta por ciento (50%) de un mes de salario, *contrario sensus* y como veremos en el artículo 92, si no excede este porcentaje no se considera salario.

Por prima de producción, la Caja de Seguro Social entiende toda sumas extras, permanentes u ocasionales, que otorga el empleador a favor del empleado, como retribución adicional por su labor física o intelectual, a manera de estímulo o recompensa, en virtud del establecimiento de planes objetivos para el incremento de la producción o el rendimiento del empleado.

#### F. Los gastos de representación

Fue el Decreto Ley 9 de 1 de agosto de 1962 que modificó el Decreto Ley 14 de 1954 que introdujo la excepción a pago de cuotas de seguro social a los gastos de representación pagados mensualmente, siempre que estos no excedieran a un mes de sueldo; sólo el excedente pagaba cuotas a la Caja de Seguro Social.

Por su parte, el Código de Trabajo establece que los gastos de representación que se le reconozcan al trabajador como asignaciones permanentes constituyen salarios.

La Ley 51 de 2005 modifica el concepto contenido en el subrogado Decreto Ley 14 de 1954 y lo asimila al Código de Trabajo.

En virtud de lo dispuesto entonces en el numeral 6 del artículo 91 de la Ley 51 de 2005 los gastos de representación se consideran salario y deben declarase como tales desde el 1 de enero del 2006. Sin embargo, sobre la porción que corresponde a ellos, se harán contribuciones en concepto de cuotas con la siguiente gradualidad:

a. A partir del 1 de julio de 2006, que se paga en el mes de agosto de 2006, se deberá pagar la cuota correspondiente sólo sobre el 25% de la totalidad de los

<sup>46</sup> Supra nota 16

<sup>47</sup> Supra nota 45

gastos de representación pagados al empleado.

- b. A partir del 1 de julio de 2008, que se paga en el mes de agosto de 2008, se deberá pagar la cuota correspondiente sólo sobre el 55% de la totalidad de los gastos de representación pagados al empleado.
- c. A partir del 1 de julio de 2010, que se paga en el mes de agosto de 2010, se deberá pagar la cuota correspondiente sólo sobre el 100% de la totalidad de los gastos de representación pagados al empleado.

Visto lo anterior, veamos ahora, en el otro lado de la moneda, lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 51 de 2005 que señala, también sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de Trabajo, los conceptos que no se considerarán salario:

#### A. El Décimo Tercer Mes.

El Décimo Tercer Mes fue creado mediante Decreto de Gabinete 221 de 18 de noviembre de 1971<sup>48</sup> como una "bonificación especial" pagadera en 3 partidas proporcionales, el 15 de abril, el 15 de agosto y el 15 de diciembre de cada año.

Dicho Decreto dispuso que de estas tres partidas, la correspondiente al 15 de agosto de cada año fuera depositada en la Caja de Ahorro para el incremento de los programas de vivienda propia, obrero campesina.

Luego, la Ley 15 de 31 de marzo de 1975<sup>49</sup> que modificaba el Decreto Ley 14 de 1954, introdujo un literal m) al artículo 31 de esta norma, modificando de igual forma el Decreto de Gabinete 221 de 1971, indicando como recurso de la Caja de Seguro Social, las cantidades correspondientes a la segunda partida del décimo tercer mes.

En el año de 1983, la Ley 17 de 22 de agosto de 1983<sup>50</sup>, dispuso que esta segunda partida correspondiente al 15 de agosto de cada año, fuera pagada nuevamente en forma directa por el empleador al trabajador, a partir del año 1984. De igual forma señaló que el dinero acumulado de la segunda partida del décimo tercer mes correspondiente a los años 1972 a 1983 sería destinada al programa de invalidez, vejez y muerte de la Caja de Seguro Social.

La Ley 30 de 26 de diciembre de 1991 vino a modificar nuevamente el literal m) del artículo 31 del Decreto Ley 14 de 1954, estableciendo que las cantidades correspondientes a la segunda partida del décimo tercer mes serían destinadas nuevamente al programa de invalidez, vejez y muerte de la Caja de Seguro Social.

Finalmente la Ley 20 de 12 de agosto de 1992<sup>51</sup> dispuso restituirles nuevamente el pago de la segunda partida del Décimo Tercer Mes (XIII) a los empleados del sector público y privado a partir del 14 de agosto de 1992.

La Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 mantuvo la disposición contenida en la Ley 20 de 1992, en el sentido de que la segunda partida del Décimo Tercer Mes les debía ser pagada directamente a los empleados y sólo derogó los artículos que no eran pertinentes de dicha norma (3,4,5 y 6).

Con base a lo anterior, el artículo 92 de la Ley 51 de 2005 dispuso que no se considera como salario, las tres partidas del Décimo Tercer Mes, pero sí exige sobre ellas una contribución especial establecida en el artículo 101 de la Ley, por los que aportes pagados sobre estas partidas, no contribuyen al cómputo de la pensión.

Las tres partidas del Décimo Tercer Mes pagadas sobre los salarios, deben entonces ser alcanzadas por una cuota

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Gaceta Oficial 16,989 de 1 de diciembre de 1971.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Supra nota 32.

<sup>50</sup> Gaceta Oficial 19,885 de 29 de agosto de 1983.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Gaceta Oficial 22,099 de 13 de agosto de 1992.

especial, en la proporción pagada en cada partida sobre la cuota aplicable al salario.

La diferencia es que mientras que el "salario" tiene una tabla ascendente o progresiva de cotización, las partidas del Décimo Tercer Mes mantienen una cuota especial fija equivalente a:

- a. El siete punto veinticinco por ciento (7.25%) que paga el empleado sobre la base de cada una de las tres partidas del Decimotercer Mes
- El diez punto setenta y cinco por ciento (10.75%) que paga el empleador sobre cada una de las tres partidas del Decimotercer Mes, pagada a sus empleados;

Una consecuencia importante de lo anterior es que si ahora, los gastos de representación son considerados salarios, las tres partidas del décimotercer mes que se paguen sobre la parte de estos gastos de representación, también deberán pagar cuotas a la Caja de Seguro Social, en la proporción pagada en cada partida sobre la cuota aplicable al salario y en la proporción indicada en el artículo 91 para los gastos de representación.

Por ejemplo, desde el 1 de julio de 2006, las partidas del decimotercer mes que se paguen sobre los salarios, deberán cotizar en cuanto a gastos de representación se refiere, hasta un 25% y a una tasa del 18% (10.75% por el empleador y 7.25% por el empleado) y así sucesivamente hasta alcanzar el 100% como vimos anteriormente.

#### B. El preaviso.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 212 del Código de Trabajo, el preaviso constituye una suma adicional de dinero que debe pagarle el empleador al empleado en adición a la indemnización, equivalente a un mes de salario, en determinadas circunstancias debidamente señaladas en este artículo, cuando el empleador ponga término a una relación de trabajo por tiempo indefinido, sin que medie causa justificada prevista por la Ley.

Por tratarse de una prestación laboral a favor del empleado, originada de la terminación abrupta de la relación de trabajo, no ha sido considerada como salario, desde que fue incluida como una excepción por el Decreto Ley 9 de 1 de agosto de 1962<sup>52</sup>.

#### C. Indemnización Laboral.

Las sumas que reciba el empleado en concepto de indemnización, con motivo de la terminación de la relación de trabajo no son consideradas salario para efecto del pago de cuotas a la Caja de Seguro Social.

La razón es la misma que la explicada dada para el preaviso, con la diferencia de que esta exclusión expresa, no fue introducida a la Ley Orgánica de la Caja de Seguro social sino hasta el año de 1991 con la aprobación de la Ley 30 de 26 de diciembre de 1991<sup>53</sup>, con independencia de que antes de esta fecha, en la práctica no se cobraban cuotas por este concepto.

#### D. La prima de antigüedad.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 224 del Código de Trabajo, la prima de antigüedad constituye una suma adicional de dinero que debe pagarle el empleador al empleado, a la terminación de todo contrato por tiempo indefinido, sin importar la causa, equivalente a razón de una semana de salario por cada año laborado desde que se inició la relación de trabajo.

El Decreto Ley 14 de 1954 no contemplaba esta excepción al concepto de salario, el mismo es introducido por la Ley 51 de 2005, con independencia de que antes de esta fecha, en la práctica no se cobraban cuotas por este concepto.

<sup>52</sup> Supra nota 16.

Ey 30 de 26 de diciembre de 1991 por la cual se modifica el Decreto Ley 14 de 27 de agosto de 1954, orgánico de la Caja de Seguro Social, Gaceta Oficia 21,943 de 31 de diciembre de 1991.

## E. La participación en beneficios o utilidades.

La Ley 51 de 2005 excluye expresamente a los pagos realizados por los empleadores a sus empleados en concepto de "participación en beneficios o utilidades" como salario, siempre que esta participación beneficie a no menos del setenta por ciento (70%) de los empleados de la empresa y no exceda ni sustituya el total del salario anual.

Este principio colectivo (70%) por denominarle de alguna manera, ya formaba parte del Decreto Ley 14 de 1954, pero dicha norma adicionaba que para los efectos de este porcentaje, no se considerarían a los ejecutivos y empleados que hubieren sido socios o accionistas del empleador, si éste fuese persona jurídica, así como a los parientes de los ejecutivos, socios o accionistas, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Terminaba señalando el artículo pertinente del subrogado Decreto Ley 14 de 1954, que si el empleador hubiera sido una persona natural, se excluiría de este porcentaje a los parientes y directivos en los referidos grados de parentesco, a los dueños de la empresa y a los ejecutivos de la misma.

Como se observa, la Ley 51 de 2005 no entra a realizar estas limitaciones o condicionamientos contenidos en el subrogado Decreto Ley 14 de 1954.

Para efectos de la Caja de Seguro Social "participación en beneficios o utislidades" es la porción de las utilidades de una sociedad, que es repartida una vez al año, en forma libre, entre los empleados que no tienen derecho a dividendos.

#### F. Los dividendos

Los dividendos por su naturaleza, no son salario, siendo que ellos representan la cuota o porcentaje que corresponde a la distribución anual de las ganancias de una sociedad, pagaderas por cada acción; es decir que no constituyen una remuneración pagada por un empleado a un trabajador como retribución a sus servicios, sino la utilidad o lucro que se obtiene de una operación mercantil, en este caso la inversión realizada por la compra de acciones.

Por ello, para efectos de la Caja de Seguro Social, se consideran dividendos, el valor económico que corresponde a la distribución anual de las ganancias de una sociedad, pagaderas por cada acción.

El Decreto Ley 14 de 1954 no hacía referencia alguna a los dividendos, ni siquiera para excluirlos de la definición de salario; la Ley 51 de 2005 por su parte los excluye en forma expresa, sin embargo, lo condiciona a que no sustituyan el salario.

Como veremos en el Título IV de este documento, la nueva Ley de la Caja de Seguro Social, se refiere expresamente a la simulación de actos jurídicos, recogiendo la figura de nuestro derecho común, pero con las características de su aplicación en el marco recaudatorio de las normas tributarias.

Mencionamos esto, pues el incluir en el artículo 92 a los dividendos, los cuales como vimos por su naturaleza nunca habían sido necesario siquiera mencionar por no ser una remuneración por el trabajo, tiene la intención de hacer precisamente la salvedad, de que esto es así, siempre y cuando no sustituyan el salario y se conviertan en una forma de evasión.

Es decir, los casos donde existe una persona natural que como accionista recibe varias veces en un año o en forma mensual un dividendo de una empresa, pero realiza a la vez labores para esa misma entidad bajo condiciones de subordinación y dependencia sin recibir salario alguno.

Esta es la situación que busca la Ley 51 de 2005 prevenir, que una persona que

siendo accionista y trabajadora a la vez, reciba como remuneración por lo que corresponde a su trabajo, dividendos y no salario. Esto, y debe interpretarse de esta forma, aplica sólo cuando quien en ambas condiciones (empleado y accionista) no recibe salario alguno, pues no puede desconocerse que quien siendo un empleado que recibe salario, puede a la vez, siendo accionista, recibir dividendos.

# G. Las gratificaciones o aguinaldos de navidad

La Ley 52 de 2005 señala, al igual que lo disponía el artículo 62, literal b del Decreto Ley 14 de 1954, que las gratificaciones o aguinaldos no se consideran salario, entendiendo por tales, la suma de dinero pagada por el empleador a sus empleados, en adición al salario, **una vez al año**, con ocasión de las fiestas religiosas o fiestas de fin de año.

Establece además que estas gratificaciones o aguinaldos no se consideran salario; y por lo tanto no están obligadas a pagar cuotas, siempre y cuando no excedan un mes del salario normal del empleador. Finaliza señalando el numeral 6 del artículo 92 que en caso de exceder esta suma, será sólo el excedente el que se considere salario y por lo tanto, sobre dicha porción excedente es que deberá realizarse el pago de cuotas.

Sin embargo, la Ley 51 de 2005 hace una distinción importante de su antecesor el subrogado Decreto Ley 14 de 1954. Se refiere a las gratificaciones o aguinaldos en forma genérica, sin mencionar expresamente las de navidad. La intención era reconocer que estas gratificaciones pagadas en esencia con ocasión de festividades religiosas o de fin de año, no sólo podían pagarse en las navidades cristianas o con motivo de fin de año, sino que las mismas

podían pagarse después del cierre fiscal de una empresa, distinto al 31 de diciembre de cada año.

#### H. Los viáticos.

La Ley 51 de 2005 excluye a los viáticos de la definición de salarios en forma expresa, es decir sin que sobre los mismos haya la obligación de pagar cuota alguna a la Caja de Seguro Social, por considerar que los mismos no constituyen una remuneración al trabajo, sino un gasto operativo del empleador. Igual principio mantuvo el Decreto Ley 14 de 1954 cuando esta excepción expresa fue incluida en la definición de salario por el Decreto Ley 9 de 1 de agosto de 1962<sup>54</sup>.

Sin embargo, los viáticos no se consideran salario, siempre y cuando los mismos encajen en la definición contenida en el artículo 1, numeral 37 de la Ley 51 que los define así: "Comprende tanto los gastos de viaje, como los desembolsos por alimentación requeridos por el empleado, cuando deba trasladarse de su lugar habitual de trabajo, para cumplir una determinada tarea por orden del empleador."

Es decir que se compruebe que para la realización del trabajo contratado, se requiere que el empleado se deba trasladar de su lugar habitual de trabajo; por lo tanto, será objeto de la curiosidad de los auditores o inspectores de la Caja de Seguro Social, si encuentran a un empelado que por la naturaleza de sus funciones, no requiere desplazarse habitualmente fuera de su área de trabajo, pero recibe viáticos en forma regular sin justificación alguna.

# I. Las primas de producción, siempre que no excedan el cincuenta por ciento (50%) de un mes de salario.

<sup>54</sup> Supra nota 16.

Como vimos anteriormente, la Ley 51 de 2005 establece que las primas de producción serán consideradas salario, siempre y cuando excedan el cincuenta por ciento (50%) de un mes de salario, *contrario sensus*, si no excede este porcentaje no se considera salario.

Las primas de producción entonces no se consideran salario y por lo tanto no están obligadas a pagar cuotas, siempre y cuando no excedan un mes del salario normal del empleador. En caso de exceder, será sólo el excedente el que se considere salario y por lo tanto, sobre dicha porción excedente deberá realizarse el pago de cuotas.

#### J. Salario en Especie

Como vimos en la Sección III anterior, se deben pagar cuotas a la Caja de Seguro Social sobre el salario que pague el empleador a sus empleados, entendiendo por tal, toda remuneración al trabajo, sin excepción, en dinero o especie.

Vimos también que como dinero entendemos toda remuneración en metálico y por especie toda remuneración distinta a la moneda de curso legal.

Así lo señalaba el literal b) del artículo 62 del subrogado Decreto Ley 14 de 1954, el cual establecía que para los efectos del Seguro Social, sueldo era "la remuneración total, gratificación, bonificación, comisión, participación en beneficios, vacaciones o valor en dinero y en especie, que reciba el trabajador del patrono o empleador o de cualquier persona natural o jurídica como retribución de sus servicios o con ocasión de éstos."

Esta disposición del subrogado Decreto Ley 14 de 1954, contemplaba literalmente lo dispuesto en el artículo 140 del Código de Trabajo que establece que:

"Artículo 140: Salario es la retribución que el empleador debe pagar al trabajador con motivo de la relación de trabajo, y comprende no sólo lo pagado en dinero y especie, sino también las gratificaciones, percepciones, bonificaciones, primas, comisiones, participación en las utilidades y todo ingreso o beneficio que el trabajador reciba por razón del trabajo o como consecuencia de éste."

Así las cosas, el Código de Trabajo dispone que constituyen parte del salario, las especies pagadas a un empleado, en virtud de una relación de trabajo, como remuneración de sus servicios. Dicho principio fue recogido por el Decreto Ley 14 de 1954 que estableció que sobre estos pagos en especie que constituyen salario debían pagarse cuotas a la Caja de Seguro Social.

Ahora bien, vimos que el artículo 91 de la Ley 51 de 2005 que modificó la definición contenida en el Decreto Ley 14 de 1954, mantuvo el mismo principio, en el sentido de que lo pagado en especie por un empleador a favor del empleado como retribución de su servicio es parte del salario.

Teniendo esto claro, debemos señalar entonces a manera de conclusión previa, que los pagos realizados en especie por parte del empleador a favor de sus empleados, como remuneración de sus servicios, siempre han estado obligados a cotizar cuotas a la Caja de Seguro Social.

La diferencia es que antes de la existencia de un reglamento especial que regulara la materia para efectos de la Caja de Seguro Social, dichos pagos en especie debieron cotizar, con base a las normas generales del propio Código de Trabajo.

Ahora, existiendo la Resolución No. 38,492-2006-J.D. de 22 de febrero de 2006

que aprueba un reglamento especial que regula la materia, se ha venido a desarrollar el concepto de especie en forma más específica y ejemplarizar algunas situaciones; por lo que, a afectos de la Ley 51 de 2005, los salarios en especie están obligados a cotizar desde la entrada en vigencia el 1 de enero del 2006, con base al mismo principio que dispuso el Decreto Ley 14, pero bajo las reglas establecidas supletoriamente por el Código de Trabajo.

Luego, no es sino a partir del 1 de marzo de 2006, fecha en la cual entró en vigencia la Resolución Nº 38,492-2006-J.D., que se han esclarecido en forma específica para efectos de la Caja de Seguro Social, la forma en la cual cotizan algunos conceptos considerados especie.

# <u>La Resolución 38,492-2006-J.D. de 22</u> de febrero de 2006.

El artículo 3 de la Resolución 38,492-2006-J.D. de 22 de febrero de 2006, dispuso que por salario en especie se debe entender la retribución o remuneración:

- a. Que no sea en dinero;
- Que recibe el empleado por parte de su empleador como pago por sus servicios o trabajo;
- Siempre que exista una relación de trabajo; y
- d. Que sea para el consumo personal inmediato del empleado o el de su familia.

Es decir, que establece la regla general que salario en especie lo constituye toda retribución, distinta al dinero, que pague un empleador a un trabajador en atención a los servicios personales que le dispensa. Este es el "chapeau" frente al cual deben confrontarse todos los pagos en especie que realiza un empleador a favor de sus empleadores para definir o establecer si los mismos constituyen o no salario.

Luego, el artículo 4 de esta resolución establece que se consideran salario en especie, entre otros, los que reciba el empleado del empleador como retribución de sus servicios, señalando varios conceptos, a manera de ejemplo; es decir que con independencia de que se incluya una lista de retribuciones consideradas salario en especie, el artículo no encasilla las situaciones citadas como un "numerus clausus" de casos, sino que deja abierta la posibilidad de que con base al principio general indicado o "chapeau", pueden haber otros medios de retribución al trabajo que sean considerados salario en especie.

De igual forma, el artículo 5 señala que no se considerará como salario en especie, aquellos que no constituyan retribución o remuneración del empleador a favor del empleado por la prestación de sus servicios, señalando de igual forma varios conceptos a manera de ejemplo; sin que se trate de un número cerrado de situaciones.

Sin perjuicio de que tanto lo dispuesto en el artículo 4, como en el artículo 5 de la Resolución 38,492-2006-J.D. de 22 de febrero de 2006, constituyen ejemplos, la propia norma regula y desarrolla cada uno de ellos, estableciendo en algunos casos, su alcance y las excepciones aplicables.

Importante observar también que el reglamento tiene dos objetivos claros, corregir las fuentes de fuga o evasión que tradicionalmente han existido, a través del desdoblamiento de salarios en "especies"; y patrocinar los acuerdos colectivos y no selectivos entre grupos de empleadores de un mismo empleador.

Para mayor claridad, presentamos el siguiente cuadro donde se aprecian las disposiciones del artículo 4 frente a las disposiciones del artículo 5.

RESOLUCIÓN 38,492-2006-J.D. DE 22 DE FEBRERO DE 2006			
QUE SE CONSIDERA SALARIO EN ESPECIE	QUE NO SE CONSIDERA ESPECIE		
ARTÍCULO 4: Para efectos de la Caja de Seguro Social se consideran salario en especie, entre otros, los que reciba el empleado del empleador como retribución de sus servicios, bajo los siguientes conceptos:	ARTÍCULO 5: Para los efectos de la Caja de Seguro Social, no se considerará como salario en especie, aquellos que no constituyan retribución o remuneración del empleador a favor del empleado por la prestación de sus servicios, incluyendo, entre otros, los siguientes:		
Alimentación. (Artículo 4, literal a)	Los gastos de alimentación que constituyan viáticos, otorgados a efectos de cumplir las funciones para las cuales fue contratado el empleado, así como los vales de alimentación otorgados de conformidad con la legislación vigente. (Artículo 5, literal a)		
Vestuario. (Artículo 4, literal b)	Los uniformes suministrados, en todo o en parte por el empleador, al personal de la empresa o las vestimentas especiales suministradas para el cumplimiento de sus funciones, de conformidad con lo que al efecto dispone el Código de Trabajo. (Artículo 5, literal b)		
Las sumas aportadas por el empleador para la compra, alquiler o financiamiento sin reembolso de vehículo para uso personal del empleado.  Se entiende que un vehículo es de uso personal de un empleado cuando éste pueda disponer del mismo fuera de horas de oficina y la naturaleza de sus funciones no exija necesariamente realizar actividades fuera del lugar de trabajo. En estos casos se aplicarán las siguientes reglas:  (i) En el caso de que el vehículo sea adquirido en efectivo o por medio de financiamiento por el empleador, a su propio nombre o a nombre del empleado o de su familia, se declararán ingresos mensuales por un monto equivalente al setenta por ciento (70%) de la depreciación del mismo. Para este caso, se deberá			

QUE SE CONSIDERA SALARIO EN ESPECIE	QUE NO SE CONSIDERA ESPECIE
considerar como salario en especie, el monto proporcional que resulte después de aplicar la depreciación, según el método de línea recta en un periodo de (5) cinco años.  (ii) Cuando se trate de arrendamiento financiero, con independencia de quien sea el deudor, se declararán ingresos por un monto equivalente al setenta por ciento (70%) del pago mensual realizado por la empresa. En este caso, se deberá considerar como salario en especie, el valor de la letra, del arrendamiento.  Igualmente, se considerará salario en especie las reparaciones que realice el empleador al vehículo, hasta el setenta por ciento (70%) del costo de los mismos, dentro de los parámetros de este artículo.  (Artículo 4, literal c)	
Pago del servicio de telefonía celular, por parte del empleador, a favor de los familiares del empleado. (Artículo 4, literal d)	Pago del servicio de telefonía celular, para una unidad móvil, por parte del empleador, a favor del empleado. (Artículo 5, literal c)
Electricidad, teléfono, agua, y otros servicios básicos de uso residencial del empleado y su familia. ( <i>Artículo 4, literal e</i> )	
Pagos de obligaciones personales del empleado por tarjetas de crédito u otros medios, sin reembolso. (Artículo 4, literal f)	Los pagos realizados con tarjetas de crédito u otros medios, sin reembolso, que corresponda a viáticos según el numeral 37 del artículo 1 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, y/o cualquier otro pago relacionado con el giro normal de las operaciones del empleador. (Artículo 5, literal d)
Pago de impuestos, tasas o contribuciones personales, directos o indirectos, de cualquier naturaleza del empleado, incluyendo el impuesto de inmueble de su propiedad o de su familia. (Artículo 4, literal g)	

QUE SE CONSIDERA SALARIO EN ESPECIE	QUE NO SE CONSIDERA ESPECIE
Primas de seguros del empleado o de su familia. ( <i>Artículo 4, literal h</i> )	Las primas de seguros pagadas por pólizas de vida, salud y pensiones.  Tampoco se considerarán salario en especie, los pagos de pólizas de responsabilidad civil que cubra al empleado o al vehículo del empleado, siempre que sea necesario para el ejercicio de sus funciones y que en el caso del automóvil, el mismo no sea considerado salario en especie, de conformidad con lo dispuesto en este reglamento. (Artículo 5, literal e)
Becas, matrículas, colegiaturas, y materiales educativos otorgados directamente al empleado o a sus familiares. (Artículo 4, literal i)	Las becas, matrículas, colegiaturas, y materiales educativos otorgados a los familiares del empleado en virtud de convenciones colectivas de trabajo; y los otorgados a empleados, no cubiertos por convención, como consecuencia de acuerdos suscritos con un grupo de empleados o de decisiones empresariales equitativas, previamente establecidas o acordadas y divulgadas entre los empleados, siempre y cuando a los mismos puedan acceder, participar o concursar no menos del setenta por ciento (70%) de estos empleados; o cuando se trate de becas con la finalidad de reconocer los meritos académicos de los hijos de los empleados; o se trate de ayuda a empleados de escasos recursos; o cuyos hijos sean discapacitados.  De igual forma no se considera salario en especie, las becas, matrículas, colegiaturas, y materiales educativos otorgados directamente a los empleados, que tengan incidencia directa con la labor que desempeña el empleado o en la generación o conservación de la renta del empleador. Tampoco constituirá salario en especie si la naturaleza de la beca corresponde a la implementación de programas de entrenamiento para el mejoramiento y superación del recurso humano que labora para dicho empleador. (Artículo 5, literales f y g)

QUE SE CONSIDERA SALARIO EN ESPECIE	QUE NO SE CONSIDERA ESPECIE
Pago de cuotas o suscripciones a clubes privados. ( <i>Artículo 4, literal j</i> )	Pago de cuotas y suscripciones de asociaciones empresariales y gremiales que se relacionen con el giro de las actividades de la empresa o las funciones del empleado. (Artículo 5, literal h)
Combustible, siempre que exceda el 20% del salario y que supere los (B/.250.00) doscientos cincuenta balboas mensuales. En caso de exceder la suma indicada, se considerará la diferencia como salario en especie.  La Junta Directiva revisará periódicamente esta cifra, con el fin de hacer los ajustes correspondientes a la fluctuación de los precios del combustible. (Artículo 4, literal k)	Las sumas de dinero entregadas a empleados tales como conductores, vendedores de ruta, pasantes, y mensajeros, entre otros, para transporte o compra de combustible, siempre que la labor que realizan, incluya el trasladarse de su lugar habitual de trabajo.  Tampoco se considerará salario en especie los pagos realizados por el empleador en concepto de reembolsos de combustible o la compra directa de combustible a un proveedor.( <i>Artículo 5, literal i</i> )
Vivienda, siempre que su uso pueda ser extensivo a la familia del empleado, ya sea como arrendatario o beneficiario directo. En aquellos casos en los cuales el empleador sea el propietario de la vivienda, y se le asigne a un empleado para su utilización y de su familia, debe ser considerado como salario en especie, en función del valor de mercado que pudiese tener el alquiler de una vivienda en las mismas condiciones de aquella otorgada por la empresa.  También se considera salario en especie las viviendas de recreo de playa o montaña para uso exclusivo de un empleado o su familia. ( <i>Artículo 4, literal 1</i> )	Las viviendas otorgadas en virtud de lo exigido por las leyes laborales y el Código de Trabajo, así como aquellas otorgadas para actividades agropecuarias y las viviendas que constituyen casas de recreo de playa o montaña de uso colectivo entre los empleados de la empresa. (Artículo 5, literal j)
	Los beneficios negociados por las organizaciones sindicales, producto de una convención colectiva de trabajo. (Artículo 5, literal k)  Tampoco constituirá salario en especie los beneficios logrados por los empleados, no cubiertos por el párrafo anterior, de sus empleadores, como consecuencia de acuerdos suscritos con un grupo de empleados o de decisiones empresariales

QUE SE CONSIDERA SALARIO EN ESPECIE	QUE NO SE CONSIDERA ESPECIE
	equitativas, previamente establecidas o acordadas y divulgadas entre los empleados, siempre y cuando a los mismos puedan acceder, participar o concursar no menos del setenta por ciento (70%) de estos empleados; o cuando se trate de beneficios otorgados con el fin de ayudar a empleados de escasos recursos; o cuyos hijos sean discapacitados. (Artículo 5, literal 1)
	Los beneficios otorgados a los empleados en concepto de aportes a planes de pensiones. ( <i>Artículo 5, literal m</i> )
	Los beneficios otorgados en concepto de establecimiento de comedores empresariales y el transporte gratuito de empleados. (Artículo 5, literal n)

Adicionalmente y con fines ilustrativos, de forma que se tenga una visión amplia del tema, nos permitimos incluir el siguiente cuadro donde se aprecian las disposiciones de Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006 emitido por la Caja de Seguro Social para efecto del pago de cuotas sobre la porción de los salarios pagada

en especie y las contenidas en el Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006 emitido por el Ministerio de Economía Finanzas, para efecto del pago del impuesto Sobre la Renta, con algunos comentarios aclaratorios en aquellos temas donde existe diferencia entre la Caja de Seguro Social y el Ministerio de Economía y Finanzas:

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
ARTICULO 1: El Artículo 6 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, faculta a la Caja de Seguro Social a través de su Junta Directiva para dictar sus reglamentos.		
ARTICULO 2: Según lo dispone el artículo 91 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, sin perjuicio de la definición de salario contenida en el Código de Trabajo, se entenderá como salario o sueldo toda remuneración sin excepción en dinero o especie, que reciban los	Artículo 1: Sin perjuicio de la definición de salario contenida en el Código de Trabajo y otras normas, se entenderá como salario en especie, toda remuneración o retribución, ordinaria o extraordinaria, distinta a la moneda de curso legal, que reciban los trabajadores de sus emplea-	Aun cuando la Ley 51 de 2005 establece que la definición de salario contenida en dicha Ley, aplica sólo para el pago de cuotas y "sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de trabajo", se observa que la definición de salario en especie es igual a la definición contenida

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
empleados de sus empleadores como retribución de sus servicios o con ocasión de estos.  ARTÍCULO 3: Por salario en especie se entiende la retribución o remuneración que no sea en dinero que recibe el empleado por parte de su empleador como pago por sus servicios o trabajo, para su consumo personal inmediato o el de su familia, siempre que exista una relación de trabajo.	dores como retribución de sus servicios o con ocasión de estos, para su uso o consumo personal o el de su familia.	en el artículo 144 del Código de Trabajo¹, salvo por la mención de "para su uso o consumo personal o el de su familia", teniendo presente que el Código de Trabajo se limita a indicar que la "especie" debe ser para el uso personal del trabajador, sin incluir a su familia.  Por otro lado la excepción que hace la Ley 51 de: "sin perjuicio de lo dispuesto en el Código de trabajo", aplica sólo para la Caja de Seguro Social, sin perjuicio de quienes se han manifestado en contra de la misma, como vimos en el Titulo I de este documento.
		Lo importante a señalar es que la Ley 51 de la CSS establece en forma clara y expresa esta excepción y el reglamento lo ha desarrollado. Sin embargo, no así el Código Fiscal, por lo que pudiera interpretarse que un Decreto Ejecutivo como en el caso del MEF, no puede disponer esta excepción, por lo que y deberá ceñirse a lo que dispone el Código de Trabajo.
	Artículo 2: Se entiende que hay uso personal del trabajador o de su familia, cuando éste puede disponer de dicho beneficio, retribución o remuneración en actividades ajenas o distintas a las relacionadas con las asignaciones conferidas por el empleador relacionadas con la producción o conservación de la renta gravable del empleador.	Aún cuando la Resolución de JD de la CSS no introduce una definición de que se considera "uso personal", la misma definición que mantiene el Decreto del MEF está implícita en los artículos 1 y 2 de la Resolución de JD de la CSS ya vistos y en el segundo párrafo del Artículo 4, literal c) cuando se habla de vehículos que dice:" "Se entiende que un vehículo es

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Artículo 144. Por salario en especie se entiende únicamente la parte que recibe el trabajador o su familia en alimentos, habitación y vestidos que se destinan a su consumo personal inmediato.

No se computarán como salario en especie los suministros de carácter gratuito que otorgue el empleador al trabajador, los cuales no podrán ser deducidos del salario en dinero.

Para los efectos legales, mientras no se determine en cada caso concreto el valor de la remuneración en especie, se estimará éste como equivalente al 20 por ciento del total del salario que recibe el trabajador. En ningún caso el salario en especie pactado podrá ser mayor del 20 por ciento del salario total.

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
		de uso personal de un empleado cuando éste pueda disponer del mismo fuera de horas de oficina y la naturaleza de sus funciones no exija necesariamente realizar actividades fuera del lugar de trabajo"
	<ul> <li>Artículo 3: Para efectos del cálculo de impuesto sobre la renta sobre los salarios en especie, se tomarán en consideración las siguientes reglas:</li> <li>a. Cuantificar el valor monetario de la especie de que se trate.</li> <li>b. Sumarlo al monto de los otros ingresos con retención en la fuente para el trabajador.</li> <li>c. Aplicarles las deducciones legales a que tiene derecho el trabajador.</li> <li>d. Realizar la retención del impuesto sobre la renta, aplicando la tarifa respectiva y de acuerdo con la clasificación de contribuyente.</li> </ul>	Ciertamente la Resolución de JD de la CSS no establece estos importantes criterios o reglas, sobre el "como" deben calcularse los ingresos considerados salario en especie, lo que representa una diferencia importante. Sin embargo, por analogía son los mismos criterios que utiliza la CSS.
ARTICULO 4: Para efectos de la Caja de Seguro Social se consideran salario en especie, entre otros, los que reciba el empleado del empleador como retribución de sus servicios, bajo los siguientes conceptos:	Artículo 4: Para efectos del cálculo de impuesto sobre la renta se considera salario en especie, y por tanto están sujetos a retención, entre otros:	Básicamente la CSS dice lo mismo que el MEF, ya que el tema de que "los que reciba el empleado del empleador como retribución de sus servicios" de la CSS es cónsono con lo dispuesto en los art. 1 y 2 del Decreto del MEF.
Alimentación. (Artículo 4, literal a)	Pago de alimentos en cualquier concepto. (Artículo 4, literal a)	Los alimentos, inclusive de conformidad a lo dispuesto expresamente en el artículo 144 del Código de Trabajo, constituyen salario.
Vestuario. (Artículo 4, literal b)	Vestuario. (Artículo 4, literal b)	El vestuario, de conformidad a lo dispuesto expresamente en el artículo 144 del Código de Trabajo, constituye salario. Sin embargo, el mismo Código de Trabajo establece algunas excepciones.

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
		Veremos adelante, como estas excepciones, también fueron recogidas tanto por la CSS como por el MEF.
Las sumas aportadas por el empleador para la compra, alquiler o financiamiento sin reembolso de vehículo para uso personal del empleado.  Se entiende que un vehículo es de uso personal de un empleado cuando éste pueda disponer del mismo fuera de horas de oficina y la naturaleza de sus funciones no exija necesariamente realizar actividades fuera del lugar de trabajo. En estos casos se aplicarán las siguientes reglas:  (i) En el caso de que el vehículo sea adquirido en efectivo o por medio de financiamiento por el empleador, a su propio nombre o a nombre del empleado o de su familia, se declararán ingresos mensuales por un monto equivalente al setenta por ciento (70%) de la depreciación del mismo. Para este caso, se deberá considerar como salario en especie, el monto proporcional que resulte después de aplicar la depreciación, según el método de línea recta en un periodo de (5) cinco años.  (ii) Cuando se trate de arrendamiento financiero, con independencia de quien sea el deudor, se declararán ingresos por un monto equivalente al setenta por ciento (70%) del pago mensual realizado por la empresa. En este caso, se deberá considerar como	Vehículos: a. En el caso de que el vehículo sea adquirido de contado por el empleador, a su propio nombre o a nombre del trabajador o de su familia: El setenta por ciento (70%) de la depreciación del mismo. b. En el caso de que el vehículo sea financiado por el empleador, sea que el deudor sea el empleador, o el trabajador o su familia: El setenta por ciento (70%) de la cuota mensual. c. El alquiler de vehículos por parte del empleador, para uso exclusivo y discrecional del trabajador y su familia: El setenta por ciento (70%) del monto del alquiler.d. Mientras el empleador no deduzca suma alguna por el vehículo, el trabajador no está obligado a declarar el ingreso en especie. (Artículo 4, literal d)	El Código de Trabajo no establece expresamente que es salario en especie "el suministro de vehículos;" sin embargo, el razonamiento es que si su uso, constituye una remuneración al servicio prestado y no una herramienta esencial de trabajo, entonces se considera especie. El mismo principio lo manejan la CSS y el MEF, estableciendo que en estos casos el monto del salario en especie se calcula sobre el setenta por ciento (70%) de la depreciación del vehículo. Sin embargo, las diferencias más importantes son:  a. Para la CSS se deberá considerar como salario en especie, el monto proporcional que resulte después de aplicar la depreciación, según el método de línea recta en un periodo de (5) cinco años, el MEF no dice nada al respecto.  b. En el tema de cuando se configura el "uso personal" del vehículo y por lo tanto es salario en especie la CSS establece que siempre y cuando: (i) el empleado pueda disponer del mismo fuera de horas de oficina; y (ii) la naturaleza de sus funciones no exija necesariamente realizar actividades fuera del lugar de trabajo. En el caso del MEF no se hace tal diferenciación en este literal, aunque con base a lo dispuesto en el artículo 2 de su Decreto donde se define

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
salario en especie, el valor de la letra, del arrendamiento. Igualmente, se considerará salario en especie las reparaciones que realice el empleador al vehículo, hasta el setenta por ciento (70%) del costo de los mismos, dentro de los parámetros de este articulo.		que es uso persona dice: "cuando éste puede disponer de dicho beneficio, retribución o remuneración en actividades ajenas o distintas a las rela- cionadas con las asignaciones conferidas por el empleador relacionadas con la producción o conservación de la renta gravable del empleador."
(Artículo 4, literal c)		Sin embargo, no explica que pasa si la naturaleza de las funciones del empleado, no exige necesariamente realizar actividades fuera del lugar de trabajo; entendemos que en estos casos se considera salario en especie.
Igualmente, se considerará salario en especie las reparaciones que realice el empleador al vehículo, hasta el setenta por ciento (70%) del costo de los mismos, dentro de los parámetros de este artículo. (Artículo 4, literal c)	Gastos de mantenimiento y reparación de vehículos. (Artículo 4, literal f)	La CSS establece que se considera especie el pago de las reparaciones, pero no habla de los "mantenimientos", como si lo hace el MEF. La intención de la CSS fue el de cubrir ambas situaciones, en forma similar al MEF, por lo que debe interpretarse para efectos del pago de cuotas a la CSS que tanto las reparaciones como el mantenimiento están incluidas en esta regla del 70%; siempre y cuando por supuesto, el vehículo caiga en la definición de "salario en especie" para la CSS.
Pago del servicio de telefonía celular, por parte del empleador, a favor de los familiares del empleado. (Artículo 4, literal d)	Compra de teléfonos celulares y el pago del servicio de telefonía celular para uso personal y discrecional del trabajador o de su familia. (Artículo 4, literal i)	El Código de Trabajo no menciona expresamente que "el uso de celulares o la compra de estos aparatos" constituya salario en especie, con independencia de que cuando se aprobó el artículo 144 de dicho Código, esta tecnología no estaba disponible.  Sin embargo, el razonamiento es el mismo, si su uso constituye una remuneración al servicio prestado es salario en especie.

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
		Sin embargo, veremos más adelante, que tanto el MEF como la CSS, aunque con diferentes criterios, reconocen que este bien se ha constituido en una herramienta esencial de trabajo y asimilando parte del principio establecido en el artículo 147 <sup>56</sup> del Código de Trabajo, que establece establecen excepciones.
Electricidad, teléfono, agua, y otros servicios básicos de uso residencial del empleado y su familia. ( <i>Artículo 4, literal e</i> )	Pagos de electricidad, teléfono, agua u otros servicios básicos de uso residencial del trabajador y su familia. (Artículo 4, literal h)	El Código de Trabajo no establece expresamente que "el pago de servicios básicos del empleado" se considera salario en especie; sin embargo, siendo que estos pagos son a favor del empleado, sin tener otra razón o justificación; y existiendo como único vinculo entre un empleado y su empleador una relación laboral, se entiende que los mismos son pagados a manera de retribución de sus servicios como salario.
Pagos de obligaciones perso- nales del empleado por tarjetas de crédito u otros medios, sin reembolso. (Artículo 4, literal f)	Pago de obligaciones personales del trabajador o su familia, por cualquier medio. (Artículo 4, literal l)	El razonamiento es igual que en el punto anterior.
Pago de impuestos, tasas o contribuciones personales, directos o indirectos, de cualquier naturaleza del empleado, incluyendo el impuesto de inmueble de su propiedad o de su familia.  (Artículo 4, literal g)	Pago de impuestos, tasas o contribuciones, directas o indirectas, de cualquier naturaleza, del trabajador o su familia. (Artículo 4, literal k)	El razonamiento es igual que en el punto anterior.
Primas de seguros del empleado o de su familia. (Artículo 4, literal h)	Primas o cuotas de seguro del trabajador o de su familia, de cualquier naturaleza, pagadas	El Código de Trabajo no esta- blece expresamente que "el pago de primas o cuotas de

<sup>56</sup> Artículo 147. No constituyen salario las sumas de dinero que de modo ocasional reciba el trabajador del empleador para el desempeño de sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo, y otros semejantes.

Los viáticos no constituyen salario en la parte destinada a proporcionar al trabajador gastos extraordinarios de manutención y alojamiento, ni tampoco en la que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte. Los gastos de representación que se reconozcan al trabajador como asignaciones permanentes constituyen salario.

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
	por el empleador. (Artículo 4, literal g)	seguro a favor del empleado" se considera salario en especie; sin embargo, el razonamiento es que estos seguros, constituyen parte del paquete de remuneración o beneficios que otorga un empleador a favor de sus empleados, por la prestación de sus servicios, por lo que, a manera de regla general, se considera salario. Sin embargo, como veremos adelante, las primas de seguro de vida, salud y planes de pensiones quedan excluidos de este concepto.
Becas, matrículas, colegiaturas, y materiales educativos otorgados directamente al empleado o a sus familiares. (Artículo 4, literal i)	Becas, pagos de matrícula, colegiaturas y materiales educativos del trabajador o sus familiares, que no tengan incidencia en la generación o conservación de la renta. (Artículo 4, literal m)	El Código de Trabajo tampoco establece expresamente que "el pago de matriculas, colegiaturas o material educativo a favor del empleado" se considera salario en especie; sin embargo, el razonamiento es el mismo que en el punto anterior.  Este tipo de pagos, constituyen parte del paquete de remuneración o beneficios que otorga un empleador a favor de sus empleados, por lo que, a manera de regla general, se considera salario.  Sin embargo, como veremos adelante, si estos beneficios, conforme al principio establecido en el artículo 147 del Código de Trabajo son requeridos para el desempeño de las funciones contratadas; u obedecen a planes objetivos a los cuales pueden concursar el 70% o más de los empleados del empleador, entonces no se consideran salario en especie.  Como dijimos anteriormente, la intención de este último caso, es el de favorecer los acuerdos colectivos entre grupos de empleadors.

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
Pago de cuotas o suscripciones a clubes privados. ( <i>Artículo 4, literal j</i> )	Pago de cuotas o suscripciones a clubes privados y publicaciones varias. ( <i>Artículo 4, literal j</i> )	El Decreto del MEF incluye las "publicaciones varias", la CSS no las incluye y no fue la intención entrar a regular este aspecto, por lo cual debe interpretarse que sobre ellas no se pagan cuotas a la CSS.
Combustible, siempre que exceda el 20% del salario y que supere los (B/.250.00) doscientos cincuenta balboas mensuales. En caso de exceder la suma indicada, se considerará la diferencia como salario en especie.  La Junta Directiva revisará periódicamente esta cifra, con el fin de hacer los ajustes correspondientes a la fluctuación de los precios del combustible. (Artículo 4, literal k)	Combustible. (Artículo 4, literal e)	Este es, sin duda alguna, el aspecto donde está la más grande diferencia entre el Decreto Ejecutivo del MEF y la Resolución de JD de la CSS.  Para la CSS la regla general es que los pagos en este concepto, constituyen parte de la remuneración que recibe el empleado, pero reconoce que este rubro, constituye un gasto significativo en las actuales condiciones del país; siempre y cuando el empleado de que se trate, requiera de utilizar su vehículo para el desempeño de sus funciones.  Además, asimila hasta cierto punto lo dispuesto en el artículo 147 del Código de Trabajo en lo que respecta a no considerar las sumas de dinero que pague el empleador a favor del empleado para el desempeño de sus funciones como salario, incluyendo transporte, aunque dicho artículo se refiere a sumas de dinero ocasional, no permanente.  Por ello, la Resolución de JD de la CSS establece que el combustible debe ser considerado salario en especie, siempre que exceda el 20% del salario y supere los (B/.250.00) doscientos cincuenta balboas mensuales. Ambas condiciones, están ligadas la una de la otra, es decir no se pueden aplicar en forma independiente. Primero, que el combustible no supere el 20% del salario en dinero pagado al empleado y

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
		adicionalmente, que ese 20% supere los B/.250.00 mensuales. Esto es cónsono con lo dispuesto en el artículo 144 del Código de Trabajo, que dispone que "en ningún caso el salario en especie pactado podrá ser mayor del 20 por ciento del salario total.  Para el MEF, por el contrario, el 100% de estos pagos son salario en especie, aunque al igual que la CSS como veremos adelante, se establecen algunas excepciones específicas.
Vivienda, siempre que su uso pueda ser extensivo a la familia del empleado, ya sea como arrendatario o beneficiario directo. En aquellos casos en los cuales el empleador sea el propietario de la vivienda, y se le asigne a un empleado para su utilización y de su familia, debe ser considerado como salario en especie, en función del valor de mercado que pudiese tener el alquiler de una vivienda en las mismas condiciones de aquella otorgada por la empresa. También se considera salario en especie las viviendas de recreo de playa o montaña para uso exclusivo de un empleado o su familia. ( <i>Artículo 4, literal 1</i> )	Habitación ó vivienda para uso discrecional y exclusivo del trabajador y su familia, ya sea que la misma esté a nombre del empleador, del trabajador o de su familia, y/o sea la vivienda principal o de recreo: El 100% del monto de la depreciación o del financiamiento y en su defecto, el valor alquiler que marque el mercado. En el caso de que se trate del alquiler de habitación o vivienda: El 100% del monto pagado en concepto de alquiler. (Artículo 4, literal c)	La habitación o vivienda, sin excepción, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 del Código de Trabajo, constituyen salario en especie.  Igual principio recogen la CSS y el MEF; sin embargo, como veremos adelante para el MEF y la CSS hay algunas excepciones.
ARTÍCULO 5: Para los efectos de la Caja de Seguro Social, no se considerará como salario en especie, aquellos que no constituyan retribución o remuneración del empleador a favor del empleado por la prestación de sus servicios, incluyendo, entre otros, los siguientes:	Artículo 5: Para efectos del cálculo de impuesto sobre la renta no constituyen salario en especie, y por tanto no están sujetos a retención, entre otros:	Básicamente la CSS dice lo mismo que el MEF, ya que el tema de que "no constituyan retribución o remuneración del empleador a favor del empleado por la prestación de sus servicios" de la CSS es cónsono con lo dispuesto en los art. 1 y 2 del Decreto del MEF.

#### CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006

#### MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS

#### Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006

#### COMENTARIOS

Los gastos de alimentación que constituyan viáticos, otorgados a efectos de cumplir las funciones para las cuales fue contratado el empleado, así como los vales de alimentación otorgados de conformidad con la legislación vigente. (Artículo 5, literal a)

Alimentos:

- Vales de comida que la legislación no considere como salario.
- b. Comedores empresariales.
- c. Gastos de alimentación requeridos por el trabajador cuando deba trasladarse de su lugar de trabajo para cumplir asignaciones de su empleador, que tengan incidencia en la producción y conservación de las actividades de renta gravable del empleador.

(Artículo 5, literal e)

Como vimos anteriormente, inclusive el Código de Trabajo dispone que los alimentos entregados por el empleador a sus empleados, son salario en especie.

Esta regla general es recogida por la CSS y el MEF, aunque se introducen algunas excepciones:

- a. La CSS introduce como excepción los gastos de alimento que constituyan viáticos (debidamente comprobados), en atención a que la Ley 51 de 2005 dispone expresamente que los viáticos no constituyen salario, lo cual es cónsono con el artículo 147 del Código de Trabajo. MEF hace lo propio, pero sin hablar expresamente de "viáticos", aunque si los define como tales y se refiere a ellos en el artículo 5, literal r) de su Decreto Ejecutivo.
- b. La CSS establece al igual que el MEF, que los vales de alimentación expedidos en virtud de la Ley 53 no son considerados salario en especie.
- c. El MEF habla de los comedores empresariales, que son obligatorios en algunas empresas por disposición del Código de Trabajo<sup>57</sup>, lo cual hace por igual la CSS más adelante en el artículo 5 literal en de la Resolución de JD.

Los uniformes suministrados, en todo o en parte por el empleador, al personal de la empresa o las vestimentas especiales suministradas para el cumplimiento de sus funUniformes de trabajo que sean suministrados por el empleador, en todo o en parte, al personal de la empresa. (Artículo 5, literal d)

Como vimos anteriormente, inclusive el Código de Trabajo dispone que la vestimenta entregada por el empleador a sus empleados, son salario en especie. Esta regla general es

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Ver artículo 100 y numeral 12 del artículo 128 del Código de Trabajo.

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
ciones, de conformidad con lo que al efecto dispone el Código de Trabajo. (Artículo 5, literal b)		recogida por la CSS y el MEF, aunque se introducen algunas excepciones:  La CSS introduce como excepción en primer lugar, a los uniformes suministrados, en todo o en parte por el empleador, al personal de la empresa.  En segundo lugar, la CSS se refiere a las vestimentas especiales suministradas para el cumplimiento de sus funciones, de conformidad con lo que al efecto dispone el Código de Trabajo <sup>58</sup> . Aunque el MEF no índica en este punto expresamente ele tema de las vestimentas especiales, si la incluye como excepción más
Pago del servicio de telefonía celular, para una unidad móvil, por parte del empleador, a favor del empleado. (Artículo 5, literal c)	La compra de un teléfono celular y el pago del servicio de telefonía celular para un celular para uso del trabajador. (Artículo 5, literal c)	adelante en el artículo 5, literal b) de su Decreto Ejecutivo.  Como vimos anteriormente, aunque el Código de Trabajo no menciona expresamente que "el uso de celulares o la compra de estos aparatos" constituye salario en especie, se parte de principio de que si su uso constituye una remuneración al servicio prestado se considera entonces salario en especie.  De igual forma mencionamos que, sin perjuicio de esta regla general, se había reconocido que este bien, era una herramienta esencial de trabajo, asimilando parte del principio establecido en el artículo 147 del Código de Trabajo.  El MEF establece como excepción el pago del servicio de telefonía celular, para una unidad móvil y la compra de dicho equipo. La CSS indica el pago del servicio, pero no dice nada con respecto a su com-

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Ver artículo 134 del Código de Trabajo.

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
		pra. La intención de la CSS fue el de cubrir ambas situaciones, en forma similar al MEF, por lo que debe interpretarse para efectos del pago de cuotas a la CSS que la compra de un equipo y el pago del servicio del mismo, no constituyen salario en especie.
Los pagos realizados con tarjetas de crédito u otros medios, sin reembolso, que corresponda a viáticos según el numeral 37 del artículo 1 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, y/o cualquier otro pago relacionado con el giro normal de las operaciones del empleador. (Artículo 5, literal d)	Reembolsos realizados al trabajador por pagos de obligaciones de la empresa cubiertas por el trabajador, o de viáticos. (Artículo 5, literal r)	Básicamente tanto el MEF como la CSS reconocen en forma casi similar, que los reembolsos de dinero, pagados por el empleador a favor del empleado, por pagos que este haya hecho por su cuenta, de obligaciones de la empresa, incluyendo los viáticos, sin importar el medio (cheques, tarjetas o efectivo) no son considerado un pago en especie.
Las primas de seguros pagadas por pólizas de vida, salud y pensiones. Tampoco se considerarán salario en especie, los pagos de pólizas de responsabilidad civil que cubra al empleado o al vehículo del empleado, siempre que sea necesario para el ejercicio de sus funciones y que en el caso del automóvil, el mismo no sea considerado salario en especie, de conformidad con lo dispuesto en este reglamento. (Artículo 5, literal e)	Las primas de seguros pagadas por pólizas de vida, salud y pensiones. Los pagos de pólizas de responsabilidad civil que cubra al trabajador o al vehículo del trabajador, siempre que dicho vehículo sea necesario para el ejercicio de las funciones del trabajador y que por lo tanto, el vehículo no sea considerado salario en especie, de conformidad con lo dispuesto en este reglamento. (Artículo 5, literales m y n)	Como vimos anteriormente, aunque el Código de Trabajo no menciona expresamente que "el pago de primas o cuotas de seguro a favor del empleado" constituye salario en especie, se parte de principio de que estos seguros, constituyen parte del paquete de remuneración o beneficios que otorga un empleador a favor de sus empleados, por la prestación de sus servicios, por lo que, a manera de regla general, se considera salario. De igual forma mencionamos que, tanto el MEF como la CSS habían contemplado excepciones similares a esta regla general, a saber:  a. Las primas de seguros pagadas por pólizas de vida a favor del empleado.  b. Las primas de seguros pagadas por pólizas de salud a favor del empleado. En este caso bajo el reco-

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
		nociendo conjunto del MEF y la CSS que incentivar este tipo de remuneración era una forma que permitía contribuir a descargar el sistema público.  c. Los aportes por parte del empleador a favor del empleado para planes de pensiones privado, que además reitera tanto el MEF como la CSS en un literal aparte más adelante.  d. Finalmente las pólizas de responsabilidad civil que cubra al empleado o al vehículo del empleado, siempre que sea necesario para el ejercicio de sus funciones y que en el caso del automóvil, el mismo no sea considerado salario en especie.
Las becas, matrículas, colegiaturas, y materiales educativos otorgados a los familiares del empleado en virtud de convenciones colectivas de trabajo; y los otorgados a empleados, no cubiertos por convención, como consecuencia de acuerdos suscritos con un grupo de empleados o de decisiones empresariales equitativas, previamente establecidas o acordadas y divulgadas entre los empleados, siempre y cuando a los mismos puedan acceder, participar o concursar no menos del setenta por ciento (70%) de estos empleados; o cuando se trate de becas c1on la finalidad de reconocer los meritos académicos de los hijos de los empleados; o se trate de ayuda a empleados de escasos recursos; o cuyos hijos sean discapacitados. (Artículo 5, literal f)	Las becas, matrículas, colegiaturas, y materiales educativos otorgados a los familiares del trabajador, en virtud de planes o políticas equitativas y no discriminatorias, a los que puedan acceder, participar y concursar no menos del setenta por ciento (70%) de los trabajadores de la empresa; o cuando se trate de becas con la finalidad de reconocer los meritos académicos de los hijos de los trabajadores; o se trate de ayuda a trabajadores de escasos recursos, o cuyos hijos sean discapacitados. (Artículo 5, literal k)	Ya vimos que aunque el Código de Trabajo no menciona expresamente que "el pago de matriculas, colegiaturas o material educativo a favor de los familiares del empleado" constituye salario en especie, se parte de principio de que los mismos están destinados a beneficiar a los familiares del empleado, como parte del paquete de remuneración que otorga un empleador a favor de sus empleados, por la prestación de sus servicios, por lo que, a manera de regla general, se considera salario. Sin embargo, tanto la CSS como el MEF introducen excepciones que atienden a favorecer acuerdos colectivos entre grupos de empleadores de un mismo empleador. Así las cosas las excepciones que introducen tanto la CSS como el MEF se refieren a las becas,

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
		matrículas, colegiaturas, y materiales educativos otorga- dos a los familiares del em- pleado en virtud de:
		<ul> <li>a. Convenciones colectivas de trabajo;</li> <li>b. Los otorgados a empleados, no cubiertos por convención, como consecuencia de acuerdos suscritos con un grupo de empleados o de decisiones empresariales equitativas, previamente establecidas o acordadas y divulgadas entre los empleados; y siempre y cuando a los mismos puedan acceder, participar o concursar no menos del setenta por ciento (70%) de estos empleados;</li> <li>c. Cuando se trate de becas con la finalidad de reconocer los meritos académicos de los hijos de los empleados;</li> <li>d. Cuando se trate de ayuda a empleados de escasos recursos;</li> <li>e. Cuando se trate de ayuda de empleados o cuyos hijos sean discapacitados.</li> </ul>
De igual forma no se considera salario en especie, las becas, matrículas, colegiaturas, y materiales educativos otorgados directamente a los empleados, que tengan incidencia directa con la labor que desempeña el empleado o en la generación o conservación de la renta del empleador. Tampoco constituirá salario en especie si la naturaleza de la beca corresponde a la implementación de programas de entrenamiento para el mejoramiento y superación del recurso humano que labora para	De igual forma no se considera salario en especie, las becas, matrículas, colegiaturas, y materiales educativos otorgados directamente a los trabajadores que tengan incidencia directa con la labor que desempeña el trabajador o en la generación o conservación de la renta del empleador. Tampoco constituirá salario en especie si la naturaleza de la beca corresponde a la implementación de programas de entrenamiento para el mejoramiento y superación del recurso humano que labora para	Siguiendo el razonamiento anterior, la misma regla aplica para "el pago de matriculas, colegiaturas o material educativo proporcionada a favor del empleador propiamente tal y no de sus familiares. En estos casos, al igual que en el caso anterior, tanto la CSS como el MEF introducen excepciones que tienden a (i) reconocer que pueden ser requeridos para el desempeño de las funciones contratadas, conforme a lo indicado en el artículo 147 del Código de Trabajo y (ii) favorecer acuerdos colectivos entre

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
dicho empleador. (Artículo 5, literal g)	dicho empleador. (Artículo 5, literal l)	grupos de empleadores de un mismo empleador.  Las excepciones que introducen tanto la CSS como el MEF se refieren a las becas, matrículas, colegiaturas, y materiales educativos otorgados directamente a los empleados, que:  a. Tengan incidencia directa con la labor que desempeña el empleado o en la generación o conservación de la renta del empleador.  b. Si la naturaleza de la beca corresponde a la implementación de programas de entrenamiento para el mejoramiento y superación del recurso humano que labora para dicho empleador.
	El uso de vehículos de propiedad del empleador, dentro de horas de oficina. (Artículo 5, literal q)	La CSS no incluye esta excepción en forma expresa, aunque está tácita en el artículo 4, literal c), párrafo segundo, cuando se entiende que no es especie el uso de vehículos, si el empleado no puede disponer del mismo fuera de horas de oficina.
	En el caso de que el vehículo sea un requisito para la contratación del trabajador, el pago del mantenimiento del mismo. (Artículo 5, literal p)	Como mencionamos antes, la CSS no hace la distinción expresa que hace el MEF, pero entiende que esto incluye mantenimiento y reparaciones.
Pago de cuotas y suscripciones de asociaciones empresariales y gremiales que se relacionen con el giro de las actividades de la empresa o las funciones del empleado. (Artículo 5, literal h)	Las cuotas de membresía a gremios relacionados con las actividades que realiza el trabajador dentro de la empresa. (Artículo 5, literal f)	Para la CSS y el MEF, aunque dicho de distinta manera, el pago del empleador, a favor del empleado de cuotas y suscripciones de asociaciones empresariales y gremiales (inclusive aunque no lo indique expresamente de tipo educativo) y que se relacionen con el giro de las actividades de la empresa o las funciones del empleado no se consideran salario en especie.

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
Las sumas de dinero entregadas a empleados tales como conductores, vendedores de ruta, pasantes, y mensajeros, entre otros, para transporte o compra de combustible, siempre que la labor que realizan, incluya el trasladarse de su lugar habitual de trabajo.  Tampoco se considerará salario en especie los pagos realizados por el empleador en concepto de reembolsos de combustible o la compra directa de combustible a un proveedor. (Artículo 5, literal i)	Sumas de dinero entregadas a trabajadores tales como conductores, vendedores de ruta, pasantes, y mensajeros para transporte o compra de combustible. (Artículo 5, literal o)	Esta excepción similar entre el MEF y la CSS, aunque dicho en forma distinta, se introduce en respeto de los dispuesto por el artículo 147 del Código de Trabajo, aunque dicho artículo se refiere a sumas de dinero ocasional, no permanente.
Las viviendas otorgadas en virtud de lo exigido por las leyes laborales y el Código de Trabajo, así como aquellas otorgadas para actividades agropecuarias y las viviendas que constituyen casas de recreo de playa o montaña de uso colectivo entre los empleados de la empresa. (Artículo 5, literal j)	Viviendas de uso colectivo por el personal de la empresa. (Artículo 5, literal s)	Aunque las viviendas proporcionadas por el empleador a favor del empleado, son consideradas salario en especie, inclusive por el Código de Trabajo, tanto el MEF como la CSS reconocen algunas excepciones. La CSS establece que no son consideradas salario en especie:  a. Las viviendas otorgadas en virtud de lo exigido por las leyes laborales y el Código de Trabajo, siendo principalmente aquellas otorgadas para actividades agropecuarias <sup>59</sup> ; y  b. Las viviendas que constituyen casas de recreo de playa o montaña de uso colectivo entre los empleados de la empresa, con la intención, como hemos visto antes, de promover beneficios colectivos.  Para el MEF no constituyen salario en especie, las viviendas de uso colectivo por el personal de la empresa, sin embargo no exceptúa las otorgadas en virtud de lo exigido

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Ver literal b, numeral 3 del artículo 235 del Código de Trabajo.

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
		por las leyes laborales y el Código de Trabajo para activi- dades agropecuarias, por lo que entendemos, en este últi- mo caso, si se consideran salario en especie, por lo que habrá que hacer las deduccio- nes de impuestos correspon- diente, aunque no de cuotas a la Caja de Seguro Social.
Los beneficios negociados por las organizaciones sindicales, producto de una convención colectiva de trabajo."(Artículo 5, literal k)	Los beneficios otorgados a los trabajadores a través de convenciones o negociaciones colectivas, o los otorgados a la colectividad de los trabajadores, aún sin que medie formalización de los mismos. (Artículo 5, literal a)	Tanto para el MEF como para la CSS, no constituyen salario en especie:  a. Los beneficios en especie, distintos al dinero, negociados por las organizaciones sindicales, producto de una convención colectiva de trabajo;  b. Los otorgados a la colectividad de los trabajadores, aún sin que medie formalización de una convención.  La diferencia es que la CSS en su artículo 5, literal m), indica que en el caso de estos acuerdos distintos a una convención, a los mismos deben poder acceder, participar o concursar no menos del setenta por ciento (70%) de estos empleados. Sin perjuicio de lo anterior, establece que esta regla del 70% no aplica si se trata de beneficios dirigidos a asistir a empleados de escasos recursos o cuyos hijos sean discapacitados. Aunque el MEF no los indica en la forma expresa que la CSS, debemos entender que siendo la intención de ambas instituciones homologar sus conceptos y tomando en cuanta que ya el MEF recogió este principio de la colectividad en el artículo 5, literal k) de su Decreto Ejecutivo, este principio del 70% debe aplicarse por analogía.

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
Tampoco constituirá salario en especie los beneficios logrados por los empleados, no cubiertos por el párrafo anterior, de sus empleadores, como consecuencia de acuerdos suscritos con un grupo de empleados o de decisiones empresariales equitativas, previamente establecidas o acordadas y divulgadas entre los empleados, siempre y cuando a los mismos puedan acceder, participar o concursar no menos del setenta por ciento (70%) de estos empleados; o cuando se trate de beneficios otorgados con el fin de ayudar a empleados de escasos recursos; o cuyos hijos sean discapacitados. (Artículo 5, literal 1)		Igual que el anterior
Los beneficios otorgados a los empleados en concepto de aportes a planes de pensiones. (Artículo 5, literal m)	Aportes a fondos de pensiones y jubilaciones. ( <i>Artículo 5, literal h</i> )	Como vimos anteriormente, tanto el MEF como la CSS decidieron reiterar expresa- mente en un acápite diferente, la excepción de los aportes hechos por el empleador a favor del empleado a planes de pensiones.
	Entrega de acciones o establecimiento de planes de acciones ("stock option plan"). (Artículo 5, literal i)	Aún cuando la CSS no excepciona en forma expresa los planes de acciones o "stock option plan", como si lo hace el MEF, el espíritu de la Resolución No. 38492-2006 no era gravar este tipo de especie, tal como consta en las actas de discusión de la Comisión de Junta Directiva.La similitud entre ambas normas (MEF y CSS) buscaba precisamente una homologación de estas disposiciones, por lo que debe interpretarse que la entrega de acciones u opciones de compra de acciones (stock option plans) no se consideran salario en especie y por lo tanto no

CAJA DE SEGURO SOCIAL Resolución No.38,492-2006-JD del 22 de febrero de 2006	MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Decreto Ejecutivo No. 9 de 23 de febrero de 2006	COMENTARIOS
		está sujeto a las retenciones establecidas en la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005.
Los beneficios otorgados en concepto de establecimiento de comedores empresariales y el transporte gratuito de empleados. (Artículo 5, literal n)	Transporte gratuito de empleados. ( <i>Artículo 5, literal g</i> )	Ya nos referimos anteriormente a estas dos excepciones.
No lo prevé, pues la Ley 51 ya lo exime	Viáticos. (Artículo 5, literal j)	Aún cuando la CSS no lo indica en forma expresa en el Reglamento, ya el artículo 91 de la Ley 51 excluye a los viáticos de la definición de salario.
	Todos aquellos beneficios otorgados a los trabajadores en virtud de lo establecido como obligaciones del empleador en el Código de Trabajo. (Artículo 5, literal b)	La CSS no lo indica en forma expresa como si lo hace el MEF, como ya lo mencionamos arriba.

### Sección IV. Registro Laboral Obligatorio (Artículo 89)

El artículo 89 de la Ley 51 de 2005 recoge lo dispuesto en el subrogado artículo 66 del Decreto Ley 14 de 1954, en el sentido de que todo empleador debe comprobar ante la Caja de Seguro Social los siguientes datos de sus empleados, los que deberán constar en sus registros: nombre, cédula, pasaporte si es extranjero, tiempo laborado, los periodos que regulan el pago del sueldo, los sueldos devengados.

Ciertamente la norma busca poder acceder con prontitud la información esencial que le permita a la Caja de Seguro Social identificar adecuadamente a los empleados de un empleador. Nótese que a diferencia de lo dispuesto en el artículo 66 del subrogado Decreto Ley 14 de 1954, la Ley 51 de 2005 introduce el tema del número de pasaporte, si el empleado es extranjero, cónsono con lo visto en el artículo 78 de la Ley 51 anteriormente comentado.

## Sección V. Notificación del Cese de Operaciones (Artículo 88)

Como vimos anteriormente en el Capítulo I de este Título, la Caja de Seguro Social, como consecuencia de la utilización del sistema de planillas, factura de oficio, es decir emite la planilla con los cambios anunciados por el empleador en el mes anterior para el mes siguiente y si no se reportan nuevos cambios, los sigue facturando oficiosamente hasta tanto el empleador anuncie nuevos cambios o indique el cese de operaciones.

El Decreto Ley 14 de 1954 no establecía en forma expresa la obligación de los empleadores de anunciar con tiempo a la Caja de Seguro Social cuando se daban los ceses temporales o definitivos de operaciones, por lo que era muy común que la Caja de Seguro Social siguiera emitiendo su facturación de oficio, acrecentando su registro de cuotas morsas, cuando la empresa ya había cesado operaciones, sin comunicárselo a la Institución.

La Ley 51 de 2005 establece en su artículo 88 la obligación de todo empleador de notificarle por escrito a la Caja de Seguro Social todo cese de operaciones, ya sea temporal o definitivo, antes o hasta por un plazo de treinta días calendario siguientes a la fecha efectiva de dicho cese, con el fin, mientras exista el sistema de planillas preelaboradas, de tener de antemano la información relativa a los ceses de operaciones, evitando no sólo la facturación de oficio con el consecuente aumento automático del registro de cuotas morosas, sino de las gestiones administrativas que conllevan tiempo y recursos posteriores, para corregir tales registros.

#### Sección VI. Intermediarios (Artículo 94)

El parágrafo 3 del artículo 61 del subrogado Decreto Ley 14 de 1954 ya establecía que cuando el trabajo o el servicio se ejecutaba bajo la dependencia inmediata de un contratista o sus intermediarios, ambos debían responder solidariamente del cumplimiento de las obligaciones que por Ley se establecían para los empleadores.

Dicho parágrafo, introducido por el artículo 7 del Decreto Ley 40 de 29 de septiembre de 1966<sup>60</sup>, posteriormente modificado por el Decreto de Gabinete 167 de 12 de junio de 1969<sup>61</sup>, tenía como fin prevenir la simulación por parte de los empleadores, que utilizaban distintas personas a manera de sub-contratistas, con el fin de evadir el pago de sus obligaciones para con la Caja de Seguro Social.

La norma indicada, se basaba además en lo dispuesto en lo que hoy en día son los artículos 89 y 90 del Código de Trabajo que definen la intermediación y establecen los parámetros dentro de los cuales opera esta figura, estableciendo como consecuencia la solidaridad entre empleadores.

Ciertamente, el artículo de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social no desarrollaba el tema y sólo lo enunciaba, siendo el Código de Trabajo entonces, la norma supletoria utilizada para interpretar su alcance.

Siendo esto así la Ley 51 de 2005 viene a desarrollar el alcance de la figura de "intermediarios" y cuando se considera que hay responsabilidad solidaria, en desarrollo, precisamente de lo dispuesto en el Código de Trabajo.

En este sentido, el artículo 89 del Código de Trabajo, señala que hay responsabilidad solidaria de un intermediario (contratistas, subcontratistas y demás empresas establecidas que contraten los servicios de trabajadores para la ejecución de trabajos, en beneficio directo de terceros), cuando el trabajo o servicio realizado, sea inherente, relacionados o conexo con el giro de las actividades del beneficiario, aun cuando el subcontrato fuere expresamente prohibido en el negocio jurídico celebrado entre beneficiario y contratista.<sup>62</sup>

Luego el artículo 90 indica que tratándose de empresas que ejecuten trabajos de manera exclusiva o principal para el beneficio de otra empresa "...ésta y no aquélla será reputada como empleador de todos los trabajadores que presten servicios a la primera, pero ambas será solidariamente responsables por todas las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores".63

Finalmente el artículo 91 del Código de Trabajo señala:

"Artículo 91. Se considerará también como empleador a la persona que de modo periódico venda o en cualquier forma entregue artículos, materiales, efectos, o cualquier clase de bienes, a una persona natural carente de organización propia,

<sup>60</sup> Supra nota 31.

<sup>61</sup> Gaceta Oficial 16,386 de 19 de junio de 1969.

<sup>62</sup> Código de Trabajo, artículo 89

<sup>63</sup> Código de Trabajo, artículo 90

encargándose esta última de revenderlos o distribuirlos, siempre que la reventa o distribución se realice conforme a determinadas rutas, horario, normas o dirección, o que se derive de dicha actividad el medio principal de sostenimiento."64

En desarrollo de lo anterior, entonces, el artículo 94 de la Ley 51 del 27 de diciembre de 2005 establece que cuando un trabajador ejecute o preste un servicio bajo la dependencia inmediata de un contratista, subcontratista o algún intermediario de cualquier clase, todos responderán solidariamente por el cumplimiento de las obligaciones que la Ley establece para los empleadores, en los siguientes casos:

 Cuando se trate de trabajos u obras prestados por contratistas, subcontratistas o intermediarios que estén íntimamente relacionados con el giro de las actividades económicas de quien los contrata; no cuenten con capital, dirección u otros elementos propios y dependan económicamente de quien los contrata.

Es decir, respetando lo establecido en el Código de Trabajo, que el intermediario (i) realice una labor esencial para el contratista, no cuente con recursos propios para la realización total de sus actividades, y (iii) no le preste servicios a ningún otro contratista

2. Cuando los contratistas, subcontratistas o intermediarios sean una subsidiaria de quien los contrata o financieramente dependan de ésta.

Es decir que la relación entre contratista y subcontratista, obedece a que ambos pertenecen a un mismo grupo económico.

En este sentido, para efectos de la Caja de Seguro Social, se entiende por trabajos u obras prestadas por contratistas, subcontratistas o intermediarios que estén íntimamente relacionados con el giro de actividades económicas de quien los contrata, aquellas que su realización sean esenciales para el funcionamiento de las actividades del contratante, y que sin ellas el producto final no podría obtenerse.

Como se observa entonces, la intención es que la Caja de Seguro Social, a través de sus Inspectores o Auditores, investigue aquellos casos en que se detecte la ejecución de trabajos o servicios a través de contratistas, subcontratistas o intermediarios bajo los parámetros establecidos en el artículo 94, a fin de evitar la evasión en el pago de cuotas.

## Sección VII. Sustitución del empleador (Artículos 95 y 96)

El Decreto Ley 9 de 1 de agosto de 1962<sup>65</sup> introdujo en el subrogado Decreto Ley 14 de 1954 el artículo 61-A que tipificaba la figura de la sustitución patronal, con base, al igual que en el caso de los intermediarios, a lo establecido en lo que hoy es el artículo 14 del Código de Trabajo.

Lo dispuesto en el subrogado Decreto Ley 14 de 1954, no es muy distinto de lo señalado por la Ley 51 de 2005, salvo por dos aspectos puntuales.

En primer lugar, el artículo 95 de la Ley 51 de 2005 señala que hay sustitución del empleador, en el caso de que otro empleador adquiera todos o la mayor parte de los bienes del anterior empleador requeridos para la explotación comercial de éste. Hasta aquí es igual a lo dispuesto en el subrogado artículo 61-A del Decreto Ley 14; luego agrega

"...y concurran otros elementos, tales como la realización de actividades económicas iguales o similares a las del anterior empleador, personal, organización y ubicación, entre otros componentes, que

<sup>64</sup> Código de Trabajo, artículo 91

<sup>65</sup> Supra nota 16.

en general indiquen la configuración de la sustitución patronal."

Es decir que ya no sólo se requiere que el empleador sustituto adquiera todos o la mayor parte (51%) de los bienes del empleador sustituido, sino que además se requiere comprobar otros elementos como lo son la realización de actividades económicas iguales o similares, o la utilización de personal, organización y ubicación iguales. Téngase presente que para efectos de la Caja de Seguro Social, por "bienes del anterior empleador" se entienden todos los activos tangibles o intangibles que eran requeridos para la explotación comercial de aquel, incluyendo entre otros: contratos de concesión, cartera de productos o servicios, entre otras.

Esta nueva aclaración tiene como fin prevenir los abusos, pues no necesariamente el haber adquirido la mayor parte de los bienes o activos de otra empresa, convierte al adquiriente en forma automática en sustituto de aquella, como en el pasado pudo interpretarse, sobre todo cuando la actividad que realiza quien adquiere estos bienes o activos, no desarrolla un negocio, si quiera similar a la del antiguo dueño de esos bienes; o utiliza el mismo local, o a los mismos empleados.

Con base a lo anterior para la Caja de Seguro Social se entiende que el empleador sustituto desea continuar la explotación comercial del sustituido, cuando el ánimo de continuar dicha operación se vea reflejado en una serie de presupuestos, tales como:

- a. Que todo o la mayoría del personal que preste el servicio a favor del nuevo empleador haya formado parte del personal al servicio del empleador sustituido.
- b. Que el domicilio del nuevo empleador este ubicado en el lugar donde operaba el empleador sustituido.

- c. Que la organización administrativa y operativa sea igual o similar a la del empleador sustituido.
- d. Que el giro de la actividad económica sea igual o similar a la del empleador sustituido.

Por ello, frente a estos presupuestos, la Caja de Seguro Social presumirá la intención del empleador sustituto de continuar la explotación comercial del anterior empleador.

Otro aspecto importante a tener presente es que para la Caja de Seguro Social existe sustitución cuando se de una fusión, una adquisición, compra o cualquier otra circunstancia que modifique la inscripción del sustituido como tal ante la Institución; es decir, consecuente con lo explicado arriba, la compra *per se* de todos o la mayor parte de los bienes o activos de un empleador no constituye una sustitución por sí misma, sino cuando, como consecuencia de la misma, se modifica la inscripción del empleador sustituido.

En segundo lugar, el artículo 95 señala que en estos casos de sustitución comprobada, el empleador sustituido será solidariamente responsable con el nuevo empleador, de las obligaciones para con la Caja de Seguro Social nacidas antes de la fecha de tal sustitución y hasta por el término de un año, contado a partir de la notificación de dicha sustitución. El subrogado artículo 61-A del Decreto Ley 14 de 1954 establecía que en estos casos la solidaridad subsistía sólo por un período de 6 meses contados desde su aviso a la Institución, pero no indicaba que sucedía si no se comunicaba tal sustitución.

En tercer lugar, la Ley 51 de 2005 introduce en forma expresa en su artículo 96 que toda sustitución de empleadores, debe notificarse formalmente por escrito a la Caja de Seguro Social, dentro de los 30 días calendario siguientes a la fecha efectiva de tal sustitución, en virtud de una fusión, adquisición, compra o cualquier

otra circunstancia que modifique su inscripción como tal ante la Institución.

Finaliza señalando el artículo 96 que la inexistencia de la notificación mantendrá la responsabilidad solidaria de los empleadores hasta tanto se haga la notificación correspondiente, sin perjuicio de las sanciones administrativas establecidas en la Ley 51 y que veremos en el Título IV de este documento.

Esta notificación, que como vimos no estaba expresamente contenida en el subrogado Decreto Ley 14 de 1954, deberá hacerse formalmente por escrito ante la Dirección Nacional de Ingresos o a la Agencia Administrativa de la Caja de Seguro Social que corresponda, dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes a la fecha de la sustitución, anexando la documentación que compruebe tales hechos.

La omisión de notificar a la Caja de Seguro Social la sustitución correspondiente, tendrá como efecto la responsabilidad solidaria de pagar la morosidad que haya dejado el empleador sustituido, hasta tanto se haga la notificación correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente.

### CAPÍTULO II.

## Obligaciones de los Trabajadores por Cuenta Propia o Independientes.

Nos toca ahora desarrollar el tema de las obligaciones de los trabajadores por cuenta propia o independientes, es decir quienes realizan "servicios profesionales", y que reciben como retribución de sus servicios, ya sea de un particular o del Estado, honorarios, sin que exista una relación laboral con quien los contrata.

Vimos en el Título II de este documento, que los trabajadores por cuenta propia o trabajadores independientes se clasifican en: (i) contribuyentes, que son los que reciben como retribución por sus servicios profesionales, honorarios, por una suma superior a los nueve mil seiscientos balboas (B/.9,600.00) anuales, y (ii) no contribuyentes o informales, que son los que reciben como retribución por sus servicios profesionales, honorarios, por una suma inferior a los nueve mil seiscientos balboas (B/.9,600.00) anuales.

Luego, vimos que no todos los trabajadores por cuenta propia o independientes están obligados a participar en forma inmediata, sino sólo los denominados independientes contribuyentes; y dentro de ellos, sólo aquellos que no haya superado al 1 de enero de 2007 los 35 años de edad.

Consecuente con lo anterior, vimos que en el caso de estos trabajadores por cuenta propia o independientes; y tomando en cuenta de que sus servicios son brindados sin que exista una relación laboral, las siguientes obligaciones recaen en la figura de este independiente: (i) afiliarse a sí mismo, estando obligado, al régimen de la Caja de Seguro Social; y (ii) pagar por su cuenta las cuotas correspondientes al riesgo de invalidez, vejez y muerte, sobre la base de cotización establecida en la Ley, de sus honorarios brutos anuales devengados en virtud de la prestación de servicios profesionales.

## Sección I. Inscripción y afiliación (Artículos 82)

Como vimos en el Título II de este documento, uno de los principales cambios introducidos por la Ley 51 de 2005, es la de incorporar obligatoriamente a los independientes al régimen de la Caja de Seguro Social, bajo las normas y condiciones ya explicados.

El artículo 82 de la Ley 51 de 2005 dispone, que el trabajador independiente contribuyente (que al 1 de enero de 2007 no haya superado los treinta y cinco años de edad y reciba ingresos superiores a los B/.9,600.00 anuales), deberá en un término no mayor de 6 meses posteriores a la fecha de entrega y pago de su declaración anual

de rentas, proceder personalmente a afiliarse ante la Institución, indicando correctamente todos los datos que esta entidad exija.

Siendo que la obligatoriedad de los independientes nace a partir del 1 de enero del 2007 y que el pago de sus cuotas las harán en el mes de marzo del 2008 con su declaración anual de rentas correspondiente al año 2007, el plazo máximo para su afiliación con base a lo indicado en esta norma será el 30 de agosto del 2008.

Un aspecto importante a mencionar con respecto a este tema es que el trabajador independiente que alguna vez cotizó como asalariado, o que actualmente cotiza como tal a la Caja de Seguro Social como asalariado; no tendrá esta obligación, pues en la Institución ya existe un registro de afiliación de esa persona. Es decir, que este deber recae en el independiente exclusivo que nunca ha cotizado antes.

## Sección II. Obligación de pagar cuotas (Artículo 83)

El artículo 83 de la Ley 51 de 2005 parte por establecer la obligación de los trabajadores por cuenta propia o independientes de pagar por su cuenta las cuotas que estos deban satisfacer de conformidad con lo dispuesto en la Ley.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 51 de 2005 que establece todos los recursos que sirven a la Caja de Seguro Social, todo trabajador por cuenta propia o independiente, siempre que el mismo esté obligado (tenga menos de 35 años al 1 de enero del 2007 e ingresos superiores a los B/.9,600.00 anuales), deberá pagar por sí mismo una cuota equivalente a:

- a. Desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2007, nueve punto cinco por ciento (9.5%) de sus honorarios anuales considerados para su base de cotización.
- b. Del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2010, once por ciento

- (11%) de sus honorarios anuales considerados para su base de cotización.
- c. Del 1 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012, doce punto cincuenta por ciento (12.50%) de sus honorarios anuales considerados para su base de cotización.
- d. A partir del 1 de enero de 2013, trece punto cincuenta por ciento (13.50%) de sus honorarios anuales considerados para su base de cotización.

Su base de cotización de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley 51 de 2005 son la totalidad de sus honorarios brutos anuales, deduciéndole el cuarenta y ocho por ciento (48%) de estos honorarios; es decir que la base sobre la cual deberá pagar la cuota correspondiente es el ciencuenta y dos por ciento (52%) de sus honorarios brutos anuales.

A continuación incluimos una tabla que establece el porcentaje de cuota que paga el trabajador independiente:

	2007	2008	2011	2013
Independiente	9.5	11.00	12.50	13.50

Ahora bien, con respecto a esta obligación de pagar cuotas por su cuenta, surgen algunas explicaciones adicionales importantes.

En primer lugar y sin pretender entrar a realizar una explicación de cómo funciona la Caja de Seguro Social, es necesario mencionar que de la totalidad de la cuota que pagan los empleados y empleadores, una porción de la misma va a costear, ya sea el riesgo de invalidez, vejez y muerte o el riesgo de enfermedad y maternidad. Ambos riesgos se financian, fondean y administran en forma separada el uno del otro. Es decir que del total de la cuota que un empleado paga, una parte de ese total financia el régimen de invalidez, vejez y muerte y la otra parte financia el régimen de enfermedad y maternidad.

La Ley 51 establece en su artículo 83 que los independientes contribuyentes obligados, que como vimos son los que tienen menos de 35 años al 1 de enero del 2007 y reciban honorarios superiores a los B/.9,600.00 anuales, sólo cotizarán para el régimen de invalidez vejez y muerte, es decir, que sólo pagaran la proporción de la cuota que cubre el riesgo de invalidez por enfermedad no profesional, el riesgo de retiro por vejez y el riesgo de muerte muerte; y no los riesgos de enfermedad y maternidad o los riesgos profesionales.

Esto se incluyó de esta forma en la Ley 51 de 2005, pues hacer pagar al independiente la totalidad de la cuota de invalidez, vejez y muerte y la de enfermedad y maternidad hubiera sido muy oneroso, tomando en cuenta que ya de por sí, al incluir a los independientes, se les está obligando a pagar por su cuenta la cuota, sin un empleador con quien compartirla.

En el caso de las contingencias de enfermedad y maternidad, será opción del trabajador independiente incorporarse voluntariamente a este riesgo, pagando voluntariamente, si así lo desea, en forma adicional, la cuota que lo cubra de estos riesgos.

Es decir que la Ley 51 de 2005 incorpora en forma obligatoria a los independientes que cumplan con las condiciones de edad e ingresos señaladas, pero sólo para el régimen de invalidez, vejez y muerte, los demás riesgos son voluntarios,

En segundo lugar el artículo 83 señala que dentro del riesgo de invalidez, vejez y muerte, los trabajadores por cuenta propia o independientes, haciendo una excepción a la regla general, sólo participarán en el componente de Ahorro Personal del Subsistema Mixto<sup>66</sup> al cual nos hemos referido anteriormente ya que la Ley 51 de 2005 introdujo como novedad al régimen de

invalidez, vejez y muerte, un segundo pilar mixto, con un componente de beneficio definido o de reparto y un componente de ahorro personal o de cuenta individual.

En tercer lugar, el artículo 83 establece que la cuota correspondiente, a ser pagada por los trabajadores independientes, debe ser incluida en su declaración anual de rentas, teniendo el Ministerio de Economía y Finanzas la obligación de remitirle a la Caja de Seguro Social las sumas así recaudadas.

Siendo que esta es una disposición que deberá ser ejecutada a principios del año 2008 y siendo que la Ley 51 de 2005 establece un sin número de disposiciones que requieren de una atención más inmediata, a la fecha, la Caja de Seguro Social no ha establecido junto con el Ministerio de Economía y Finanzas la forma en la cual operará esta retención, sin embargo, la misma debe estar debidamente divulgada al menos antes del 1 de enero del 2008.

### Sección III. Honorarios

En cuarto y último lugar resulta necesario referirse al concepto de honorarios sobre el cual nace la obligación de los independientes contribuyentes de pagar sus cuotas al riesgo de invalidez, vejez y muerte de la Caja de Seguro Social.

El artículo 1, numeral 13 de la Ley 51 de 2005 define por honorario el: "ingreso en dinero, especie o valores que recibe un trabajador independiente contribuyente y no contribuyente o informal, de una persona natural o jurídica, de derecho público o privado, como retribución de sus servicios personales o con ocasión de estos, sin que exista una relación laboral entre quien realiza y recibe el servicio, incluyendo las comisiones, las dietas y las bonificaciones."

En este sentido se observa claramente que la definición de honorarios, establece que los mismos son consecuencia de la prestación de un servicio profesional sin

<sup>66</sup> Ver Artículo 152, numeral 2 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005.

que exista una relación de trabajo, pero incluyen en forma expresa tres conceptos que en principio constituyen salario con base a lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley 51 de 2005 ya visto, y no un honorario per se, pero que constituyen en la práctica y con base a la experiencia de la Caja de Seguro Social, como pagos que puede recibir un independiente como retribución por los servicios profesionales prestados, sin que exista una relación laboral, a saber:

- a. Las comisiones, que como vimos, constituyen todo porcentaje o suma establecida del precio de venta de un producto o de los honorarios de un servicio, que se paga sobre la venta del producto o de los honorarios de un negocio.
- b. Las dietas que como vimos vienen definidas en la Ley 51 de 2005 en su artículo 1, numeral 10 como todo estipendio que se paga a miembros de juntas directivas u otros organismos colegiados, por su asistencia a las reuniones de estos; y
- c. Las bonificaciones, que también como vimos antes, son toda suma de dinero pagada ocasionalmente al empleado en adición a su salario, a manera de dádiva o regalo, sin contraprestación laboral, distinta al aguinaldo o gratificación y prima de producción.

### CAPÍTULO III.

### Trabajadores que reciben Salario y Honorario.

Con independencia de lo visto anteriormente, donde la Ley separa a los empleados de los independientes para aplicarles reglas separadas, existe la posibilidad de que una persona califique como un empleado, pues recibe un salario de un empleador, y a la vez reciba honorarios en forma independiente por la prestación de sus servicios profesionales,

siendo quizás aquellos que ejercen profesiones liberales. Donde esta situación es más común.

En estos casos el artículo 85 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 establece que si un trabajador que reciba simultáneamente honorarios (independiente) y salario (empleado) estará obligado a cotizar sobre cada categoría de esos ingresos y dichas cuotas serán incluidas en cada Subsistema del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte y sus componentes que, de acuerdo con la fuente de estos, le corresponda.

Esto implica que la porción que recibe el trabajador como salario, seguirá cotizando para los riesgos de enfermedad y maternidad y de invalidez, vejez y muerte, junto con su empleador, quien tendrá la obligación de retener, pagar y remitir dichas sumas a la Caja de Seguro Social. Luego, la porción que recibe el trabajador como honorario, será pagada por el mismo trabajador en su declaración anual de rentas, sólo para el riesgo de invalidez, vejez y muerte y en forma exclusiva al componente de ahorro personal del subsistema mixto.

Importante tener presente, que en todo caso, el límite establecido por la Ley de B/.9,6000 anuales para efectos de ser considerado independiente contribuyente aplica sólo para quienes sean trabajadores por cuenta propia, sin recibir salario alguno.

Si un trabajador recibe salarios superiores a los B/.9,600.00 anuales y además recibe honorarios, deberá cotizar adicionalmente por la totalidad de esos honorarios, sobre la base de cotización establecida en el artículo 83 de la Ley 51 de 2005.

Igual obligación recae para quien recibiendo salarios por debajo de B/.9,600.00 anuales, reciba adicionalmente honorarios y en forma conjunta, sobrepasen esta suma.

## TITULO IV. SANCIONES

La Ley 51 de 2005 introduce un cambio radical en su Capítulo XI relativo a sanciones administrativas por infracciones a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social.

Su predecesor el Decreto Ley 14 de 1954, sólo tipificaba en el parágrafo de su artículo 60, la acción de hacer declaraciones falsas en las planillas conjuntas empleado-empleador con una multa de de B/.100.00 hasta B/.1,000.00.

El artículo 61 establecía para las demás infracciones de cualquier disposición de la Ley Orgánica o de sus reglamentos que no estuviesen sujetas expresamente a sanción, multas de B/.10.00 hasta B/.1,000.00 según la gravedad de la infracción.

La Ley 51 del 27 de diciembre de 2005 es mucho más rigurosa en este aspecto (i) tipificando expresamente una serie de faltas no enunciadas anteriormente; (ii) introduciendo nuevas figuras como la simulación con el fin de evadir cuotas; y (iii) aumentando el monto de las sanciones hasta los B/.25,000.00 en algunos casos como veremos a continuación.

En desarrollo de estas disposiciones de la Ley 51 de 2005, la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social aprobó al cierre de la redacción de este artículo, el nuevo de reglamento general de ingresos de la Caja de Seguro Social, el cual perfecciona y desarrolla el alcance del contenido de la Ley 51 de 2005 en materia de sanciones.

A continuación, nos referiremos a las disposiciones contenidas en este reglamento general de ingresos, el cual deberá estar publicado en Gaceta oficial durante el mes de junio de 2006.

El aspecto más importante a resaltar del nuevo reglamento general de ingresos, en materia de sanciones, es que el mismo modifica la forma en la cual tradicionalmente se imponían las sanciones, quitándole a la administración, en la medida de lo posible, ese el elemento subjetivo a la hora de imponer los montos, para establecer criterios objetivos como lo son:

- a. Los efectos económicos de la falta, en atención a los montos evadidos o dejadas de pagar. Para ello el reglamento general de ingresos contempla, para algunas infracciones, una tabla que establece las sanciones en forma progresiva, con el monto total de las sumas involucradas.
- b. El número de empleados afectados, en proporción al número total de trabajadores al servicio del empleador. Para ello el reglamento general de ingresos contempla, para algunas infracciones, una tabla que establece las sanciones en forma progresiva, dependiendo del número de empleados afectados.
- c. La gravedad de la falta, en atención a la continuidad en el tiempo de la misma. Para ello, el reglamento general de ingresos contempla también, para algunas infracciones, una tabla que establece las sanciones en forma progresiva, en atención al tiempo que ha transcurrido desde que nació el hecho que constituye la falta; y
- d. La reincidencia, entendiendo por esta, la comisión de la misma infracción dentro del término de cinco (5) años, contados a partir de la fecha de la notificación de la última sanción impuesta.

El reglamento general de ingresos contempla que en caso de la primera reincidencia en la comisión de la misma infracción, la multa que se imponga será aquella que corresponda a la última infracción cometida, incrementándose en una tercera parte de su importe, sin que pueda exceder del máximo establecido en la Ley.

En caso de una segunda reincidencia en la comisión de la misma infracción, la multa que se imponga será aquella que corresponda a la última infracción cometida, incrementándose en un cien por ciento (100%) de su importe, sin que pueda exceder del máximo establecido en la Ley.

Con base a estos criterios, el reglamento general de ingresos ha desarrollado para cada falta tipificada distintas tablas que en algunas ocasiones y dependiendo de la falta, operan en forma separada o conjunta, garantizando una aplicación imparcial y equitativa de las sanciones, como mencionamos anteriormente, en atención a los hechos reales que motivaron el incumplimiento.

### CAPÍTULO I. Disposiciones Generales

Veamos primero las reglas generales que aplican y que debe seguir la Institución al momento de imponer sanciones pecuniarias y luego las acciones tipificadas por la Ley 51 de 2005.

En primer lugar, todas las infracciones a la Ley 51 del 27 de diciembre de 2005, deben ser comprobadas por la Caja de Seguro Social, en virtud de inspecciones de oficio, por denuncia de parte interesada y/o auditoria; es decir, que como norma general, la carga de la prueba recae en la institución.

En segundo lugar, la sanción impuesta por una sola infracción a las normas previstas en la Ley, sin importar los criterios de ponderación establecidos en el reglamento general de ingresos<sup>67</sup> para cada una de ellas, no podrá nunca superar el total de B/.25,000.00 establecido en la propia Ley.

De igual forma, en caso de que un empleador o un independiente contribuyente con un mismo acto u omisión cometa varias infracciones, y por tal motivo se haga acreedor a la imposición de varias multas, el monto total de las mismas no podrá tampoco superar el total de B/.25,000.00.

En este mismo sentido, las sanciones impuestas en los términos de lo dispuesto en el reglamento general de ingresos, excluye la aplicación de cualquiera otra prevista en la Ley, por el mismo acto u omisión.

En tercer lugar, la imposición de las sanciones tipificadas en la Ley no libera a los infractores del cumplimiento de los actos u omisiones que las motivaron, del pago de las cuotas u otras contribuciones establecidas en la propia Ley, incluyendo el monto del alcance correspondiente y los recargos e intereses respectivos, ni de cualquier otra responsabilidad penal o de cualquier otra índole que legalmente proceda.

En cuarto lugar, para efectos de considerar las condiciones particulares del empleador o independiente contribuyente obligado, al momento de imponerse la sanción, la Caja de Seguro Social deberá tomarán en cuenta, los antecedentes del mismo, respecto al cumplimiento de sus obligaciones para con la Caja de Seguro Social y la cooperación del empleador en el curso de las investigaciones.

Ahora bien, teniendo claras estas normas generales, pasemos a ver las faltas especificas contenidas en al Ley 51 de 2005 y las sanciones aplicables.

### CAPÍTULO II.

### Sanciones Específicas

## Sección I. No inscripción del empleador ante la Caja de Seguro Social

De conformidad con el artículo 121 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, la sanción a imponer a los empleadores que no se inscriban ante la Caja de Seguro Social, podrá ser de B/.100.00 hasta B/.5,000.00.

En virtud de la obligación establecida en el artículo 87<sup>68</sup> de la Ley Orgánica, la falta correspondiente a la no inscripción,

<sup>67</sup> Supra nota 6.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Ver Título III de este documento.

se configura a partir del séptimo (7) día hábil de inicio de operaciones, cuando el empleador no se ha inscrito como tal, utilizando los servicios de un empleado mediante el pago de un sueldo o salario Para efectos de establecer el monto de la sanción aplicable por esta falta, la Caja de Seguro Social considerará el número de empleados dejados de afiliar en virtud de la no inscripción oportuna, así:

NÚMERO DE EMPLEADOS OMITIDOS AL MOMENTO DE LA INSPECCIÓN	MONTO DE LA SANCION
De 1 a 3 empleados omitidos	B/. 100.00
De 4 a 6 empleados omitidos	B/. 500.00
De 7 a 10 empleados omitidos	B/.1,000.00
Más de 10 empleados omitidos	B/.2,000.00

Adicionalmente, y para efectos de establecer el monto total de la sanción correspondiente por esta falta, la Caja de Seguro Social considerará la gravedad, en atención al tiempo transcurrido desde que nació la obligación de inscribirse. Para ello, las sumas indicadas en el cuadro anterior se verán incrementadas de la siguiente forma:

TIEMPO TRANSCURRIDO	PORCENTAJE ADICIONAL
Hasta por 6 meses desde que nació la obligación	10%
De 7 a 12 meses desde que nació la obligación	20%
De 13 a 18 meses desde que nació la obligación	30%
De 19 a 24 meses desde que nació la obligación	40%
De 25 a 30 meses desde que nació la obligación	50%
De 31 a 36 meses desde que nació la obligación	60%
De 37 a 42 meses desde que nació la obligación	70%
De 43 a 48 meses desde que nació la obligación	80%
De 49 a 54 meses desde que nació la obligación	90%
De 55 a 60 meses desde que nació la obligación	100%
Más de 60 meses desde que nació la obligación	Multa máxima (B/5,000.00)

## Sección II. Falta de notificación del cese temporal o definitivo de operaciones.

De conformidad con el artículo 121 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, la sanción a imponer a los empleadores que no notifiquen oportunamente el cese temporal o definitivo de operaciones a la Caja de Seguro Social, podrá ser de B/.100.00 hasta B/.5,000.00.

En virtud de la obligación establecida en el artículo 88<sup>69</sup> de la Ley Orgánica, la falta correspondiente a la omisión en la notificación del cese temporal o definitivo de operaciones, se configura cuando, pasados los treinta (30) días de la fecha efectiva de dicho cese, el empleador no ha efectuado tal notificación formalmente por escrito ante la Caja de Seguro Social.

A efectos de determinar el monto de la sanción aplicable, se tomara en cuenta la gravedad de la falta en atención al tiempo transcurrido desde que nació la obligación, así:

<sup>69</sup> Idem

TIEMPO TRANSCURRIDO	MONTO DE
	LA SANCIÓN
De 2 a 12 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/. 100.00
De 13 a 24 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/ . 200.00
De 25 a 36 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/. 500.00
De 37 a 48 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.1,000.00
De 49 a 60 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.1,500.00
De 61 a 72 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.2,000.00
De 73 a 84 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.2,500.00
De 85 a 96 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.3,000.00
De 97 a 108 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.3,500.00
De 109 a 120 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.4,000.00
Más de 120 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.5,000.00

## Sección III. No afiliación por parte de un empleador de sus empleados.

De conformidad con el artículo 121 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, la sanción a imponer a los empleadores que no afilien oportunamente a sus empleados en la Caja de Seguro Social, podrá ser de B/.100.00 hasta B/.5,000.00.

En virtud de la obligación establecida en el artículo 87<sup>70</sup> de la Ley Orgánica, la falta correspondiente a la no afiliación del empleado, se configura cuando pasados los seis (6) días hábiles desde el ingreso de este a su servicio, el empleador no ha procedido a afiliarlo ante la Caja de Seguro Social.

A efectos de determinar el monto de la sanción aplicable, para efectos de los empleadores, se tomara en cuenta: el número de empleados dejados de afiliar; y la gravedad de la falta en atención al tiempo transcurrido desde que nació la obligación, así:

NÚMERO DE EMPLEADOS OMITIDOS	MONTO DE LA SANCION
De 1 a 3 empleados omitidos	B/. 100.00
De 4 a 6 empleados omitidos	B/. 500.00
De 7 a 10 empleados omitidos	B/.1,000.00
Más de 10 empleados omitidos	B/.2,000.00

Adicionalmente, y para efectos de establecer el monto total de la sanción correspondiente por esta falta, la Caja de Seguro Social considerará la gravedad, en atención al tiempo transcurrido desde que nació la obligación. Para ello, las sumas indicadas en el cuadro anterior se verán incrementadas de la siguiente forma:

TIEMPO TRANSCURRIDO	PORCENTAJE ADICIONAL
Hasta por 6 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	10%
De 7 a 12 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	20%
De 13 a 18 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	30%

TIEMPO TRANSCURRIDO	PORCENTAJE ADICIONAL
De 19 a 24 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	40%
De 25 a 30 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	50%
De 31 a 36 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	60%
De 37 a 42 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	70%
De 43 a 48 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	80%
De 49 a 54 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	90%
De 55 a 60 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	100%
Más de 60 meses desde que nació la obligación legal de afiliar	Multa máxima (B/5,000.00)

## Sección IV. No afiliación de los independientes contribuyentes.

De conformidad con el artículo 121 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, la sanción a imponer cuando el independiente contribuyente obligado no se afilie, será de B/.100.00 hasta B/.5,000.00.

En virtud de la obligación establecida en el artículo 82<sup>71</sup> de la Ley Orgánica, la falta correspondiente a la no afiliación de los independientes contribuyentes, cuando estén obligados a incorporarse al régimen (que no superen los 35 años de edad al 1 de enero del 2007 y reciban honorarios anuales superiores a los B/.9,600.00), se configura cuando pasados los seis (6) meses de la fecha de entrega y pago de su declaración anual de rentas (a más tardar agosto de 2008), este no ha procedido a afiliarse ante la Caja de Seguro Social.

En el caso de los independientes contribuyentes, a efectos de determinar el monto de la sanción aplicable, se tomara en cuenta la gravedad de la falta en atención al tiempo transcurrido desde que nació la obligación de afiliarse a si mismos, así:

TIEMPO TRANSCURRIDO	MONTO DE LA SANCIÓN
De 6 a 12 meses desde que nació la obligación legal de afiliarse	B/. 100.00
De 13 a 18 meses desde que nació la obligación legal de afiliarse	B/. 500.00
De 19 a 24 meses desde que nació la obligación legal de afiliarse	B/.1,000.00
De 25 a 30 meses desde que nació la obligación legal de afiliarse	B/.1,500.00
De 31 a 36 meses desde que nació la obligación legal de afiliarse	B/.2,000.00
De 37 a 42 meses desde que nació la obligación legal de afiliarse	B/.2,500.00
De 43 a 48 meses desde que nació la obligación legal de afiliarse	B/.3,000.00
De 49 a 54 meses desde que nació la obligación legal de afiliarse	B/.3,500.00
De 55 a 60 meses desde que nació la obligación legal de afiliarse	B/.4,000.00
Más de 60 meses desde que nació la obligación legal de afiliarse	B/.5,000.00

## Sección V. Falta de notificación de la sustitución del empleador.

De conformidad con el artículo 121 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, la sanción a imponer por no notificar oportunamente la sustitución del empleador, podrá ser de B/.100.00 hasta B/.5,000.00.

En virtud de la obligación establecida en el artículo 96<sup>72</sup> de la Ley Orgánica, la falta correspondiente a la omisión en la

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> Ver Título II de este documento.

notificación de la sustitución del empleador, se configura cuando han pasado treinta (30) días calendario de la fecha de la sustitución, sin que esta se haya comunicado formalmente por escrito a la Caja de Seguro Social.

Esta sanción será aplicada, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria tanto del empleador sustituto como del empleador sustituido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005. En virtud de lo anterior, la Caja de Seguro Social podrá repetir contra ambos empleadores a efectos de cobrar las multas así impuestas.

A efectos de determinar el monto de la sanción aplicable, se tomará en cuenta la gravedad de la falta en atención al tiempo transcurrido desde que nació la obligación, así:

TIEMPO TRANSCURRIDO	MONTO DE LA SANCIÓN
De 2 a 6 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/. 100.00
De 7 a 12 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/. 500.00
De 13 a 18 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.1,000.00
De 19 a 24 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.1,500.00
De 25 a 30 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.2,000.00
De 31 a 36 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.2,500.00
De 37 a 42 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.3,000.00
De 43 a 48 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.3,500.00
De 49 a 54 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.4,000.00
De 55 a 60 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.4,500.00
Más de 60 meses desde que nació la obligación legal de notificar	B/.5,000.00

## Sección VI. Declaraciones falsas en las planillas conjuntas de empleados y empleadores.

De conformidad con el artículo 122 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, la sanción a imponer por incluir declaraciones falsas en las planillas empleado-empleador, podrá ser de B/.300.00 hasta B/.20,000.00.

Se entiende por declaración falsa: (i) la acción de declarar en las planillas de declaración de cuotas, personas que no son empleados de la empresa; (ii) la acción de declarar sumas por encima al salario efectivamente devengado por el empleado, con el objeto de obtener prestaciones por parte de la Institución.

A efectos de determinar el monto de la sanción aplicable, y siempre que la Caja de Seguro Social demuestre que la declaración incluida en la planilla de pago no obedece a la realidad y por lo tanto es falsa, la multa aplicable será impuesta así:

SI EL MONTO OBJETO DE DECLARACIÓN FALSA ES:		MONTO DE LA SANCIÓN
Desde	Hasta	
B/. 300.00	B/. 500.00	B/. 300.00
B/. 501.00	B/. 1,000.00	B/. 500.00
B/. 1,001.00	B/. 2,000.00	B/. 1,000.00
B/. 2,001.00	B/.3,000.00	B/. 1,500.00

SI EL MONTO OBJETO DE	DECLARACIÓN FALSA ES:	MONTO DE LA SANCIÓN
Desde	Hasta	
B/. 3,001.00	B/. 4,000.00	B/. 2,000.00
B/. 4,001.00	B/. 5,000.00	B/. 2,500.00
B/. 5,001.00	B/. 6,000.00	B/. 3,000.00
B/. 6,001.00	B/. 7,000.00	B/. 3,500.00
B/. 7,001.00	B/. 8,000.00	B/. 4,000.00
B/. 8,001.00	B/. 9,000.00	B/. 4,500.00
B/. 9,001.00	B/. 10,000.00	B/. 5,000.00
B/. 10,001.00	B/. 11,000.00	B/. 5,500.00
B/. 11,001.00	B/. 12,000.00	B/. 6,000.00
B/. 12,001.00	B/. 13,000.00	B/. 6,500.00
B/. 13,001.00	B/. 14,000.00	B/. 7,000.00
B/. 14,001.00	B/. 15,000.00	B/. 7,500.00
B/. 15,001.00	B/. 16,000.00	B/. 8,000.00
B/. 16,001.00	B/. 17,000.00	B/. 8,500.00
B/. 17,001.00	B/. 18,000.00	B/. 9,000.00
B/. 18,001.00	B/. 19,000.00	B/. 9,500.00
B/. 19,001.00	B/. 20,000.00	B/. 10,000.00
B/. 20,001.00	B/. 21,000.00	B/. 10,500.00
B/. 21,001.00	B/. 22,000.00	B/. 11,000.00
B/. 22,001.00	B/. 23,000.00	B/. 11,500.00
B/. 23,001.00	B/. 24,000.00	B/. 12,000.00
B/. 24,001.00	B/. 25,000.00	B/. 12,500.00
B/. 25,001.00	B/. 26,000.00	B/. 13,000.00
B/. 26,001.00	B/. 27,000.00	B/. 13,500.00
B/. 27,001.00	B/. 28,000.00	B/. 14,000.00
B/. 28,001.00	B/. 29,000.00	B/. 14,500.00
B/. 29,001.00	B/. 30,000.00	B/. 15,000.00
B/. 30,001.00	B/. 31,000.00	B/. 15,500.00
B/. 31,001.00	B/. 32,000.00	B/. 16,000.00
B/. 32,001.00	B/. 33,000.00	B/. 16,500.00
B/. 33,001.00	B/. 34,000.00	B/. 17,000.00
B/. 34,001.00	B/. 35,000.00	B/. 17,500.00
B/. 35,001.00	B/. 36,000.00	B/. 18,000.00
B/. 36,001.00	B/. 37,000.00	B/. 18,500.00
B/. 37,001.00	B/. 38,000.00	B/. 19,000.00
B/. 38,001.00	B/. 39,000.00	B/. 19,500.00
B/. 39,001.00	B/. 40,000.00 o más	B/. 20,000.00

## Sección VII. Sub-declaración en las planillas de pago.

De conformidad con el artículo 122 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, la sanción a imponer por hacer sub-declaraciones en las planillas de pago podrá ser de B/.300.00 hasta B/.20,000.00.

Se entiende por sub-declaración, la acción de declarar salarios o sueldos por

una suma inferior a las efectivamente pagadas, con el fin de evadir el pago de las cuotas a la Caja de Seguro Social sobre dichos montos.

A efectos de determinar el monto de la sanción aplicable, y siempre que la Caja de Seguro Social demuestre que hubo sub-declaración, la multa aplicable será impuesta así:

SI EL MONTO OBJETO D	DE DECLARACIÓN FALSA ES:	MONTO DE LA SANCIÓN
Desde	Hasta	
B/. 300.00	B/. 500.00	B/. 300.00
B/. 501.00	B/. 1,000.00	B/. 500.00
B/. 1,001.00	B/. 2,000.00	B/. 1,000.00
B/. 2,001.00	B/. 3,000.00	B/. 1,500.00
B/. 3,001.00	B/. 4,000.00	B/. 2,000.00
B/. 4,001.00	B/. 5,000.00	B/. 2,500.00
B/. 5,001.00	B/. 6,000.00	B/. 3,000.00
B/. 6,001.00	B/. 7,000.00	B/. 3,500.00
B/. 7,001.00	B/. 8,000.00	B/. 4,000.00
B/. 8,001.00	B/. 9,000.00	B/. 4,500.00
B/. 9,001.00	B/. 10,000.00	B/. 5,000.00
B/. 10,001.00	B/. 11,000.00	B/. 5,500.00
B/. 11,001.00	B/. 12,000.00	B/. 6,000.00
B/. 12,001.00	B/. 13,000.00	B/. 6,500.00
B/. 13,001.00	B/. 14,000.00	B/. 7,000.00
B/. 14,001.00	B/. 15,000.00	B/. 7,500.00
B/. 15,001.00	B/. 16,000.00	B/. 8,000.00
B/. 16,001.00	B/. 17,000.00	B/. 8,500.00
B/. 17,001.00	B/. 18,000.00	B/. 9,000.00
B/. 18,001.00	B/. 19,000.00	B/. 9,500.00
B/. 19,001.00	B/. 20,000.00	B/. 10,000.00
B/. 20,001.00	B/. 21,000.00	B/. 10,500.00
B/. 21,001.00	B/. 22,000.00	B/. 11,000.00
B/. 22,001.00	B/. 23,000.00	B/. 11,500.00
B/. 23,001.00	B/. 24,000.00	B/. 12,000.00
B/. 24,001.00	B/. 25,000.00	B/. 12,500.00

SI EL MONTO OBJETO DE DECLARACIÓN FALSA ES:		MONTO DE LA SANCIÓN
Desde	Hasta	
B/. 25,001.00	B/. 26,000.00	B/. 13,000.00
B/. 26,001.00	B/. 27,000.00	B/. 13,500.00
B/. 27,001.00	B/. 28,000.00	B/. 14,000.00
B/. 28,001.00	B/. 29,000.00	B/. 14,500.00
B/. 29,001.00	B/. 30,000.00	B/. 15,000.00
B/. 30,001.00	B/. 31,000.00	B/. 15,500.00
B/. 31,001.00	B/. 32,000.00	B/. 16,000.00
B/. 32,001.00	B/. 33,000.00	B/. 16,500.00
B/. 33,001.00	B/. 34,000.00	B/. 17,000.00
B/. 34,001.00	B/. 35,000.00	B/. 17,500.00
B/. 35,001.00	B/. 36,000.00	B/. 18,000.00
B/. 36,001.00	B/. 37,000.00	B/. 18,500.00
B/. 37,001.00	B/. 38,000.00	B/. 19,000.00
B/. 38,001.00	B/. 39,000.00	B/. 19,500.00
B/. 39,001.00	B/. 40,000.00 o más	B/. 20,000.00

Independientemente a lo anterior, y para efectos de establecer el monto total de la multa correspondiente por esta falta, la Caja de Seguro Social considerará en forma adicional el número de empleados sobre los cuales se haya realizado la sub-declaración. Para ello, las sumas indicadas en el cuadro anterior, se verán incrementadas de la siguiente forma:

NÚMERO DE EMPLEADOS AFECTADOS	% ADICIONAL
De 1 a 3 empleados afectados	10% de la multa impuesta
De 3 a 5 empleados afectados	20% de la multa impuesta
De 5 a 10 empleados afectados	50% de la multa impuesta
Más de 10 empleados afectados	100% de la multa impuesta

## Sección VIII. Declaraciones falsas en la declaración de renta en concepto de honorarios.

Esta falta consiste en las declaraciones falsas, por parte de los independientes contribuyentes, en su declaración de renta en concepto de honorarios, con el propósito de evadir o disminuir el monto que les corresponda cotizar, de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

De conformidad con el artículo 122 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, en esta falta sólo incurre el independiente contribuyente requerido a incorporarse al régimen obligatorio y el monto de la sanción a imponer será de B/.300.00 hasta B/.20,000.00.

A efectos de determinar el monto de la sanción aplicable, y siempre que la Caja de Seguro Social demuestre que la información contenida en la declaración de renta no obedece a la realidad y por lo tanto es falsa, la multa aplicable será impuesta así:

SI EL MONTO OBJETO DE LA DECLARACIÓN FALSA ES:	MONTO DE LA SANCIÓN
Menor de B/.1000.00	B/. 300.00
De B/1,000.00 a B/.5,000.00	B/. 1,000.00
De B/5,000.00 a B/.10,000.00	B/. 5,000.00
De B/10,000.00 a B/.20,000.00	B/.10,000.00
De B/20,000.00 a B/.50,000.00	B/.15,000.00
Más de 50,000.00	B/.20,000.00

Estas sanciones se impondrán con independencia de las sanciones administrativas que por la misma conducta impongan las autoridades tributarias.

### Sección IX. Negativa del empleador a suministrar información para la determinación de las cuotas empleado-empleador.

De conformidad con el artículo 123 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, la sanción a imponer por esta infracción será de B/.100.00 hasta B/.25,000.00.

Si el empleador se niega al momento del requerimiento a proporcionar o suministrar la totalidad de los datos o documentos requeridos para la determinación de las obligaciones de dicho empleador para con la Caja de Seguro Social; o no la remite dentro de los 30 días calendarios, siguientes a la fecha en las cuales fueron requeridos, sin dar excusas o razones que justifiquen su demora, con independencia de que tenga o no en su poder los datos y documentos requeridos la multa a impo-

ner será de B/.5,000.00 por cada año de información requerido.

Si el empleador puede comprobar que la información no entregada total o parcialmente obedece a la desaparición de la misma por causas no deliberadas, casos fortuitos o de fuerza mayor, siempre que esta situación sea debidamente comprobada, esta multa no será aplicable.

Por otro lado, si el empleador proporciona en forma parcial los datos o documentos requeridos para la determinación de las obligaciones de dicho empleador para con la Caja de Seguro Social y no puede comprobar que la desaparición de la misma, se debe a causas no deliberadas, caso fortuito o de fuerza mayor, la sanción aplicable será impuesta conforme a la información o documentación básica solicitada durante la auditoria a la empresa, la cual se ponderará en función de los siguientes porcentajes, aplicables a cada año requerido, hasta un tope de B/.5,000.00 por año.

DOCUMENTO	% ADICIONAL
Planillas internas de pagos de salarios manual o mecanizada	35%
Listas de pagos-comprobantes de pagos	30%
Registros de contabilidad	30%
Otros documentos: contratos de servicios profesionales, contratos de Alquiler, contratos de trabajo, reembolsos al exterior,	
documentos que evidencien pagos en especie, etc.	5%

En todo caso y para efectos de poder imponer la sanción correspondiente, la Caja de Seguro Social debe siempre, haber requerido en virtud de una inspección o auditoria la información o do-

cumentación pertinente por escrito y tener constancia de que dicha solicitud haya sido debidamente recibida por el empleador o el independiente contribuyente obligado. Pongamos un ejemplo. Si la Caja de Seguro Social solicita información del período 2001-2005; y el empleador: (i) no puede justificar porque razones no entregó la información del año 2001, (ii) entrega sólo la las planillas del 2002 y no el resto de la información sin justificar la razón; pero (iii) entrega la información completa de los años 2003, 2004 y 2005, entonces la multa aplicable por no suministrar la información sin haber justificado la razón será impuesta así:

Por el año 2001, la sanción será de B/.5,000.00 por no haber entregado absolutamente nada con respecto a este año.

Por el año 2002, donde sólo entregó las planillas, la multa será de B/.3,250.00, que representa el 64% de los documentos no entregados con base a lo indicado en el cuadro anterior.

Es decir una multa total de 8,250.00 por no haber presentado la información del año 2001 y parcialmente la información del año 2002, sin justificar la no entrega de los mismos.

Con respecto a la ponderación indicada, el cálculo se obtiene de la siguiente forma:

DOCUMENTO	PONDERACION	AÑO 1	AÑO 2	AÑO 3	AÑO 4	AÑO 5
	Máx. por año					
	5,000.00	2001	2002	2003	2004	2005
Planillas internas de						
pagos de salarios			_			
manual o mecanizada	35%	X		V		
Listas de pagos-						
comprobantes de pagos	30%	X	1,500.00			$\sqrt{}$
Registros de contabilidad	30%	X	1,500.00	$\sqrt{}$	$\sqrt{}$	$\sqrt{}$
Otros documentos:						
contratos de servicios						
profesionales, contratos						
de Alquiler, contratos de trabajo, reembolsos al						
exterior, documentos que						
evidencien pagos en						
especie, etc.	5%	X	250.00			$\sqrt{}$
Monto de la Multa		5,000.00	3,250.00	0.00	0.00	0.00

X – Documentos no entregados

## Sección X. Simulación de actos jurídicos con el fin de evadir las obligaciones para con la Caja de Seguro Social.

De conformidad con el artículo 128 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, el monto de la sanción a imponer cuando se comprueba la simulación absoluta o relativa de actos jurídicos con el fin de evadir las obligaciones de empleadores y trabajadores para con la Caja de Seguro Social será de B/.1,000.00 hasta B/.25,000.00.

Para efectos de la Caja de Seguro Social, se entiende por simulación, el acto en virtud del cual mediante declaraciones engañosas u ocultación maliciosas, un empleador o un trabajador por cuenta propia o ajena, declara falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido, es decir, plasma documentalmente una causa, objeto o índole de un contrato o acto distinto a la voluntad sentida y real.

<sup>√ –</sup> Documentos entregados

Por lo tanto, las formas jurídicas adoptadas por los particulares, utilizadas para evadir las obligaciones que establece la Ley Orgánica sobre el salario o ingresos percibidos, no obligan a la Caja de Seguro Social en el curso de sus investigaciones a circunscribirse a ellas, siempre que del análisis efectuado se desprenda la existencia real de la obligación de cotizar al seguro social.

En este caso, la Caja de Seguro Social deberá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica adoptada, para exigir el cumplimiento de la Ley Orgánica y de sus reglamentos.

Sin perjuicio de que la carga de la prueba recae en la Caja de Seguro Social, Reglamento General de Ingresos establece la presunción de que existe simulación y por lo tanto la obligación de la Institución de realizar las investigaciones correspondientes, cuando se presenten, entre otras las siguientes situaciones:

- a. Pago de dietas a empleados que no ejercen ningún cargo directivo de la sociedad, o que ejerciéndolo no exista ningún registro o acta que vincule tal pago a la asistencia a reuniones a las cuales corresponde tal pago de forma específica; o reciba sólo dietas, existiendo dependencia económica o subordinación jurídica.
- Pago de viáticos a empleados que por la naturaleza del cargo o funciones que ejerzan no se desplacen fuera de su área de trabajo.
- c. Pago de primas de producción a empleados, en forma recurrente y fija, sin que tales primas obedezcan a esquemas o planes de retribución condicionados al aumento de la productividad del empleado.
- d. El contratar a un empleado bajo la figura de servicios profesionales, cuando el mismo sea un empleado, en virtud

- de existir dependencia económica o subordinación jurídica y realizar labores inherentes al giro normal o propio de la empresa.
- e. El contratar a un empleado bajo la figura de un empleador distinto de aquel que efectivamente recibe los servicios de dicho empleado, independientemente de quienes formalmente aparecen o puedan aparecer como los empleadores o receptores de esos servicios.
- f. Los contratos de alquiler o locación de equipo pactados en base a porcentaje de comisión, siempre que tiendan a disfrazar la prestación del servicio que por su naturaleza están sujetas al régimen obligatorio.
- g. La utilización de personas jurídicas que no posean estructura operativa propia con el propósito de evadir el pago de las cuotas empleado empleador, por parte de personas naturales u otras personas jurídicas cuando, atendiendo a la realidad de la situación, se demuestre que los empleados prestan el servicio directamente a éstas, atendiendo a la realidad económica.
- h. Cuando se demuestre que un grupo económico evade el pago solidario de las cuotas empleado empleador, utilizando a uno de sus componentes como tenedor de la planilla.
- Cuando se demuestre que en el caso del empleado o el trabajador independiente contribuyente obligado a cotizar, se declara en concepto de salario u honorarios, respectivamente, una suma inferior ocultando, disimulando o encubriendo la suma realmente percibida.

A efectos de determinar el monto de la sanción aplicable, se tomará en cuenta: (i) el monto de las sumas evadidas o dejadas de pagar en virtud del acto simulado, (ii) la gravedad de la falta en atención al tiempo transcurrido desde que nació la obligación; y (iii) el número de empleados dejados de afiliar, cuando aplique, así:

SI EL MONTO OBJETO DE LA DECLARACIÓN FALSA ES:	MONTO DE LA SANCIÓN
Menos B/.5,000.00	B/.1,000.00
De B/.5,000.00 a B/.10,000.00	B/.2,500.00
De B/.10,000.00 a B/.20,000.00	B/.5,000.00
De B/.20,000.00 a B/.30,000.00	B/.10,000.00
De B/.30,000.00 a B/.40,000.00	B/.15,000.00
De B/.40,000.00 a B/.50,000.00	B/.20,000.00
Más de B/.50,000.00	B/.25,000.00

Adicionalmente y para efectos de establecer el monto total de la sanción correspondiente por esta falta, la Caja de Seguro Social considerará el número de empleados afectados o involucrados en el acto de simulación. Para ello, las sumas indicadas en el cuadro anterior, se verán incrementadas de la siguiente forma:

NÚMERO DE EMPLEADOS AFECTADOS O INVOLUCRADOS	% ADICIONAL
De 1 a 3 empleados	10% de la multa impuesta
De 3 a 5 empleados	20% de la multa impuesta
De 5 a 10 empleados	50% de la multa impuesta
Más de 10 empleados	100% de la multa impuesta

Si adicionalmente, en el caso de empleadores, se constata que la conducta se venían realizando en el tiempo, y en virtud de la gravedad de esta falta, el monto de las sanciones que resulten de aplicar los montos indicados en los dos cuadros anteriores se verán incrementados, según lo siguiente:

INCURRIR EN SIMULACIÓN DE ACTOS JURIDICOS	% ADICIONAL
Durante un periodo de 1 a 3 meses	5% de la multa impuesta
Entre 3 y 6 meses	10% de la multa impuesta
Entre 6 y 12 meses	15% de la multa impuesta
Entre 1 año y 2 años	20% de la multa impuesta
Entre 2 año y 3 años	30% de la multa impuesta
Entre 3 año y 4 años	40% de la multa impuesta
Entre 4 año y 5 años	50% de la multa impuesta
Por más de 5 años	100% de la multa impuesta

En el caso de los independientes contribuyentes, a efectos de determinar el monto de la sanción aplicable, sólo se tomara en cuenta el monto que resulte de aplicar la tabla relativa al monto objeto de la simulación y el tiempo transcurrido.

### Sección XI. Demás infracciones a la Ley Orgánica y sus reglamentos

De conformidad con el artículo 129 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, las infracciones a la Ley, que no tengan previstas sanciones específicas, serán sancionadas con multas desde B/.100.00 hasta B/.25,000.00.

Esta norma es muy similar a su antecesora el artículo 61 del Decreto Ley 14 de 1954 que vimos anteriormente y que sin especificar la falta, establece en forma general cualquier otra violación a la Ley 51 de 2005 y sus reglamentos.

Para efectos de determinar el monto de cualesquiera infracción que no tenga prevista una sanción específica, el Reglamento General de Ingresos propone que la Caja de Seguro Social deberá tomar en cuenta (i) los efectos económicos de la falta, en atención a los montos evadidos o dejadas de pagar, (ii) el número de empleados afectados en proporción al número total de trabajadores al servicio del empleador en los casos que aplique, (iii) la gravedad de la falta en atención a la continuidad en el tiempo de la misma; (iv) la cooperación y colaboración prestada por el empleador en el marco de sus investigaciones; y (v) la reincidencia.

Adicionalmente, la Caja de Seguro Social deberá ponderar en forma objetiva, las circunstancias particulares que conllevaron la comisión del acto u omisión, con el fin de determinar si dicha infracción fue intencional o como resultado de actos no deliberados, por casos fortuitos o de fuerza mayor.

### CAPÍTULO III. La Mora

El Decreto Ley 14 de 1954 establecía en su artículo 58 un recargo por el pago tardío de las cuotas empleado-empleador de 10% sobre el monto adeudado; y un interés de 1% por mes o fracción de mes, en caso de mora en el pago de todo o parte del monto de las cuotas adeudadas.

Esta disposición fue el resultado de la adición sufrida por la Ley 19 de 1958<sup>73</sup> y los cambios introducidos por el Decreto Ley 9 de 1962<sup>74</sup> y la Ley 43 de 1976<sup>75</sup>.

El artículo 124 de la Ley 51 de 27 de diciembre de 2005, establece el recargo por mora e intereses aplicables a quien estando obligado al pago de cuotas u otras contribuciones de Ley, no lo hiciere en los plazos establecidos.

Así las cosas, la mora en el pago de la totalidad o de una parte del monto de la cuota empleado empleador, a partir del mes cuota de noviembre de 2005, causará los siguientes recargos progresivos e intereses:

## 1. Un recargo por mora que será determinado de la siguiente manera:

- a. Dentro de los primeros diez días calendario de mora, un recargo del dos por ciento (2%) sobre el monto adeudado.
- b. Durante los siguientes diez días calendario de mora, contados a partir del plazo indicado en el literal anterior, el recargo será del cinco por ciento (5%) sobre el monto adeudado.
- c. Durante los siguientes diez días calendario de mora, contados a partir del plazo indicado en el literal b anterior y hasta los treinta días calendario de mora, el recargo será del diez por ciento (10%) sobre el monto adeudado.
- d. Excedidos los treinta días calendario, desde la fecha en que debieron ser pagados, generarán un recargo del quince por ciento (15%) sobre el monto adeudado.

Como se observa, si bien es cierto la norma aumenta el monto del recargo hasta un 15%, versus lo que establecía el subrogado Decreto Ley 14 de 1954, agrega 30 días adicionales para encontrarse en mora y además establece que la misma se aplicará en forma progresiva, con el fin de procurar el pronto pago y prever determinadas situaciones por las cuales los empleadores no necesariamente, con inten-

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Gaceta Oficial 13,470 de 17 de febrero de 1958.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Supra nota 16.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Gaceta Oficial 18,148 de 10 de agosto de 1976.

ción, no puedan cubrir los pagos correspondientes en los primeros días del mes.

## 2. Un interés del uno por ciento (1%) mensual o por fracción de mes.

El interés mensual se mantuvo igual que en el subrogado Decreto Ley 14 de 1954 y que obedece de igual forma al interés mensual cobrado en caso de mora para el pago de impuestos nacionales.

A continuación presentamos un cuadro que ayuda a explicar lo anterior:

1. Recargo por mora desde la fecha en que debió ser pagada la cuota.	
Días Calendario Porcentaja de recargo d monto adeudado	
a. 10 primeros días	a. 2%
b. Pasados los 10 primeros días	b. aumentará el 5%
c. Pasados los 20 días y hasta los 30 días	c. aumentará el 10%
d. Excedidos los 30 días d. aumentará el 15%	
2. Un interés del uno por ciento (1%) mensual o por fracción de mes	

Importante tener presente que la Ley 51 de 2005 establece que la mora en el pago de la totalidad o de una parte del monto de la cuota de los independientes contribuyentes, a partir del año 2007, con su declaración de rentas anuales en el mes de marzo de 2008, causará los mismos recargos e intereses que se establecen en este artículo.

Por otro lado y en atención a la facultad de retención de impuestos nacionales que hicimos referencia en el Título I de este documento, la Caja de Seguro Social podrá cobrar los recargos e intereses legales por morosidad, en los conceptos de impuesto sobre la renta y seguro educativo, de conformidad con las disposiciones legales que regulen cada uno de estos tributos.

### **CAPÍTULO IV**

### Disposiciones Finales en Materia de Sanciones

Para finalizar, resulta importante hacer mención a un conjunto de disposiciones generales contenidas en la Ley 51 de 2005, que tienen un efecto en materia de sanciones, desde el punto de vista estrictamente contributivo.

## Sección I. Suspensión del cómputo de intereses en el caso de consignación de caución.

El primero de estos temas es el relativo a la facultad de la Caja de Seguro Social de suspender el cómputo de intereses, por la consignación de una caución por parte del empleador.

El artículo 125 de la Ley 51 de 27 diciembre de 2005, faculta a la Caja de Seguro Social para suspender el cómputo de los intereses adicionales, a los empleadores y los trabajadores independientes sancionados al pago de cualquier suma adeudada a la Institución y que en consecuencia hayan interpuesto los recursos administrativos correspondientes, si estos consignan caución por la totalidad de dicha suma más los recargos e intereses generados hasta la fecha de la consignación.

Esta consignación de caución, tiene como fin, el suspender el cómputo de los intereses adicionales hasta que se decida la controversia, evitando de esta forma que la demora administrativa que pueda conllevar un proceso de esta naturaleza, termine acrecentando la deuda del empleador.

Dicha caución con base a lo dispuesto en la Ley, debe ser consignada indistintamente mediante los siguientes instrumentos: (i) en efectivo; (ii) bonos del Estado; (iii) fianzas de compañía de seguro; o (iv) cartas de garantía bancaria irrevocable de pago a requerimiento.

En todo caso y tratándose de bonos del Estado o efectivo, los mismos deben ser consignados por el interesado en el Banco Nacional de Panamá y obtener un Certificado de Garantía que deberá ser presentado ante la Institución.

Importante señalar que el Reglamento General de Ingresos señala que las cauciones mediante cartas de garantías bancarias irrevocables de pago a requerimiento, no estarán sujetas a término de vencimiento y deben garantizar el resultado del proceso hasta su culminación.

De igual forma indica que las fianzas de Compañía de Seguro deben garantizar el resultado del proceso hasta su culminación, pudiendo establecer términos de vigencia anual, pero indicando en forma clara y expresa, como requisito, un endoso especial que obligue a su renovación en los mismos términos y condiciones al menos noventa (90) días antes de su expiración, en forma sucesiva y hasta la finalización del proceso.

## Sección II. Efectos del incumplimiento de las obligaciones del empleador.

El segundo de estos temas es el contenido en el artículo 126 de la Ley 51 de 2005, relativo a la facultad de un empleado afectado de repetir contra el empleador, por las vías ordinarias, cuando debido al incumplimiento de dicho empleador de sus obligaciones para con la Caja de Seguro Social, el empleado vea disminuidas o negada alguna prestación económica la que hubiera tenido derecho, si el empleador hubiese cumplido oportunamente con sus obligaciones.

Esta mención a la responsabilidad del empleador, tiene su antecedente en lo que

disponía el artículo 80 del subrogado Decreto Ley 14 de 1954.

### Sección III. Automaticidad de las prestaciones en salud.

El tercero de estos temas es el contenido en el artículo 127 de la Ley 51 de 2005, relativo a la facultad de la Caja de Seguro Social de repetir contra los empleadores, por el costo de las prestaciones en salud, que le otorgue a los empleados de aquel, cuando se encuentre en morosidad en le pago de las cuotas empleado empleador.

Esta disposición no existía en el Decreto ley 14 de 1954 y parte del principio de que la Caja de Seguro Social no puede negarse a los asegurados cotizantes, las prestaciones de salud a que tuvieren derecho cuando su empleador se encuentre moroso en el pago de sus cuotas.

En estos casos, como lo señala el artículo, la Caja de Seguro Social le cobrará al empleador, con independencia de las cuotas, recargos e intereses correspondientes, las sumas de dinero en que haya incurrido para prestar la atención en salud requerida por sus empelados.

### Sección IV. Delito de retención y evasión

El cuarto y último de estos temas es el contenido en los artículos 228, 229, 230 y 231 de la Ley 51 de 2005, donde se tipifica la retención de cuotas y la evasión como un delito penal

Efectivamente, la Ley 60 de 29 de diciembre de 1999<sup>76</sup> introdujo los artículos 195-D, 195-E y 195-F del Código Penal tipificando la retención indebida de cuotas como un delito penal.

La Ley 51 de 27 de diciembre de 2005 modifica a través de su artículo 228 la denominación del Capítulo VI del Título IV, Libro II del Código Penal, y mediante su artículo 230, modifica directamente el artículo 105-D de dicho Código, para introducir formalmente la retención indebida de cuotas y la evasión como delitos penales.

Por retención indebida debe entenderse la conducta en la cual incurre el empleador que: (i) retenga y no remita las cuotas empleador-empleador a la Caja de Seguro Social, luego del término de tres (3) meses de surgida la obligación de pagar; o (ii) quien habiendo sido requerido por la Caja de Seguro Social, incumpla los convenios o acuerdos de pago suscritos con ella.

Por su parte, por evasión debe entenderse la conducta en que incurre quien mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño impidan la afiliación al Seguro Social de las personas obligadas a afiliarse.

Tal como lo indica el artículo en comento, la sanción aplicable le podrá ser impuesta a los empleadores o a sus representantes, incluyendo gerentes o administradores que resulten responsables de la retención o la evasión, en los términos indicados anteriormente.

Importante señalar que el artículo modificado del Código Penal introduce, además de incluir a la evasión como delito algunos cambios importantes.

En primer lugar, señala que la sanción aplicable se aumentará de una sexta a una tercera parte al empleador, al representante legal o a quien, en una u otra forma, ordene al gerente, administrador o contador retener la entrega de cuotas.

En segundo lugar señala que estos delitos se configuran sólo cuando las sumas evadidas o retenidas indebidamente superen los mil balboas (B/.1,000.00). En todo caso la pena impuesta en el artículo en comento es de 2 a 4 años.

En desarrollo de lo anterior, la Ley 51 de 2005 modifica mediante su artículo 229 el artículo 94 del Código Penal para indicar que la prescripción de la acción penal en los delitos de retención indebida y evasión del pago de cuotas a la Caja de Seguro Social, comenzará a correr desde el día en que el empleado adquiera el derecho a la pensión.

De igual forma, la Ley 51 de 2005 modifica mediante su artículo 231 el artículo 1967 del Código Judicial para, en respeto del principio de oportunidad, señalar que podrá terminarse el proceso penal por retención y evasión, y ordenarse el archivo correspondiente, cuando el imputado remita las cuotas empleado-empleador junto con las multas, recargos e intereses causados o los descuentos voluntarios a la Caja de Seguro Social, antes de dictarse la sentencia de primera instancia.

Importante tener preste, que la Ley establece que cuando los funcionarios de la Caja de Seguro Social encuentren, dentro de una investigación realizada, pruebas o indicios suficientes de que el empleador efectuó los descuentos de las cuotas que corresponden al salario de los empleados y no entregó esos fondos a la Caja de Seguro Social dentro de los noventa días después de realizada la retención o cuando comprueben que el empleador no afilió al empleado dentro de los seis (6) días siguientes a su ingreso, el funcionario responsable tendrá la obligación de interponer la denuncia ante la autoridad competente.

Sin perjuicio de lo anterior, la Caja de Seguro Social realizará la gestión de cobro de la morosidad del empleador por todos los medios a su alcance, pudiendo determinar la conveniencia de interponer la denuncia respectiva, en los casos en que el costo de la gestión administrativa para tales fines supere el importe de lo adeudado.

# Efectos de los compromisos internacionales adquiridos por la República de Panamá sobre los Regímenes de Incentivos Fiscales vigentes:

Breve análisis de los Subsidios Fiscales a la Exportación, dimanantes de la Ley 3 de 1986 (Registro Oficial de la Industria Nacional)

### Licda. Marion Lorenzetti Cabal -

Licenciada en Derecho (Universidad de Panamá) Maestría en Administración de Empresas (Universidad Interamericana)

### Ley 3 de 1986

Mediante la Ley 3 de 20 de 1986, se adoptó un régimen de incentivos para el fomento y desarrollo de la industria nacional y las exportaciones. Dicha Ley 3 creó el denominado Registro Oficial de la Industria Nacional (conocido por sus siglas ROIN), adscrito al Ministerio de Comercio e Industrias, en el cual debían inscribirse las empresas que calificaran para acogerse al régimen de incentivos tributarios contemplados en la Ley 3.

La vigencia de la inscripción en el ROIN era diez (10) años, salvo para aquellas empresas con operaciones industriales en David, Los Santos, Santiago, Chitré, Bugaba, La Chorrera, Penonomé, Natá y Colón, cuya vigencia en el ROIN era quince (15) años.

### Ley 28 de 1995

Para el año 1995 entró a regir la Ley 28 (universalización de incentivos), la cual vino a adoptar un nuevo régimen de incentivos tributarios; sustituyendo así el régimen de fomento creado mediante la Ley 3 de 1986. Esto último tiene como base legal, lo dispuesto dentro del artículo 30 de la Ley 28, el cual modificó y derogó un grupo considerable de normas legales contenidas

en varias leyes de la República, incluyendo la derogatoria de la Ley 3 de 1986.

La consecuencia legal de este nuevo régimen, se traducía en que solamente aquellas empresas que mantenían vigente su registro en el ROIN podían gozar de los incentivos otorgados mediante la Ley 3 de 1986, por lo que una vez ese registro terminara debían aplicar a los incentivos contenidos en la Ley 28; situación aplicable para aquellas empresas no beneficiadas con el régimen de incentivos de la Ley 3.

### Ley 23 de 1997

Mediante la Ley 23 Panamá aprobó el Acuerdo de Marrakech y el ingreso de Panamá a la OMC en lo relativo al Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC.

Mediante tales compromisos Panamá acordó eliminar progresivamente aquellas medidas relacionadas con subvenciones, incluyendo las amparadas en la Ley 3 de 1986.

### Ley 26 de 2001

Mediante el artículo 1 de la Ley 26, se introduce una modificación sustancial al artículo 23 de la Ley 28 de universalización de incentivos, cuyo texto es del siguiente tenor:

Artículo 23 de la Ley 28 de 1995, modificado por el artículo 1 de la Ley 26 de 2001:

"Art. 23: Las empresas que al momento de la entrada en vigencia de esta Ley se encuentren inscritas en el Registro Oficial de la Industria Nacional, o tengan contrato con la Nación basados en el Decreto de Gabinete 413 de 1970 o contrato-ley de fomento a la industria, mantendrán los beneficios fiscales que otorga dicho registro, que dimanaban de la Ley 3 de 1986 o de dicho contrato, según sea el caso, por el tiempo que resta de la vigencia del registro o contrato en cada caso particular, cumpliendo lo establecido en el artículo 25 de la presente Ley para los productos considerados sensitivos para la economía nacional.

...

El Ministerio de Comercio e Industrias podrá extender los registros de empresas dedicadas a actividades iguales o similares hasta la fecha de vencimiento del último registro de una empresa del mismo tipo, a fin de evitar situaciones de desventaja para la empresa cuyos registros se venzan con anterioridad. (Subrayado es nuestro)

Aproximadamente en el año 2002, muchas de las empresas registradas en el Registro Oficial de la Industria Nacional (ROIN), se acogieron a lo consagrado dentro del mencionado artículo 23 de la Ley 28 de 1995 (modificado por el artículo 1 de la Ley 26 de 2001), logrando que el Ministerio de Comercio e Industrias (MICI), a través de Resoluciones, extendiera la vigencia de sus registros en el ROIN amparándose en empresas de actividades iguales o similares, hasta la fecha del vencimiento del Registro de cada empresa, según fuere el caso.

Resolución No. 32 de 2002, publicada en Gaceta Oficial 24,734 de 5 de febrero de 2003

Aunque para los años 2001-2002 el MICI extendió la vigencia de la inscripción en el ROIN de un gran grupo de empresas, resolvió a su vez eliminar dentro de esas mismas Resoluciones, varios de los incentivos obtenidos por las empresas, en virtud de la aprobación de Panamá del Protocolo de Adhesión a la OMC, mediante la Ley 23 de 1997.

A finales del año 2002, el propio Ministerio de Comercio e Industrias, mediante Resolución No.32 de 31 de diciembre de 2002, publicada en Gaceta Oficial No. 24,734 de 5 de febrero de 2003, modificó todas las Resoluciones en las cuales eliminaba los subsidios obtenidos por las empresas, para prorrogar su vigencia hasta el año 2003, en ese sentido la mencionada Resolución No.32 comunicó a aquellos interesados que la extensión de los subsidios previamente eliminados, podían prolongarse hasta finales del 2007, tomando como base lo dispuesto por el Comité Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Veamos el contenido de la parte Resolutiva de la mencionada Resolución No. 32 de 31 de diciembre de 2002:

"Primero: MODIFICAR todas las resoluciones que dejaban sin efecto las subvenciones prohibidas a partir del 1 de enero de 2003, para prorrogar la vigencia de estas subvenciones hasta el 31 de diciembre de 2003.

Segundo: COMUNICAR a los interesados que la extensión podrá ser continuada hasta el fin del año calendario 2007, basada en los procedimientos aprobados en la IV Conferencia Ministerial de la OMC, sujeto a la revisión anual por parte del Comité, quien examinará el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado Panameño.

**Tercero**: **REMITIR** la presente Resolución a la Contraloría General de la República para su refrendo.

Cuarto: <u>REMITIR</u> copia autenticada de <u>la presente Resolución al Ministerio de Economía y Finanzas.</u>

..." (Subrayado es nuestro).

### Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC

Con respecto al papel que ha jugado el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial del Comercio sobre las prórrogas en materia de subvenciones, consideramos necesario revisar los aspectos más relevantes contenidos en la Consulta C- 184 de 15 de septiembre de 2004, emitida por la Procuraduría de la Administración la cual refleja un análisis extenso sobre este particular:

" ...

Según se indica en dicha nota, constituyen los antecedentes de hecho relacionados con esta consulta, los siguientes:

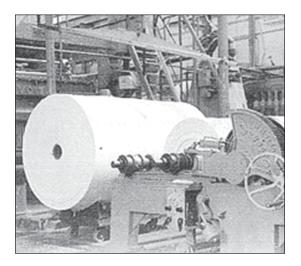
- El Ministro de Comercio e Industrias otorgó en el año 1992 su Registro Industrial a una sociedad concediéndole por 10 años los incentivos fiscales previstos en los artículos 9,10 y 12 de la Ley 3 de 1986 y demás beneficios aplicables a su actividad industrial, entre los que se encuentran la exoneración del impuesto sobre la renta respecto a la ganancia por exportación, ... para empresas que destinen parte de su producción a la exportación y el establecimiento de programas especiales de funcionamiento a las actividades de exportación, en condiciones preferenciales a los normalmente existentes.
- 2. Con fundamento en el artículo 23 de la Ley 28 de 20 de junio de 1985, modificado por la Ley 23 de 15 de julio de 1997 y la Ley 26 de 4 de junio de 2001, el Ministerio de Comercio e Industrias en el año 2002 modificó la inscripción de la empresa en el Registro Oficial de la Industria Nacional, a fin de extender su vigencia hasta el año 2010, a la vez que se eliminaron después del año 2003, los subsidios a la exportación antes enunciados y concedidos por la Ley 3 de 20 de marzo de 1986, en virtud de lo acordado por el Grupo de trabajo sobre la Adhesión de la Repú-

- blica de Panamá a la Organización Mundial del Comercio, lo cual forma parte integral de la Ley 23 de 1997.
- Posteriormente, mediante Resolución No. 32 de 31 de diciembre de 2002, se modificaron todas las Resoluciones que dejaban sin efecto las subvenciones prohibidas a partir del 1 de enero de 2003, para prorrogar su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2003, en virtud de que el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC otorgó, el 22 de noviembre de 2002, la extensión de los subsidios a la exportación, amparados en el artículo 27 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, relativo al período de transición para la eliminación de dichos subsidios.
- 4. Luego, mediante decisión adoptada el 3 de noviembre de 2003, el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC extendió los subsidios prohibidos hasta el 31 de diciembre de 2004.
- 5. Según los procedimientos aprobados en la IV Conferencia Ministerial de la OMC, dicha extensión puede ser continuada hasta el fin del año 2007, sujeto a la revisión anual por el Comité, quién examinará el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado panameño.

...

Mediante documento G/SCM/39 de 20 de noviembre de 2001, el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC reglamentó el procedimiento para la concesión de las prórrogas previstas en el párrafo 4 del artículo 27, a determinados países en desarrollo.

Conforme a este reglamento podrán solicitar prórrogas del período de transición para la eliminación de subsidios prohibidos conforme al mismo, los países en desarrollo Miembros que tuvieren progra-



mas de subvenciones a la exportación consistentes en exenciones de derechos de importación e impuestos internos vigentes al 1 de septiembre de 2001 ...

Al tenor de este procedimiento, los países interesados debían presentar su solicitud a más tardar el 31 de diciembre de 2001 y a más tardar el 28 de febrero de 2002, remitir la información detallada que le fuere solicitada. A más tardar el 15 de diciembre de 2002, el Comité concedería prórrogas para el año 2003 a los programas notificados que cumplieran con las condiciones establecidas en dicho reglamento en materia de transparencia y status quo.

Hasta el final del año 2007 y sujeto a la revisión anual del Comité, se podrá autorizar la continuación de las prórrogas concedidas, lo cual deberá solicitarse durante el último año de ese período.

Compromisos asumidos por la República de Panamá con su adhesión a la OMC, en cuanto a los subsidios contemplados en la Ley 3 de 1986. Acuerdos y medidas posteriores relacionados.

... desde el momento en que entró en vigencia la Ley 23 de 15 de julio de 1997, quedó perfeccionada la obligación internacional de la República de Panamá de dar cumplimiento, a través de las instancias gubernamentales incompatibles con las disposiciones del artículo 3 del acuerdo

sobre subvenciones y medidas compensatorias a <u>más tardar el 31 de diciembre de</u> <u>2002, incluyendo las contempladas en la</u> <u>Ley 3 de 1986.</u>

Si bien resulta incuestionable la existencia de esta obligación y la publicidad de la misma, a nuestro juicio, no debió perderse de vista que a fin de lograr la operatividad de este compromiso y generar a su vez mayor certidumbre jurídica entre los asociados, correspondía al Gobierno de turno instrumentalizar el procedimiento a través del cual se ejecutoría la eliminación gradual de estas subvenciones, adecuando a estos efectos la legislación interna pertinente, hecho que, en el presente caso, no se dio. De allí que al no existir un instrumento reglamentario de este orden, el Ministerio de Comercio e Industrias se avocara a limitar la duración de los registros cuya vigencia expiraba más allá de la fecha límite establecida en Informe del Grupo de Trabajo, mediante Resoluciones administrativas de efecto individualizado, en aplicación de la Ley 23 de 1997.

Luego, a pesar del compromiso adquirido con su adhesión al Acuerdo de Marrakech, en virtud de lo dispuesto por la Cuarta Conferencia Ministerial en su decisión sobre las cuestiones y preocupaciones relacionadas con la aplicación de los acuerdos sobre eliminación de subsidios y habida cuenta de que el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias reglamentó mediante documento G/SCM/39 de 20 de noviembre de 2001, el procedimiento para la concesión de prórrogas previstas en el párrafo 4 del artículo 27 a determinados países en desarrollo miembros, la República de Panamá presentó formal solicitud en este sentido y notificó la información respectiva desde inicios del año 2002, mediante los documentos G/SCM/ 74PAN/1 (4 de enero de 2002), G/SCM/71 PAN (4 de enero de 2002), G/SCM/N/71/ PAN/Corr.1(31 de enero de 2002), G/ SCM/Q3PAN/ (22 de febrero de 2002) y G/SCM/Q3/PAN/15 (29 de julio de 2002).

En respuesta a esta petición, mediante Decisión de 22 de noviembre de 2002 (documento G/SCM/84), el Comité de subvenciones y medidas compensatorias concedió a Panamá una prórroga hasta el 31 de diciembre de 2003, del período de transición previsto en el párrafo 2 del artículo 27 del acuerdo SMC, para la eliminación de las subvenciones a la exportación en forma de exenciones totales o parciales de derechos de importación a impuestos internos que existan en el marco del Programa al 1de septiembre de 2001.

Esta prórroga, se señala, pueda continuar hasta el final del año 2007, con sujeción a la revisión por parte del Comité del cumplimiento de los objetivos y condiciones establecidos en el reglamento de concesión de prórrogas. Igualmente se establece que Panamá dispondrá del período final establecido en el aparte g) del párrafo 1 del Procedimiento, es decir, si Panamá no solicita la prórroga, o bien del Comité no la concede, dispondrá de un plazo de dos años contado a partir del final del último período autorizado para eliminar las subvenciones a la exportación restantes.

...

En virtud de lo anterior, mediante Resolución No. 32 de 31 de diciembre de 2002, el Ministro de Comercio e Industrias resolvió modificar todas las resoluciones que dejaban sin efecto las subvenciones prohibidas a partir del 1 de enero de 2003, para prorrogar su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2003. Igualmente se resolvió comunicar a los afectados que la extensión puede continuar hasta el final del año 2007, sujeto a la revisión anual del Comité.

Posteriormente, mediante documento G/SCM/N/99PAN de 3 de julio de 2003, la República de Panamá sometió a la consideración del Comité la información de actualización relacionada con el Registro Oficial de la Industria Nacional, a fin de obtener concepto favorable para la continuación de la misma.

Así, sobre la base del examen anual la verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas en el Procedimiento para solicitud de prórrogas, el Comité resolvió, mediante Decisión de 28 de octubre de 2003, continuar hasta el 31 de diciembre de 2004 prórroga concedida mediante la decisión de 22 de noviembre de 2002, haciendo extensivos todos los términos, condiciones y disposiciones contemplados en esta decisión.

En conclusión, como se puede apreciar, la obligación inicialmente adquirida por el Estado panameño mediante documento WT/ACC/PAN 19 de 20 de septiembre de 1996, contentivo del Informe del Grupo de Trabajo sobre la Adhesión de la República de Panamá a la Organización Mundial del Comercio, fue modificada por la Decisión de 22 de noviembre de 2002 (documento G/SCM/84), del Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias, por la cual se concedió a Panamá prórroga hasta el 31 de diciembre de 2003, del período de transición previsto en el párrafo 2 del artículo 27 del Acuerdo SMC y por la Decisión de 28 de octubre de 2003, por la cual se extiende dicha prórroga hasta el 31 de diciembre de 2004.

Asimismo queda claramente establecido que la continuidad de la prórroga hasta el año 2007 dependerá en todo caso de que la República de Panamá efectúe en tiempo oportuno las notificaciones pertinentes y de que el Comité decida concederla año tras año, sobre la base de la revisión de la información suministrada.

..."(Subrayado es nuestro)

Como veremos a continuación, la prórroga de la eliminación de los incentivos emanados del ROIN, se encuentra vigente hasta el 31 de diciembre de 2006, según la última nota enviada por el Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias al MICI.

### Organización Mundial del Comercio

G/SCM/84/Add.3

31 de octubre de 2005

(05-5065)

Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias

CONTINUACIÓN DE LA PRÓRROGA PREVISTA EN EL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 27 DEL ACUERDO SMC DEL PERÍODO DE TRANSICIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE LAS SUBVENCIONES A LA EXPORTACIÓN DE CONFORMIDAD CON EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL DOCUMENTO G/SCM/39 PANAMÁ.

Registro Oficial de la Industria Decisión de 27 de octubre de 2005 Addendum

El Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias (en adelante el Comité),

Conforme a lo dispuesto por la Cuarta Conferencia Ministerial en su Decisión sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación (WT/MIN(01) 17, de 20 de noviembre de 2001);

Siguiendo el "Procedimiento para la concesión de las prórrogas previstas en el párrafo 4 del artículo 27 a determinados países en desarrollo Miembros" (GSCM/39, de 20 de noviembre de 2001) (en adelante, el "Procedimiento"), en particular los apartados d) y e) del párrafo de dicho texto;

Tomando en cuenta la solicitud presentada y la demás información notificada al Comité por Panamá, de conformidad con el Procedimiento, en relación con el Registro Oficial de la Industria (en adelante, el "programa")

Recordando que el Comité consideró que, a los efectos de la decisión adoptada por el Comité el 22 de noviembre de 2002 que figura en el documento G/SCM/,84, Panamá era un país en desarrollo Miembro, cuya participación en el comercio mundial

de exportación de mercancías no era superior al 0,10 por ciento y cuyo ingreso nacional bruto para el año 2000, publicado por el Banco Mundial, era igual o inferior a 20,000 millones de dólares de EEUU y que por lo demás, tenía derecho a solicitar un prórroga de conformidad con el párrafo 4 del artículo 27 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC),

Tomando nota de que Panamá confirma que no se ha modificado el programa desde el 1 de enero de 2003 de forma que éste sea más favorable en lo que se respecta al alcance, la cobertura, y la intensidad de los beneficios que lo era el 1 de septiembre de 2001,

Sobre la base del examen por el Comité de la información notificada de conformidad con los apartados d) y e) del párrafo del Procedimiento para verificar el cumplimiento por Panamá, durante el período examinado por el Comité en 2004, de las obligaciones que le imponen con respecto al programa las disposiciones sobre transparencia y status quo que figuran en los párrafos 3 y 4 del Procedimiento, en relación con el programa en vigor el 1 de septiembre de 2001,

Por la presente acuerda continuar hasta el 31 de diciembre de 2005, de conformidad con el Procedimiento, la prórroga y su continuación concedidas en los documentos G/SCM/84 y ADD.1 del período de transición previsto en el párrafo 2)b del artículo 27 del Acuerdo SMC, para la eliminación de las subvenciones a la exportación en forma de exenciones totales o parciales de derechos de importación e impuestos internos que existían en el marco del programa el 1 de septiembre de 2001. Se aplicarán todos los términos y condiciones y demás disposiciones de las decisiones que figuran en los documentos G/SCM/84 y ADD.1.

(Subrayado es nuestro).

#### CONCLUSIONES

El manejo del Estado panameño luego de la entrada en vigencia de la Ley 23 de 1997, llevó a cabo una gran divulgación en relación a la eliminación progresiva de los subsidios, lo que a su vez era necesario para ir dirigiendo al país hacia las políticas del "libre comercio".

No obstante aunque el MICI hizo pública la Resolución 32 de 2002, mediante su publicación en Gaceta Oficial, se abstuvo de comunicar a la comunidad de industriales inscritos en el ROIN, que la República de Panamá sometió a la consideración del Comité de Subvenciones de la OMC, obtener concepto favorable para prorrogar el período de vigencia de las subvenciones emanadas del Registro Oficial de la Industria Nacional y además que desde el 31 de diciembre del año 2003 hasta el 31 de diciembre de 2006, se ha mantenido la prórroga sobre la eliminación de las subvenciones a las exportaciones.

Esto significa que si durante el 2006 Panamá recibe una nueva prórroga para el próximo 2007, el período de gracia entre 2003-2007 habría sido un ciclo en la vida jurídica en materia de subsidios, aprovechada por muy pocos de los que legalmente gozan todavía del derecho a beneficiarse de los subsidios a las exportaciones otorgados por la Ley 3 de 1986.

No obstante, uno de los más importantes aspectos a destacar de todo el análisis previo es la falta de adecuación de la legislación interna a los compromisos internacionales adquiridos por la República de Panamá en materia de libre comercio.

Lo anterior significa, que aún cuando se mantiene la vigencia del artículo 23 de la Ley No. 28 de 1995, tal como quedó modificado a través del artículo 1 de la Ley 26 de 2001, que permite mantener todos los incentivos fiscales dimanantes del Registro Oficial de la Industria Nacional hasta la fecha de vencimiento de cada inscripción, un mero acto administrativo del Ministro de Comercio e Industrias, es decir, la Resolución No. 32 de 31 de diciembre de 2002, ha limitado el reconocimiento de los mismos, con fundamento en un compromiso internacional (el Acuerdo de Marrakech aprobado a través de la Ley No. 23 de 1997) sin que la Asamblea Legislativa haya procedido con la adecuación de la legislación interna a dicho compromiso internacional.

En definitiva, de acuerdo con la posición del Ministerio de Comercio e Industrias y la Procuraduría de la Administración, la vigencia y aplicación de los incentivos fiscales a las exportaciones dimanantes del Registro Oficial de la Industria Nacional, dependen de una notificación anual que puede o no emitir la Organización Mundial de Comercio, sin necesidad de adoptar modificaciones a nuestra legislación interna.

En materia tributaria, el principio de legalidad consignado constitucionalmente requiere que cualquier modificación a la legislación fiscal se introduzca por vía de normas de jerarquía legal. Este no ha sido el caso de los incentivos fiscales a las exportaciones dimanantes del Registro Oficial de la Industria Nacional.

Contradictoriamente, las modificaciones en materia de Certificados de Abono Tributario sí se han adoptado por vía de normas de jerarquía legal y no se ha pretendido su cancelación automática con fundamento en los compromisos o canjes de notas realizados entre la Organización Mundial de Comercio y la República de Panamá.

## LAS NORMAS INTERNACIONALES DE INFORMACIÓN FINANCIERA BAJO UN ENFOQUE FISCAL

Por: Haydée de Chau

Socia de KPMG en Panamá

En febrero de 2005 se promulgó en la Gaceta Oficial No. 25,232, la Ley No. 6 de 2 febrero de 2005 "que implementa un programa de equidad fiscal" o comúnmente conocida como la reforma fiscal. Aparte de las normativas fiscales de rigor, la ley incorpora, por primera vez en la historia tributaria de nuestro país, conceptos de carácter eminentemente financiero como una parte integral a ser considerada para validar la información financiera utilizada para establecer el monto del impuesto sobre la renta a tributar por las personas jurídicas y naturales.

La Ley No. 6, en su Artículo 74, parágrafo 1 establece que "se adoptan como propias y de aplicación en la República de Panamá, las Normas Internacionales de Información Financiera emitidas y que emita el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB), organismo independiente establecido para promulgar normas contables de aplicación mundial".

Igualmente, la ley en su Artículo 16, parágrafo 3, establece que: "A partir del 1 de enero de 2006, la Dirección General de Ingresos solo aceptará declaraciones de renta preparadas en base a registro de contabilidad que utilicen el sistema de devengado sobre la base de las Normas Internacionales de Información Financiera o NIIF. En casos excepcionales, se podrá utilizar el sistema de caja mediante previa autorización de la Dirección General de Ingresos, de acuerdo con el tipo de la actividad económica del contribuyente".

Otra mención sobre las NIIF se encuentra en el parágrafo 2 del mismo artículo con relación a las empresas que incurriesen en pérdida por razón del pago del impuesto sobre la renta. El parágrafo al tenor dice: "Con el fin de validar las declaraciones de renta, la Dirección General de Ingresos queda facultada para requerir del contribuyente, y éste obligado a suministrarla, copias de los estados financieros presentados a los bancos e instituciones financieras. La no congruencia de la declaración de renta con los estados financieros auditados, en base a Normas Internacionales de Información Financiera o NIIFs, podrá, de probarse, ser considerada como defraudación fiscal".

Esta inesperada adopción de las NIIF, desde un punto fiscal, trajo como consecuencia que surgieran muchas inquietudes por parte de los contribuyentes como de las autoridades fiscales, acerca de cómo llevar a cabo esta implementación. Tal fue el grado de incertidumbre creado, que en noviembre de ese mismo año, la Dirección General de Ingresos se vio abocada a postergar la implantación de esta adopción, dada la falta de conocimientos de esta normativa contable por de la comunidad de contribuyentes como por el ente fiscalizador.

Esto dio como resultado la emisión de la Resolución No. 201-4241 de 16 de noviembre de 2005, expedida por la Dirección General de Ingresos y que al tenor resuelve:

"Autorizar a las personas jurídicas la preparación de sus estados financieros que servirán como base para la presentación y recepción de las declaraciones juradas de rentas – en base al sistema de recibido o devengado que hayan venido utilizando a la fecha de la presente resolución...".

Este aplazamiento "indefinido" ya que no se establece ninguna fecha cierta sobre la temporalidad de esta resolución, tiene el propósito de preparar a la comunidad de negocios y a las autoridades fiscales con el debido conocimiento de las NIIF de manera que la adopción de las mismas y su relación con las normas fiscales vigentes, pueda ser aplicada y fiscalizada apropiadamente.

De todos es ampliamente conocido, que el concepto tributario siempre ha tenido una base sustancialmente diferente al concepto financiero. Esto es así, debido a la diferencia de objetivos que cada uno de ellos persigue: el primero, regular el pago de los tributos de acuerdo a disposiciones específicas a ser consideradas para tal fin; y, el otro, lograr la presentación justa y razonable de la situación financiera, de los resultados de las operaciones y de los flujos de efectivo de la empresa. Son pues, dos enfoques totalmente distintos.

Con la adopción de las NIIF para efectos tributarios, surgen muchas interrogantes acerca de cómo la Administración Tributaria considerará ambos conceptos en la determinación del impuesto sobre la renta respectivo. Esto es así, ya que los ingresos para efectos fiscales consideran fuentes exentas y extranjeras, por ejemplo, los cuales no tienen efecto en términos financieros. Es decir, para las NIIF, el ingreso es sólo uno sin importar su procedencia. Igual consideración existe para los gastos, en donde en términos fiscales, son deducibles o no deducibles, mientras que para las NIIF, todos son gastos por igual, que tienen el efecto de disminuir los ingresos.

Igualmente, encontramos las provisiones las cuales son limitadas en términos tributarios, a diferencia de las NIIF, que propugnan por el establecimiento de todas aquellas provisiones que sean necesarias para mostrar el valor justo de los activos y pasivos de la entidad. Las NIIF incluyen, además de las provisiones conocidas, otros cargos como el relacionado con el deterioro de activos, fluctuaciones del valor razonable de ciertos activos, entre otros.

Para una mayor ilustración presentamos algunas de las diferencias mencionadas:

SEGÚN EL FISCO	NIIF
<ul> <li>Provisión para cuentas incobrables (1% de las ventas al crédito y saldo no mayor del 10% de las cuentas por cobrar)</li> <li>Sólo es deducible el gasto en las empresas financieras cuando se da de baja el saldo por cobrar</li> </ul>	Provisión para cuentas incobrablesEl monto que sea necesario para cubrir posibles pérdidas por cuentas inco- brables (no está limitado)
Inventario dañado     Deducible sólo cuando se destruye la mercancía	El inventario es valuado al costo o valor neto realizable, el menor, lo cual implica que está neto de cualquier pérdida por obsolescencia o daño
<ul> <li>Depreciación acelerada</li> <li>No se acepta la depreciación de activos revaluados</li> </ul>	<ul> <li>Diversos métodos de depreciación</li> <li>Depreciación sobre activos revaluados</li> </ul>

SEGÚN EL FISCO	NIIF
Descarte de activos fijos sólo por destrucción física, hurto/robo	Cargo por deterioro de activos
No considerado. Los activos/pasivos se llevan al costo histórico	<ul> <li>Ganancias o pérdidas por cambios en el valor razonable de los activos/ pasivos</li> </ul>
<ul> <li>Prima de antigüedad         Deducible sólo si es aportada a un fondo de cesantía     </li> </ul>	<ul> <li>Gasto por la obligación laboral completa</li> </ul>
Arrastre de pérdida (beneficio fiscal)	<ul> <li>Sólo es considerado como parte del cálculo del impuesto sobre la renta diferido</li> </ul>
Sistema de contabilidad de efectivo (los ingresos y los gastos se reconocen cuando se cobran/pagan)	<ul> <li>Sistema de contabilidad de devengado (los ingresos y los gastos se reconocen cuando se ganan/incurren (no cuando se cobran/pagan)</li> </ul>
Arrendamiento financiero – Gasto de alquiler	<ul> <li>Arrendamiento financiero Se reconoce el activo y la obligación. Los gastos co- rresponden a los intereses por financia- miento y a la depreciación del activo</li> </ul>
Contratos de construcción     Se reconocen los ingresos y costos a la terminación de la obra	<ul> <li>Contratos de construcción         Se reconocen los ingresos y costos de         acuerdo al porcentaje de avance de         obra</li> </ul>
Ingresos gravables     Excluye ingresos exentos y extranjeros	• Ingresos Son todos aquellos ganados en el año
<ul> <li>Fusiones y adquisiciones         Considera método de fusión de intereses     </li> </ul>	Fusiones y adquisiciones     Considera solamente el método de compra
<ul> <li>Activos intangibles</li> <li>Gastos de organización, investigación, derecho de llave y otrosAmortización en un solo año o en cinco años consecutivos o según acuerdo.</li> </ul>	<ul> <li>Activos intangibles         Se reconocen sólo aquellos que califiquen         Amortización con base al acuerdo contractual         Gastos de organización, investigación y otros se cargan inmediatamente a gastos         La plusvalía mercantil no se amortiza</li> </ul>
Gastos deduciblesExcluye gastos no deducibles y aquellos asociados a renta exenta y extranjera	Gastos     No hay exclusiones
Impuesto sobre la renta causado	Impuesto sobre la renta diferido (activo y pasivo)



El tema de las diferencias se hace todavía más complejo si consideramos que las NIIF incorporan diversas formas de medición para ciertas partidas contables, activos y pasivos, que inciden directamente en la determinación de los resultados financieros de los contribuyentes. Algunas de estas bases de medición, abandonan por completo el concepto de costo histórico, que es el que prevalece en las normativas fiscales de nuestro sistema tributario, lo que profundiza, más aún, las diferencias entre el enfoque financiero y el fiscal.

Bases de medición tales como costo corriente, costo atribuido, valor presente y valor razonable difieren sustancialmente del concepto de costo histórico y/o costo de adquisición, y constituyen algunas de las bases financieras contenidas en las NIIF.

Estas son algunas de las diferencias más importantes que podemos encontrar entre los dos enfoques: fiscal y financiero. Es importante que la Administración Tributaria defina con claridad el tratamiento que dará a estas diferencias a fin de determinar la forma en que se determinará el impuesto sobre la renta.

La determinación de las diferencias, es apenas uno de los temas que deben ser considerados en este proceso de adopción de las NIIF. Otro igual de importante, se refiere a la metodología propia de la adopción cuando se da por primera vez. Existe toda una norma contable al respecto denominada NIIF 1 Adopción por primera vez de las Normas Internacionales de Información Financiera, que determina que la adopción afecta no sólo el año propio de la adopción sino también el año inmediatamente anterior. Esto implica que las cifras financieras del año anterior, también sufrirán cambios y, por consiguiente, es muy probable que surjan ajustes contables importantes que podrían afectar la contribución fiscal de las empresas.

Otros aspectos también deberán ser considerados por la Dirección General de Ingresos en este proceso de adopción como el hecho de que por requerimiento de esta ley, los registros de contabilidad se regirán por las NIIF lo cual cambiará la práctica de que los libros de contabilidad reflejen únicamente los conceptos fiscales, como ha sido la costumbre hasta ahora.

La adopción de las NIIF como base de validación de la determinación de los impuestos, requiere, con carácter de urgencia, que la Administración Tributaria proporcione las directrices sobre cómo deberá documentar el contribuyente la información tributaria partiendo de los registros contables según las NIIF, nueva base de contabilidad oficial de la República de Panamá a partir de la reforma fiscal.

Igualmente, es de suma importancia que los contribuyentes adopten una actitud proactiva en el conocimiento de las NIIF a fin de lograr que este proceso de transición entre el viejo esquema aplicado por décadas y la adopción de las normas financieras sea transparente y expedito para el beneficio del sistema tributario y financiero de nuestro país.

# EL DERECHO PROCESAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

# - Noel Augusto Caballero -

I. Las Solicitudes Ordinarias o Comunes.

(Procedimiento Común) Reclamaciones (Acción) Los recursos.

- II. Las Pruebas.
- III. El valor de las Actas Fiscales.
- I. Las Solicitudes Ordinarias o Comunes. (Procedimiento Común)
   Reclamaciones (Acción)
   Los recursos.

# LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA FISCAL:

# EL PROCEDIMIENTO FISCAL ORDINARIO

En nuestro trabajo de graduación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - ("Los Recursos Administrativos Contra los Actos Administrativos de Aplicación del Impuesto sobre la Renta") - hicimos el esfuerzo de presentar de la forma más comprensible posible, la relación procesal Fisco –vs- contribuyente, como consecuencia de la aplicación de las normas del Impuesto sobre la Renta. Esta especial atención se fundamentaba <y, aun, se puede afirmar> que la legislación fiscal o tributaria (Código Fiscal) se mantiene inalterable o invariable, en cuanto al número plural de procesos y procedimientos que

existen, según el impuesto de que se trate o de la pretensión o derecho del contribuyente.

En esa ocasión expusimos como la acción de reclamación económica desapareció con la Ley 54 de 1974 para dar origen a una mutación procesal, en donde el proceso se inicia, no con una acción, sino con un recurso, se impone, así, la admisibilidad de pruebas y su evacuación (período probatorio) para no dejar indefenso al contribuyente, pero contradiciendo la tradicional posición de que en el conocimiento de los recursos sólo se debaten cuestiones puramente de derecho o jurídicas de una decisión tomada por la autoridad y que puede dar paso a una causación de estado o de cosa juzgada, por lo que -generalmente - no son admisibles ni practicables ningún tipo de pruebas.

El Libro VII del Código Fiscal se denomina "De los Procedimientos Administrativos en Materia Fiscal" y, que de por sí, indica que no existe un sólo procedimiento. En efecto en este Libro encontramos, en su <u>Título I°</u> el llamado "Procedimiento Fiscal Ordinario"

En su <u>Capítulo I</u>°, "Disposiciones Generales", contempla el "**Procedimiento Técnico o de Gestión**" (art. 1183).

En el <u>Capítulo III</u>° está "*Del procedimiento en Primera Instancia y en Instancia Única*"; y, es aquí donde objetivamente se inicia el proceso en virtud de la \*ACCION\* procesal – como la concibe Couture y el artículo 1197 del Código Fiscal.

De los doce artículos (1208 al 1219) que conforman esta primera instancia (propiamente) para las Reclamaciones, sólo los artículos 1210 y 1211 - concernientes al otorgamiento de poderes y legitimidad de personería - son aplicables a las "Peticiones".

En el <u>Capítulo IV</u>° está "*Del Proce-dimiento en Segunda Instancia*" aplicable a las Reclamaciones o acciones procesales que se aboquen a ella. De las normas de este procedimiento, sólo le son aplicables, a las "Peticiones", los artículos 1220, 1221, 1222, 1224, 1225, y 1228.

 (Entonces, salta la pregunta ¿cuáles son los casos de única instancia, si, como se aprecia, las peticiones aun con sus limitaciones normativas, pueden, similar a las Reclamaciones, agotar ambas instancias?) –

Ahora bien, ¿cómo se llegan agotar estas instancias? La respuesta es obvia, utilizando oportunamente los medios de impugnación o recursos que establece el artículo 1238 del Código Fiscal.

A este procedimiento es que nos vamos a referir, obviando, por tanto, aquellos referentes a "Del Procedimiento Penal Aduanero", "De la Tramitación en los casos de Falta", "Procedimiento Penal Común"; "De la Tramitación de Las Infracciones de Mayor Cuantía", y "De las Infracciones Menores", contemplados, todos, en el Título II del mismo Libro VII°, así como de cualquier otro que algún tributo especialmente contemple, ya que deben ser tratados o desarrollados de manera específica, amén de que estos, a su vez, se remiten a las normas del procedimiento de primera y segunda instancia.

– (En la revista "Anotaciones sobre algunos aspectos legales y operacionales de la Administración Tributaria", publicada por la Dirección General de Ingresos - del entonces Ministerio de Hacienda y Tesoro de septiembre de 1996, adelantamos algunos conceptos del procedimiento penal: "Investigación del Ilícito Fiscal y Las Pruebas en el Derecho Fiscal Panameño".) -

## EL PROCEDIMIENTO FISCAL ORDINARIO

Anotábamos, que dentro del Código Fiscal, Libro VII°, Título I°, <u>Capítulo I</u>° denominado "Disposiciones Generales", se contempla una gestión que hemos llamado "Procedimiento Técnico o de Gestión" (algunos lo identifican como de "reposición"), en razón de las características y objetivos propios que posee.

Dice el artículo 1183:

". Cualquiera persona directa y particularmente afectada por un acto administrativo puede comparecer, por sí o por
medio de otra persona debidamente autorizada al efecto, ante la oficina correspondiente y solicitar verbalmente al jefe de ésta
que se le manifiesten los fundamentos y
datos que hayan sido tenidos en cuenta en
el acto administrativo que se trate, pudiendo hacer, en vista de ellos, por escrito, las
objeciones que estime convenientes a su
derecho, las cuales deberán ser admitidas
por el expresado funcionario cuando el
error cometido sea evidente.

La facultad que se concede en el inciso anterior se entenderá sin perjuicio del derecho que tiene todo interesado en un acto administrativo fiscal para presentar reclamaciones de conformidad con las disposiciones de este Libro."

Lo primero que hay que destacar es que la norma califica esta actuación como una "facultad", no como una acción ni recurso. Lo presenta como una opción u oportunidad para tener acceso a las razones de hecho y derecho que se tuvieron para la emisión del acto administrativo de que se trate. Por esta razón el "error evidente" no puede ser invocado por la Administración.

Este es un caso típico de una o única instancia a que se refiere el artículo 1219 del Capítulo II°, antes aludido, con excepción del contemplado en el artículo 762 y 1327, también del Código Fiscal referente a la conversión de la multa en arresto.

El interés tiene que estar fundamentado en una afectación directa y personal y por esta situación, la gestión ha de ser personal o por medio de un apoderado constituido de conformidad con las disposiciones del Código Judicial ya que la seguridad y confidencialidad de parte de los funcionarios, es una exigencia que el Decreto de Gabinete 109 de 1970, les impone.

Dentro del <u>concepto de acto administrativo</u>, quedan comprendidos los actos preparatorios, los definitivos y los de ejecución de la Administración Tributaria; pero en todo caso, debe tenerse presente la existencia del principio de reserva de las investigaciones o del sumario si fuere caso.

Para tener acceso a los referidos antecedentes del acto administrativo, no se requieren formalidades escritas, y se preceptúa que ha de ser verbal, por lo que la exposición del funcionario, también, será de igual forma.

Posteriormente, y enterado de las razones de hecho y de derecho que sirvieron de base al acto administrativo, el afectado podrá presentar las objeciones que estime convenientes. A estos efectos, las objeciones deberán presentarse por escrito (al tenor de lo que dispone el artículo 1201, 1210 y 1211 del Código Fiscal.) y para ello no existe plazo o término de presentación.

Como quiera que no existe plazo o término para la presentación de las objeciones, ¿significa que tales objeciones pueden – acaso- formalizarse aunque hayan precluido las instancias procesales? Conceptuamos que ello no es posible, ya que uno de los presupuestos es la novedad del caso; es decir, que el ejercicio de esta gestión es para conocer los datos y fundamentos de la expedición del acto ha objetar, razón por lo que la norma advierte que el agotamiento de esta gestión no menoscaba las acciones y recursos procedentes. Tampoco, pueden revivirse situaciones que han causado estado o cosa juzgada por

estar ejecutoriadas. Esto es algo similar a la relación detallada del artículo 720 del Código Fiscal

No obstante, que la Ley, tampoco, señala un término para resolver las objeciones, el funcionario, consecuente con el escrito de objeción, deberá proceder a admitirlas si fuere el caso, y enmendará el error, suspendiendo, modificando, revocando o aclarando el acto, si tal error fuere evidente, tan pronto como le sea posible para no causar lesiones o perjuicios mayores.

Pero ¿qué es un "error evidente"?, ¿Son admisibles las pruebas? ¿Cómo se prueba este error?

El "ERROR EVIDENTE" a nuestro juicio, deviene en lo que se llama "error de hecho" que recae sobre una situación o hecho que ha sido susceptible de ser material u objetivamente del conocimiento del funcionario. En este caso la evidencia o prueba de su incursión errónea, tiene que llevar a la convicción inmediata de una mala o tergiversada apreciación de los hechos que dan fundamento al acto cuestionado. Es decir, tiene una trascendencia similar a un hecho notorio que opera en sentido negativo a lo expresado por el acto objetado.

Una peculiaridad que tiene esta gestión, es la que solamente el funcionario que dictó el acto objetado puede revocarlo, modificarlo o aclararlo, para dar por terminada la – única- instancia ("...deberán ser admitidas por el expresado funcionario cuando el error cometido sea evidente..."; por tanto, la acción de reclamación, tal como lo prevé el propio artículo 1183 en su parte final, queda expedita.

# EL PROCEDIMIENTO COMÚN DE LAS SOLICITUDES

La Constitución Nacional consagra el derecho de toda persona para presentar solicitudes (art. 41) las cuales, según el Código Fiscal, pueden consistir en "Peticiones" y "Reclamaciones" (art. 1195).



La primera –PETICIÓN – "es la solicitud que haga un particular para obtener un beneficio, bien sea apoyándose en un derecho establecido legalmente o acudiendo a la facultad discrecional de la administración para concederlo".

Por su parte, la segunda, - RECLA-MACIÓN - "es la <u>acción</u> administrativa que ejerce un particular para obtener la reparación de un derecho vulnerado". (enfatizamos)

En ambos casos se pretende cumplir con los principios de protección de los derechos, así como el de garantizar la oposición a los actos administrativos.

#### De la Petición.

Queda expresado que la "Petición" es la solicitud que se presenta a obtener un beneficio, ya sea que se presume o que esté establecido en la Ley, pero que requiere de un pronunciamiento o reconocimiento de una Autoridad, en nuestro caso, Fiscal o Tributaria. También, la "petición" puede consistir en una solicitud para que la Autoridad Fiscal o Tributaria ejercite sus facultades discrecionales que le concede la Ley, a fin de que se autorice o permita la ejecución de un determinado acto o una determinada situación ante el Fisco.

A nuestro juicio, lo que importa destacar en este aspecto de la "petición", es que la situación queda resumida a la aplicación de las disposiciones que hacen referencia a la legitimación de su presencia o condición de peticionario o representante legítimo, y en cuanto a la actuación de fondo o sustantiva, al marco de los derechos de probanza, audiencia, vistas y comunicación o notificaciones que no admiten otras instancias procesales; vale decir, a un proceso de única instancia. Así, se colige de la sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 24 de noviembre de 1992, pronunciada

con motiva de acción de inconstitucionalidad promovida por la Fundación Social Dharma, contra la Resolución 201- 140 de 4de julio de 1991, proferida por la Dirección General de Ingresos que le negaba reconocimiento a recibir donaciones deducibles del Impuesto sobre la Renta.

La Sentencia, en su parte medular, expresa:

"Además, considera la Corte, que el beneficio fiscal que supone recibir donaciones deducibles del impuesto sobre la renta no es un derecho que se pueda exigir a la Administración Tributaria por la sola circunstancia de haber obtenido una personería jurídica de acuerdo a la Ley.

La autorización puede ser discrecional otorgada por la Administración, luego de valorar su conveniencia y siempre que motivos de orden público o interés social no aconsejen lo contrario, valoración que le atañe exclusivamente a la Administración, que en esta función deberá actuar conforme a la Ley.

Por lo tanto, frente al ejercicio de esta función discrecional los interesados sólo tienen el legítimo interés de que la Administración valore la respectiva petición en estricto cumplimiento de la Ley. Pero no pueden reclamar tal beneficio tanto como un derecho legalmente reconocido.

....

#### La Reclamación

Ha de ser entendida según la acepción dada, esto es, como todo derecho que tengan los interesados o particulares, con asidero legal o simplemente presuntivo o subjetivo, para oponerse a un acto administrativo que lesiona sus derechos o en busca de la reparación del derecho vulnerado.

El ejercicio de la reclamación entraña la preexistencia de un acto administrativo, en diferenciación a la Petición que busca su expedición o nacimiento.

De lo expuesto, puede coleguirse que debe realmente existir un interés, salvo que por disposición de la Ley la simple alegación de un interés equivale a "un interés de parte". Por lo tanto, se exige que el interés sea personal del reclamante. Debe el interés ser actual (no eventual, futuro o incierto) y directo del reclamante.

Por ello, cuando apreciemos los requisitos o condiciones legales comunes para la interposición de las peticiones y reclamaciones deben ser comprendidas en su debida y precisada acepción legal, y, especialmente, esta última (reclamación) que nunca debe ser confundida con el recurso de reconsideración craso error en que incurren propios y extraños a la Administración Tributaria.

#### **Requisitos Comunes**

El artículo 1201 del Código Fiscal señala que los memoriales que contengan solicitudes (peticiones y reclamaciones) de carácter fiscal deberán reunir, por lo menos los siguientes requisitos:

1° Ser extendidos en papel sellado, cuando sea el caso; es decir, cuando no figuren como parte de las gestiones o actuaciones de un proceso administrativo. (Resolución DGI- 201- 1479 de 7de octubre de 1996, Gaceta Oficial N° 23.145 de 16 de octubre de 1996)

2º Expresar el nombre y denominación del funcionario u organismo al cual va dirigido.

- 3º La clara exposición de la súplica a que se refiere la solicitud.
- 4º Contener la relación de los hechos que sirven de antecedentes a la solicitud y cita de las disposiciones legales pertinentes, si este le fuere posible al interesado.
- 5º Emplear formas respetuosas tanto en el tratamiento del funcionario, como en la redacción del escrito.
- 6° Ser firmado por el particular interesado que dirige el escrito, o, en su caso, por el representante legal o apoderado con expresión de su número de cédula de identidad personal; y,
- 7º La dirección postal o domicilio del solicitante al cual deberán dirigirse las notificaciones.

De todos estos requisitos, algunos parecen inicuos, obsoletos y hasta obvios, pero hay mérito para hacer algunos comentarios adicionales.

En primer lugar, se tratan de memoriales, obviamente, escritos de manera que no sea fácil su alteración o sustracción textual.

En segundo lugar, el libelo debe contener una clara exposición de los hechos que comprenden la solicitud, con la cita y conceptos de las normas atinentes a la misma.

En tercer lugar, deben identificarse las pruebas o enunciarse y donde reposan las mismas para ordenar la diligencia pertinente a su evacuación.

# **Otros Aspectos Comunes**

Existen también, otras disposiciones legales comunes a las peticiones y reclamaciones (solicitudes), dentro de las cuales podemos mencionar:

- a) aquella que ordena llenar los vacíos del procedimiento con las normas del Código Judicial (art. 1194),
- b) las referentes a la causación de la caducidad de la instancia (art. 1186, 1187, 1188);
- c) la configuración del silencio administrativo o negación tácita (art. 1185);

- d) el impedimento para que los funcionarios públicos puedan impugnar los actos administrativos fiscales (art. 1184);
- e) la aceptación o admisión del desistimiento (art. 1189) y
- f) la expedición formal de los actos administrativos o resoluciones (1192 y 1193).

## Competencia y Jurisdicción

Para el conocimiento de las solicitudes (peticiones y reclamaciones) el artículo 1194 del Código Fiscal señala:

"Son competentes para tramitar solicitudes o recursos los organismos o funcionarios del Ministerio de Hacienda y Tesoro (léase Economía y Finanzas), designados al efecto por las respectivas disposiciones legales.

..."

En primer lugar, en atención al ejercicio de la dirección activa del Tesoro Nacional o catálogo impositivo nacional se determinan la competencia de los organismos; vale decir, que en atención al impuesto de que se trate se precisa la Dirección General competente, por ejemplo: tratándose del Impuesto sobre la Renta, Inmueble, ITBM, Timbres (entre otros) es de competencia de la Dirección General de Ingresos; en tanto, que si se trata de los impuestos de Importación o Exportación lo será la Dirección General de Aduanas.

En segundo lugar, en atención a la materia o tema de que se trate, por ejemplo: catastro y avalúos de inmuebles y bienes patrimoniales, es de competencia de la Dirección General de Catastro; lo referente a bienes ocultos le corresponde a la Dirección Superior del Ministerio.

También, encontramos la determinación de la competencia por delegación del Ministro, "cuando no exista disposición legal que designe con exactitud el organismo o funcionario competente para tramitar y resolver determinada solicitud o recursos... teniendo en cuenta la natu-

raleza del caso", (art. 1191 C.F.), tal como ocurre en el ejercicio de la dirección pasiva del Tesoro Nacional, que la fecha le está asignada a Dirección General de Ingresos, quizás por su vinculación a los hechos generadores y/o su fuerza fiscalizadora.

## Normas Procedimentales inherentes a la Petición

Son aquellas propias de la petición y que regulan situaciones especiales del asunto de que se trata. Por ejemplo, las referentes a las notificaciones de las resoluciones que recaigan sobre meras peticiones, las cuales no requieren de la notificación personal, sino que se entenderán notificadas al vencimiento del plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de expedición del respectivo acto absolutorio de la petición. Ello, obviamente, no quiere decir que la notificación personal no pueda llevarse a cabo, si el petente comparece al despacho. Dentro de este ámbito se encuentra las condiciones para ser petente o solicitante que no entrañen una controversia, que es materia de las reclamaciones.

## Normas Procedimentales inherentes a la Reclamación

Por deducción del resto del articulado que integran el Capítulo IIº del Título Iº del Libro VIIº del Código Fiscal, son las normas que regulan o son aplicables a la Reclamación. Veamos.

#### Primera Instancia...

a) <u>Inicio de la Acción</u>.- Ya hemos hecho referencia a los requisitos mínimos comunes a las peticiones y reclamaciones, por lo que los respectivos memoriales deberán cumplir con ellos, sin perjuicio de aquellos otros requisitos especiales que por su naturaleza controversial, establece el Código para las reclamaciones.

Vale anotar, primeramente, que por tal naturaleza controversial (ya que pretende la "reparación de un derecho vulnerado"), la reclamación no requiere el uso del papel sellado. Hecha esta salvedad, hay que adicionar que se requiere que sea interpuesta por un profesional del derecho (abogado) (art. 1199) mediando el otorgamiento de un poder (art. 1200) y de acuerdo a las formalidades que contempla el Código Judicial.

- b) El Plazo.- Teniendo conocimiento del acto que vulnera un derecho, el afectado tendrá un plazo de quince (15) días hábiles para entablar su acción de reclamación contra dicho acto. Este plazo se comienza a contar al día siguiente de aquel en que fue notificado del acto (art. 1208).
- <u>Las Pruebas</u>.- Junto al memorial se deberá adjuntar, por lo general, las siguientes:

### 1.- Preconstituidas:

.- El poder conferido al abogado.

.-Acreditamiento del carácter representativo (personería) con que se otorga el poder, por lo general, certificación del Registro Público referente a la inscripción de la sociedad y su representante legal.

.-Aducción o enunciación de las pruebas que interesen practicarse (art. 1212). A estos efectos probatorios se siguen las normas del Código Judicial en cuanto a la admisión y práctica de los medios probatorios (art. 1214); y, por otra parte, aquellas <u>pruebas aducidas</u> deberán ser precisadas en cuanto a su identificación y en cuanto al lugar donde reposan (art. 1215).

Es importante tener presente que el funcionario competente podrá decretar caducada la instancia si, dentro del término que él señale en un acto- providencia, no se presentan los dos primeros documentos o pruebas acabados de mencionar (art. 1211).

#### 2.- Otros Medios Probatorios.

En el procedimiento fiscal se admiten todos los elementos de juicio que permitan llevar al funcionario, a la convicción con respecto a la realización de hechos o confirmación de las alegaciones (art. 1214). Y cuando decimos "todos los elementos de juicio" comprendemos todos aquellos medios y/o instrumentos de que disponga el contribuyente para comprobar gastos, costos, ingresos, pagos u otros hechos y circunstancias que le corresponda probar o comprobar, por recaer en él la carga de la prueba.

Como quiera que el régimen legal de las pruebas será el establecido por el Código Judicial, el mismo tiene que ser de cabal comprensión de parte del funcionario juzgador y, asimismo, con aptitud calificada para obrar con pleno conocimiento y responsabilidad en la valoración de la prueba y aplicación razonada del ejercicio del principio de la "sana critica" de la prueba.

Vale decir, que la Ley no establece cuales pruebas son admisibles o cuales no, poniendo como condición esencial que sean formal y sustancialmente lícitas.

d) El Período Probatorio.-El procedimiento fiscal no señala la apertura formal de un período probatorio propiamente dicho, por lo que las pruebas aducidas o presentadas serán preevaluadas por el funcionario conocedor de la acción por lo que las admitirá o las rechazará si no fueran conducentes. También, podrá ordenar de oficio aquellas otras que estime procedentes. Conceptuamos que estas pruebas deben ponerse en conocimiento del interesado antes de su práctica o evacuación para que alegue respecto a ella su procedencia o inconveniencia (art. 1213) y no después ya que para ello siempre tendrá derecho a presentar alegatos finales.

No obstante, para la práctica o evacuación de las pruebas la ley fija un plazo no mayor de 60 días hábiles. Y, es del caso destacar, que sólo las pruebas testimoniales deben ser -siempre- tomadas extrajuicio ante un Juez o Notario, pudiendo ser ratificadas o ampliadas cuando el funcionario *a quo* lo estime conveniente.

- e) Alegatos.- "En las reclamaciones fiscales no se señalarán plazos especiales para formular de alegatos..." dice el artículo 1217 del Código Fiscal. Estos pueden consignarse en el escrito de reclamación u otro posterior o adicional, siempre que se presenten antes de que se dicte la resolución correspondiente.
- f) Recursos.- Contra los actos administrativos que resuelven las reclamaciones proceden los medios de impugnación o recursos de reconsideración y de apelación.
- .- Recurso de Reconsideración: Tiene por objetivo o pretensión de que el funcionario que dictó el acto lo revoque, modifique o aclare (art. 1238). Y, es que la esencia de los recursos es la debatir de cuestiones puramente de Derecho y, por ende, requieren de funcionario idóneo al respecto. Todos los demás aspectos del caso (por ejemplo, la contabilidad) son o pasan a ser aspectos secundarios, adicionales, anexos o complementarios que pueden enriquecer la decisión, dado que los conocimientos científicos y demás elementos de juicio que han de constar en el expediente, son auxiliares del Derecho.

Como es sabido, las normas del proceso son sacramentales, son de orden público y no pueden ser alteradas, modificadas o inventadas por las partes, mucho menos por el funcionario público que está obligado por mandato constitucional, a cumplirlas y hacerlas cumplir; por lo que en todo caso éstos solamente pueden revocarlos, modificarlos y /o aclararlos, no adicionarlos o ampliarlos como en la práctica se ha visto, sobre todo cuando se trata de apelaciones de autos de formulación de cargos, en donde se dictan "ordenes" de ampliaciones de las investigaciones (o sean nuevos objetivos ajenos al texto de la Ley),

trayendo sorpresivamente, nuevos elementos al caso, trastocan las normas del procedimiento sumarial y de primera instancia y la consecuente indefensión del contribuyente ante esta nueva situación.

En cuanto al plazo para presentarlo, el mismo tiene que ser interpuesto y/o sustentado dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha o día de la notificación del acto recurrido (art. 1239).

.- Recurso de Apelación.- Tiene los mismos objetivos que el recurso de reconsideración, estos son: revocación, modificación y aclaración, por lo que al tenor literal de la Ley, al funcionario o entidad no le es dado el inventar más u otros objetivos (como el de impartir ordenes y diligencias), y al recurrente hacer otras peticiones o solicitudes ajenas a los tres objetivos que para estos recursos, ya ha establecido la Ley.

En cuanto al plazo, es importante anotar que para su interposición o anuncio es el mismo término de cinco (5) días hábiles establecido para los efectos del recurso de reconsideración, es decir es un plazo común (art. 1239), por lo que obliga a que sea interpuesto de forma subsidiaria o en subsidio.

Interpuesto o anunciado oportunamente el recurso de apelación, el funcionario lo concederá al resolver el recurso de reconsideración o en caso contrario, dictará un acto (providencia) concediéndolo. En cualquiera de estos casos, advertirá que el mismo debe ser sustentado ante el superior jerárquico (Ministro, Dirección General de Ingresos, según sea el caso), dentro del término de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la concesión de dicho recurso. La remisión del expediente al superior debe realizarse dentro del término de cinco (5) días hábiles siguiente a la concesión del recurso.

Al reiterar que como todo recurso, en el de apelación se ha de debatir cuestiones puramente jurídicas, razón por lo que en principio no son admisibles ni se evacua ningún tipo de pruebas, salvo en las siguientes situaciones:

- a) que sean de fecha posterior al escrito en que se formuló la reclamación (primera instancia).
- b) Anteriores, que no hayan sido posible adquirir con anterioridad por causa que no sea imputable a la parte interesada, siempre que se hubiere hecho oportunamente la designación del archivo o lugar en donde se encuentran los originales (art. 1225).
- c) Cuando fue denegada indebidamente, en la primera instancia.
- d) por cualquier causa, no imputable al solicitante de la prueba, y la misma no pudo evacuarse en primera instancia.
- e) Cuando hubiera ocurrido algún hecho nuevo de posible influencia en la decisión, con posterioridad al escrito en que se formalizó la reclamación. (art. 1226)

No obstante, no puede de ninguna manera desconocerse que en esta fase procesal el funcionario está investido de la facultad para ordenar oficiosamente, mediante un acto conocido como "Auto para mejor resolver", la práctica de otras pruebas que a su juicio, le permitirán resolver conforme al derecho. Estas pruebas deben ponerse en conocimiento del interesado antes de su práctica o evacuación para que alegue respecto a ella (su procedencia o inconveniencia) (art. 1213) y no después (como sostienen algunos juristas del patio), ya que para ello siempre se tendrá derecho a presentar alegatos finales (art. 1217) y de manera más integral.

Una similitud con la primera instancia es que tampoco existe plazo para la presentación de alegatos, ni cuantos pueden presentarse. La norma sólo exige que se presenten en cualquier momento, pero siempre que sean con anterioridad a la expedición de la resolución que concluye la instancia.

.- Recurso de Hecho.- Dentro de nuestra legislación fiscal no se contempla de manera expresa este recurso, pero ello no significa que no esté debidamente configurado por las siguientes disposiciones del Código Fiscal:

"Artículo 1241.- Si vencido el término de que trata el artículo 1222 de este Código el funcionario de primera instancia se negare indebidamente a conceder la apelación o enviar el expediente al superior podrá el recurrente interponerla directamente ante este último." (sic) (subrayamos)

Por su parte el mencionado artículo 1222 establece:

"Interpuesta la apelación el funcionario inferior la concederá y enviará el expediente al superior dentro del término de cinco días hábiles contados desde el día en que haya sido concedida."

Es decir, si por la indebida negación del funcionario de primera instancia para conceder la apelación o enviar el expediente al superior, el apelante o recurrente deberá interponerla o anunciarla ante la autoridad competente de segunda instancia (Comisión de Apelaciones o Ministro, según el caso). Tampoco está de más adicionar que este recurso, también, procede cuando la apelación ha sido concedida en un efecto devolutivo o suspensivo no contemplado en la Ley.

La sana lógica indica que el funcionario de segunda instancia estudiará las causas calificadoras de la negación ("indebida"), la puntualidad o temporalidad para interponer el recurso directamente o en subsidio, o sea dentro del plazo de los cinco días, o simplemente por la abstención de proceder del funcionario para la remisión del expediente.

Confirmada alguna de las causales mencionadas, el funcionario de segunda instancia deberá proceder a concederla y señalar el término de los diez (10) días hábiles para la correspondiente sustentación de la alzada.

Queda evidente así, la existencia del recurso de hecho dentro del proceso administrativo tributario, y que es aplicable a todo otro proceso dentro de esta jurisdicción que no tenga un procedimiento especial.

Resuelta la Apelación, al interesado sólo le queda vía contenciosa administrativa ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

## LA RECLAMACIÓN Y LOS RECURSOS EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Desde ante de la Ley 106 de 1974, existió cierta confusión en los actos procesales de oposición contra los actos administrativos de la Administración Tributaria, especialmente en cuanto aquellos referentes a la determinación del Impuesto sobre la Renta. En efecto, a nuestro juicio la

La Liquidación Regular consistía en los recibos o boletas de exigencia o cobro del tributo, expedidas por la Dirección general de Ingresos sobre la base de un impuesto predeterminado o de una autoliquidación del tributo que el propio contribuyente determina en su declaración de impuestos, tal como se prevé en el artículo 718 del Código Fiscal. También puede consistir en la exigencia de un impuesto sobre la base de la solidaridad de las obligaciones.

La Liquidación Adicional, que como su denominación lo indica es adicional a la autoliquidación efectuada por el contribuyente en su declaración jurada de impuestos, y tiende a exigir un impuesto mayor al determinado por el contribuyente. (art. 719 C.F.)

La Liquidación Oficiosa o Gravamen de Oficio, realizada por la Dirección General de Ingresos basándose en el artículo 746 ó 747 del Código Fiscal, determina la obligación tributaria, liquida el impuesto causado y exige el pago del impuesto así determinado.

confusión reinante se evidenció, cuando a instancia de la propia Administración Tributaria se aprobara la citada Ley.

Pero, conceptuamos que la expedición de la Ley no dilucidó dicha confusión, y, por el contrario, al patentizar nuevas reglas procesales denotaba un manejo incierto, técnicamente hablando, y, por ende, la aplicación impropia de figuras jurídicas procesales.

El proceso judicial tradicional consta de un número plural de estamentos o fases, a saber:

- a) la demanda o sea la pretensión del actor para el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer,
- b) una contestación a tal pretensión (contra parte),
- c) período de presentación de pruebas y evacuación o práctica,
- d) período de alegatos,
- e) etapa de decisión del Juez.

Y, contra esta decisión, proceden los recursos de reconsideración y de apelación.

Por su parte, en nuestro Código Fiscal (Ley 8 de 1956) el proceso administrativo estaba, también, configurado dentro de estas concepciones tradicionales del proceso judicial. Veamos:

- a) El acto administrativo del Fisco, que la doctrina llama el accertamento, o sea la determinación de la obligación o impuesto, cuyo cumplimiento o pago exige¹.
- b) La oposición del contribuyente a la pretensión del Fisco; o sea la petición o reclamación contra la pretensión del Fisco para que se enmiende o corrija el referido acto administrativo, sobre la base del derecho y las pruebas que aporta o aduce.

La determinación del impuesto se manifiesta por medio de actos administrativos decisorios o resoluciones conteniendo, en el caso del Impuesto sobre la Renta, la exigencia del tributo; el cual puede ser una Liquidación Regular; una Liquidación Oficiosa (gravamen de Oficio), o una Liquidación Adicional al tributo declarado por el propio contribuyente.

- Período de práctica o evacuación de las pruebas.
- d) Presentación de alegatos de conclusión.
- e) Etapa de decisión de la Autoridad administrativa competente.

Y, contra esta decisión, proceden los recursos de reconsideración y de apelación.

Decimos estaba configurado dentro de aquella concepción procesal tradicional, toda vez que la Ley 54 de 1974 trastocó el proceso administrativo, en cuanto al Impuesto sobre la Renta se refiere.

Antes de la Ley 54/74 el Capítulo IV del Título I° del Libro IV del Código Fiscal de denominaba "Reclamaciones", que la precitada Ley 54 cambió a "Recursos". El cambio conllevó una drástica alteración de las reglas procesales que dieron génesis a un proceso híbrido, compuestos de figuras o elementos esenciales de la acción procesal y de los recursos procesales consecuentes.

Las razones de este radical cambio, es posible que se originara en lo extenso que resultaba el proceso administrativo, bajo la concepción civilista / judicialista que hemos anotado. A ello se conjugó una "oportunista" concepción terminológica del artículo 723 del Código Fiscal que expresaba:

"El contribuyente podrá **pedir que** <u>se</u> <u>reconsidere</u> la resolución referida en los artículos 720 y 721 de este Código – liquidación adicional- o la que determina de oficio la renta – gravamen de oficio -, o la liquidación regular de su renta recibos..."

Dentro de las normas del Libro Séptimo que trata de los "Procedimientos Administrativos en Materia Fiscal", cuyo Título se refiere al "Procedimiento Fiscal Ordinario" y donde el Capítulo IIº trata "de las Solicitudes", encontramos que estas últimas pueden consistir en peticiones o en reclamaciones; entendiéndose que...

"Reclamación es la acción administrativa que ejerza un particular para obtener la reparación de un derecho vulnerado." (art. 1197) Couture<sup>2</sup> concibe la "acción" procesal como la forma típica del derecho de petición; y, precisamente, el antiguo artículo 723 decía que "EL CONTRIBUYENTE PODRÁ **PEDIR** QUE SE RECONSIDERE..."

Así, entendemos la "reclamación" como el derecho que tiene toda persona para demandar una prestación o la protección jurídica. El hecho de que a tal pretensión sea fundada o no, que le asista o no la razón jurídica, no menoscaba el derecho de accionar; de manera que "reconsidere" no está empleado – dentro de esta norma como recurso procesal sino como la llamada de atención subjetividad respecto a las alegaciones en que se sustenta la acción incoada de reclamación.

Por otra parte, la conjugación del verbo considerar empleado en el artículo 723 "...podrá pedir que se reconsidere..." pudo haber influido negativamente en la concepción del legislador del 74, en el sentido de que se trataba del recurso de reconsideración y no como acción y efecto de una reclamación o revisión económica. Empero, si ello hubiera sido así, ello denota una desacertada interpretación de las normas legales en su sentido más cabal y, razonablemente, lógico con el resto de las normas y de las figuras jurídicas procesales que se estaban tratando.

Por ello, la reclamación a que el Capítulo IV del Título Iº del Libro IV del Código Fiscal se refería, no queda duda, es aquella concebida por el artículo 1197 del mismo Código, que el contribuyente ejercía contra la Administración Tributaria a fin de que enmendara su exigencia económica o sea la determinación de la renta gravable exteriorizada en alguno de los tres actos administrativos señalados (Liquidación adicional, gravamen de oficio, liquidación regular o recibos), puesto que todos ellos se refieren a la liquidación o determinación del im-

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> COUTURE, Eduardo: "Elementos del Derecho Procesal Civil" Edit. Depalma, B. Aires, Arg. 1951, pág. 130.

puesto y no a la ejecución de la obligación tributaria en firme. Tampoco, se estaba ante una "petición" dado que no se trataba de derechos adquiridos y mucho menos porque las obligaciones tributarias no pueden quedar al ejercicio de la facultad discrecional de la Administración.

Fueren las razones que fueron, lo cierto es que con la Ley 54/74 ha habido un trastrocamiento del orden jurídico procesal.

Pero, ¿qué es la reclamación?

Es la acción o derecho que tiene toda persona para solicitar de la autoridad competente la enmienda de un acto, hecho o supuesto error que vulnera, menoscaba o perjudica sus intereses o derechos.

En la aplicación de las normas del Impuesto Sobre la Renta tal acto, actuación, hecho o supuesto error se puede encontrar en aquellos actos administrativos de determinación de la obligación tributaria o del propio impuesto adeudado ("acertamento"), tales como las resoluciones que contengan una liquidación adicional, una determinación oficiosa o gravamen de oficio, o una liquidación o de exigencia de un impuesto, como, por ejemplo, en razón del principio de solidaridad en las obligaciones tributarias sujetas al sistema de retención.

Vale reiterar que la Administración Tributaria procede conforme a la autoliquidación del impuesto efectuada por el contribuyente, la cual puede presentar errores a simple vista (art. 718) por lo que el cobro del respectivo impuesto, a través de los recibos, puede variar. También, procede al examen minucioso de las declaraciones e informes presentadas por el contribuyente, y, adicionalmente, realizará todas aquellas diligencias e investigaciones para establecer la verdadera cuantía de la renta gravable (art. 719) por medio de una liquidación adicional. Y, en lugar de expedir una liquidación adicional, puede desestimarlas y determinar el gravamen o la renta gravable del caso (art. 747) o en el evento de que la persona se encuentre omisa en la presentación de sus declaraciones (art. 746).

No es extraño, pues, que en el ejercicio de estas actuaciones fiscalizadoras la Administración Tributaria, también, pueda incurrir en errores de apreciación o conceptuales y/o de hecho que, precisamente, contravienen los intereses del contribuyente; ya sea en cuanto al monto de la renta gravable declarada por el contribuyente o en el desconocimiento o negación de gastos o costos incurridos o en el establecimiento de una obligación tributaria de dar, que evidencian una controversia de carácter económica.

La acción legal para oponerse y enervar los efectos del requerimiento de la Administración es la "reclamación", cuyo desarrollo gira en tópicos netamente económicos que inciden en la determinación de la renta gravable y/o el monto del impuesto exigido, según el caso. De ahí, que sea una "reclamación económica" que permite debatir concepciones y operaciones contables, sobre la base de registros, facturas, recibos, documentos etc., para un mejor accertamento de la obligación o como dijera la Corte Suprema:.

"En las situaciones que nos ocupan, la reclamación que presenta el contribuyente afectado requiere, en la mayoría de los casos, la presentación de pruebas, para aclarar o desvirtuar las investigaciones realizadas por la Dirección General de Ingresos..."

Este precedente que constituye uno de los casos más precisos que al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema, adiciona que

"Al ejercer este tipo de acción administrativa dentro de un plazo relativamente cómodo, tiene la facultad de presentar pruebas, a diferencia de los simples recursos de revo-

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia del 2 de octubre de 1972, ante demanda Contencioso Administrativa presentada por Ricardo A. Durling, en su propio nombre.

catoria, léase de reconsideración, y apelación, que aparte de que deben ser interpuestos dentro un término angustioso, no permiten, por regla general, la presentación ni mucho menos aducir pruebas a favor del recurrente, puesto que la finalidad de los recursos es la de discutir cuestiones de derecho."

También, es del caso anotar que la Corte, en esta sentencia, y, luego de transcribir los artículos 723 a 726, afirmaba que:

"La lectura cuidadosa de las disposiciones legales transcritas lleva a la conclusión de que el legislador ha establecido un procedimiento muy especial para todo lo relativo a la expedición, notificación, trámites probatorios y recursos legales respecto a las resoluciones que se dicten con el propósito de cobrar impuestos adicionales a los liquidados con base en la declaración jurada de rentas del contribuyente."<sup>5</sup>

Y, en efecto, diríamos que es el mismo procedimiento fiscal ordinario con todos sus detalles o estancias procesales y que motiva a la propia Sala Tercera a reconocer de manera concluyente que:

"En estas condiciones es evidente que ante las resoluciones recurridas nos encontramos en presencia de lo que el artículo 1197 del Código Fiscal, denomina "reclamación", ya que la acción administrativa que ejerce el contribuyente afectado tiene el propósito de obtener la reparación de un derecho vulnerado".6

Explicada, como queda, el derecho o la "acción" procesal- administrativa que anunciaba el Capítulo IV, del Título I° del Libro IV del Código Fiscal, y que conserva el Capítulo II del Título I° del Libro VII del Código Fiscal, observemos qué hizo el legislador de la Ley 54/74.

El proponente de la Ley 54 de 1974, dio origen a una figura híbrida entre la acción y el recurso procesal, y para ello cambió, en el artículo tercero, la denominación de "RECLAMACIONES" como propiamente se identificaba el Capítulo IV del Título I del Libro Cuarto del Código Fiscal; y, en su lugar lo denominó "RECURSOS".

Consecuente con tal propuesta, modificó el artículo 723 del Código Fiscal, señalando que:

"El contribuyente podrá interponer recurso de reconsideración en contra de la resolución referida en los artículos 720 y 721 de este Código, o la que determina de oficio la renta o la liquidación regular de su renta..."

En primer lugar, las referidas resoluciones son las originarias o iniciales que se expiden sobre la base de vista, fiscalizaciones, audito o investigaciones de las declaraciones de rentas o de hechos económicos gravables, y con las cuales el Fisco tienden a poner al contribuyente en un estado jurídico de deudor potencial, de una obligación o deuda que admite pruebas en contrario.

En segundo lugar, los respectivos montos de la referida deuda están sujetos a discusión y/o que admiten pruebas en contrario dentro del correspondiente proceso administrativo. Obviamente, entonces, no se puede afirmar que el contribuyente se encuentra en estado de morosidad porque la resolución no ha causado estado ni mucho se encuentran ejecutoriadas,; salvo que se haya dejado vencer el término tal como lo prevé el artículo 724 del Código Fiscal .

[La Reclamación conlleva el ejercicio de un derecho o sea de la acción, en donde el contribuyente aduce las razones de hecho y de derecho que le asisten (art. 1201, ord. 4, C.F.), acompañaba y aducía las pruebas en que se apoyaba (art. 1210 y 1212) y hasta podía presentar alegatos, de estimarlo conveniente (art- 1217). De ahí pasaba a la decisión del Administrador Regional de Ingresos y contra esta decisión, entonces, procedían los recursos de reconsideración y/o apelación.]

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Op cit pág. 27.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Op cit. Pág. 25

<sup>6</sup> Op cit. Pág. 27

En tercer lugar, los recursos – se ha dicho - son "remedios que le quedan a la parte agraviada en un proceso"; es decir, la alternativa o posible solución a un hecho jurídico planteado en una resolución o acto decisorio, previo agotamiento del procedimiento de una instancia procesal, por lo que en ellos se discuten cuestiones puramente de Derecho o de cómo, jurídicamente, fue aplicado el mismo, en cuanto a lo alegado, a la valoración de las pruebas y lo decidido en la mencionada resolución de la (s) instancia (s) agotada (s).

La Ley 54 de 1974, por el contrario, invirtió el orden procesal y puso por delante al recurso de reconsideración, desvirtuando su papel dentro del proceso, le dió un término mayor de los cinco días que el artículo 1239 le concedía, y le forzó o adhirió unas estancias o etapas procedimentales, por lo general extrañas o ajenas a su esencia jurídica.

[Es probable – insistimos- que el legislador del 74 sufrió obnubilaciones con la redacción del antiguo artículo 723 cuando expresa "El contribuyente podrá pedir que se reconsidere la resolución referida..." entendiendo ésta como referencia al recurso de reconsideración y no como una acepción (o petición) de volver a considerar, a estimar, evaluar o revisar lo actuado.]

Por otro parte, si el artículo 1238 del Código Fiscal establece que tanto el recurso de reconsideración como el de apelación tienen por uno de sus objetivos el de aclarar la resolución, lógicamente, que tales aclaraciones sólo pueden recaer en las resoluciones confirmatorias; puesto que para las resoluciones iniciales u originales, el contribuyente puede solicitar una "relación exacta y detallada" del objeto sobre la cual se ha expedido la resolución, y sin perjuicio de los demás medios probatorios que puede aducir o aportar para enervar las pretensiones del Fisco.

Por último, si seguimos literalmente la Ley 54 de 1974 se llegaría a la conclusión de que al eliminarse la acción de reclamación para oponerse a una pretensión del Fisco, en concepto de Impuesto sobre la Renta, el contribuyente quedaría en indefensión ya que ninguna norma legal, concerniente a dicho impuesto, establece que a los efectos de las oposiciones - en estos casos - se seguirán las disposiciones concernientes a las reclamaciones del Procedimiento Administrativo en Materia Fiscal. tal como la sola enunciación de la reclamación, que hacía el Capítulo IV del Título Iº del Libro Cuarto del Código Fiscal, bastaba para la remisión a dichas disposiciones y procedimiento, contenida en el Libro Séptimo de la misma excerta legal.

Lo cierto es que nadie ha cuestionado esta "extraña" situación procesal, por lo que habrá que esperar que una nueva legislación establezca un procedimiento más cónsono con las corrientes doctrinales del proceso administrativo o bien que sea la propia Corte Suprema se pronuncie respecto a la legitimidad de este proceder.

## II. Las Pruebas en el Derecho Fiscal Panameño

Toda referencia a la asistencia de un derecho, es indispensable que en ese mismo sentido se pruebe su existencia. La prueba de ese derecho está íntimamente ligado a su esencial existencia, aún cuando no sea un elemento que lo integra.

Qué significaría un derecho "sin la prueba del acto jurídico o del hecho material que lo ha producido. Sólo la prueba verifica el derecho y lo hace útil" se ha sostenido, y que "está de tal modo vinculada al derecho, que la imposibilidad de probarlo o acreditarlo, equivale prácticamente a la ausencia del derecho. Un derecho no adquiere eficacia plena sino por

PESCIO, VICTORIO "Manual del Derecho Civil, Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba", Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1958, Pág. 315.

medio de su prueba y la prueba aparece, entonces, como un elemento de la sanción del derecho."8

De tal guisa, previamente a la función lógico-jurídica de aplicar la Ley Tributaria a las situaciones imponibles, es necesario constatar la real existencia de dichas situaciones, es decir, el hecho generador y determinar su extensión y base imponible.

Ahora bien, la prueba de los hechos generadores, como todo hecho, suscita cuatro cuestiones fundamentales:

- 1. Concepto de Prueba.
- 2. Objeto de la misma.
- 3. La Carga de la Prueba.
- 4. Medios Probatorios.

#### CONCEPTO DE LA PRUEBA:

Se reconoce como prueba:

"...la comprobación de la verdad de una proposición, sólo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar, no pertenece a la prueba el procedimiento en el cual se descubre una verdad no afirmada, sino por el contrario aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada."

Empero, dentro de la concepción jurídica "es la demostración verificada, en virtud de los medios autorizados por la Ley, de la exactitud de un hecho que sirve de fundamento al derecho que se pretende." <sup>10</sup>

Para la Administración Fiscal no basta con que se afirmen determinados hechos sino que sea demostrada su existencia o que existieron. De ahí, que todo lo referente a la prueba y su valoración no se limita al ámbito puramente procesal o del recurso de Reconsideración, o la acción de Reclamación, sino desde la misma fiscalización o determinación de los hechos generadores del impuesto y su liquidación, o deducibilidad del gasto.

En virtud de ello, es que se presumía como plena prueba la actuación del personal de Auditoría en sus funciones fiscalizadoras, presunción legal ésta, que inclina (la carga de la prueba) en el responsable o contribuyente, la obligación de desvirtuar la actuación del auditor.

Por tanto, aparte de lo ético-moral de que debe estar revestido el auditor en todo momento, sostiene Fenech que la prueba en materia tributaria "es un conjunto de elementos de juicio o datos que sirven para la determinación del hecho, la afirmación o negación de cuya existencia es fundamento de la subsiguiente afirmación de coincidencia positiva o negativa con el supuesto de hecho de la norma cuya observancia se pretende garantizar."<sup>11</sup>

Nuestro ordenamiento jurídico tributario carece de un concepto de Prueba; por lo expuesto, entonces, podemos decir que en materia tributaria, la prueba es el conjunto de elementos o datos que van a formar el convencimiento de la autoridad fiscal sobre la veracidad de la existencia del hecho gravado y su extensión, la que se traduce, en la legalidad del acto de imposición (acto administrativo), ya que mediante éste se declara la existencia de la relación jurídica tributaria, el importe de la obligación y el sujeto a quien afecta, así como el lugar, tiempo y forma en que debe ser satisfecha la prestación dineraria adeudada por el contribuyente.

### OBJETO DE LA PRUEBA:

"El objeto de la prueba está formado fundamentalmente por hechos." Y, en materia tributaria el objeto de la prueba lo constituyen "todos aquellos hechos en que se fundamenta la reclamación económica admi-

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> IBIDEM, Pág. 316.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> FENECH, MIGUEL, "Principios de Derecho Procesal Tributario", Tomo Y, II y III, Librería Bosch, Barcelona-España, 1949, Pág. 72.

<sup>10</sup> PESCIO, VICTORIO, Ob. Cit., Pág. 322.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> FENECH, MIGUEL, Ob. Cit., Pág. 72.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> KISH W., "Elementos del Derecho Procesal Civil", Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1940, Pág. 200.

nistrativa, de cuya existencia depende la resolución de un punto de importancia para el proceso, o que han de tener en cuenta los titulares del órgano para resolver otras cuestiones no planteadas por el interesado reclamante.

En el ámbito del Derecho Procesal, aún cuando no deja de ser cierta con respecto a los hechos, esta afirmación, tiene sus excepciones<sup>13</sup>, tales como son los presumidos por la Ley, los hechos admitidos expresamente, los evidentes y notorios.

En la práctica se observa la constante omisión o desconocimiento de estas figuras en las reclamaciones y acciones de los contribuyentes, no obstante que nuestro Código Fiscal admite todas las pruebas que acepta el Código Judicial. Así, anotemos que hay que tomar en consideración el papel probatorio que desempeñan los "indicios" y las "presunciones", especialmente cuando se tiene que valorar la actuación del personal fiscalizador, a cuyas actuaciones la Ley le atribuye una presunción de plena prueba.

Los "Indicios"- se conceptúa- que son los hechos conocidos y las "presunciones" sus efectos. Como dice Amoros "el indicio sirve para probar indirectamente un hecho, mientras que la presunción tiene un carácter lógico deductivo, distinto del lógico inductivo propio del indicio".

Por "Ficción" - se entiende - la valoración jurídica, contenida en un precepto legal, en virtud de la cual se atribuye a determinados supuestos de hecho, efectos jurídicos que violentan e ignoran su naturaleza real. No falsea ni oculta la verdad real: crea una verdad jurídica distinta a la real.

En tanto que la "Presunción" es el acto de aceptar la veracidad de un hecho por la evidencia de otro del que normalmente depende aquel hecho no probado; de ahí que se presentan las presunciones "iuris tantum" y las de "iuris et de iure" (de derecho y por derecho) (Sobre este tema, consúltese: Susana. Navarrine y Ruben A. Asorey: "Presunciones y Ficciones en el Derecho tributario", Edt. Depalma, Arg. 1985)

En materia tributaria encontramos un número plural de presunciones y ficciones jurídicas, tales como los referentes a la deducibilidad de los gastos sin comprobantes, valores catastrales de las fincas, la renta presunta o gravamen de oficio.

En cuanto a los hechos admitidos expresamente hay que anotar que no obstante ello, los hechos negativos pueden ser objeto de prueba por la consecuencia causal a los fines de admisión o denegación de la reclamación. Esta probanza, se dice, no es posible en materia civil, no por su imposibilidad física o jurídica o por su propio carácter, sino por carecer de toda relevancia causal en el proceso civil.

En los hechos admitidos, se da la peculiaridad – repetimos- que éstos también pueden ser objeto de prueba. En efecto, en las declaraciones de rentas el contribuyente admite o acepta una serie de hechos, ante los cuales puede ser objeto de prueba a instancia del Fisco, a fin de establecer la certeza y exactitud de los hechos admitidos expresamente por el contribuyente.

Esto no constituye ninguna novedad, ya que constantemente se está aplicando el artículo 719 del Código Fiscal que expresa:

"Después de hecha la liquidación del impuesto los funcionarios encargados de su aplicación examinarán minuciosamente las declaraciones e informes del contribuyente.

Si por razón de los exámenes se considera que las declaraciones no son claras, ciertas o exactas, o que se han rendido contraviniendo disposiciones del presente Título, se practicarán todas aquellas investigaciones o diligencias que se consideren

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> COUTURE, EDUARDO, "Fundamentos del Derecho Procesal - Civil", Edit. Depalma-Buenos Aires, 1951, Pág. 130.

necesarias y útiles para establecer la verdadera cuantía de la renta gravable."

No basta, pues, la admisión o declaración del contribuyente, sino su comprobación cuando así lo exija la Administración Tributaria.

En cuanto a los <u>hechos notorios</u>, podemos decir que son aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación al lugar o de un círculo social y a un momento determinado, en el momento que ocurre la decisión.<sup>14</sup>

Así, en Panamá se ha tomado en consideración cuando en dictamen del 30 de diciembre de 1981 la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la empresa Cervecería Nacional, S.A., expresó:

"Tratándose de una conocida empresa industrial panameña, cuyos ingresos provienen de sus productos que son vendidos y consumidos (sodas y cervezas) en el país, resulta normal o lógico considerar que las remesas antes mencionadas sean de esos ingresos.

Por la misma razón debe presumirse en el presente, que las remesas de dinero pagadas a esas empresas extranjeras... son de fuente panameña. De allí que era de su cuenta probar lo contrario, lo cual no ha hecho."

De todo lo expuesto, se coligen dos situaciones a saber:

- a) que los titulares de la Administración Tributaria pueden requerir los informes que estimen necesarios para asegurarse de la notoriedad del hecho y cuya base legal encontramos en los artículos 756 del Código Fiscal, 171 del Decreto Ejecutivo Nº 170 de 27 de octubre de 1993 y el 19 del Decreto de Gabinete 109 de 7 de mayo de 1970;
- b) que no todos los hechos conocidos por el titular de la Administración, con motivo de su profesión, pueden ser

considerados como "hechos notorios", ya que el concepto de notoriedad no puede ser o tomarse como una "generalidad", o la costumbre la cual requiere ser probada; el hecho notorio, no.

Dentro de esta primera concepción se puede ubicar el principio legal establecido de que no es deducible cualquier otro gasto aunque deducible, no pueda ser comprobado satisfactoriamente, cuando su prueba sea exigida por la Dirección General de Ingresos" (Art. 697 acápite F). De esta manera, la comprobación de un hecho notorio, puede ser exigido legalmente. Paralelamente, también tenemos los llamados gastos misceláneos o "gastos o salidas sin comprobantes". tal como lo denomina el artículo 22 del Decreto 170 de 1993, y que precisamente atiende a las condiciones de la naturaleza del bien adquirido y el valor o monto del mismo, para su aceptación como un gasto notoriamente aceptable y deducible.

Todo se resume, pues, a determinar qué hechos son conocidos de manera accidental y qué otros forman parte del bagaje técnico-cultural del funcionario fiscal, lo que impulsa a practicar, en muchas ocasiones, todas aquellas investigaciones o diligencias que le permitan establecer la verdadera capacidad tributaria de los contribuyentes, ante aquellos hechos declarados pero cuya claridad o exactitud no estén debidamente detallados o expuestos.

Como corolario, tenemos, entonces, que la <u>objetividad</u> (la cosa, el bien, prestación o hecho económico, etc., al que se dirige el impuesto) así como la <u>temporalidad</u> (fijación del momento o período en los cuales la objetividad ha de dar nacimiento a la obligación tributaria) deben ser objeto de prueba.

En tal sentido la Corte Suprema ha expresado:

"La Ley lo que persigue en relación al Art. 706 del Código Fiscal es que todo lo obtenido por el contribuyente durante un

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> CALAMANDREI, PIERO, Citado por Couture, Ob. Cit., Pág. 141.

año, sea objeto del gravamen, lo que busca esa disposición legal es la certeza de <u>un período</u> determinado para sujetar <u>las rentas</u> percibidas durante el mismo al impuesto sobre la renta." <sup>15</sup> (Hemos subrayado).

No está de más expresar que la importancia de la determinación del período es importante para el Fisco como para el contribuyente. Para el Fisco por razones de "caducidad", en la determinación correcta de la renta gravable, y de "prescripción" para el cobro de los impuestos; para el contribuyente, por los efectos de la deducibilidad de los gastos y la progresividad del impuesto. (Los Artículos 698 y 715 del Código Fiscal configuran esta posición).

Para concluir este punto, el objeto de la prueba será el hecho económico configurado en la Ley, ya que el mismo constituye el fundamento de la relación jurídico tributaria. En efecto, basta mencionar que la Resolución que contiene la liquidación adicional debe contener en detalle los hechos investigados.

La Corte Suprema, en Sentencia proferida el 15 de mayo de 1970, ha deducido implícitamente que el objeto de la prueba en el Derecho Tributario Nacional, es el hecho económico, que constituye, repetimos, el presupuesto de la obligación tributaria, independientemente de los actos jurídicos que le haya dado el contribuyente.

## Dice así esta jurisprudencia:

"Según la demandante, todos esos gastos son similares a las donaciones en concepto de propaganda, pues se realizan con el fin de promoción y propaganda, y en cuanto a los gastos de la familia de los ejecutivos y los correspondientes a la vigilancia de la residencia del gerente, son erogaciones en la producción de la renta.

Es evidente que la demandante no ha aportado ningún argumento válido que demuestre que, por su naturaleza, los gastos aludidos sean afectados para propaganda, pues suscribirse a una determinada revista no es lo mismo que pasar un anuncio propagandístico en la misma, o que al dotar de ciertas comodidades o atenciones a sus altos ejecutivos y sus familiares, estos gastos ocasionen un aumento en la producción de la renta, ni se ha demostrado que las cuotas pagadas a algunos centros sociales sean en verdad donaciones."

No obstante, últimamente la Corte Suprema, Sala Tercera, aparenta haber variado este criterio, cuando el 7 de febrero de 1980, decidió demanda Contenciosa-Administrativa, al afirmar la Administración Tributaria:

"...Es cierto que los servicios recibidos por la empresa demandante como lo son gerencia, contabilidad, cajero, manejo de cuentas, mensajeros y otros son indispensables para la producción de la renta, pero al mismo tiempo... deben estar regulados expresamente, o sea, por escrito dada la naturaleza de los mismos, y por ello... esos gastos no están debidamente acreditados."

## Agrega la Corte:

"Tal exigencia es indudable que pugna con el principio general en la contratación mercantil señalado por el artículo 195 del Código de Comercio, que se cita en la demanda, según el cual tales contratos "no están sujetos para su validez a formas especiales", ni importa la forma o el idioma en que se celebre.

En otras palabras, la forma de contratar en lo mercantil, sea verbal o escrito, para su eficacia o validez las partes son libres de valerse de cualquier forma para contratar, por cuanto que tal libertad se apoya principalmente en la buena fe de los contratantes, principio cardinal en las operaciones mercantiles.

De allí que dicha norma establezca que las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos que aparezcan que qui-

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> R.J. N° 6, Mayo-Junio 1970, Pág. 110.

sieran obligarse, consignado a la vez que sólo se exceptúan de la regla general anotada aquellos contratos que el Código o Leyes especiales exijan que se haga por escritura pública o requieran de forma o solemnidades necesarias para eficacia.

No existiendo Ley que requiera forma especial en la contratación de esos servicios, la exigencia de la Administración Fiscal en el sentido antes indicado carece de apoyo legal, infringiéndose asimismo lo dispuesto en el citado artículo 195 del Código de Comercio. El artículo 32 del Decreto Ejecutivo Nº 60, al establecer que "cuando un gasto o erogación carezca de comprobante documentado no se admitirá su deducción", en nada varía lo expresado anteriormente sobre la contratación de servicios, puesto que la documentación a la cual se refiere es a los pagos de esos servicios que lo que debe aparecer en los documentos pertinentes, verbigracia, cheques, notas de cobro, etc."

A nuestro juicio es indudable que el Código de Comercio permite a los <u>comerciantes</u> celebrar y a establecer sus derechos y obligaciones en la forma que más les convenga. En este sentido, le es imposible a la Administración exigir a estas personas mayores requisitos formales en sus relaciones mercantiles.

Ahora bien, el anterior principio legal no contraviene en lo absoluto de que los derechos y obligaciones que surjan de aquella relación formal o informal deban ser probados, primeramente por las disposiciones legales, por su espíritu, por los casos análogos y por último con arreglo a los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de todos estos elementos se estará a lo que disponga el Derecho Civil. Así, se interpreta en sentido contrario el Artículo 5 del Código de Comercio.

Y, es aquí en donde el Derecho Fiscal en su faceta fiscalizadora debe poner mayor atención a fin de que no se haga nugatoria su acción; vale decir, que ante <u>contratos</u> <u>tácitos o verbales</u> la exigencia de pruebas de los mismos se hace en ese orden, esto es, al tenor de las disposiciones legales, el espíritu de lo pactado, casos análogos, y la costumbre generalmente observada en cada ramo o plaza mercantil.

No debe extrañar que los contratos verbales surjan de manera copiosa ante pronunciamiento de la Corte en relación con el Fisco, por lo que dentro de los parámetros legales es que se pueden realizar las acciones de auditoría y fiscalización. Se debe realizar para comprobar no solamente la existencia de derechos y obligaciones contractuales sino que, además, debe existir la evidencia de que el gasto que producen esos derechos y obligaciones tienen la condición esencial de ser indispensables y/o necesarios para la producción de la renta o conservación de su fuente. Tales hechos han de ser probados no solamente con los medios de prueba señalados en el artículo 1214 del Código Fiscal, sino todos aquellos medios idóneos que le permitan determinar la verdadera tributación de los contribuyente, según las facultades señaladas en los artículos 17 y 19 del Decreto de Gabinete 109 de 7 de mayo de 1970.

Dentro de este contexto deseamos mencionar especialmente que ante la existencia de contratos de Asesoría, el Decreto de Gabinete 90 de 1971, sobre el ejercicio del comercio y la explotación industrial, preceptuaba que los servicios de administración o asistencia técnica necesitarán estar amparados por Licencia Comercial, cuando a juicio del Ministerio de Comercio el beneficiario de la Asesoría requiera de una alta capacidad tecnológica no disponible en el país. Así, pues, ante alegados contratos verbales de asesoramiento técnico o administrativo debemos observar lo dispuesto en esa norma legal, por ende, si la persona que brinda la Asesoría cumple sus obligaciones de comerciante, es decir, si

lleva sus Libros de Contabilidad, tiene Licencia Comercial para tales efectos y demás documentación.

Por otra parte, tendremos que anotar si la Asesoría cumple las condiciones señaladas en el artículo 697 del Código Fiscal ó 19 del Decreto Ejecutivo 170 de 1993, y que por lo tanto no se trata de un gasto útil, gasto éste que no es deducible desde ninguna arista legal.

Existen principios tales como "nadie puede fabricarse de por sí, previamente la prueba de sus propios derechos frente a aun tercero" y "nadie puede crearse en derecho propio la prueba de sus actos".

Con estos principios clásicos lo que se pretende señalar es que las obligaciones contractuales formales o informales, verbales o escritas en materia mercantil o comercial, no solamente deben estar plasmadas en los Libros de Contabilidad sino que a su ves se requiere la existencia de otros elementos de juicio o probatorios de la existencia de la obligación y su incidencia indispensable en la producción o conservación de la fuente de ingresos y sus respectivos montos.

En este sentido, las normas contractuales mercantiles, ya sean tácitas o escritas no le son oponibles a terceras personas, mucho menos pueden prevalecer sobre las normas del Derecho Público, en especial el derecho Fiscal. Y, no huelga adicionar que se hace exigible probar que se ha ejecutado o realizado el asesoramiento para que pueda configurarse el presupuesto de la deducibilidad del gasto.

En algunos casos puede presentarse la situación de que no siendo comerciantes las partes contratantes en un convenio de Asesoría, y en donde no sea exigible que se cumpla con lo dispuesto en la Ley 25 de 1994, resulta imperativo que en estos casos (prácticamente de carácter profesional o profesiones civiles) tales contratos deben hacerse constar por escrito (Véase art. 751 C.F.).

El uso o costumbre generalmente aplicado en cada plaza o actividad mercantil debe ser también probados; quiere decir, que en los casos de asesoramiento resulta no usual o acostumbrado que los contratos de Asesoría sean informales o no escritos.

Consideramos que en la comprobación de los registros contables amén de la naturaleza del gasto deben conjugarse otros elementos de juicio que permitan llegar a la convicción de que el gasto es o no deducible. Por ejemplo, como pruebas complementarias se presentarán notas, cartas, testimonios y hasta peritajes por lo que ante estas pruebas adicionales debe procederse con la mayor objetividad y dentro de los parámetros de valoraciones de prueba que establece nuestra legislación.

Así, vale mencionar que los testigos pueden ser objeto de interrogatorio previa la expedición de la resolución de alcance, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto de Gabinete 109 de 1970. De igual forma los peritos; al ser presentados, deben ceñirse a lo que se pretende probar; en consecuencia, la Administración podrá repreguntar a los mismos en cuanto a los hechos a fin de que se precise los hechos generadores del impuesto y su incidencia en cuanto al gasto.

## PESO O CARGA DE LA PRUEBA.

Según Couture la carga prueba es "la imposición a uno o a ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos".¹6 No debe verse la carga de la prueba como un derecho del adversario sino, antes por el contrario, como un imperativo del propio interés de cada uno de los litigantes; (según han sostenido algunos procesalistas).

No obstante, en materia tributaria existen dos tesis: la Administrativa y la "Jurisdiccionalista", que tratan de explicar o determinar a quien corresponde la carga de la Prueba.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> COUTURE, EDUARDO, Ob. Cit., Pág. 147.

Para nosotros la tesis Administrativa es la que tiene mayor acogida en el derecho positivo, aunque ciertamente en la práctica fiscalizadora no puede distinguirse, con un máximo de seguridad, cuándo tiene vigencia una u otra teoría, ya que desde el mismo inicio del proceso administrativotributario se dan situaciones complejas en que ambas posiciones se "complementan" (por no decir menos), amén de otras razones -también o de índole doctrinal- respecto a la función jurisdiccional de la Administración.

Siguiendo esta corriente, con marcado acento se justifica, la carga de la prueba, en el contribuyente, en la "presunción de legitimidad" y motivación o fundamentación expresa en los textos legales que caracterizan la subjetividad (autoría) y objetividad (formalidad) del acto administrativo; de tal manera, que si el Fisco exige pruebas al contribuyente, en la etapa administrativa del acertamiento, es para justificar más adelante que su actuación se ha ajustado a la Ley, que una vez iniciado el reclamo del contribuyente, la desigualdad procesal desaparece en vista de que el accertamento o liquidación administrativa estará beneficiada con la presunción de legitimidad que la Ley atribuye a todo acto administrativo hasta tanto el interesado o contribuyente la destruya, comprobando que el acto liquidatorio no se ajusta a los presupuestos de la Ley.

Así, han tratado algunos propulsores de esta teoría, de explicar el problema de la carga de la prueba como producto de una relación "jurisdiccional" o contenciosa, (que supone la igualdad jurídica de las partes) y que no es dable -según esta corriente- en una relación administrativa en que la Administración tiene prominencia sobre el sujeto pasivo del tributo.

Aclarando un poco más esta "presunción de legitimidad" se explica en el hecho de que todo acto administrativo está inspirado en la Ley y en el interés general, que

aún cuando posteriormente se declare ilegal no hay duda del deseo de la Administración de encausar su actuación dentro del marco jurídico. Recordemos que estos actos se cumplen por sí mismos, sin la intervención de otra autoridad que aquella de la cual emana, con auxilio de la fuerza pública (en algunos casos) y, no obstante, los recursos viables en su contra.

El artículo 18 del Decreto de Gabinete N° 109 de 7 de mayo de 1970, al expresar "toda actuación del personal fiscalizador de la Dirección General de Ingresos en ejercicio de sus funciones, hace fe pública mientras no se pruebe lo contrario" y los artículos 724 y 725 del Código Fiscal, modificados por la Ley 54 de 1974, además del 31 de la Ley 33 de 1946 que contemplan la figura del "Solve Et Repet", nos impulsan a sostener que nuestro legislador inclinó la carga de la prueba sobre el contribuyente.

Esta carga probatoria de parte del contribuyente obedece a que "es él quien sufre los efectos perjudiciales a la falta o insuficiencia de pruebas, es decir, que quien sufre la carga de la prueba no es tanto quien aporta los medios de prueba al proceso, sino aquel que sufre o soporta los efectos perjudiciales de la falta o insuficiencia probatoria".

Esto es así, por cuanto que si lo exponemos a la luz del principio inquisitivo o de la disponibilidad del funcionario para ordenar de oficio las pruebas que estime convenientes, rechazar las improcedentes y ampliar las ofrecidas para mejor resolver, se aprecia, meridianamente, el por qué el peso de la prueba recae sobre el contribuyente, ya que de no aportarse o practicarse la (prueba) idónea todos los efectos será aportados por el contribuyente.

En sentencia del 15 de mayo de 1970, la Corte Suprema sostuvo el principio recogido por el Código Judicial en su precepto 683, cuando afirmó:

"A quién corresponde la carga de la prueba en los casos de la naturaleza que se estudia, al contribuyente o al Fisco? La respuesta es obvia, en el sentido de que quien formula una afirmación es quien debe probarla, y en estos casos es el contribuyente quien afirma o alega que tal o cual gasto es deducible."

De tal guisa, se extrae de este precedente, que si la Administración señala que la Declaración Jurada de un contribuyente no es correcta, debe así objetarla y determinar cuál es su renta gravable correcta, en tanto que al contribuyente le corresponderá probar lo contrario; es decir, que lo declarado legalmente procede para la determinación de la renta gravable declarada.

Hemos sintetizado qué se entiende por prueba, qué debe probarse, y quién debe probar. En consecuencia pasemos ahora a determinar cómo debe probarse, vale decir cuáles son los medios de Prueba.

### LA ADMISIÓN DE LAS PRUEBAS.

Hemos podido apreciar que nuestro derecho tributario carece de normas propias que traten o regulen lo concerniente a las pruebas en el derecho Tributario Nacional, motivo por el cual tenemos que recurrir a las normas del Código Judicial. Ciertamente pocas son las disposiciones fiscales que hacen referencia a las pruebas.

De conformidad con el artículo 1212 cuando el reclamante estime necesario que se practiquen pruebas deberá <u>aducirlas en el escrito de reclamación</u> y el organismo o funcionario competente las admitirá si fueren conducentes o las rechazará en caso contrario.

También la Administración puede decretar de oficio (art. 1213 C.F.) las pruebas que estime convenientes, siempre que se traten de las señaladas en el artículo 1214 del Código Fiscal. Estas deberán ponerse en conocimiento del interesado, antes de haberse practicado o evacuado, ya que no tendría objeto de alegar respecto a la procedencia de las mismas en tiempo posterior.

Nótese que se hace referencia a la PROCEDENCIA de las pruebas, es decir, que se ha de alegar respecto a si procede o no evacuarlas o practicarlas. Esta situación es un incidente que requiere una decisión especial dentro del proceso <u>para poder ordenar su práctica</u>.

Sin embargo, en la práctica, la Administración sólo ha procedido a dar traslado del resultado de la práctica de pruebas ordenadas.

Estimamos que este proceder es inapropiado por las siguientes razones:

- No le permite al contribuyente alegar respecto a la conducencia o idoneidad de la prueba cuya práctica se ha ordenado.
- b) Ordenar o alegar respecto a estas pruebas, una vez evacuadas, no tiene sentido, por cuanto, el contribuyente en cualquier momento podrá alegar, (no sólo respecto a ella) lo que estime conveniente, siempre y cuando proceda de conformidad con el artículo 1217 del Código Fiscal; es decir, antes que se dicte la resolución correspondiente.

Empero, huelga decir, que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre el que se litiga; por tanto, no son admisibles las inconducentes, esto es, las que no aprovechan a una parte ni dañan a la otra (art. 698 C.J.). En consecuencia una prueba formalmente mal pedida o equivocada puede dar lugar a que sean declaradas inconducentes o improcedentes y rechazarse, máxime si se tiene en mente las normas procedimimentales a las que está sujeta la materia probatoria, que tiene carácter de orden público, por lo que son de estricto acatamiento.

La razón que viene a justificar este proceder radica en que el funcionario que ordena esas pruebas, considera, según su propio criterio, que las mismas le permitirán una mejor comprensión del caso y una mejor decisión, y nada mejor que él mismo es quien puede pre-evaluar la situación procesal que tiene entre sus manos.

Al respecto tenemos a bien traer a colación el siguiente precedente de la Corte Suprema de Justicia:

"Establece el Art. 689 del C.J. que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litigue, no son por tanto, admisibles las inconducentes, esto es, la que ni aprovechan a una parte ni perjudican a la otra en el pleito en que se producen.

Tienen, pues, los tribunales la facultad de formar juicio, antes de decidir el negocio, sobre la pertenencia de las pruebas aducidas que han sido objeto de impugnación, para el efecto de impugnación, para el efecto de admitirlas o rechazarlas. "Esta -ha dicho la Corte- es una cosa muy acertada y conveniente porque, como afirma doctrina del Tribunal de Génova citada por Ricci, no es lógico y es evidentemente contrario a la economía procesal de los juicios y a los intereses mismos de los litigantes, permitir la práctica de una prueba y reservar para después el examen completo de su eficacia, cuando una de las partes se opone a ella por motivo de derecho que pueda hacerla absolutamente inútil."

Ahora bien, para determinar la pertinencia o la eficacia de una prueba es conveniente, ante todo, establecer cuál es <u>el</u> <u>objeto de la prueba</u> en un proceso judicial.

Tratándose de una acción civil la prueba no es una averiguación. Su objeto se concreta a demostrar la veracidad o la falsedad de las afirmaciones de las partes.

Por esa regla procesal que solamente los <u>hechos</u> controvertidos son objeto de prueba, lo que significa que son pertinentes y eficaces las pruebas que tienen por objeto los hechos que sirven de fundamento a la demanda.

En este respecto el notable procesalista uruguayo Eduardo J. Couture en su obra "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", expresa lo siguiente, "Para abordar el estudio de este problema es menester anticipar una cuestión de léxico. En ese sentido corresponde distinguir la pertinencia de la admisibilidad de prueba.

<u>Prueba pertinente</u> es aquella que versa sobre las proposiciones y hechos que son verdaderamente objeto de prueba.

Prueba impertinente es, por el contrario, aquella que no versa sobre las proposiciones y hechos que son objeto de demostración. Una prueba sobre un hecho no
articulado en la demanda o en la réplica
por el actor o en la contestación y en la réplica por el demandado, es prueba impertinente. También lo es la que versa sobre
hechos que han sido aceptados por el adversario. Se trata, como se ve, de la aplicación apropiada de los principios del objeto
de la prueba, que acaban de ser expuestos.

En cambio, de <u>prueba admisible</u> o inadmisible se habla para referirse a la idoneidad o falta de idoneidad de un medio de prueba determinado para acreditar un hecho. No se trata ya del objeto de la prueba sino de los medios aptos para producirle. Así, puede sostenerse que es prueba inadmisible, por ejemplo, la de testigos para acreditar la pericia de un sujeto en un arte determinado, las cartas misivas dirigidas a terceros, cuando se trata de acreditar obligaciones, la exhibición general de los libros de comercio fuera de los casos previstos en la Ley Mercantil, la prueba, documentos que hubo de haberse presentado con la demanda y no se presentó, la prueba de posiciones a cargo de un menor de edad, etc. En estos casos, como se ha dicho, no se halla en juego la pertinencia o impertinencia de la prueba, sino la idoneidad del medio utilizado para producirla.

Las normas procesales por ser de orden público, están por encima de la voluntad de las partes, y, por ello, no pueden ser variadas por éstas ni por los tribunales de justicia. A este respecto la Corte ha mantenido invariablemente su criterio, que aparece condensado así, "Ni los litigantes, ni los tribunales de justicia pueden inventar procedimientos para hacer efectivos los derechos de aquellos."

DOCTRINA .- "Las pruebas que enumera el artículo 1214 del Código Fiscal son las que pueden ser aducidas por los interesados en los reclamos fiscales como bien lo observa el recurrente, pero a ellas no deben ceñirse necesariamente las autoridades del orden fiscal cuando les corresponde practicar investigaciones en relación con la veracidad de las declaraciones del Impuesto sobre la Renta. Esto es así porque "para establecer la verdadera cuantía de la renta gravable" de un contribuyente, conforme lo tiene dispuesto el artículo 719 del Código Fiscal, los funcionarios encargados de la aplicación del impuesto "practicarán todas las diligencias que consideren necesarias y útiles", sin estar obligados a utilizar determinados o específicos medios de prueba."

Sin menoscabo de todo lo anterior se afirma con mucha lógica, y que la Administración debe tener presente, que "por regla general no es justo declarar inconducente una prueba cualquiera a priori, salvo que la inconducencia salte a la vista o se funda en una causa legal evidente" y que "en los demás casos es preferible practicar la prueba y diferir para la sentencia la apreciación definitiva".

### EL NUEVO RÉGIMEN PROBATORIO.

La modificación que la Ley 31/91 introdujo al artículo 1214 del Código Fiscal, apartó el proceso tributario panameño (en general) del sistema tradicional del antiguo Código Judicial que dicho sea de paso, se había derogado por medio de la Ley 29/84 (que aprobó el Código Judicial vigente).

Así, el nuevo régimen probatorio en materia tributaria tiene las mismas características que la de orden judicial, pues por así disponer el propio artículo 1214 del Código Judicial, nos tenemos que remitir al Código Judicial para tales efectos. Sin embargo, consideramos que dicho régimen legal debe ser entendido y aplicado razonablemente a la naturaleza y esencia del proceso administrativo para no degenerarlo en un proceso judicial, por lo que las

normas del Código Judicial deben ser aplicadas en la medida en que no sean antagónicas, contradictorias o incompatibles con la administración -no de justicia (que no es nuestra función)- sino de la Ley.

La reforma introducida por la Ley 31/ 91 al artículo 1214 del Código Fiscal esencialmente eliminó el sistema limitativo de admisión de pruebas; es decir de que la Ley, tal como lo decía el anterior texto del artículo 1214 del Código Fiscal, precisaba cuáles eran las pruebas que se podían aportar al proceso administrativo (sistema de numerus clausus). Como colorario. entonces eliminó el método de valoración de las pruebas o sea el de "la prueba tasada" en donde la Ley, también, predeterminaba el valor probatorio de aquellas pruebas; y, que venía a justificar aquellos parámetros de plena prueba tasada, prueba directa, indirecta, etc.

Hoy, algunas características para o en los procesos administrativos son:

- 1) Sistema abierto de pruebas ya que han de servir como tales los documentos, la confesión, la declaración de los testigos y de parte, la inspección judicial, la reconstrucción de los hechos, los informes, los indicios, los medios científicos y cualquier otro medio racional que sirva a la convicción del "juzgador" siempre que no estén prohibidos por la Ley, no violen los derechos humanos, ni contrarios a la moral de orden público (art. 769 C.J.). Por ende, es permitido el empleo de calcos, reproducciones, fotografías de objetos, lugares, documentos, la reconstrucción y su registro gráfico o electromagnético; la constatación por medio de procedimientos científicos tales como análisis hematológicos, bacteriológicos, radiografías, radioscopía, etc.
- 2) Regla de la "Sana Crítica": que es la libertad en la apreciación razonada explicada y fundamentada de la convicción de los medios de pruebas aportados en el proceso, en la que se conjuga la lógica y la experiencia del funcionario (art. 770 C.J.).

- 3) <u>Las Pruebas Oficiosas</u>: que pueden ser decretadas por el funcionario de la primera instancia; y su condicionalidad en la segunda instancia.
- 4) <u>La Carga de la Prueba</u>: sigue en cabeza del contribuyente pues no puede soslayarse el principio o presunción de legalidad de los actos de la Administración Tributaria.
- 5) <u>El Hecho Notorio</u>: el cual no requiere prueba. Tampoco los decretos, acuerdos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones, informes, fallos, documentos emanados de alguna autoridad o funcionario de cualquier órgano del Estado o Municipio, autónomo.
- 6) <u>Pruebas de informes</u>. Las cuales se practicarán de acuerdo a las normas especiales que las califican como tal.
- 7) Eliminación de tachas, virtualmente todos pueden declarar por lo que la Ley advierte que ciertos testigos deben ser considerados como "sospechosos".
- 8) <u>Rechazo de Pruebas inconducentes e</u> ineficaces.
- 9) <u>La conducta procesal</u>. Vale decir el profesionalismo de las partes, su actuación ante los interrogatorios, sus negativas injustificadas ante la práctica de diligencias.
- 10) <u>Traslación de Pruebas</u>, en donde las pruebas aportadas y practicadas en un proceso diferente pueden ser utilizadas en el que se ventila, tales como aquellas pruebas documentales, testimoniales (pero sujeto a ratificación), inspección judicial u ocular.

Todo hace indicar la existencia armónica de la nueva concepción del Código Judicial y la nueva concepción del artículo 1214 del Código Fiscal, o viceversa.

Si en el ámbito probatorio ambas excertas convergen conceptualmente, es precisamente porque el juez dejó de ser un simple espectador de litigante y participa (potestativamente) del proceso. Igualmente obtiene deberes respecto a la aportación de medios probatorios. Así, de oficio puede ordenar pruebas y debe, en consecuencia, ordenar la repetición o perfeccionamiento de cualquiera de ellas, ya sea por deficiencia o irregularidades en su práctica (ver art. 782 C.J.).

El funcionario administrativo antes y ahora con mayor fundamento jurídico (en razón del nuevo 1214 C.F.), administra la ley en ese mismo orden conceptual. Es decir, practicando en sus investigaciones, sus pruebas, sus exámenes y demás diligencias en documentos y demás datos y elementos de juicio en que fundamentará sus actos administrativos y a los cuales el administrado o contribuyente tendrá acceso, sin menoscabo de su participación al acto. Por tanto, iniciado el proceso ambos (funcionario y administrado o contribuyente) se sitúan paritariamente cada uno, demostrando como no se cumplió o se cumplió con el mandato legal.

A nuestro juicio las situaciones procesales en ambas jurisdicciones no difieren en lo esencial.

## VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS.

"Las pruebas serán valoradas conforme a las reglas previstas en el mismo" (Código Judicial) dice el artículo 1214 del Código Fiscal, dejando el viejo sistema del número cerrado de los medios probatorios por el número abierto (apertus) y dando cabida a un método de valoración más amplio.

Regla de la Prueba Tasada: consiste en que la Ley le atribuye el valor a cada prueba y de los hechos determinando el grado de certeza que los medios de prueba han de producir en el juzgador.

"El valor de los medios de prueba está tasado por la Ley en forma inalterable, permanentemente e invariable. La posición del juzgador frente a los instrumentos probatorios objeto de la tasación legal, se caracteriza porque su convencimiento está absolutamente ligado al juicio de la Ley, cuando quiera que la cuestión de hecho debatida resultare aplicable alguno de los instrumentos referidos." (Jorge Fábrega P., Estudios Procesales - Tomo II, pág. 882)

Se justifica esta regla en la inexperiencia del juzgador, lo libera de sospecha y permite una uniformidad en su valoración y en la jurisprudencia. Por el contrario se dice que encadena o mediatiza la capacidad del juzgador, busca la verdad formal y no le permite al juzgador profundizar en la verdad sustantiva de la prueba.

No obstante quedan, por así decir, algunos resabios jurídicos de este método legal; por ejemplo ante dos (2) testimonios (art. 915 C.J.), ante documentos públicos (art. 823), en materia de confesión (art. 888), ante documentos privados auténticos o reconocidos (art. 845).

Regla de la Sana Crítica: Se asegura que ésta es una categoría intermedia entre la legal tasada y la de libre convicción del juzgador; pues, no conlleva la severa rigidez de la tasada ni crea la incertidumbre y dudas de la segunda.

Fábrega asegura que "las reglas de la sana crítica son, ante todo, reglas de correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unos y otros contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigo, perito, inspección judicial, de confesión de los cargos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también, sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento." (pág. 883, op. cit.).

Quiere decir que el uso de la "sana crítica" no es elucubrar hipótesis siderales

o extraer de los cabellos forzadas tesis, no es afirmar hechos o cosas por mero parecer u ocurrencia, no es tampoco dejar huérfano de argumentos jurídicos y razonamientos cualquiera de las piezas probatorias que obran a favor o en contra del hecho controvertido o discutido.

El artículo 770 del Código Judicial dice:

"Las pruebas se apreciarán por el juez según las reglas de la sana crítica, sin que esto excluya la solemnidad documental que la Ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos.

El juez expondrá razonadamente el examen de los elementos probatorios y el mérito que les corresponde."

El funcionario juzgador, en nuestro ámbito, expondrá razonadamente su criterio respecto a las piezas procesales, por ejemplo respecto a documentos contradictorios (art. 873 C.J.) e informes (art. 904 C.J.) declaraciones y testimonios (art. 880 y 891 C.J.), pericias (art. 967 C.J.), indicios y presunciones (art. 973 C.J.), las actuaciones de los funcionarios en su condición de funcionario fiscalizador (art. 18 del D.G. 109/70).

La sana crítica es perfectamente aplicable al proceso administrativo en virtud de que el proceso administrativo en general implica:

- 1. Que las pruebas han sido aportadas oportunamente y/o cumpliendo las solemnidades legales.
- Que la apreciación debe conllevar claros puntos objetivos de referencia y dejarse así constancia de ellos en la resolución.

En consecuencia el juzgador en la conjugación de la sana crítica debe:

- a) Examinar la prueba racionalmente, con arreglo a las normas de la lógica y de la experiencia:
- b) Tomar en cuenta un conjunto de factores al apreciar la prueba, entre ellos:

- 1. Fuente de la prueba.
- 2. Datos que sirven a la prueba.
- 3. La verosimilitud del contenido.
- c) Tener la propia convicción no es un acto de intuición o de impresión, sino de razonamiento, fundado en la experiencia.
- d) Hacer constar en la resolución las motivaciones de la apreciación de la prueba.
- e) Examinar la prueba en forma integral, en su conjunto.
- f) Ser formalista en cuanto a su práctica.

Considera el Dr. Fábrega que "como quiera que la sana crítica entraña puntos objetivos de referencia, si se desconocen dichos puntos objetivos -conexidad de la prueba; aplicación de criterio lógico- el fallo es susceptible de examen por la Casación".

Como quiera que la Ley 31/91 nos remitió al Código Judicial a todos los efectos de los medios probatorios y su valoración, hay que aceptar, en consecuencia, entre otros la confesión, las documentales, las periciales, las inspecciones oculares (denominadas en el Código Judicial: "judiciales"), testimoniales e informes.

#### La Confesión:

Puede, dentro del Derecho Tributario, presentarse la "confesión fiscal" y la "confesión extrafiscal". La primera tiene su formal expresión en la declaración de tributos (rentas, timbre, I.T.B.M., ventas, etc.). También, se dice que puede ser provocada. La segunda, es aquella que se hace fuera de la competencia y/o jurisdicción, ya sea ante terceros o ante otro funcionario o entidad pública.

<u>La confesión fiscal</u>: El prototipo de declaración fiscal es la "Declaración de Rentas"; así la mayoría de los estudiosos de esta materia se refieren es a ella. Pero, en nuestra legislación existen declaraciones de

otros tributos, ejemplo I.T.B.M., Importación, Timbres, Ventas, etc., que, por *imperium* de Ley, los sujetos pasivos o responsables de tales tributos deben -por mandato legal- presentar.

(No obstante, oportuno es advertir que la tesis de la confesión fiscal, constituida en la declaraciones de tributos, no es unánimemente aceptada ya que -según se sostiene- el contribuyente se limita a poner en conocimiento de la autoridad competente los elementos cuantitativos y cualitativos del hecho generador para la determinación o accertamento de la obligación tributaria).

Dentro de esta concepción se identifica la "confesión fiscal provocada" como en el evento de que la misma sea presentada a requerimiento del funcionario competente para la determinación del tributo.

Ya se trate de confesión fiscal o provocada se afirma en un sector doctrinal, que se está ante un "reconocimiento del hecho imponible, constitutivo de la relación jurídico-tributaria que el propio contribuyente hace a favor del Fisco".

A los efectos de estas notas se concibe la confesión fiscal como una confesión del contribuyente entregada a la Administración Tributaria, que la Ley le da mayor solemnidad al calificarla de "jurada", que viene, entonces así, a distinguirla de la provocada o a requerimiento administrativo pero siempre ambas para la determinación del monto de la obligación y/o para el reconocimiento de la existencia del hecho imponible exento.

Su relativo valor probatorio por más solemne que sea o como se presente, no la hace plena prueba, salvo que se hayan configurado la caducidad ( art. 720 C.F.) o la prescripción (art. 737 C.F.), por lo que la regla de la sana crítica se impone ante ella, pudiendo resaltar nuevos resultados favorables o adversos al contribuyente por las diligencias propias de la fiscalización o autoría llevada a cabo en busca de la verdad tributaria.

Hay que destacar que la prueba de la confesión, en sí debe ser considerada en su integridad (art. 884 C.J.) o sea que es válido el principio de la indivisibilidad de las pruebas.

La confesión extrajudicial: Decimos que la confesión extra fiscal es la que se hace fuera del ámbito o jurisdicción tributaria ya sea ante terceras personas u otras entidades, sin ánimo de confesar y que puede hacerse constar en cartas, notas, u otros documentos del contribuyente que pueden estar en manos de terceras personas.

Si bien la Legislación Positiva no hace alusión a ella, en los cruces de información, en los áuditos que se realicen a otros contribuyentes, en informaciones suministradas por el contribuyente a entidades de crédito para la obtención de préstamos, pólizas o crédito, pueden calificar como confesiones extra fiscales.

Toda confesión conserva elementos identificatorios como que es una manifestación de parte, que puede serle favorable o desfavorable al Fisco; tiene por objeto hechos; por lo general consta por escrito o es expresa y que recae sobre el conocimiento que tiene el que la brinda de hechos propios o ajenos.

#### La prueba documental:

A los efectos de este epígrafe, la orientación que nos brinda el Dr. Fábrega, en su obra "Estudios Procesales" es muy ilustrativa, razón por la que sucintamente la seguimos.

Documento, se dice, es todo aquello que sirve para ilustrar o comprobar algo; toda representación objetiva destinada e idónea para reproducir una determinada manifestación de pensamiento, entre estos, fotografía, tarjetas, libros, filmes, películas, grabaciones, discos, estatuas, marcas, contraseñas, signos, tarjetas, lápidas, pinturas y cualquier otro medio que haya captado imágenes y/o sonidos.

Citando a De Marsico, se define que documento es "un objeto corporal producido por la actividad humana, de la cual observa los trazos y el que, a través de la percepción de los gráficos sobre el impreso, o de las luces o sonidos que pueda emitir, es capaz de representar de modo permanente a quien lo averigüe, un hecho que está fuera del mismo documento." (Estudios Procesales, op. cit).

A diferencia del anterior Código Judicial, el actual Código nos brinda una acepción de documento, en el artículo 819:

"Son documentos los escritos, escrituras, certificaciones, copias, impresos, planos, dibujos, cintas, cuadros, fotografías, radiografías, discos, grabaciones magnetofónicas, boletos, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos, telegramas, radiogramas y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios y similares.

Los documentos son públicos o privados."

Las descripciones que de los documentos hacen los artículos 861 y 862 concuerdan con el artículo 244 del Código de Comercio.

Clasificación: Las clasificaciones que la Ley hace son: documentos públicos o privados, auténticos o no auténticos. En forma más amplia la Ley nos indica es "Documento Público el otorgado por funcionario público, en ejercicio de su cargo o por razón de éste" (art. 821 C.J.).

Y, por "Documento Privado" es aquel que no reúne aquellos requisitos del documento público. (art. 843 C.J.).

Una de las importancias de la nueva legislación, radica en que elimina la confusión que se daba en el viejo Código cuando se refiere a "instrumentos públicos y auténticos", puesto que es "documento auténtico" cuando existe certeza sobre la persona que lo haya firmado, elaborado u ordenado

elaborar (art. 822 C.J.), de manera que auténtico es un documento público (presunción legal) y también puede serlo un documento privado.

a) Los Documentos Públicos: es el "otorgado por los funcionarios que ejercen un cargo por autoridad pública, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones" (art. 821) Subrayamos.

Se enuncian los documentos públicos tales como:

- 1. Escrituras Públicas.
- Los certificados expedidos por los funcionarios públicos, incluyendo, por ende, actas constancias, planos, cuadros, fotografías, catastro y registros.
- 3. Las constancias de las actuaciones de las actividades públicas, judiciales y administrativas.
- Los certificados que expidan los directores de oficinas públicas sobre existencia o estado de actuaciones o procesos conforme a lo regula la Ley.
- 5. Los demás actos que la Ley le reconozca el carácter de tal.
- 1. <u>Valor Probatorio</u>: su alcance probatorio es el de hacer constar su otorgamiento, de su fecha y de las certificaciones que en ellos haga el funcionario que lo expide. Igual valor tiene ante los otorgantes y sus herederos (ver art. 823 C.J.).
  - No obstante, en cuanto a su contenido o declaraciones de los otorgantes, se tomarán en consideración las pruebas concordantes y de manera indivisible o en su integridad; vale decir, aplicando la regla de la sana crítica.
- 2. Presentación: según el artículo 825 del Código Judicial, las Escrituras Públicas se presentarán en copia autenticada, por lo tanto en su uso y valor parcial o total se seguirán las reglas del artículo 824 del Código Judicial, segundo párrafo del artículo 825 y el artículo 826 del Código Judicial.

Con respecto a otros documentos públicos debemos tener presente los artículos 827, 828 y 829 del Código Judicial. En cuanto al término empleado en el artículo 821 del Código Judicial de "...autoridad pública..." no debe perderse de vista y debe conjugarse con el carácter del documento que este mismo artículo enuncia; de esta forma se asegura su calificación a los efectos, también, de determinar "el documento expedido por servidos incompetente" del que trata el artículo 828 del Código Judicial.

Se quiere indicar que no es cualquier funcionario público el que le da mérito de "documento público" a estas pruebas. Esos funcionarios son los que dictan o expiden los documentos enumerados en el artículo 821 del Código Judicial; por lo tanto debe proceder cautelosamente en su reconocimiento.

- b) <u>Documentos Privados:</u> De lo acabado de expresar se colige que los demás u otros documentos son o pueden ser documentos privados (art. 828 C.J.).
  - 1. <u>Presentación:</u> según el artículo 844 del Código Judicial deben ser presentados en sus originales. Las copias tendrán igual valor probatorio que los originales siempre y cuando cumplan con las condiciones de:
    - a) Haber sido reconocidos (por la parte contraria -llámese Fisco-) como genuina. Dicho reconocimiento puede ser expreso o tácito.
    - b) Compulsada y certificada por el Notario que protocolizó el documento a solicitud de quien lo firmó o de la solicitud del funcionario que lo tuviera en su despacho.
    - c) Estén autenticadas (fotocopias o reproducciones) por el funcionario que conserva la custo-

dia del original o por Notario cuando dichas copias provengan de archivos particulares.

- 2. <u>Valor Probatorio:</u> en la valoración de estos documentos debe tomarse en consideración:
  - a) Si es un documento auténtico, ésto es cuando ha sido previamente reconocido ante juez, notario o judicialmente; inscrito en el Registro Público por quien lo firmó; si no ha sido tachado u objetado; si se declaró auténtico en un proceso anterior con audiencia de la parte contra la cual se opone en el nuevo proceso; y, si ha sido trasmitido o remitido por una oficina estatal o municipal que exija identificación a la presentación de tales documentos, girador o remitente (arts. 822, 843 y 845 C.J.).
  - b) <u>Documentos sin firmas:</u> el artículo 849 del Código Judicial exige que éstos deben ser reconocidos, con excepción de los libros de comercio, ante juez o notario. Sin embargo, si tal exigencia no se practica debe ser valorado según se demuestre que provienen de dicha parte, a través de otros medios comunes de prueba, los demás que obran en el expediente y las reglas de la sana crítica. Este es el caso que se presenta con los sustitutos de facturas, especialmente aquellos que autoriza la Dirección General de Ingresos por las reales deficiencias organizativas y registrales de pequeños comerciantes (art. 5 de la Ley 9/80; parágrafo 15 del art. 1057-v C.F.).
  - c) <u>Copias de documentos</u>: a estos efectos el artículo 844 del Código Judicial establece que tienen igual valor que los originales

- siempre que hayan sido reconocidos expresa o tácitamente (N°1) los que han compulsados y reconocidos por notario o funcionario que le conste el respectivo original, las fotocopias autenticadas, entre otros. (Ver artículo 856 C.J.).
- d) Documentos en poder de terceros: Se dice que puede ser requerida por el funcionario juzgador (art. 857 C.J.) sin perjuicio de que se pueda practicar una acción exhibitoria. A nuestro juicio es importante anotar que los documentos emanados de terceros sólo se estimarán:
- 1. Cuando sean de naturaleza dispositiva, si han sido reconocidos expresamente por sus autores.
- 2. Cuando sean de carácter testimonial, si su contenido se ha ratificado en el proceso como las pruebas testimoniales. (Véase art. 858 C.J.).

También surgen con estas pruebas que requieren de su reconocimiento o de su ratificación la interrogante si en un proceso tributario el funcionario debe realizar tales diligencias. De considerarlo necesario; de tener dudas respecto al origen del documento o de su autenticidad, podrá el funcionario evaluar tales diligencias, aún cuan "engorroso" e irregular que aparente ser dentro de un proceso administrativo, pues debe tenerse presente que de acuerdo al actual artículo 1214 del Código Fiscal, las pruebas deben ser valoradas de acuerdo al Código Judicial, valoración que debe ser observada en igualdad de presupuestos legales.

En el artículo 861 del Código Judicial se enumeran las pruebas documentales que deben ser valoradas de acuerdo a la sana crítica como son talonarios, contraseñas, cupones, etiquetas, boletos, recibos o formularios procedentes de entidades públicas, casas de empeño o préstamos, sellos e impresos semejantes no firmados. También lo son aquellos mencionados en el artículo 862 y 863 del Código Judicial los libros de comercio, facturas, minutas, tarjetas o señales usuales y la costumbre según el Código de Comercio y los informes según el artículo 880 del Código Judicial y que han de preferirse aquellos emitidos por entidades estatales (art. 881 C.J.).

#### La Prueba de Informes:

Esta procede para verificar afirmaciones de las partes y consisten en:

- Certificados
- Copias
- Atestados
- Dictámenes
- Investigaciones
- Informativos
- Actos de cualquier naturaleza
- Informaciones, relaciones o exposiciones referentes a hechos, incidentes o sucesos respecto a los cuales tengan conocimiento, aún cuando no se encuentren escritos. (Ver art. 880 C.J.).

En el proceso administrativo tributario se encontraba en el expediente, adjunto a la Resolución, un "Informe del Auditor" como parte sustentatoria de la misma. Vale decir que este informe de las diligencias e investigaciones realizadas en las declaraciones del impuesto servían de base para expedir la resolución, exigiendo el tributo; resolución que contendrá el detalle de los hechos investigados, las sumas sobre las cuales debe liquidarse el impuesto, el monto de la liquidación adicional, anexos, base legal y demás detalles que estime conveniente el funcionario investigador a que se refiere el artículo 19 del Decreto de Gabinete Nº 109 de 1970.

Este "Informe del Auditor" así como la "relación exacta y detallada" de que trata el artículo 720 del Código Fiscal califican dentro de este tipo probatorio.

No obstante, el Código Judicial señala que estas pruebas las apreciará el funcionario según las reglas de la sana crítica lo que es contradictorio con la presunción de legalidad de los actos públicos, dentro del cual quedaba enmarcada la actuación de los funcionarios mencionados en el artículo 18 del Decreto de Gabinete 109 de 1970, que establece que "toda actuación del personal fiscalizador de la Dirección General de Ingresos en ejercicio de sus funciones hace fe pública mientras no se pruebe lo contrario." (Subrayamos), e insistimos en señalar que quedaba enmarcada la actuación del personal investigador porque -enfatizamos- el nuevo artículo 1214 del Código Fiscal establece que "las pruebas serán valoradas conforme al Código Judicial", que a su vez en este caso preceptúa que se aplica la sana crítica (parte final del artículo 880 C.J.).

Se concluye esta parte, en el sentido de que ya la actuación del funcionario auditor no hace fe pública en base a la sana crítica que el funcionario competente (Administrador Regional de Ingresos) somete los respectivos informes del auditor, por lo que no se trastoca el principio de legalidad de la resolución emitida.

Desde otra arista, entiéndase modificado el artículo 18 del Decreto de Gabinete 109 de 1970 por el artículo 1214 del Código Fiscal, tal como lo concibió la Ley 31 de 1991. En consecuencia, los informes de los auditores y demás personal fiscalizador deberán ser mejor estructurados en su contenido, presentación y sustentación.

#### **Testimonios:**

Incluyendo en este epígrafe la "Declaración de Parte" (art. 890-893 C.J.), los testimonios encuentran en el proceso administrativo una norma especial que señala que "sólo podrán consistir en declaraciones rendidas extrajuicio ante juez del circuito o notario..." (art. 1216 C.F.), por lo tanto, parece así indicar que las únicas declaraciones que se presentan ante la Admi-

nistración Tributaria son las de impuestos o tributos y aquellas rendidas en procesos penales-tributarios.

Sin embargo puede argumentarse que el artículo 19 del Decreto de Gabinete 109 de 1970, es suficientemente amplio en el ámbito de su aplicación, por lo que es practicable en cualquier proceso. El texto del acápite a) del artículo 19 del precitado Decreto de Gabinete 109 establece:

"El personal fiscalizador en su carácter de auditor, inspector e investigador, tendrá las siguientes facultades:

a) <u>Citar</u> contribuyentes responsables y terceros en general <u>para que contesten</u> bajo juramento en forma <u>verbal o por</u> <u>escrito</u>, dentro de los plazos prudenciales que fijen, todas las preguntas que se le formulen sobre rentas, ventas, ingresos, egresos y en general sobre todas las circunstancias vinculadas al hecho imponible previsto en las leyes respectivas." (Subrayamos)

Cuando las declaraciones sean propuestas por el contribuyente, éstas deberán ser tomadas extrajuicios y ser presentadas posteriormente a la Administración conjuntamente con su escrito recursorio.

Como quiera, el funcionario juzgador podrá exigir la ratificación de los testimonios siguiendo los artículos 910 y 911 del Código Judicial y teniendo presente la "fuerza de los testimonios" la vinculación de los testigos para con las partes, el testigo de hecho oídos a otros, las contradicciones reiteradas y demás casos tipificados en el artículo 965 del Código Judicial.

#### Valor de los Testimonios:

Se afirma que en la valoración de estas pruebas, aún cuando sean ratificados se deben tomar en cuenta los siguientes elementos:

- a) Etapa de percepción.
- b) Etapa de evocación.
- c) Etapa de exposición.

Lógicamente que en el transcurso de estas etapas intervienen un sin número de factores que pueden alterar la efectividad o veracidad del deponente.

## Por ejemplo:

- En la etapa de percepción hay cosas que más impresionan al testigo. Esa vivencia o visión que se centra en su memoria, depende de lo que -del total o del todo- ha percibido, incidiendo las siguientes circunstancias:
  - La precisión de una percepción está en relación inversa con el grado de fatiga del sujeto perceptor.
  - 2. Las mujeres perciben con más exactitud los detalles que los hombres.
  - 3. Los extremos de un acontecimiento (su principio y fin) son percibidos con mayor claridad que los estados intermedios.
  - 4. Las impresiones ópticas pueden ser testimoniadas con mayor facilidad que las acústicas.
  - 5. Los datos cuantitativos pueden ser precisados más que los cualitativos.
- En la etapa de evocación interviene, en mayor grado, el elemento efectivo; es decir, de cómo los hechos pueden ser recordados por la persona, de manera que fallas psicológicas y fisiológicas pueden omitir total o parcialmente los hechos.
- En la última etapa se observa en la claridad de cómo se explica o traduce su percepción del hecho. (Véase "Estudios Procesales" de Jorge Fábrega).

## DE LA PRUEBA PERICIAL.

Este es uno de los medios probatorios típicos en el proceso administrativo tributario en razón de la especialidad que conlleva el ejercicio de la contabilidad de los hechos generadores, los ingresos, costos y gastos en que se incurren en las actividades económicas, mercantiles y profesionales.

El artículo 953 del Código Judicial preceptúa:

"Para conocer, apreciar o evaluar algún dato o hecho de influencia en el proceso, de carácter científico, técnico, artístico o práctico que no pertenezca a la experiencia común ni a la formación específica exigida al juez, se oirá el concepto de peritos.

El juez aunque no le pidan las partes podrá hacerse asistir por uno o más peritos cuando no esté en condiciones de apreciar por sí mismo los puntos de la diligencia, cuestión, acto o litigio."

Así la parte que adujera la prueba debe indicar en su escrito de pruebas:

- a) El punto o los puntos sobre el cual ha de versar el dictamen. Igual obligación la tendrá el funcionario que la ordena de oficio.
- b) La identificación del o de los peritos (hasta dos (2) peritos (art. 956 C.J.).

En todo caso, el funcionario podrá designar los peritos (arts. 954-957 C.J.).

Se establece (art. 954 C.J.) que en caso de adolecer de los requisitos esta prueba, queda a juicio del juzgador la ordenación de su evacuación. En consecuencia, decidirá su procedencia y de aceptarla concretará los puntos sobre los cuales recaerá el peritaje.

Todos los peritos tienen las mismas facultades y deberes por lo que el <u>dictamen</u> puede ser ampliado. El auto (resolución) que así lo ordena es irrecurrible (art.955 C.J.). Igualmente pueden ser tachados y recusables por las causales establecidas en el artículo 749 del Código Judicial.

Llegada la hora y día señalado por el juzgador para la práctica del peritaje, los peritos:

- a) tomarán posesión del cargo
- b) jurarán no divulgar su dictamen
- c) desempeñarán el cargo a conciencia
- d) mantendrán una imparcialidad completa (art. 959).

En esta diligencia podrán solicitar la ampliación del término para realizar su labor y rendir el dictamen.

Como quiera que la Ley le confiere amplias facultades y deberes, por igual, puede ejercer todas aquellas que el artículo 960 del Código Judicial señala; y si deliberadamente alguna de las partes impide la práctica del dictamen, los peritos lo informarán al juzgador quien ordenará lo conducente para que se facilite y realice la diligencia o de lo contrario impondrá multa sucesiva de B/.10.00 a B/.25.00 hasta que cumpla la orden impartida (art. 960 párrafo último).

Obsérvese que el art. 960 mencionado señala "personalmente" los peritos estudiarán la materia del dictamen. La frase "personalmente", a nuestro juicio, significa individualmente, sin que ello signifique que en la diligencia no participen o la realicen paralelamente, pues, podrán acercarse a terceras personas, para obtener información útil al proceso. En este sentido deben observarse los artículos 2079 - 2080 y 2081 del Código Judicial.

Por considerarlo de interés reproducimos el primer párrafo del artículo 960:

"Artículo 960. Los peritos personalmente estudiarán la materia del dictamen y están autorizados para solicitar aclaraciones de las partes, requerirles informes, visitar lugares, examinar bienes muebles o inmuebles, ejecutar calcos, planos, relieves y realizar toda clase de experimentos, que consideren convenientes para el desempeño de sus funciones. A este efecto el Juez podrá requerir a las respectivas oficinas públicas que permita a los peritos registros o documentos públicos y que les ofrezca las facilidades del caso. Cuando en el curso de la investigación los peritos reciban información de terceros que consideren útil para el dictamen, lo harán constar en éste, y si el Juez lo estima necesario recibir el testimonio de aquellos, lo dispondrá así."

En forma clara y precisa, dice el artículo 961 del Código Judicial, debe ser presentado el dictamen. Llegada la hora y día para su presentación, (conjunta o separada) (en materia penal es conjunta - art. 2257 C.J.), pueden en ese instante ser repreguntados y examinados (de la misma manera que los testigos). Tales exámenes y repreguntas pueden ser formulados por los apoderados y por expertos que no serán más de dos (2) igualmente idóneos debidamente reconocidos. A solicitud de parte, también en ese instante, se podrá decretar fecha diferente o separada para la presentación de los dictámenes.

Resulta interesante con el nuevo Código Judicial la facultad con que se dispone en el sentido de que el funcionario juzgador puede ordenar que se repita o amplíe la prueba y que los peritos rindan los informes adicionales que le soliciten.

En la práctica de este prueba se observa que el perito puede intervenir como "perito conducente" o en una fase intelectiva o analítica, y también en la actividad "perceptiva", como en la reconstrucción de los hechos, inspecciones oculares o cuando el artículo 953 indica "para reconocer... algún dato o hecho en el proceso" (Ver arts. 2079-2080-2081 C.J.).

Existen elementos de valoración que es importante tener en cuenta al frente de los dictámenes:

- a) La especialización profesional del perito en relación con la materia que dictamina.
- b) Grado de certeza.
- c) Método de investigación y análisis.
- d) Presentación didáctica de su dictamen.
- e) Principios técnicos aplicados.
- f) Datos y fuentes identificables que sirven de base al dictamen.
- g) Contestaciones a las preguntas y repreguntas.
- h) Comportamiento o profesionalismo.
- i) El resto de las pruebas.

Se dice que "un dictamen pericial" sólo podrá considerarse si se comprueba así:

- 1) que reposa en datos fácticos
- que los principios técnicos de los cuales parte el perito, merezcan reconocimiento
- 3) que el perito ha procedido correctamente en todos los casos en los cuales se le pudo controlar
- 4) que ofrezca garantía de haber trabajado en regla, también, en los terrenos controlables.

Importa también señalar que los peritajes no son ni pueden ser "alegatos" así como tampoco pueden recaer en interpretaciones de las normas legales, pues lo primero es ejercicio propio del abogado y lo otro es facultad privativa del juzgador.

Sobre este aspecto la Corte ha observado:

"A esta Sala se le presenta la misma situación que la que fue planteada a los funcionarios fiscales, esto es, el solo informe pericial del perito designado por la SHELL, no es prueba idónea para demostrar que esos bienes se consumen inmediatamente al ser utilizados o que tienen vida útil muy corta, o que la compañía demandante se desprendió de su propiedad (donó esos bienes a sus concesionarios), sino sólo constituye una mera apreciación del perito que debió ser reforzada con otras pruebas, para poder considerarse como fundadas las reputaciones de la demandante contra las resoluciones mencionadas." (Subrayamos)

Queda así claro, que no basta que se diga en un informe o dictamen que el mismo tiene relación o referencia en los libros de contabilidad, documentos o registros no precisados ni identificados pormenorizadamente a fin de dar credibilidad o certeza. Tampoco la cantidad de peritos, aún cuando coincidan hacen plena prueba.

## **DE LA INSPECCIÓN OCULAR:**

El anterior Código Judicial concebía este medio probatorio como :

"Es el examen y reconocimiento que de la cosa litigiosa o de cosas relativas al pleito hace el Tribunal por sí mismo o por medio de peritos para juzgar con más acierto."

Importa destacar, a fin de evitar confusión con la prueba pericial, que esta prueba (inspección ocular) la ejecuta el funcionario fallador o comisionado, para juzgar con más acierto sobre la cosa litigiosa o controversia. Si el funcionario que ha de practicar la prueba necesita de los servicios o conocimientos de un técnico o persona versada en la materia que se litiga, puede asesorarse con dichos peritos.

Otra característica de la inspección ocular es la apreciación o reconocimiento que se hace de las exterioridades o hechos materiales; es decir, el funcionario juzgador determina si existió o existe tal acierto, tal como, etc., sin mayores análisis, sin mayores descripciones que las aducidas en la solicitud de la inspección ocular.

Por otra parte, la Administración Tributaria puede ordenar que la inspección ocular se lleve a cabo en su despacho, a la fecha y hora señalada, para lo cual deberá ordenar que los libros y/o documentos deber ser traídos o presentados oportunamente sin que se den las inconveniencias que en la actualidad resultan, por el traslado constante del domicilio de un contribuyente a otro.

Colocado el funcionario juzgador en el sitio donde se ha de realizar la observación o inspección, con la asistencia de un secretario y los peritos o testigos oirá a los interesados y se procederá en su caso a que los peritos <u>reconozcan</u> la cosa y que den su dictamen fundado (art. 945 C.J.).

Todas las observaciones verbales que las partes estimen oportunas se harán constar en el acta, donde además se plasmará todo lo ocurrido en la diligencia, que firmarán, al final, todos los que en ella han intervenido. Esta firmarán, al final, todos los que en ella han intervenido. Esta formará una prueba más o menos completa según la naturaleza de contenido y la clase de <u>afirmaciones</u> que hagan los peritos o testigos que hayan intervenido en las diligencias.

<u>Valor Probatorio:</u> De acuerdo con el artículo 945 del Código Judicial, debe ser valorada de acuerdo a la sana crítica.

Los gastos que ocasionen las diligencias de inspección ocular serán sufragados siempre por la parte que la pida.

La inspección decretada de <u>oficio</u> puede verificarse en cualquier estado del juicio.

Huelga agregar que la solicitud de esta prueba debe ser indicada o pedida con toda claridad o detalle respecto a los puntos sobre los que ha de versar la inspección.

En lo que se refiere a los libros de comercio se practicarán las respectivas diligencias exhibitorias (art. 952 C.J.).

Nuestra Corte Suprema ha sostenido que "la inspección de libros de comercio para establecer determinado punto tiene que concretarse a esa cuestión o punto y las observaciones que las partes -(a que se refiere el artículo 924)- han de circunscribirse también a lo que se relacione directamente con los libros examinados. El derecho a formular observaciones no es ni puede devenir en un medio para introducir al proceso <u>elementos</u> probatorios que <u>no</u> fueron presentados oportunamente. De otra suerte, se colocaría al adversario en posición desventajosa y contraria a principios de derecho procesal al no poder comprobar". (Subrayamos).

También ha dicho la Corte, "La contabilidad de un comerciante debe ajustarse a reglas claras y precisas fijadas por la Ley. La que se aparta de esas reglas no puede merecer la aceptación del juzgador, porque de otra suerte carecerían de objeto, y la contabilidad comercial causaría la corrección y veracidad necesaria para la debida protección de los asociados.

"Cuando se recurre a la contabilidad comercial para establecer en juicio hechos que interesen a las partes y que deben constar registradas en los libros respectivos, la prueba es de examen o inspección ocular de esos libros. Esa prueba la practica el tribunal asociado de personas aptas en contabilidad y se limita a dejar constancia de la corrección o incorrección de los libros y a tomar copia de los asientos o papeles que tengan relación con el asunto que se ventila."

"No hay desde luego, en tal caso, un dictamen pericial que, desligado de la contabilidad examinada, haga por sí solo prueba del hecho buscado con la inspección. Y si la contabilidad examinada ha merecido el rechazo del juzgador por no estar llevada en debida forma, como ocurre en el caso del fallo ocurrido, lo que el recurrente denomina impropiamente "dictamen pericial" queda sin ninguna eficacia."

"No tratándose, como no se trata en el fallo recurrido, de la prueba pericial sino de inspección ocular de los libros de comercio, el Art. 854 del C.J., ajeno a esa prueba, no ha podido ser infringido", expresa un precedente tributario. (Subrayado).

#### La Corte también ha señalado:

"Para que el resultado de la inspección ocular tenga indiscutible y obligadamente el valor de plena prueba es preciso que haya sido practicada directamente por el tribunal que conoce del negocio respectivo con asistencia de testigos, pues establece el Art. 927 del C.J. que "la inspección ocular ante testigos constituye plena prueba en cuanto a las circunstancias o hechos materiales que el Tribunal establezca en el Acta como resultado de su propia observación." (Subrayamos)

La importancia de este hecho radica en que "es que el reconocimiento judicialmente es el medio de prueba más directo, la percepción directa en la base de su convicción". Como escribe el Dr. Enrique A. Becerra en su obra "Teoría y Práctica de las Pruebas Judiciales", "el examen de la cosa litigiosa lo hace el Juez por sí mismo en los casos en que se trata de verificar su existencia únicamente, y acompañado de peritos cuando sea preciso hacer observaciones o apreciaciones técnicas extrañas o la ciencia del derecho. Y como la sola percepción y observación del Juez tratándose de probar la existencia material de la cosa y de sus simples condiciones físicas, podría ser erróneas o fundada en móviles distintos de los de la justicia, para evitar la arbitrariedad del Juez, quiere la Ley controlar sus actividades y sus juicios con la observación y apreciación hecha por testigos que en número de dos observen también. Lo que nos autoriza para concluir que la presencia de los testigos no es una simple solemnidad, sino un requisito esencial"."

La inspección ocular de los libros de comercio tiene que concretarse al objeto de la diligencia. No puede, por tanto, servir de medio para que, de manera extemporánea e intempestiva, se introduzca un documento privado que no fue llevado oportunamente al proceso.

#### LOS INDICIOS Y LAS PRESUNCIONES:

En la práctica se observa la constante omisión o desconocimiento valorativo de estas figuras, tanto en las acciones de la Administración Tributaria como en las resoluciones que resuelven las reclamaciones de los contribuyentes, y, no obstante que nuestro Código Fiscal admite todas las pruebas que acepta el Código Judicial. Así, anotemos que hay que tomar en consideración el papel probatorio que desempeñan los "indicios" y las "presunciones", especialmente cuando se tiene que valorar la actuación del personal fiscalizador, a cuyas actuaciones la Ley le atribuye una presunción de plena prueba.

#### **Los Indicios:**

"Se llama indicio cierto hecho que indica la existencia de otro. Para que un

hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar debidamente probado en el proceso." (Art. 969 C.J.).

Según el Dr. Fábrega, esta disposición contiene:

 Concepto de indicio: en que se afirma que es un hecho que señala la existencia de otro. Viene a ser así la huella, vestigio, señal o circunstancia que pueda conducir o coadyuvar al conocimiento de determinado hecho. Es el hecho que suministra la base de la operación inductiva, que viene a ser la presunción.

Se discute si es un medio de prueba, no obstante que es un medio de convicción que contribuye al esclarecimiento de las afirmaciones de las partes.

Navarrine y Asorey en su obra "Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario" aducen que "el indicio es el hecho conocido, y la presunción su efecto... Sirve para probar indirectamente un hecho, mientras que la presunción tiene el carácter lógico-inductivo, distinto del lógico-inductivo propio del indicio.

A manera de ejemplo, se dice, que el humo es el indicio de combustión, pues comprende el hecho indicador, el hecho indicado o desconocido y la inferencia lógica o relación de causalidad entre ellos. En ese mismo sentido -dice Jorge Fábrega-"Resumiendo el indicio es la operación que hace el juez, es el hecho indicador que revela o coadyuva a revelar, la existencia de otro. (op.cit. pág. 1053-1054).

2) Prueba de indicio: Generalmente acepta la doctrina que los indicios deben estar plenamente probados. Bentham así afirma que "Siendo toda prueba circunstancial un hecho destinado a servir de base a una inducción, ese hecho debe estar probado tan completa y regularmente como si fuese el objeto mismo de la investigación, y que "si la existencia real no sería para nosotros

más que algo desconocido y entonces tendríamos una cosa desconocida que nos indica otra cosa desconocida, a lo que agrega Devis Echandía -si no hay seguridad sobre la existencia de los hechos indicados o indiciarios resulta ilógico inferir de éstos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga." (J.F. op.cit).

En cuanto a su valor, señala el artículo 970 del Código Judicial:

"Los indicios tienen más o menos valor, según sea mayor o menor la relación que exista entre los hechos que los constituyen y los que se traten de establecer."

Por su parte el artículo 973 del Código Judicial:

"El juez apreciará los indicios en su conjunto, con arreglo a las reglas de la sana crítica" y para ello se tendrá, además, en cuanto la gravedad del indicio, concordancia y convergencia y demás pruebas que obren en el proceso (art. 972 C.J.).

Todo ello precisa anotar que el "indicio necesario" es aquel que denota de modo seguro, inequívoco, la existencia de otro. El "Indicio Contingente" es aquel que no tiene la fuerza que se requiere para que sea necesario; que sugiere una relación de probabilidad y no de causalidad.

Resumidamente quiere indicarse que:

- Los indicios deben estar probados aún cuando sea con otros indicios, pues no hay nada que los excluya para tal finalidad.
- 2. Deben ser varios.
- 3. Deben ser graves, que importen un efecto serio y consistente en el ánimo del fallador.
- 4. Deben ser precisos no ambiguos.
- Concordantes, conexos que se conjuguen entre sí, como piezas de un "rompe cabeza", encadenados.
- 6. Convergentes hacia una sola hipótesis.

Se advierte que su valoración es difícil por lo subjetiva, individual, debidamente razonada. El artículo 942 del Código Judicial establece:

"Si la inspección se solicitare ... ante un Tribunal colegiado, se practicará por el Sustanciador, al menos que al solicitarse la prueba se pida expresamente que la inspección se verifique por todos los Magistrados que hayan de fallar ...o que éstos consideren conveniente su intervención en la diligencia."

Cuando la inspección se decreta de oficio por un Tribunal colegiado, el artículo 943 del citado Código, indica que a ella concurrirán los funcionarios que han de dictar la decisión, y que esta diligencia puede verificarse en cualquier estado del proceso.

<u>Las Presunciones:</u> También son objeto de discusión doctrinal de si son o no medios probatorios. Nuestros procesalistas las eliminaron del Código Judicial y se ubicaron dentro de las normas referentes a la carga de la prueba.

La presunción -nos dice Jorge Fábregano es un medio de prueba, forma parte de la operación probatoria o sea que integra el acto de valoración al momento de fallar; y si la presunción es legal tampoco resulta un medio de prueba sino una norma sobre carga de la prueba.

La "Presunción" – para Navarrine y Asorey- es el acto de aceptar la veracidad de un hecho por la evidencia de otro del que normalmente depende aquel hecho no probado. Anotan estos autores que la presunción crea una ficción de un hecho como una "la valoración jurídica, contenida en un precepto legal, en virtud de la cual se atribuye a determinados supuestos de hecho, efectos jurídicos que violentan e ignoran su naturaleza real. No falsea ni oculta la verdad real: crea una verdad jurídica distinta a la real ". Así, por ejemplo, las presunciones iuris et de iure" (de derecho y por derecho) no admiten prueba en contrario y, en tanto, las presunciones "iuris tantum" sí las admiten.

Se denota, así, que las presunciones tienen relación íntima con la carga de la prueba; es decir, a quien le corresponde probar en razón de que ya se da por realidad un hecho.

En materia tributaria encontramos un número plural de presunciones y ficciones jurídicas, tales como los referentes a la deducibilidad de los gastos sin comprobantes, valor catastrales de las fincas, la renta presunta o gravamen de oficio.

En materia tributaria abundan las presunciones, por ejemplo las relacionadas al principio de fuente, gastos sin comprobantes, valor catastrales de inmuebles, base de determinación presunta, etc.

Dentro de las pruebas pre constituidas están todas aquellas que deben ser acompañadas al acto administrativo y que conformarán el expediente.

Hemos afirmado en líneas atrás, que a pesar de que los actos administrativos se presumen legales hasta tanto se pruebe lo contrario, en ningún momento deben reflejar visos de arbitrariedad o abusos y que por el contrario, todas las diligencias y actuaciones de los funcionarios públicos deben ser transparentes, quedar plasmadas por escrito y con los mayores lujos de detalles de las partes que en ella han intervenido.

Así, cuando en las etapas de investigación, áuditos o inspección, el Fisco le exige pruebas al contribuyente es para fundamentar, sustentar y hacer constar lo actuado, lo afirmado o negado por ambas partes al momento de realizarse las diligencias respectivas; de manera tal, que se evitan sorpresas, tergiversaciones de buena o mala fe sobre lo acontecido y sobre las pruebas no aportada ni aducidas y sobre las alegaciones respecto a los hechos o imputaciones investigadas.

La importancia jurídica es incuestionable. Es, por tanto, importante para el Fisco como para el contribuyente y también lo es para los funcionarios de Instancias Superiores que han de conocer el expediente. En ese sentido, no está demás repetir que, precisamente, de la actuación de las partes el juzgador puede extraer indicios en un sentido u otro, al tenor de lo que dispone el artículo 971 del Código Judicial:

"El Juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes"

Por su parte el art. 720 del C.F. desglosadamente expresa:

*"*.....

La resolución mencionada contendrá

- -Detalle de los hechos investigados.
- -las sumas sobre las cuales debe liquidarse el impuesto
  - -el monto de la liquidación adicional
- -fundamentos legales y los demás detalles que estime convenientes el funcionario investigador."

El desglose arriba efectuado de este párrafo legal se conjuga con los numerales 3 y 4 del artículo 1193 del C.F. que establece los requisitos de las resoluciones, a saber:

- "3- Exposición clara de los hechos en que se funda la resolución.
  - 4- Motivación de la resolución..."

Resulta, entonces, evidente que sin estos elementos esenciales, es decir las constancias de toda la actuación prenatal de la resolución, la misma no puede surgir a la vida jurídica o por lo menos no podrá sobrevivir, por la sencilla razón de que "lo que no está en el expediente, por ende en la resolución, no está en el mundo".

En consecuencia, se tiene que agregar al expediente absolutamente todo lo que haga constar de lo dicho, hecho y probado en la etapa del audito, de la investigación o de la inspección; y, con mayor razón cuando los últimos fallos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia acogen enfáticamente los llamados "contratos ver-

bales" o no escritos, las denuncias judiciales de pérdidas de libros y documentos por hurto o actos vandálicos e inundaciones y demás siniestros, revocándose así las liquidaciones adicionales expedidas por la Administración por falta de sustentación y de otras evidencias que, aunque pudieron haber sido recabadas, no fueron agregadas al expediente o que la sustentación de todo lo actuado fue breve y poco sustancial.

Siendo la base, la esencia de la resolución no debe escatimarse, en aras de una economía procesal mal entendida y de una falsa objetividad, los pormenores, los detalles y otras consideraciones, explicaciones y evaluaciones propias o surgidas de las investigaciones; de lo alegado y probado por el contribuyente en esta etapa del audito o de la investigación.

# FORMALIDADES DE LAS ACTAS FISCALES.

Por regla general un acta consta de un aspecto formal y otro sustancial.

- a) Formal:
  - 1. Identificación del contribuyente y/o su representante legal.
  - 2. Cierre del acta, consistente en la firma del contribuyente o su representante legal en cuanto a los resultados preliminares de la diligencia realizada, hora y fecha de su realización. También se hará constar la negación a la firma del acta y los testigos que por ello se hace necesario que conste en el acta.
- b) Sustancial: Desarrollo de la diligencia o sea los hechos, los protagonistas, las alegaciones principales, las pruebas aportadas o aducidas, las no aportadas y solicitadas, las que serán aducidas en la reclamación o reconsideración, otros hechos o circunstancias que se quieren hacer constar por parte del funcionario o del contribuyente, oposiciones, obje-

ciones, aclaraciones y afirmaciones, presentación de documentos, escrituras, testimonios y demás elementos de juicios tomados en consideración en ese momento.

#### EL VALOR PROBATORIO DEL ACTA DE FISCALIZACIÓN

A nuestro juicio, el mayor valor que puede representar un acta de fiscalización, tanto para los auditores como para los inspectores e investigadores, es que la misma sea tomada en consideración al momento de aplicar la sana crítica en la valoración de las pruebas que están en el expediente. Esta afirmación es también producto de las experiencias recogidas y en donde coinciden el grado de satisfacción porque así ocurrió o de insatisfacción, ya sea por que no se supo apreciar a fondo y a cabalidad el acta o informe, porque no se hizo llegar o agregar al expediente los mismos y sus anexos complementarios, o porque no se fue lo suficientemente claro y explícito en la narración de los hechos, por lo que en la reconsideración, el contribuyente sorprende con otras y nuevas pruebas y alegaciones, sorpresa que pudo ser prevenida, debida y legalmente fundamentada.

En otras palabras, la valoración propia que cada funcionario tenga del acta o informes de fiscalización que confeccione, es reflejo fiel del valor, apreciación o concepto que tenga de su trabajo, de su función. En ese sentido, el empeño que ponga en la misma puede ser la radiografía de sus conocimientos, profesionalismo, aptitud y respeto que le inspira su propia investidura de agente de la autoridad fiscal.

Estos valores que aunque subjetivos, reflejan, también, la objetividad, seriedad y el apego a los preceptos legales en el ejercicio de la función encomendada, lo que a su vez se traduce en termómetro de la producción del funcionario. Por lo tanto, de no tenerse una apreciación racional de esta misión pública, aún cuando se sea un erudito sobre las normas fiscales y de

contabilidad y demás, el resultado de la labor será deficiente o poco útil.

No basta ya con afirmar que el artículo 18 del Decreto de Gabinete 109/70 señala que "toda actuación del personal fiscalizador de la Dirección General de Ingresos, hace fe pública mientras no se pruebe lo contrario.", pues esta no es una patente o licencia para inventar, imaginar cosas o hechos.

La "fe pública" aflorará en las actas e informes y demás anexos en la medida en que los <u>razonamientos</u> de las descripciones, detalles y demás datos consignados lleven a la convicción de que, efectivamente, se hacen constar todos los resultados de las diligencias, cómo estas fueron realizadas y la participación de todos los que en ella intervinieron, alegaron, aportaron o adujeron. De manera que si no existen razonamientos serios, sólidos, bien estructurados y fundamentados y con una sana lógica, cuando ella sea necesaria, jamás habrá fe pública y mucho menos valor probatorio de alguna verdad.

Podemos decir, que ese razonamiento deberá explicar y sustentar, por lo menos, el desarrollo o ejecución de las tres (3) primeras facultades consagradas en el artículo 19 del Decreto de Gabinete 109/70:

"Citar contribuyentes, responsables y terceros en general a fin de interrogarlos en relación a las rentas, ventas ingresos, egresos y cualquier otra circunstancias vinculada al hecho imponible que se fiscaliza."

"Exigir, dentro de plazos prudenciales la presentación de comprobantes, facturas, recibos y otros elementos de juicio a tales fines fiscalizadores."

"Auditar libros, anotaciones y documentos, comprobantes e inventarios respecto a las operaciones de los sujetos pasivos del impuesto."

Los preceptos transcritos constituyen la mejor guía para el desarrollo de las actas de fiscalización e informes. Recordemos que si se está, en esta etapa de fiscalización, exigiendo y recabando pruebas es para fundamentar el acto administrativo o resolución con todos los elementos de contabilidad y legalidad aplicables al caso fiscalizado.

# FACULTADES DEL PERSONAL FISCALIZADOR.

De conformidad con el artículo 19 del Decreto de Gabinete N° 109 de 7 de mayo de 1970, el personal fiscalizador de la Dirección General de Ingresos está integrado por: los auditores, los inspectores e investigadores.

Con excepción de la facultad de portar armas, realizar arrestos o cateos (que sólo los inspectores e investigadores sí poseen), los auditores pueden realizar todas las demás diligencias señaladas en los literales de dicho artículo, ente éstas:

- 1. CITAR: Lo que equivale a llamar o solicitar por escrito o verbal, según el caso, la comparecencia del contribuyente, de responsables (agentes retenedores, curadores, administradores, gerentes, etc.,) y terceras personas (incluso: secretarias, mensajeros, contadores, personal allegado o ajeno al contribuyente). La cita puede hacerse para la hora y día y en el mismo lugar del domicilio de la empresa o despacho; o bien puede realizarse en la oficina del Departamento de Auditoría Integral.
- 2. <u>INTERROGAR</u>: Lógicamente, la citación ha de responder a un motivo o sea el objeto de la prueba que se lleva a cabo: testimonios.

Quiere decir, que el testimonio puede ser rendido de forma verbal (para lo cual se levanta un acta o diligencia en el instante) o por escrito cuando se le ha entregado un interrogatorio o cuestionario previamente y la cita responde a la entrega de la absolución del cuestionario. Qué hacer: En el evento en que en ninguno de los citados concurra debidamente a la cita, el funcionario puede solicitar al Administrador Regional de Ingresos de la Provincia, para que lo conmine a cumplir. Si a pesar de ello, persistiere en no presentarse debidamente, se puede calificar como desacato, lo cual trae como sanción el arresto (art. 762 y 1326 del C.F.).

3. PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS: Dentro de los plazos expresamente estipulados y señalados a la persona citada, ésta deberá presentarlos. Dicha documentación también podrá hacer referencia o tendrá relación a las rentas, ventas, ingresos, egresos, y en general sobre todas las circunstancias vinculadas al hecho imponible que se investiga. Queda entendido que el "Documento" se refiere a todos aquellos mencionados en los artículos 819 y 820 del Código Judicial, los que textualmente señalan:

"ARTICULO 819. Son documentos los escritos, escrituras, certificaciones, copias, impresos, planos, dibujos, cintas, cuadros, fotografías, radiografías, discos, grabaciones magnetofónicas, boletos, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos, telegramas, radiogramas y, en general, todo objeto mueble que tengan carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios y similares.

Los documentos son públicos o privados."

"ARTICULO 820. Los documentos se aportarán al proceso en originales o en copias, de conformidad con lo dispuesto en este Código. Las copias podrán consistir en transcripción o reproducción mecánica, química o por cualquier otro medio científico. Las reproducciones deberán ser autenticadas por el funcionario público encargado de la custodia del original, a menos que sean compulsadas del original o

en copia auténtica en inspección judicial y salvo que la ley disponga otra cosa."

Qué hacer: En el Impuesto sobre la Renta encontramos normas aplicables en esta fase de investigación, cuando se den negativas para su presentación, tales como:

- a) Multa de B/.25.00 a B/.100.00 (art. 754 y 759 C.F.:), por:
- No llevar libros. Se observa que no es por el hecho de llevarlos atrasados, situación que contempla el Código de Comercio.
- No llevan registro de sus operaciones.
- No practican inventarios.
- No presentan estados de cuenta.
- b) Multa de B/.10.00 a B/.1,000.00 (art. 755 C.F.), a toda persona obligada a declarar o a retener y que se nieguen a:
- No exhibir los libros o documentos.
- Rehusen permitir en ellos las investigaciones legalmente ordenadas por el Administrador Regional de Ingresos o funcionario instructor comisionado.
- c) Multa de B/.10.00 a B/.1,000.00 (art. 756 C.F.), a los funcionarios públicos y a toda persona natural o jurídica por:
- No presentar los informes o documentos requeridos por el Administrador Regional de Ingresos.

ATENCIÓN: En estos dos (2) últimos casos (b y c) la multa se impondrá sucesivamente, aún cuando las vaya pagando, hasta que la resistencia o negativa cese y sin perjuicio de que se convierta en arresto según el artículo 762 del Código Fiscal. (ver art. 757 C.F.), en caso de que no pague alguna de ellas.

4. <u>AUDITAR:</u> Libros, anotaciones, documentos, comprobantes, inventarios y demás anexos o pruebas relacionadas con el hecho punible.

Esta facultad nace administrativamente desde el examen que se lleva a cabo según el artículo 719 del Código Fiscal, sobre las declaraciones o desde que se tenga conocimiento de la infracción al impuesto de que se trate.

 REALIZAR DECOMISOS: de documentos y demás elementos de juicio que estime prudente a fin de que no se extravíen, sustituyan, alteren o menoscaben en alguna forma.

Podemos concluir, es el producto de la misión encomendada al Departamento de Auditoría Integral en el artículo 12 del Decreto de Gabinete Nº 109 de 7 de mayo de 1970.

Por lo tanto, de todas estas diligencias realizadas, y sus resultados (cumplidos o no), deben así dejarse claramente plasmados en las actas de fiscalización y que deben ser agregados al expediente para que obren como pruebas.<sup>17</sup>

#### III. EL VALOR DE LAS ACTAS FISCA-LES Y FACULTADES FISCALIZA-DORAS

SU COMPETENCIA, NATURALEZA JURÍDICA, FORMALIDADES Y EFECTOS.

#### A manera de Introducción.

Desde hace algún tiempo nos ha llamado la atención la forma en que los auditores, inspectores e investigadores de las Administraciones Regionales de Ingresos, de la Dirección General de Ingresos, del Ministerio de Economía y Finanzas,

En este capítulo del artículo se consultaron además las siguientes obras:

NAVARRINE, Susana C. y ASOREY, Ruben O. "Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario". Edt. Depalma, Buenos Aires, Argentina. 1985.

AROSEMENA, Roy A. y TROYANO, José A.: "Jurisprudencia Contenciosa Administrativa 1971-1985". Litografía e Imprenta Lil, S.A. San José, Costa Rica. 1987.

INDETEC "Trimestre Fiscal" (Revista) Año 1,  $n^{\circ}$  2, Guadalajara, Jalisco, México, 1978.

hacen "constar" los hechos que encuentran o detectan, en razón de sus funciones y como consecuencia de las actividades de los contribuyentes.

Decimos que llama mucho la atención por cuanto considerarnos que el personal fiscalizador, no ha tenido una cabal comprensión de la importancia de las Actas Fiscales que confecciona. Esta omisión conceptual de parte del personal fiscalizador se demuestra en forma elocuente, toda vez que en un expediente, ojeamos los antecedentes de un caso determinado. Así, por regla general, el Acta de Fiscalización no se ajusta como un medio probatorio y, por otra, poca es la importancia que el personal fiscalizador le da a su actuación dado que menosprecia (consciente o inconscientemente) el resultado o destino final de una fiscalización realizada. Adicionalmente, se desconoce si otras dependencias operativas y normativas le dan uso apropiado a los datos consignados en las Actas.

De ahí, la importancia de a crear conciencia sobre la importancia tanto para el personal fiscalizador que confeccionan las Actas, para los contribuyentes y sus abogados, así como para el funcionario juzgador que muchas veces toman decisiones sin ninguna consideración y/o previa valorización de los hechos que se hacen constar en un Acta.

#### Competencia del Acta de Fiscalización.

El Decreto de Gabinete 109 del 7 de mayo de 1970 por medio del cual se reorganiza la Dirección General de Ingresos, establece, en su artículo 17, que el personal fiscalizador en sus funciones fiscalizadoras tiene facultades y poderes que aseguren la real y verdadera tributación de los contribuyentes, es decir, califica al personal fiscalizador en auditores, inspectores e investigadores (Art.1).

En su artículo 19 se señala expresamente las facultades, entre las cuales vamos a destacar las siguientes:

a) citar contribuyentes responsables y terceros en general a fin de interrogar-

- los en relación con las rentas, ventas, ingresos, egresos y cualquier otra circunstancia vinculada al hecho imponible que se fiscaliza.
- Exigir dentro de plazos prudenciales la presentación de comprobantes, facturas, recibos y otros elementos de juicio a los fines fiscalizadores.
- c) Auditar libros, anotaciones y documentos, comprobantes e inventarios respecto a las operaciones de los sujetos pasivos del impuesto.

Lógicamente, debe entenderse, que en el carácter de inspectores, esta facultad de auditar se traduce en la de inspeccionar o de realizar una inspección ocular a los libros de contabilidad, tal como lo indica el Código de Comercio en sus normas pertinentes, a similitud que la verificación de los pagos de los impuestos de competencia de la Dirección General de Ingresos.

La experiencia indica que existen como corolario una serie de problemas al ejecutarse estas facultades; por ejemplo, la rebeldía, contumacia o abstención de no cumplir con las exigencias legales, que de conformidad con esta disposición legal se le compele a obrar al contribuyente. Empero, esto es materia para otra exposición e intercambio de alternativas posibles a fin de que se cumpla con las exigencias de la autoridad fiscal.

Es pues, el inspector fiscal y/o el auditor el primero de los funcionarios de la Dirección General de Ingresos que sale a confrontar la realidad en el, mundo de los contribuyentes. En ese sentido, el rol del personal inspector es de trascendental importancia, a tal punto que sobre él descansa la responsabilidad primaria de detectar a los contribuyentes omisos, morosos y responsables de impuestos de otras personas. Esa labor extraordinaria que se conjuga con otros departamentos como es Omiso, Apremio y Auditoría Integral, no está siendo debidamente intercambiada a los efectos de aumentar, fortalecer y actualizar las informaciones en cuanto a las

estadísticas, base de Datos y al cobro compulsivo de los impuestos.

De tal manera que en la medida en que el inspector fiscal se perfeccione subjetiva y objetivamente en sus funciones, sus Actas Fiscales podrán ser' identificadas como la punta de lanza de proceso en los departamentos ya mencionados y en los procesos administrativos de las Administraciones.

Por otra parte, las Actas Fiscales permiten valorar la producción o rendimiento de los inspectores; puesto que en la medida en que brinden la mayor información esencial para la alimentación de estos otros departamentos, en esa misma medida se resalta la importancia de la labor realizada por el inspector o auditor y permite una mejor compenetración de las relaciones fisco-contribuyentes.

#### II. <u>LA NATURALEZA JURÍDICA DE</u> <u>LAS ACTAS FISCALES</u>

Doctrinalmente se ha sostenido en términos generales, que la Administración Publica se manifiesta a través de actos administrativos, pero se hace énfasis en identificar propiamente el acto administrativo como una manifestación de voluntad de la Administración destinada a producir determinadas situaciones.

Indudablemente que tales actos suelen también clasificarse en atención a la finalidad que se persigue. Así se habla de actos preparatorios, definitivos y de ejecución. Luego, entonces, cual es la naturaleza jurídica del Acta de Fiscalización en atención de que el objetivo de la actividad fiscalizadora es la de maximizar el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes, y minimizar, por otra parte, la evasión tributaria?

Para nosotros el "Acta de Fiscalización'¹ es un acto preparatorio, puesto que no está pre determinado a producir efectos jurídicos, es decir, es un "acto material" de la administración que no busca un efecto jurídico de determinación o decisión ya

que sus consecuencias son independientes de la voluntad declarada.

Es por ello, que las Actas de Fiscalización no son actos administrativos idóneos para la suspensión de los términos de prescripción, además, no debe olvidarse que estos actos versaran sobre una revisión formal de libros de contabilidad, de constancias de pagos de los impuestos y no sobre la existencia de derechos del contribuyente.

Otra característica de la naturaleza del Acta de Fiscalización no está limitada en el tiempo, no causa estado ni mucho menos cosa juzgada; de manera que en cualquier momento puede reiterarse la revisión o inspección fiscal. La circunstancia de que se haya ejercido la función fiscalizadora y/ o de auditoría o ambas a un contribuyente, en determinado período fiscal o momento no menoscaba en lo absoluto la facultad legal de la Administración, del Departamento de Auditoría Integral o del Cuerpo de Inspectores, investigadores y auditores (en general) para revisar nuevamente los comprobantes y de más documentos contables del mismo contribuyente.

No existe, pues, ley alguna que limite esta facultad fiscalizadora. Sólo el artículo 720 la limita (pero a los efecto- de auditoría) a que no puede retrotraerse a tres (3) años siguientes a la fecha de presentación de la declaración de rentas.

Ahora bien, qué disposición legal establece que el funcionario inspector debe confeccionar un acta? Ciertamente no hemos encontrado ninguna; pero llámesele acta, informativo, informe o la denominación que se quiera, lo importante es que debe existir una constancia escrita o formal de que el funcionario ejecuta su función, que la realiza de conformidad a las leyes y reglamentaciones e instrucciones, que el contribuyente participó, colaboró o no en la realización de la misma y de que se le participó o dio pleno conocimiento de los resultados de la inspección.

De esta forma cualquier cuestionamiento desde un ángulo jurídico carece de mayor seriedad y que siempre estaría enmarcado como una manifestación de parte de la Administración fácilmente justificable a la luz del Derecho Administrativo, y esencialmente dentro del ámbito de las normas de la función operativa de la DGI señalada en el Decreto de Gabinete 109/70.

#### Formalidades de las Actas de Fiscalización.

Por regla general, un acta consta de un aspecto formal y otro sustancial

#### A) FORMAL:

- a.1) Identificación del contribuyente; esto es, su nombre completo, su identificación numérica o Registro Unico de Contribuyente, domicilio exacto.
- a.2) Objeto de la Inspección; es decir, sobre que ha de versar la inspección (Libros de Contabilidad, constancias de pago, facturaciones, etc.).
- a.3) Cierre del acta, la cual consiste en la firma del contribuyente en cuanto al resultado preliminar de la inspección, así como hora y fecha de la firma, de quienes participaron y en qué condición o carácter participaron en la misma.
- B) <u>SUSTANCIAL</u>: En cuanto a la exposición o narración de los hechos o actos inspeccionados, la cual debe ser clara, detallada y cita pertinente de las disposiciones fiscales aplicables a las obligaciones formales del contribuyente.

El desarrollo de esta diligencia debe precisar los hechos, los protagonistas, las alegaciones principales, las pruebas aportadas o aducidas las no aportadas y solicitadas, las que serán aducidas en la reclamación o reconsideración, otros hechos o circunstancias que se quieren hacer constar por parte del funcionario o del contribuyente, oposiciones, objeciones, aclaracio-

nes y afirmaciones, presentación de documentos, escrituras, testimonios y demás elementos de juicios tomados en consideración en ese momento.

Esta fase, muy omitida total o parcialmente por parte de los inspectores y auditores, no ha permitido, en muchas ocasiones que se realice una acción fiscalizadora más profunda o integral, lo cual puede conllevar presunciones de irregularidad en la actuación del funcionario.

A manera de ejemplo se pueden mencionar los innumerables casos previamente fiscalizados y que luego, Auditoría ha encontrado deficiencias formales; o viceversa, todo lo cual deja como arrastre un mundo de interrogantes respecto al funcionario que realizó primeramente la fiscalización o auditoría.

# El Ambito de Aplicación de la Fiscalización.

Hemos dicho que el objetivo de la fiscalización es comprobar el incumplimiento de los contribuyentes con el fin de compulsarlos a sus cumplimientos. Otro objetivo mediato es el minimizar la evasión. Siendo esto así, entonces, resulta importante conocer el ámbito de aplicación de la fiscalización.

Parecerá una redundancia, pero por regla general, el inspector sale a la calle a ejecutar su labor en un mundo de contribuyentes ya identificados por la Administración, pero ello no quiere decir que los contribuyentes ya conocidos son todos. De ahí que una de sus tareas es identificar los contribuyentes que le son desconocidos.

Por otra parte, de los contribuyentes identificados por la Administración, no todos declaran; y, he aquí otra tarea concreta para ejercer la fiscalización: es hacer que los contribuyentes cumplan con sus obligaciones con el Fisco.

Sin embargo, de los contribuyentes que declaran no todos declaran correctamente; por tanto, será de la función fiscalizadora, lograr un control efectivo de los contribuyentes que han declarado mal para compeler a un cumplimiento cabal, oportuno y voluntario de su obligación.

Dentro del censo de contribuyentes que declaran correctamente no todos pagan puntualmente, por lo que la acción del inspector viene nuevamente a jugar un papel importante. Sobre estos contribuyentes ya estamos en capacidad de identificarlos en breve plazo o al siguiente día de la fecha de vencimiento de pago de un impuesto.

Aún siendo el ámbito de la acción fiscalizadora tan amplia, ésta no puede realizarse en grado óptimo sin una organización sincronizada, con personal idóneo y con un sentido de responsabilidad individual y colectivo ante la sociedad. Tampoco puede desarrollarse la función fiscalizadora en forma global o abarcando todos los estratos o contribuyentes aquí identificados, por lo que tendrá que ser realizada en forma selectiva, de manera que la misma se proyecte y repercuta directa o indirectamente sobre todos los sujetos pasivos de las obligaciones tributarias.

Compartimos de que "la fiscalización debe hacer que el riesgo que debe enfrentar el contribuyente que no cumple sea riesgo real y concreto, y por consiguiente la fiscalización debe estar proyectada de tal forma que alcance todos los estratos de contribuyentes cualquiera que sea su actividad, magnitud o ubicación; pero en forma muy especial, debe buscar en su selección alguna forma de comprometer la conducta del contribuyente con el proceso selectivo, esto es, que en tanto mayor sea el grado de in cumplimiento del contribuyente, mayor sea también la posibilidad de ser objeto de control directo por parte de la Administración, lo que pasa a ser la forma más efectiva de actuar indirectamente sobre todos los contribuyentes que no cumplen, para forzar su cumplimiento. Por ello somos partidarios que esta labor sea complementada con un grupo multidisciplinario para el seguimiento, pesquisa e investigación tendiente a descubrir el fraude, evasión o elusión dolosa de los tributos y sus responsables, a nivel nacional, y que en una ocasión la Dirección General de Ingresos proyectara en la Resolución N° 201- 076 de 10 de enero de 1997 denominada "Oficina Especial Contra el Crimen Tributario (OECT)"

# El Valor Probatorio del Acta de Fiscalización.

La valoración propia que cada inspector o auditor tenga del Acta de Fiscalización que confeccione, es el fiel reflejo del valor, apreciación o concepto que tenga de su función. En ese sentido, el empeño que ponga en la misma puede ser la radiografía de sus conocimientos, actuación y el respeto que inspira su investidura de agente de la autoridad fiscal y para con el contribuyente.

En este sentido, el mayor valor que puede representar un acta de fiscalización, tanto para el auditor como para el inspector e investigador, es que la misma sea tomada en consideración al momento de aplicar la sana crítica en la valoración de todas las pruebas que reposan en el expediente. Esta afirmación es, también, producto de las experiencias recogidas y en donde coinciden el grado de satisfacción o de insatisfacción, ya sea porque no se pudo apreciar a fondo y a cabalidad el acta o informa, porque no se hizo llegar o agregar al expediente, el mismos y sus anexos complementarios o porque no se fue lo suficientemente claro y explícito en la narración de los hechos, por lo que en la reconsideración, el contribuyente sorprende con otras y nuevas pruebas y alegaciones; sorpresa que pudo ser prevenida, debida y legalmente fundamentada.

Estos valores subjetivos también reflejan la objetividad, la seriedad y el apego a los preceptos legales en el ejercicio de la función encomendada, lo que a su vez se traduce en termómetro de producción del inspector o auditor. Por tanto, de no tenerse una apreciación racional de esta función aun cuando se sea un erudito sobre las normas fiscales, el resultado de la labor será torpemente deficiente o estrictamente eficiente en provecho propio y no del Fisco.

Así, por ejemplo, el artículo 17 del Decreto de Gabinete Nº 109/70 establece "El personal de le Dirección General de Ingresos, en ejercicio de las funciones fiscalizadoras a su cargo, tendrá FACULTADES Y PODERES que aseguren la real y verdadera tributación de los contribuyentes.

Obsérvese, que se tienen "facultades y poderes" tan amplios e indefinidos que en la actualidad, a muchos años de estar vigente la norma, aun no se sabe cuales son y que hacer con estas facultades y sobre todo cuales son estos PODERES, ya que podría alegarse que el artículo 19 enumera tales facultades.

Esta falta de reglamentación no ha sido subsanada por ningún Decreto, pero cuando se haga debe hacerse con la debida diligencia para no pecar en extralimitaciones y facultades y poderes, que como el aprendiz de brujo se desaten fuerzas que no puedan fácilmente controlar de manera oportuna, al no tenerse el marco jurídico de referencia de los derechos, deberes y sus respectivas formalidades de su empleo en el ejercicio de estas facultades y poderes.

La situación viene a tornarse más interesante cuando la misma excerta legal presume un valor de plena prueba (fé publica) o el instrumento auténtico" conforme lo tipifica el Código Judicial (Art. 822), a las Actas de Fiscalización, por lo que la carga de la prueba de contradecir o negar el contenido del Acta le corresponde al contribuyente.

Pero, no basta ya, con afirmar que el artículo 18 del Decreto de Gabinete 109/70 señala que "toda actuación del personal fiscalizador de la Dirección General de Ingresos, hace fe pública mientras no se pruebe los contrario.", pues esta no es una patente o licencia para inventar, imaginar cosas o hechos.

La "fe pública" aflorará en las actas e informes y demás anexos en la medida en que los razonamientos de las descripciones, detalles y demás datos consignados lleven a la convicción de que, efectivamente, se hacen constar todos los resultados de las diligencias, cómo estas fueron realizadas y la participación de todos los que en ella intervinieron, alegaron, aportaron o aducieron. De manera que si no existen razonamientos serios, sólidos, bien estructurados y fundamentados y con una sana lógica, cuando ella sea necesaria, jamás habrá fe pública y mucho menos valor probatorio de alguna verdad.

Podemos decir, que ese razonamiento deberá explicar y sustentar, por lo menos, el desarrollo o ejecución de las tres (3) primeras facultades consagradas en el artículo 19 del Decreto de Gabinete 109/70:

- .- "Citar contribuyentes, responsables y terceros en general a fin de interrogarlos en relación a las rentas, ventas ingresos, egresos y cualquier otra circunstancias vinculada al hecho imponible que se fiscaliza."
- .- "Exigir, dentro de plazos prudenciales la presentación de comprobantes, facturas, recibos y otros elementos de juicio a tales fines fiscalizadores."
- .- "Auditar libros, anotaciones y documentos, comprobantes e inventarios respecto a las operaciones de los sujetos pasivos del impuesto."

Los preceptos transcritos constituyen la mejor guía para el desarrollo de las actas de fiscalización e informes. Recordemos que si se está, en esta etapa de fiscalización, exigiendo y recabando pruebas es para fundamentar el acto administrativo o resolución con todos los elementos de contabilidad y legalidad aplicables al caso fiscalizado.

Las actas de fiscalización viene a formar parte de las pruebas pre constituidas, o sea todas aquellas que deben ser acompañadas al acto administrativo y que conformarán el expediente. Si bien actos administrativos se presumen legales hasta tanto se pruebe lo contrario, en ningún momento deben reflejar visos de arbitrariedad o abusos y que por el contrario, todas las diligencias y actuaciones de los funcionarios públicos deben ser transparentes, quedar plasmadas por escrito y con los mayores lujos de detalles de las partes que en ella han intervenido.

Así, cuando en las etapas de investigación, auditos o inspección, el Fisco le exige pruebas al contribuyente es para fundamentar, sustentar y hacer constar lo actuado, lo afirmado o negado por ambas partes al momento de realizarse las diligencias respectivas; de manera tal, que se evitan sorpresas, tergiversaciones de buena o mala fe sobre lo acontecido y sobre las pruebas no aportada ni aducidas y sobre las alegaciones respecto a los hechos o imputaciones investigados.

La importancia jurídica es incuestionable. Es, por tanto, importante para el Fisco como para el contribuyente y, también, lo es para los funcionarios de Instancias Superiores que han de conocer el expediente. En ese sentido, no está demás repetir que, precisamente, de la actuación de las partes, el juzgador puede extraer indicios en un sentido u otro, al tenor de lo que dispone el artículo 971 del Código Judicial:

"El Juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes"

Por su parte el art. 720 del C.F. desglosadamente expresa:

".....La resolución mencionada contendrá

-Detalle de los hechos investigados.

-las sumas sobre las cuales debe liquidarse el impuesto.

-el monto de la liquidación adicional.

-fundamentos legales.

-y demás detalles que estime convenientes el funcionario investigador."

El desglose arriba efectuado de este párrafo legal se conjuga con los numerales 3 y 4 del artículo 1193 del C.F. que establece los requisitos de las resoluciones, a saber: "3- Exposición clara de los hechos en que se funda la resolución.

4- Motivación de la resolución..."

Resulta, entonces, evidente que sin estos elementos esenciales, es decir las constancias de toda la actuación prenatal de la resolución, la misma no puede surgir a la vida jurídica o por lo menos no podrá sobrevivir, por la sencilla razón de que "lo que no está en el expediente, por ende en la resolución, no está en el mundo".

En consecuencia, se tiene que agregar al expediente absolutamente todo lo que haga constar de lo dicho, hecho y probado en la etapa del audito, de la investigación o de la inspección; y, con mayor razón cuando los últimos fallos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia acogen enfáticamente los llamados "contratos verbales" o no escritos, las denuncias judiciales de pérdidas de libros y documentos por hurto o actos vandálicos e inundaciones y demás siniestros, revocándose así las liquidaciones adicionales expedidas por la Administración por falta de sustentación y de otras evidencias que, aunque pudieron haber sido recabadas, no fueron agregadas al expediente o que la sustentación de todo lo actuado fue breve y poco sustancial.

Siendo la base, la esencia de la resolución no debe escatimarse, en aras de una economía procesal mal entendida y de una falsa objetividad, los pormenores, los detalles y otras consideraciones, explicciones y evaluaciones propias o surgidas de las investigaciones; de lo alegado y probado por el contribuyente en esta etapa del audito o de la investigación.

Todo lo anterior nos evidencia que el inspector o auditor debe ser suficientemente racional para no caer en extremos, ni en la concupiscencia amparado en la extraordinaria investidura de la cual no ha tomado conciencia ni se ha querido reconocer y mucho menos reglamentar y valorar en su justa dimensión las Actas de Fiscalización.

# EXPERIENCIA DEL IMPUESTO A LA RENTA PERSONAL DE ARGENTINA, BRASIL, CHILE Y OTROS PAISES DE LA REGIÓN Y EUROPA<sup>1</sup>

### Dr. Hugo González Cano -

Profesor, Universidades de Buenos Aires y de Entre Ríos

Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay, 31 de Octubre de 2005.

#### **CONTENIDO**

- I. Introducción
- II. Argentina
  - A. Aspectos cuantitativos del impuesto a las ganancias (Ley 20.628)
  - B. Principales características del impuesto a las ganancias
- III. BRASIL
  - A. Aspectos cuantitativos del impuesto a la renta
  - B. Características Generales del Impuesto a la Renta (IR) de Personas Físicas
- IV. CHILE (Breves Referencias)
- V. TENDENCIAS DE REFORMA DEL IMPUESTO PERSONAL A LA RENTA EN OTROS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA
- VI. TENDENCIAS DE REFORMA DEL IMPUESTO PERSONAL A LA RENTA EN LOS PAÍSES DE EUROPA ("Dual Tax" y "Flat Tax")

#### I. INTRODUCCION

- 1) En esta exposición vamos a comentar la situación y experiencia del Impuesto
  - a la Renta de Personas Físicas en

Argentina, Brasil, Chile y otros países en vías de Desarrollo, con el objeto de brindar información sobre la situación actual de este tributo

PRESIÓN TRIBUTARIA PAÍSES MERCOSUR ( EN % DEL PIB)				
Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay	Chile
26,9 (2004)	36,8(2004)	12,5 (2003)	31,1 (2004)	17,5 (2001)

 Para comenzar debe señalarle que este gravamen, y en general el Impuesto Sobre la Renta total incluyendo el aplicado sobre las empresas o sociedades), representa un porcentaje menor de las recaudaciones totales en este tipo de países que en los países industrializados. Mientras que según cifras de la OECD (30 países mayormente desarrollados), los impuestos sobre la

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Publicado en Panamá por permiso dado por el Dr. Hugo González Cano a Carlos F. Urbina el día 24 de marzo de 2006.

- renta representan en promedio (datos 2003) el 36% del total o 13,6% del PIB, en los países de América Latina solo generan en promedio alrededor del 12% del total o alrededor del 2 ó 3% del PIB.
- 3) Como es sabido, en los países de América Latina la mayor parte de los ingresos fiscales se obtienen de los impuestos al consumo, especialmente el ÎVA y los impuestos selectivo al consumo, que a veces generan más del 50% de las recaudaciones totales. En varios casos, especialmente en los países del MER-COSUR, las contribuciones para la seguridad social y otros impuestos sobre la renta recién aparecen como la tercera fuente recaudatoria. En cambio, en otros países de América del Sur, Central y del Caribe, la imposición sobre la renta constituye la segunda fuente recaudatoria.
  - Los impuestos al comercio exterior decaen en toda la región, por el proceso de apertura de las economías y por la generalización de los acuerdos de integración económica.
- Pero lo más importante es que dentro del Impuesto a la Renta, la mayor recaudación proviene del tributo aplicado sobre las empresas o sociedades (generalmente más del 65%), mientras que el de personas físicas solo produce un tercio de la recaudación total, versus USA 13% del PIB ( 11% personas físicas y solo 2% PIB de corporaciones). Pero el caso más interesante y cercano para los países de la región es el de España, donde ahora se presentan 15 millones de Declaraciones Juradas de personas físicas o el 40% de la población total, que recauda el 9,8% del PIB, mientras en 1980 lo pagaban mucha menos personas. El impuesto sobre la renta fue establecido en España en 1978 por el Pacto de la Moncloa acordado entre los principales partidos de la transición

- política luego de la muerte de Franco a fines de 1975.
- 5) Este resultado se debe a varias causas, tales como:
  - a) opciones de política tributaria realizadas por los gobiernos,
  - b) el diferente grado de desarrollo económico y social de los países,
  - c) si la economía se halla en una fase expansiva o de depresión,
  - d) las deficiencias de la administración tributaria para controlar un impuesto complejo por su propia naturaleza.

#### II. ARGENTINA

- A. Aspectos cuantitativos del impuesto a las ganancias (Ley 20.628)
- 1) En Argentina hubo en estos últimos años un crecimiento notable de la recaudación Impuesto a la renta total, ya que pasó del 2,51% del PIB en 1995 al 5,32% del PIB en 2004.

	1995 (% del PIB)	2004
a) Personas Físicas	0,80	1,39
b) Sociedades	1,71	3,93
Total	2,51	5,32

- 1) Este aumento de los últimos diez años se debió a:
  - a) varias reformas legales que bajaron los mínimos no imponibles y deducciones,
  - b) la eliminación de algunas exenciones e incentivos,
  - c) una mejora en la eficiencia de la administración tributaria
  - d) la generalización de retenciones y percepciones a cuenta, y
  - e) la falta del ajuste por inflación desde 1994 y principalmente

luego de la fuerte devaluación de principios 2002 (250%), etc. La tasa de inflación desde enero 2002 hasta fines de 2004 llegó al 56% y en 2005 llegó al 12,3% (costo de vida).

La falta del ajuste por inflación fue una clara decisión de política tributaria para generar mayores recursos que permitieran sanear la grave situación de las finanzas públicas, junto con la continuación del impuesto al cheque (0,4% sobre los créditos y 0,6% sobre los débitos), y la aplicación generalizada de los derechos o retenciones sobre casi todas las exportaciones del 5 al 25% del valor FOB.

# B. Principales características del impuesto a las ganancias

Se trata de un típico impuesto a la renta de tipo global, ya que grava todas las ganancias obtenidas por las personas de existencia visible o ideal y sucesiones indivisas (hecho imponible). Así, existen dos tipos de sujetos: a) personas de existencia visible y sucesiones indivisas residentes y b) sociedades de capital (anónimas, comandita por acciones y SRLs). A ellos se agregan los sujetos del exterior, por las remesas de rentas de fuente Argentina

Para las personas físicas residentes en el país se gravan las rentas habituales, mientras que para sociedades de capital se gravan todas las ganancias fueran habituales o no, ya que se aplica el criterio de "empresa fuente".

En cuanto a los criterios jurisdiccionales o ámbitos espacial, en general se aplica el principio de residencia renta mundial, gravándose tanto las rentas obtenidas en el país como las ganadas en el exterior. Y para evitar la doble tributación internacional, se permite deducir como crédito los impuestos análogos efectivamente pagados en el exterior sobre las rentas de fuente extranjera. Esto se complementa con el principio de fuente territorial para los beneficiarios del exterior, que tributan exclusivamente sobre sus rentas de fuente Argentina.

Es decir, en función de los conceptos de renta y de los principios jurisdiccionales cabe distinguir tres tipos de contribuyentes:

- a) personas de existencia visible y sucesiones indivisas residentes en el país,
- sociedades de capital constituidas en el país y establecimientos estables constituidos en el país,
- c) beneficiarios del exterior, ya fueran personas físicas, sucesiones indivisas, sociedades en general y empresas unipersonales.

Las deducciones personales por mínimo no imponible y cargas de familia para un contribuyente asalariado (rentas del trabajo en relación de dependencia), con una familia tipo (casado y con dos hijos), asciende a 26.820 anuales, o sea alrededor de US\$ 8,940. A continuación se compara el monto de esas deducciones personales con las vigentes en Brasil y en Chile.

# Deducciones personales para rentas del trabajo en relación de dependencia Para un contribuyente casado y con dos hijos (en US\$) Argentina Brasil Chile 8.940 7.020 5.450

Además, por una norma establecida a fines de 1999, se dispuso limitar las deducciones personales a medida que crece la ganancia neta de las personas naturales. Así, se aplica un porcentaje de reducción progresiva al monto de las deducciones personales que comienza a aplicarse para rentas entre \$39.000 y \$45.000 y llega al 100% para rentas mayores a \$221.000 (US\$ 73.667). A partir de ese monto no rigen las deducciones personales. Este

mecanismo junto con la reducción de las deducciones personales y otras reformas, así como el mantenimiento de los valores nominales de esas deducciones y los tramos de la escala, contribuyeron a incrementar la recaudación y progresividad del gravamen, según se aprecia en el siguiente detalle obtenido del procesamiento de las presentaciones con ingresos gravados realizados por la AFIP.

Impuesto a las ganancias de personas físicas Determinado por tramo de ganancia neta sujeta a impuesto (en porcentaje del impuesto total determinado)			
Tramos de ganancia neta sujeta a impuesto	Año 1997	Año 2000	Año 2002
Hasta \$50.000	18,2	10,6	11,4
De \$50.001 a \$100.000	25,6	28,3	18,7
De \$100.001 a \$500.000	41,5	41,3	42,9
De \$500.001 a \$2.000.000	12,3	13,5	17,9
Más de \$2.000.000	2,4	6,3	9,1
Total	100,0	100,0	100,0

Fuente: Elaboración propia con base a datos tomados de "Estadísticas Tributarias de la AFIP"; Años 1998, 2001 y 2003.

Se observa que el primer tramo de menores rentas pasó de generar el 18,2% del impuesto determinado en 1997, al 10,6% en 2000 y 11,4 en 2002. Y los dos primeros tramos (hasta \$100.000) bajaron su participación en el total del 43,8% en 1997 al 30,1% en 2002. Por su parte los tramos de \$ 100.000 a \$500.000 mantuvo una participación estable en el total de impuesto determinado alrededor del 41%, aunque sube levemente al 42,9% en 2002. Finalmente los dos tramos de mayor ganancia neta sujeta a impuesto (de \$500.000 a \$2.000.000) incrementaron su participación del 14,7% del total determinado en 1997 al 27,0% en 2002. Estos datos muestran cómo se ha incrementado la progresividad del impuesto a las ganancias de persona físicas entre 1997 y 2002.

Por su parte la tasa promedio del impuesto a las ganancias de personas físicas (relación entre el impuesto determinado en cada año fiscal y la ganancia neta sujeta a impuesto) subió del 14,18 en 1997 al 19,25 en 2000 y al 21,52 en 2002.

Existe una gran cantidad de exenciones (se agotaron las letras del abecedario

en el Art. 20 de la ley que las enumera), que incluyen los intereses por depósitos en bancos y financieras, los dividendos de acciones, las ganancias de capital obtenidas por personas físicas, incluyendo las derivadas de las compraventas de acciones y otros instrumentos financieros, varios incentivos, etc. La amplitud de las exenciones ha erosionado la base del impuesto y junto con la evasión constituyen las principales razones del escaso rendimiento del impuesto a la renta personal. La larga lista de exenciones del impuesto a las ganancias tiene un alto costo fiscal o de recaudación, que para 2004 ha sido estimado en \$2.150 millones o el 0,52% del PIB (la estimación de los gastos tributarios totales por exenciones e incentivos en todos los impuestos llegó en 2004 a \$ 10.615 millones o el 2,55% el PIB). O sea que las exenciones e incentivos de ganancias representan el 20% del total concedido en todos los impuestos y regímenes de promoción (sectorial, regional, etc).

La exención de los dividendos permite eliminar totalmente la doble imposición económica de las rentas de origen empresario. Esquema similar al aplicado en Brasil, que si bien favorece este tipo de rentas y la reinversión de utilidades, por otro lado afecta la equidad horizontal y vertical del tributo. Esta norma se adoptó hace más de diez años, dentro del actual esquema de competencia fiscal vigente en la mayoría de los países para atraer inversiones.

En general, se permite deducir los gastos necesarios para obtener, mantener y conservar la fuente en condiciones de producir rentas. Además se permite deducir varios conceptos, tales como aportes obligatorios a los sistemas de jubilaciones y obras sociales, así como con ciertos límites las primas de seguros de vida, seguros de retiro, instituciones de cobertura médica, gastos de asistencia sanitaria, médica, etc. Y los intereses por créditos hipotecarios para inmuebles destinados a casa habitación hasta \$20.000 anuales.

De la renta bruta obtenida, se permite deducir los gastos necesarios para obtener la renta y mantener la fuente, obteniéndose la renta neta, de la que se restan las deducciones permitidas (personales y de otro tipo) para obtener la renta neta imponible sobre la que se aplica la escala de alícuotas progresiva. Actualmente la escala vigente tiene siete tramos, comenzando con una tasa del 9% y llegando a la tasa marginal máxima del 35%, que se aplica a montos superiores a \$ 120.000 (US\$ 40.000) y coincide con la alícuota aplicable a las sociedades de capital (35%). Como sucedía en muchos países, hace diez o quince años esta escala más tramos y la tasa máxima era mayor.

Existe además un "impuesto de igualación", que se aplica cuando las sociedades distribuyen dividendos o beneficios que no tributaron el impuesto societario, caso en que deben retener a las personas beneficiarias el 35% de tales dividendos o utilidades distribuidas.

El impuesto personal a las ganancias se liquida por año fiscal, mediante el sistema de autodeterminación. Las presentaciones se realizan en los meses de abril y mayo del año siguiente al que corresponde la declaración. Durante el año corriente se abonan cinco anticipos semestrales del 20% cada uno del impuesto determinado el año anterior, menos las retenciones sufridas. Los anticipos vencen en junio, agosto, octubre, diciembre y febrero.

Para las rentas del trabajo en relación de dependencia se aplica un sistema de retención mensual que deben efectuar las empresas, que no son progresivas y se ajustan al final del año. Este sistema proporciona una fuente importante de recaudación, ya que no existe prácticamente evasión o ella es muy reducida comparada con la existencia para las rentas del capital, de profesionales, independientes, empresas, etc. Además se aplican retenciones a cuenta para otros tipos de renta, como alquileres, intereses, honorarios, locaciones de obra y de servicios, regalías, etc.

Según las "Estadísticas tributarias" publicadas por la AFIP, en el año fiscal 2002, liquidado en 2003, se presentaron 727.838 presentaciones de personas físicas con ingresos gravados, de las que solo 430.616 declararon tener ganancia neta sujeta a impuesto por un monto de impuesto determinado por \$2.759 millones. Así resulta una tasa media del impuesto determinado del 21,5% con relación a la ganancia neta sujeta a impuesto. Estos datos muestran además que el 41% de las presentaciones realizadas no generaron impuesto determinado a favor del fisco, ya que las deducciones superaron a los ingresos gravados. Esas 737.838 presentaciones de personas físicas representan alrededor del 19% de la población total de país, mientras que como se dijo en España en 2003 se

presentaron 15 millones de liquidaciones de personas físicas del impuesto sobre la renta, lo que representa el 39% de la población total.

Por otra parte, la misma publicación indica que del total de las liquidaciones anuales presentadas por las personas físicas correspondientes a 2002, el 40% de los ingresos gravados por tipo de renta corresponden a las rentas del trabajo (4ª categoría). Si a ello se pudiera agregar lo que se recaudó por retenciones definitivas realizadas por los empresarios a los empleados en relación de dependencia, que no se incluyen en las liquidaciones anuales procesadas y de lo que no existen datos, con seguridad que más del 50% del impuesto efectivamente pagado por personas físicas corresponde a rentas del trabajo.

Existe un régimen de nominatividad de títulos valores (acciones y de otro tipo) que eliminó la posibilidad de emitirlos al portador o con carácter endosable. Todos deben ser nominativos y no endosables y se obliga a individualizar a los titulares de acciones y demás títulos valores. Quienes no cumplan con el requisito de individualizar sus tenencias accionarías, sufren una retención definitiva del 35% sobre los dividendos que perciban. Con la nominatividad de las acciones se permite un mejor control, tanto del impuesto sobre la renta como del impuesto a los bienes personales que deben pagar las personas físicas.

Como se dijo arriba, las ganancias de capital que obtengan las personas físicas, por ejemplo por la compraventa de acciones, inmuebles, etc., tampoco se hallan alcanzadas por el gravamen o por otros tributos, como hace tiempo ocurría con el impuesto a las ganancias eventuales.

Finalmente, interesa señalar que en abril de 2005 se firmó entre las Administraciones Tributarias de Argentina y Brasil un acuerdo para facilitar el intercambio de información con la finalidad de mejorar el control de los impuestos y ayudar a reducir la evasión. Este acuerdo, que sigue en este aspecto el Modelo de la OECD, se refiere a todos los tributos y no cubre únicamente el control de impuesto sobre la renta.

Sin embargo, según algunas estimaciones el total pagado por las empresas sería alrededor del 59% del total y las personas físicas pagarían alrededor del 41% restante.

#### B. Características generales del IR de Personas Físicas

- Grava todo rendimiento bruto del capital, del trabajo o de la combinación de ambos y los ingresos de cualquier naturaleza, así como los incrementos patrimoniales no justificados.
- Sin embargo, se hallan **exentos** las indemnizaciones por despido, intereses de las cajas de ahorro, las donaciones y herencias (puede aplicarse un impuesto estadual sobre ellas), la ganancia de capital por venta de la casa habitación que no supera determinado monto, las indemnizaciones por accidentes de trabajo, la alimentación, transporte o ropa de trabajo entregada gratuitamente por las empresas a sus empleados, las becas de estudio o investigación, cuando los resultados no representen ventajas para quienes las otorgan, el valor locativo de la casa habitación cuyo valor no supera cierto monto, las contribuciones y aportes para la seguridad social, las jubilaciones y pensiones para mayores de 65 años, el valor del salario familiar, el valor de los servicios médicos pagados por las empresas en beneficio de sus empleados, los dividendos o lucros distribuidos a las personas físicas residentes en el país, el salario familiar, el interés de las letras hipotecarias, etc.
- Como criterio jurisdiccional el IRP Físicas sigue el principio de residencia

- o renta mundial, complementado por el criterio de la fuente para los beneficios domiciliados en el exterior. Cuando un residente recibe rentas del exterior, se permite deducir como crédito el impuesto a la renta pagado en el país de la inversión.
- 4) De la renta bruta se permite deducir los aportes de jubilación al sistema público de reparto, así como las contribuciones a los planes privados de previsión (hasta el 12% de los rendimientos tributables), la suma de R\$ 1.272 por año por cada dependiente, todos los gastos médicos, de dentista, laboratorios, hospitales, de farmacia y medicamentos, así como los gastos por asociación a seguros de salud de empresas domiciliadas en el país, los gastos de educación en establecimientos privados del contribuyente y sus dependientes, hasta la suma de \$R 1.998 anuales (US\$ 832.50), la pensión alimentaría por divorcios declarados judicialmente, etc.
- 5) Las deducciones personales para rentas el trabajo de un contribuyente con una familia tipo (casado con dos hijos) son las siguientes:

Mínimo no imponible	R\$ 12.696
3 dependientes x 1.272 =	R\$ 3.816
Deducción total	Reales 16.512 (a 2,40 = US\$ 6.880)

 Sobre la renta neta imponible solo se aplica la siguiente escala de dos alícuotas:

Renta Neta Imponible	Alícuota
Hasta R\$ 12.696	exento
De R\$ 12.696 a R\$ 25.380	15%
Más de R\$ 25.380	27,5%

 Sobre las ganancias de capita obtenidas por las personas físicas por compraventa de acciones, venta de inmuebles, etc. se aplica una tasa única del 15% 3) Para las operaciones financiera que generan rentas de capital, se aplican una serie de retenciones definitivas, con las siguientes alícuotas:

	Alícuota
Aplicaciones financieras de renta fija	20%
Rendimientos derivados financieros	20%
Ídem contratos de cambio exportación	20%
Rendimientos fondos de inversión	20%
Rendimiento operaciones de <i>swap</i>	20%
Rendim. Operac. de opciones	20%
Utilidades mercados de futuros	20%

#### IV. CHILE (Breves referencias)

- 1) De la presión tributaria total de Chile del 17,5%, el Impuesto a la Renta recauda aproximadamente el 4,21% del PIB, mientras que el IVA genera alrededor del 9% del PIB (2001). Para el mismo año, la recaudación del impuesto sobre la renta se distribuyó así: 1) rentas del capital y empresas 2,45% del PIB 2) rentas del trabajo o segunda categoría 1,24% del PIB y 3) global complementario 0,52% del PIB. De tal forma que las rentas del trabajo generaron el 29,5% del impuesto y las rentas del capital el 70,5% del total recaudado por el impuesto a la renta.
- 2) El Impuesto a la Renta de Chile difiere de los vigentes en Argentina y Brasil, ya que en vez de ser un impuesto global o unitario, es un tributo cedular y mixto que está compuesto por dos cédulas y un global complementario.
- 3) La primera cédula o primera categoría grava las rentas del capital y de las empresas con una alícuota que era del 15% y se elevó al 17% al entrar en

vigencia en 2004 el acuerdo de libre comercio con Estados Unidos, para compensar la caída de la recaudación de los impuestos aduaneros. También se elevó la tasa del IVA del 18% al 19%. Estos contribuyentes deben pagar además el impuesto global complementario que se comenta más adelante.

- 4) En cambio la cédula de segunda categoría grava todas las rentas del trabajo, como ser sueldos, salarios, premios, gratificaciones, etc., y lo honorarios profesionales, aunque las asociaciones de profesionales pueden optar por declarar esas rentas en la primera categoría.
- 5) Las rentas del trabajo incluidas en la segunda categoría, pagan únicamente este tributo según una escala progresiva que varía del 5 al 40%. Esta escala, que comprende seis tramos, se gradúa según el valor de las unidades tributarias mensuales que determina el Servicio de Impuestos Internos. Las primeras 10 unidades tributarias mensuales (UTM) están exentas y las que varían de 10 a 30 UTM se gravan al 5%, mientras que en el último tramo, sobre la parte que excede de 120 UTM, se aplica el 40%.

Por último, cada contribuyente que percibe rentas del trabajo tiene derecho a un crédito de impuesto igual al 10% de la unidad tributaria mensual.

Estas rentas del trabajo solo se gravan con el impuesto de segunda categoría y no pagan el global complementario.

6) A las rentas del capital de la primera categoría percibidas por personas físicas residentes, se les aplica además el impuesto global complementario. La escala del global complementario varía del 5 al 40% según la cantidad de unidades tributarias anuales. Esta escala es la misma que se aplica a las rentas del trabajo. Estos contribuyentes también tienen derecho a un crédito

- contra el impuesto equivalente al 10% de la unidad tributaria anual.
- 7) Pero para evitar la doble imposición de las rentas de origen empresario, los dividendos deben incluirse en la declaración conjunta para aplicar la escala del global complementario, junto con la parte proporcional del impuesto pagado por la sociedad que corresponde a ese accionista ("grossing up"). Y una vez determinado el global complementario, se permite deducir como crédito el impuesto pagado por la sociedad anónima que corresponde a cada accionista.

De esta forma se evita totalmente la doble imposición económica, al incluir los dividendos en la declaración individual a la que se aplica la escala progresiva se permite mantener la progresividad o equidad vertical del impuesto sobre la renta. En cambio, el sistema aplicado por Argentina y Brasil, que excluye a los dividendos del impuesto personal y también permite evitar la doble imposición económica, quiebra la progresividad del tributo.

- 8) Para aplicar este sistema de tributación a los dividendos, es necesario que haya un régimen de acciones nominativas que permita atribuir a cada accionista la parte que le corresponde del impuesto societario. Como, según el Código de Comercio de Chile las sociedades anónimas solo pueden emitir acciones nominativas, este sistema puede aplicarse sin problemas y ser adecuadamente controlado por la administración tributaria.
- V. TENDENCIAS DE REFORMAS DEL IMPUESTO PERSONAL A LA RENTA EN OTROS PAISES DE AMERICA LATINA Y ESTADOS UNIDOS.
- a) Si bien se observan amplias diferencias en el impuesto a la renta personal vigente en los países de la región, en

- los últimos diez o quince años se notan ciertas líneas comunes o tendencias mayoritarias. Pero en casi en todos ellos su recaudación es reducida, aunque en algunos casos se nota un leve incremento en los últimos años.
- b) En la mayoría de los países, el impuesto aplicado sobre empresas o sociedades sigue generando la mayor parte de las recaudaciones, mientras que el de personas físicas tiene menor rendimiento debido a: 1) la existencia de muchas exenciones, 2) generosos incentivos y 3) la elevada evasión.
- Además, se nota en varios países que tiende a descender el aplicado sobre las rentas del capital, pero sube el que grava sueldos y salarios. Esta "degradación" del impuesto sobre la renta, tal como lo ha definido Vito Tanzi, se debe a que el proceso de globalización económica también ha llegado a la tributación y los gobiernos de países en desarrollo y desarrollados están realizando un proceso de competencia fiscal para atraer capital, o sea, el factor económico de mayor movilidad. Como por razones de sana política fiscal no se desea que bajen las recaudaciones sino más bien al contrario, esa caída tiende a ser compensada con el aumento de otros impuestos, por ejemplo al consumo y en particular el impuesto a la renta sobre sueldos y salarios.
- d) Esta situación ha sido bien diagnosticada en la Unión Europea y en los foros del OECD sobre tributación, a partir de la reforma realizada por el Presidente Reagan en Estados Unidos en 1986, que aunque con cierta demora ha tendido a ser imitada en los países de Europa y en el resto del mundo. Como se recuerda esa reforma, localizada en el impuesto sobre la renta, tendió a ampliar las bases, eliminando exenciones e incentivos, y a reducir el nivel de las alícuotas, en el impuesto

- corporativo y especialmente en el impuesto sobre la renta personal. Estas reformas fueron neutras desde el punto de vista de la recaudación, ya que lo que se buscaba era redistribuir la carga fiscal mejorando la equidad horizontal y la eficiencia del sistema tributario.
- e) Como esa competencia fiscal se agudizó en los últimos años y produjo en la Unión Europea efectos negativos al acentuar la tributación sobre los salarios, lo que afectó el nivel de empleo y la equidad vertical o progresividad del IR, en 1998 se dictó el Código de Conducta para combatir la "competencia fiscal nociva o dañina". Se definieron así los incentivos que pueden producir distorsiones en la localización de las inversiones dentro de la UE (por ejemplo medidas para favorecer inversiones tipo "off shore", operaciones con paraísos fiscales, la noaplicación de intercambio de información entre las administraciones tributarias, etc), y los gobiernos se comprometieron a retirar las que estuvieran vigentes a fines de 2005 y a no aplicar nuevas normas de este tipo.
- f) En los países del América Latina también se nota en los últimos años una tendencia parecida, ya que pese a la variedad de los cambios entre países, en general aparecen ciertas líneas comunes de reforma tendientes a conseguir los siguientes objetivos:
  - a. incrementar las recaudaciones,
  - mejorar la eficiencia o neutralidad del sistema impositivo para ganar competitividad internacional,
  - c. simplificar el sistema, reduciendo la cantidad de impuestos y aplicando normas de más fácil administración y control.
- g) Volviendo al impuesto sobre la renta, en los últimos años también se observa en la región una clara tendencia a la

ampliación de las bases imponibles y a la reducción del nivel de las alícuotas, tanto en el impuesto personal como en el impuesto societario o de las empresas. La ampliación de las bases imponibles se realizó reduciendo gradualmente las exenciones e incentivos.

- h) La mayoría de los países de la región aplican el sistema clásico de impuesto a la renta Personal global o unitario, en que se acumulan todas las rentas en cabeza del contribuyente (impuesto personal, global y progresivo) y solo pocos países aplican un impuesto cedular o mixto (Chile).
- i) Asimismo, en el impuesto personal a la renta se nota una tenencia mayoritaria a:
  - a) Reducir las tasas marginales máximas, que bajaron en quince años de un promedio del 48% alrededor del 33%. Además, hoy en general la tasa marginal máxima es igual a la aplicada sobre la renta de sociedades o empresas. Y antes esas tasas marginales máximas llegaban al 60% o más, aunque en realidad pocos o ningún contribuyente las pagaban efectivamente.

b) Disminuir el número de tramos de la escala progresiva, que antes en general tenía hasta 10 ó más tramos, y hoy se ha reducido a 4, 5 ó menos tramos. Tal como se verá en seguida, Brasil y otros países solo aplican 2 tramos en la escala progresiva, mientras que Bolivia y Jamaica aplican una sola alícuota a la renta neta imponible ("flat tax").

Debe tenerse en cuenta que como siempre existe un mínimo no imponible y deducciones por carga de familia, hay un primer impacto en la progresividad o equidad vertical del impuesto, que luego se complementa con la aplicación de la escala.

- j) También se nota cierta tendencia a incrementar el nivel de los mínimos no imponibles deducciones personales, aunque es menos generalizada. Según datos del FMI, entre 1980 y 1992 el nivel promedio de la deducción personal aumentó de algo menos de la mitad del ingreso por capita a más de una vez y media el ingreso per cápita.
- k) Alícuotas del Impuesto sobre a Renta en los países Miembros del CIAT (Julio 2005)

País	Personas Jurídicas Tipo impositivo general %	Personas Físicas Tipo impositivo general %
Antillas Holandesas	30	12 al 44
Argentina	35	9 al 35
Aruba	35	2,72 – 57,2 3.01 – 60,6
Barbados	30	20 y 37,5
Bermuda	N/A	N/A
Bolivia	25	13 y 12,5
Brasil	15	15 y 27,5
Canadá	13 - 36	16 al 29
Chile	17	5 al 40 y 17
Colombia	35	20, 29 y 35

País	Personas Jurídicas Tipo impositivo general %	Personas Físicas Tipo impositivo general %
Costa Rica	10, 20 y 30	10, 15, 20 y 25
Cuba	35	10 al 50
Ecuador	15 o 25	5 al 25
El Salvador	25	10 al 30
España	35	18 al 48
Estados Unidos	15 al 39	10 al 38,6
Francia	33 1/3 y 15	7,05 al 49,58
Guatemala	31	15 al 31
Haití	10 al 35	10 al 30
Honduras	25	10 al 25
Italia	33	23 al 45
Jamaica	33 1/3	25
México	33	3 al 33
Nicaragua	30	10 al 30
Países Bajos	29 al 34,5	32,35 al 52
Panamá	30	7 al 27
Paraguay	20	N/A
Perú	30	15,21 y 30
Portugal	25	10, 5 al 40
República Checa	28	15 al 32
República Dominicana	25	15, 20 y 25
Sudáfrica	30	18 al 40
Surinam	36	8 al 38
Trinidad y Tobago	30, 35 y 50	25 y 30
Uruguay	35	N/A
Venezuela	15 al 34 6 al 34 60 y 50	6 al 34

Fuente: CIAT. (Centro Interamericano de Administración Tributarias).

12) Por otra parte, en varios países de la región también se evita y reduce la doble imposición económica de las rentas de origen empresario, ya sea desgravando los dividendos de acciones o concediendo algún crédito por el impuesto pagado por la empresa o sociedad.

En cambio, puede mencionarse que en Estados Unidos rige el sistema clásico de doble Imposición económica de las rentas de origen empresario, al ser gravadas primero por el impuesto a la renta corporativo y luego los dividendos deben incorporarse para aplicar el impuesto personal a la renta.

En la reforma realizada por el Presidente Bush en 2003, intentó desgravar totalmente los dividendos del impuesto personal a la renta, pero el Congreso no aprobó ese proyecto y dispuso que los dividendos paguen una tasa única del 15% como impuesto personal a la renta, en lugar de la nueva escala aprobada, que varía del 25 al 35% (escala anterior del 27 al 38,6%).

Se recuerda que la tasa general del impuesto corporativo de Estados Unidos es del 35%, lo que explica que muchos países de América Latina fijen su tasa del impuesto empresario alrededor de ese porcentaje, para no transferir recaudación al fisco de Estados Unidos en el caso de empresas de ese origen que realizan inversiones en la región, ya que por el sistema de renta mundial vigente en EEUU, solo pueden computar como crédito el impuesto efectivamente pagado en el país de la inversión. El mismo problema se plantea con los incentivos otorgados a empresas norteamericanas, que pueden resultar en una transferencia de recaudación de los fiscos latinoamericanos al Tesoro de USA. La legislación de Estados Unidos sólo permite deducir como crédito el impuesto a la renta efectivamente pagado en el país de la inversión y no permite computar las desgravaciones por incentivos tributarios.

#### VI. TENDENCIAS DE REFORMA DEL IMPUESTO PERSONAL A LA RENTA EN LOS PAISES EUROPA ("dual tax" y "flat tax")

- Aunque más lentamente, los países de la Unión Europea y de la OECD también han estado haciendo reformas parecidas, ya que en general tendieron a:
  - a) ampliar las bases y reducir las alícuotas de los dos IR (aumentar equidad horizontal),
  - b) reducir la cantidad de tramos del IRP Físicas,

- c) en ciertos casos, establecer un impuesto a la renta dual (Suecia y Dinamarca), que aplica menores alícuotas a las rentas del capital que del trabajo,
- d) otorgar alivio a los dividendos en el impuesto personal.
- e) en varios casos, cambiar la estructura de las recaudaciones, aumentando los impuestos al consumo (IVA) y reduciendo los impuestos sobre la renta.
- Como resultado de estos cambios, en varios países (16 de 30 países de la OECD) el nivel de la presión tributaria disminuyó poco entre 2000 y 2003. Así ocurrió en Reino Unido, Irlanda, Suecia, Dinamarca, etc. y lo mismo sucedió fuera de la región en Estados Unidos, Japón y Australia. En cambio, en el resto de los países de la OECD descendió levemente del 37,1% del PIB en 2000 al 36,3% del PIB en 2003. Debe considerarse que los países de la OECD tienen un elevado nivel de tributación y que el promedio del coeficiente de presión tributaria del grupo creció significativamente entre 1965 y 2000. En cambio, el nivel promedio de la presión tributaria para los países de América Latina y el Caribe oscila alrededor del 14,5% del PIB.
- 3) En cuanto al impuesto a la renta, en particular desde 2001, se realizaron reformas que tendieron a reducir su impacto en España, Irlanda, Bélgica, Francia, Alemania, etc.

En el Impuesto a la Renta de Empresas se redujeron las alícuotas que hoy varían del 38% en Alemania al 35% en España y Holanda, 34% en Italia y Austria, 33% en Francia, Bélgica y Portugal, 30% en Reino Unido y Dinamarca, 28% en Suecia, 22% para Luxemburgo y 13% para Irlanda. El promedio simple para los 15 países de

la UE (sin contar los 10 nuevos miembros) es del 33%. En cambio, en los 10 nuevos miembros de la UE (República Checa, Eslovenia, Polonia, Eslovaquia, Chipre, Letonia, Lituania, etc.) se están aplicando alícuotas más bajas que varían del 28% al 10%, para atraer nuevas inversiones, lo que ya originó conflictos con los 15 antiguos miembros.

- 4) Pasando ahora al impuesto personal a la renta en Europa, además del clásico impuesto global o unitario han aparecido dos nuevas formas que son el imuesto de renta neta imponible. Es decir, coexisten tres tipos de IR Personal:
  - a) el clásico impuesto global,
  - b) el impuesto a la renta dual, y
  - c) el "flat tax" o impuesto de tasa única
- 5) El impuesto a la **renta dual** tiene las siguientes características principales:
  - a) Todas las rentas se separan en rentas del capital y rentas del trabajo. Las primeras incluyen utilidades empresarias, así como dividendos, intereses y otras rentas, sobre las que se aplica la alícuota proporcional del impuesto societario.
  - b) Las rentas de trabajo comprenden los sueldos, salarios, jubilaciones y pensiones y están sujetas a una escala de tasas progresivas.

Se trata de un impuesto que favorece a las rentas del capital por dos motivos: primero, para realizar una mejor competencia para atraer inversiones en esta economía mundial globalizada, y segundo, por su sencillez administrativa, ya que sobre las rentas del trabajo se realizan retenciones en la fuente, que prácticamente evitan la evasión. Algunos reparos que se oponen a esta forma de IR son los siguientes: 1) hoy se

- aplica solo en Suecia y Dinamarca, países donde la distribución del ingreso es mucho más igualitaria que en los países de América Latina; y donde además 2) el estado presta a la población servicios de alta calidad y cobertura que no pueden compararse con los que brindan los gobiernos de América Latina. 3) Además se olvida que en estos países de AL se aplican elevados impuestos al consumo (IVA), que también mayoritariamente son pagados por los trabajadores. 4) Dependiendo del nivel de los dos tipos de alícuotas, tiende a afectar aún más la equidad vertical y regresividad de los sistemas tributarios imperantes en América Latina. Además al gravar en menor medida las rentas del capital que las rentas del trabajo, también afecta la equidad horizontal del impuesto.
- El impuesto a la renta de tasa proporcional o única ("flat tax") ofrece el atractivo de la simplicidad, ya que se aplica con la misma alícuota a todas las rentas, ya sean rentas de empresa o de tipo personal. Cualquier tipo de ingreso es gravado a una única tasa uniforme, sin que existan deducciones, aunque en algunos casos se aplica con una tasa para rentas de las empresas y otra para todas las demás rentas. Es decir, existen algunas variaciones de este gravamen. Comparado con el impuesto personal global, resulta mucho más regresivo, ya que se aplica un único nivel de alícuota. Algo de progresividad se produce al mantenerse un mínimo de renta exenta como deducción de tipo personal: el efecto combinado y final dependerá del nivel de esa exención personal.
- Este gravamen se introdujo por primera vez en 1994 en Estonia y luego fue seguido con variaciones por los demás países bálticos y otros del este europeo.

País	Tasa única en % de ingreso personal	Año de introducción
Estonia	26	1994
Lituania	33	1994
Letonia	25	1995
Rusia	13	2001
Servia	14	2003
Ucrania	13	2004
Eslovaquia	19	2004
Georgia	12	2005
Rumania	16	2005

- 8) Se aprecia que existen fuertes diferencias en el nivel de alícuotas y tipo de impuesto aplicado. Por ejemplo, Rusia aplica el 13% para todos los ingresos personales, pero mantiene el IR Empresas del 35%. En cambio, Eslovaquia aplica la misma tasa del disfrazar algún tipo de renta para aplicar menores tasas. Estonia en su primera versión gravó de igual manera las rentas del trabajo y del capital pero luego en 2000 decidió no gravar las utilidades de sociedades hasta que son distribuidas como dividendos, lo que constituye un claro incentivo a la reinversión de utilidades.
- En Estonia el "flat tax" generó en 2002 el 7,2% del PIB, mientras que el anterior IR Personal producía 8,2% del PIB. Pero lo que es interesante en este caso es que debido a varias políticas, desde 1994 la economía está creciendo alrededor del 6% anual. Por otra parte, la presión tributaria total luego del cambio se mantiene elevada alrededor del 39,6% del PIB, con un ingreso per cápita de US\$ 4.960 anuales. Se observa que Estonia aplica una tasa única elevada (26%) y que es la mayor de los países que aplican este tipo de impuesto.
- 9) En 2001 Rusia reemplazó las tres alícuotas al Impuesto a la Renta Perso-

- nal de 12%, 20% y 30% por una sola tasa del 13%, al mismo tiempo que se hicieron importantes reformas en la administración del tributo, tales como hacer un nuevo registro de contribuyentes, establecer retenciones en la fuente generalizadas y mejorar los métodos de fiscalización. Como resultado en un año el impuesto mejoró su rendimiento 26% en términos reales, atribuyéndose parte de ese buen resultado a la simplicidad del "flat tax"
- 10) Pero no cabe duda de que es un impuesto menos progresivo que otro que aplica dos o tres niveles de alícuota, como los que ahora rigen en varios países. Por esta razón, si bien ha sido recomendado en Estados Unidos, España, Alemania y otros países desarrollados, hasta ahora no fue adoptado en ninguno de ellos. Y en nuestra región, solo aplican un impuesto de tasa única Bolivia al 13% y Jamaica (25%). Debe aclararse que en Bolivia, el impuesto personal a la renta en realidad se aplica como mecanismo de control de IVA, ya que los contribuyentes pueden descontar como crédito del impuesto a la renta personal el IVA facturado por las compras que realicen. Nótese además el elevado nivel de tasa única aplicado en Jamaica.

# LA DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Ponencia originalmente publicada en Julio de 1996

# Magistrado Rogelio A. Fábrega Zarak

La obligación tributaria, como es sobradamente conocido, es una obligación ex lege. Con esta expresión se quiere destacar que la fuente en este tipo de obligaciones lo constituye estrictamente la ley; es decir, ésta fija la estructura de la obligación tributaria, en forma completa y exhaustiva, los sujetos de la misma, el momento y el lugar en que se han de hacer efectivas, y la forma de extinción de la relación tributaria.

Señalar que la obligación es una obligación *ex lege* tiene unas consecuencias fundamentales, que conviene analizar, siquiera sea brevemente.

La diferencia entre las obligaciones voluntarias y las legales consiste en que las primeras nacen de la voluntad de las personas amparadas por la ley; y las segundas surgen de la ley cuando se produce el hecho que en ella se prevé (hecho imponible), que constituye el presupuesto de hecho de la obligación ex lege. Estos presupuestos de hecho de la obligación han de estar rígida e inderogablemente configurados y definidos en la propia norma que impone la obligación.

Por lo tanto, el presupuesto de hecho contenido en la ley tributaria cumple una misión similar al principio de la tipicidad en Derecho Penal, aún cuando, como es evidente, la naturaleza y finalidades de ambas disciplinas jurídicas varíe. Efectivamente: de la misma razón que acarrean responsabilidad penal las conductas tipificadas como delito por la ley penal, sólo genera obligaciones tributarias

aquellas situaciones o hechos tipificados por la ley tributaria idóneos para producirlos, cuando los supuestos hipotéticos definidos en la tipificación se producen.

Hensel, citado por Sainz de Bujanda, señala:

"Así como en las relaciones de Derecho privado el contenido y la medida de la prestación debida se determinan normalmente entre deudor y acreedor, a través de un acuerdo bilateral de voluntad, el contenido y la medida de la prestación debida por razón de una relación obligatoria de carácter tributario son precisados por la ley. En la relación obligatoria impositiva se debe, por tanto, indagar qué pretensión concede la norma al acreedor del impuesto. Pues bien, el acreedor no puede el contenido modificar relación, fijado legislativamente y, menos aún, el deudor no tiene posibilidad de influir con su voluntad sobre el contenido de la relación obligatoria en materia impositiva. El presupuesto de hecho sustituye, en el Derecho impositivo obligacional, a la voluntad del Derecho privado."

#### Blumenstein, por su parte indica:

"El fundamento jurídico del crédito impositivo está constituido, en todo caso, por la ley. Sólo ésta puede autorizar al ente público a realizar una exacción impositiva, y es la propia ley la que regula taxativamente el nacimiento, el contenido y la amplitud del crédito en que la exacción se manifieste. Su fundamento en bases contractuales queda excluido por la naturaleza pública de la relación jurídica impositiva. El crédito impositivo reposa, pues, sin excepción sobre una obligatio ex lege".

Las circunstancias de que las obligaciones tributarias sean obligaciones ex lege tiene varias consecuencias, que ha analizado a profundidad **Sainz de Bujanda**, proponiendo las siguientes **conclusiones**:

1° Conclusión: La primacía de la ley en la configuración de la obligación tributaria. Para precisar esta conclusión conviene, analizar las características de este tipo de obligaciones, confrontándolo con las que se corresponden con las obligaciones voluntarias, es decir, generadas por particulares, con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad.

#### Señala Sainz de Bujanda:

¿Cuál es, entonces, el matiz diferencial básico entre una y otra clase de obligaciones, esto es, entre las voluntarias y las legales? La respuesta no puede ser mas que una: Las primeras nacen de la voluntad de las personas, amparadas por la ley; las segundas surgen de la ley cuando se produce el hecho que en ella se prevé y en cuya realización puede intervenir la voluntad, pero esa intervención no se produce para generar la obligación legal, sino para que nazcan otra clase de vínculos o efectos que tienen, por ello, la significación de "presupuestos de hecho" de la obligación "ex lege".

Lo que acaba de exponerse, tiene una importancia decisiva a la hora de definir el contenido de las obligaciones de una y otra clase y, en general, todo su régimen jurídico. En los casos en los que es la voluntad la las personas la fuente directa e inmediata de la obligación, la que la hace nacer, es lógico que sea esa misma voluntad la que define el contenido del vínculo obligacional, es decir, la que determine la naturaleza y la extensión de las prestaciones de las partes, que constituyen el objeto de la propia obligación. El ordenamiento jurídico adopta, entonces, una posición, por así decirlo, de pura cautela; se transforma en guardián de determinados valores, y solo cuando éstos son infringidos decreta la nulidad de las obligaciones libremente convenidas. El principio de la "autonomía de la voluntad" se conjuga lógicamente con la teoría de los "límites legales" a la libertad de contratación. Esto implica la validez de todo pacto o estipulación que no sea nulo por infringir algún precepto del ordenamiento; de tal suerte, que el contenido de la obligación, esto es, la naturaleza y extensión de las prestaciones, puede adoptar mil matices y combinaciones, en armonía con la infinita variedad de los intereses vitales a los que las partes de la relación jurídica desean dar satisfacción.

Por el contrario, cuando es la ley la que decreta el nacimiento de determinadas obligaciones, para los casos en que se realicen ciertos presupuestos de hecho definidos en las normas, el contenido de esas obligaciones ha de estar rígida e inderogablemente predeterminadas en la propia norma que impone la obligación. Sólo así puede evitase la arbitrariedad en la que inevitablemente se caería si correspondiese a los órganos de la Administración definir, discrecionalmente, para cada caso concreto, el contenido de tales obligaciones."

Cuando el Código Civil se refiere a las obligaciones legales, sostiene Sainz de Bujanda,

"...las reglas que los preceptos del mismo contienen, tienen una importancia decisiva para comprender y aplicar rectamente el régimen de las diversas clases de obligaciones, atendiendo su diverso origen. Por lo que se refiere a las derivadas de la ley -a las que consagra el artículo 1090 (del Código civil espaDol, **artículo 975** de nuestro Código Civil)- han de destacarse tres reglas capitales: 1° La ausencia de presunciones en torno a la existencia de este tipo de vínculos; 2° el principio de tipicidad, en cuanto sólo son exigibles las obligaciones previstas en el Código civil o en leyes especiales; y 3° La norma según la cual estas obligaciones "... se regirán por los preceptos de la ley que las hubiese establecidos".

2° Conclusión: El cumplimiento de las obligaciones tributarias por los contribuyentes y la posición subordinada o instrumental de la Administración para la aplicación de las normas legales reguladores de la imposición. Con esta conclusión se destaca la primacía sustancia de las normas que gobiernan la obligación tributaria, a la que se encuentra subordinada la función tributaria encaminada a la aplicación de la Ley. Es esta doctrina la que le permite separar el Derecho Tributario Sustancial

del Derecho Tributario Administrativo, denominador común de los que se ubican en la doctrina de la relación jurídico tributaria.

Sostiene el profesor español:

"El ciclo de la obligación tributaria nacimiento, contenido, sujetos, extinciónse `rige' por la ley que la establezca -es decir, por la reguladora de cada tributo, sin perjuicio de la función normativa asignada en su caso, a los Código, las leyes tributarias generales- es claro que los contribuyentes, como destinatarios de tales normas, han de cumplir las obligaciones que ellas les imponen, lo que no impide que la Administración también venga, en ocasiones, constreñida, por la propia norma, a desenvolver una actividad aplicativa que asegure el efectivo cumplimiento de las obligaciones legales del contribuyente, o lo ajusta a un determinado procedimiento, especialmente en cuanto se refiere a la forma y al tiempo del pago."

Esta situación de subordinación, típica en la escuela que sigue la orientación del profesor español, derivada de la doctrina de la relación jurídico tributaria, debe ser matizada. No es dudoso que la relación obligatoria creada por la norma tributaria constituye la porción sustancial de la relación jurídico-tributaria. Sin embargo, la ley tributaria, si bien establece una obligación, constituye, desde otra perspectiva, una ley instrumental, es decir, es el mecanismo a través del cual el Estado obtiene los ingresos que requiere para el cumplimiento de sus fines.

Esto coloca, en sede de aplicación de la Ley, a la Administración Tributaria en la posición de ostentar una serie de poderes jurídicos otorgados por el ordenamiento precisamente para cumplir esa función tributaria, de cuyo ejercicio surgen derechos y deberes para las partes de esta relación tributaria, no siendo el mas despreciable el derecho del sujeto pasivo a la

anulación de esa actuación precisamente por no haber sido realizada con apego estricto a las normas que otorgan tales poderes jurídico en la forma de potestades administrativas y regulan su ejercicio. Los derechos surgidos de la aplicación de la Ley tributaria y de la reacción de dicha actividad por el sujeto pasivo puede incidir y afectar, en algunos casos en forma sustancial, esa obligación tributaria a la que se contrae la obligación ex lege, o, en otras ocasiones, el ejercicio de tales poderes jurídicos convertirá a la obligación tributaria en una obligación concreta y exigible, exigibilidad de la que carece antes del ejercicio de tales potestades tributarias otorgadas por el ordenamiento para el cumplimiento de la expresada función tributaria.

3° Conclusión: Efecto concreto de la actividad jurisdiccional en el marco de la vida de la relación tributaria. La aplicación de la ley tributaria a un procedimiento administrativo que culmina con un acto administrativo de contenido tributario. Este procedimiento, y el acto administrativo que lo concluye, debe ajustarse al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la actuación de la administración puede ser confrontada jurisdiccionalmente, con la consecuente, si existe discrepancia entre la actuación administrativa tributaria y el ordenamiento tributario, de la anulación del acto, precisamente por esa falta de conformidad entre la norma tributaria y el acto administrativo tributario dictado en aplicación de aquélla.

#### Señala el profesor Sainz de Bujanda:

"Las sentencias que en el proceso tributario se dicte no se limita a confirmar el acto impugnado que resulte ser legítimo, o anular el acto impugnado que es ilegítimo, sino también a declarar, en esta segunda hipótesis, la aplicación correcta y procedente de la norma al caso concreto debatido

condenando a la Administración a que dicte otro acto en el que sea esa la aplicación que a la norma se dé. Por esa vía, queda demostrada, una vez mas, la primacía de la ley en cuanto se refiere al ciclo completo de la obligación tributaria. Se prueba, además, que el hecho de que la sentencia anule un acto administrativo de aplicación del tributo, no significa que dicho acto sea generador de la obligación tributaria, sino todo lo contrario, es decir, que el acto en cuestión sólo puede prevalecer en Derecho si declara la existencia de una obligación surgida de la ley si lo hace en los propios términos que la Ley establezca. De no ser así, el acto administrativo de liquidación habrá de ser anulado por el órgano jurisdiccional y a éste corresponderá, igualmente, señalar las normas que han de aplicarse y la forma correcta de su aplicación, con el fin de que el acto administrativo que en cumplimiento de la sentencia se dicte cumpla fielmente la misión que el ordenamiento le señala, a saber: ejecutar la voluntad de la ley tributaria en su aplicación al caso concreto en litigio."

#### Concluye Sainz de Bujanda así:

"El esquema formal de la obligación tributaria puede asimilarse al de la obligación civil o más exactamente al de la obligación en general, cuya disciplina suelen contener los códigos civiles en los diversos ordenamiento; pero el régimen de dicha obligación tributaria será el establecido en la ley positiva que la establezca y, consiguientemente, carecerán de validez científica cualesquiera argumentos que, para situar el momento de su nacimiento, o con cualquier otro fin, traten de extraerse solo del

conjunto normativo que rige las obligaciones en general, dado que en las obligaciones legales la primacía le corresponde a cada ley en singular, esto es, a la que establezca la obligación cuyo régimen se investiga."

La situación descrita por la Ley para que surja, al ocurrir el hecho imponible, la obligación tributaria, constituye un supuesto hipotéticamente configurado de manera abstracta por la norma creativa del tributo. Resulta natural, por lo tanto, que la deuda tributaria creada por la obligación tributaria requiera una especificación, una individualización del supuesto hipotético para fijar la cuantía de la deuda tributaria. Esta fijación, por otra parte, consiste en la aplicación del mandato contenido en la Ley, y que se traduce en el ejercicio de una función pública, la tributaria, por parte de la Administración Tributaria, para cuyo ejercicio las entidades públicas reciben del ordenamiento jurídico los poderes jurídicos para la concreta aplicación de la Ley, en la forma de potestades administrativas de naturaleza tributaria; o, también, en el despliegue de actividades del sujeto pasivo encaminadas a precisar la cuantía de la deuda tributaria, en cumplimiento de deberes jurídicos que le impone la norma tributaria. Este proceso de fijación de la cuantía de la deuda tributaria, recibe el nombre de determinación o liquidación del tributo.

La determinación, sin embargo, es mas amplia que una mera labor de cuantificación de la deuda tributaria, Se trata de un procedimiento de constatación de la obligación tributaria y su precisión o individualización. En efecto: en el procedimiento de determinación se ha de verificar, en primer término, si se ha producido el hecho generador o imponible de la obligación tributaria, ya que sin éste no existe la obligación ni el

crédito tributario. Acreditada la existencia de ésta, debe cuantificarse la deuda tributaria, es decir, aplicar al caso concreto las disposiciones que regulan un tributo en particular. Normalmente esto consistirá en determinar o fijar la base y aplicarlea ésta la tarifa impositiva que corresponda al tributo que se trata de determinar. Por lo tanto, se aprecia que el procedimiento de determinación desborde el marco de la mera cuantificación de la deuda, ya que involucra el análisis jurídico del hecho imponible y la inserción de ese supuesto hipotético en los hechos singulares o individualizados que se trata de determinar, mediante el procedimiento de gestión o de liquidación, fijando con precisión la deuda tributaria concreta.

La determinación tributaria siempre refleja un análisis, por lo tanto, de la ley impositiva y del hecho imponible; o, si se prefiere, de la vinculación del sujeto pasivo con el echo generado o hecho imponible de la obligación tributaria. Acreditando el hecho imponible previsto por la Ley para generar la obligación tributaria, es necesario aplicar las consecuencias legales a dicho hecho generador, con miras a cuantificar la deuda tributaria generada por el nacimiento de la obligación tributaria.

**Guiliani Fonrouge** defina la determinación tributaria como:

"... el acto o conjunto de actos emanados de la administración, de los particulares o de ambos coordinamente, destinados a establecer en cada caso particular, la configuración del presupuesto de hecho, la medida de lo imponible y el alcance de la obligación."

Giannini, uno de los más prestigiosos expositores del Derecho Tributario, y llamado a ejercer una notoria influencia en la doctrina española y latinoamericana, señala:

"La Ley, al asociar el nacimiento y la cuantía de la deuda impositiva a la circunstancia de que se produzca una determinada situación de hecho, no puede enunciar más que de un modo abstracto los presupuestos del tributo y los criterios para su determinación. Por tanto, para establecer en concreto si una deuda impositiva ha surgido y cuál es su importe, es necesario comprobar cada vez si los expresado presupuestos han tenido lugar, fijar su precisa naturaleza y entidad y valorar los restantes elementos prestablecidos para determinar la medida de la obligación tributaria. Esta investigación puede ser muy simple cuando se está frente a una situación no controvertida y cuando la base imponible puede establecerse con facilidad, ya que en tales casos se agota en una mera operación mental, consistente en aplicar el tipo de gravamen a la base; pero puede, en otras ocasiones, presentar mayores o menores dificultades requiriendo, unas veces, investigaciones de hecho o técnicas complejas (para determinar, por ejemplo, el beneficio neto de una explotación industrial o el valor locativo de un edifico no alquilado), y otros, estudios jurídicos delicados (como acontece cuando ha de descubrirse, bajo la forma aparente, la intrínseca naturaleza y los efectos de un acto sujeto al impuesto de registro: arte. 8° de la ley del registro).

La liquidación del impuesto, en sentido amplio, consiste precisamente en el acto o en la serie de actos necesarios para la comprobación y la valoración de los diversos elementos constitutivos de la deuda impositiva (presupuesto material y personal, base imponible), con la consiguiente aplicación del tipo de gravamen.

Siendo ésta la razón de ser y la función de la liquidación, es claro que instituye una fase ineludible en el desenvolvimiento de la relación impositiva, cuya lógica necesidad deriva de la simple consideración de que, conteniendo la norma tributaria un mandato abstracto e hipotético (mandato que se expresa en estos términos: si se realiza un hecho determinado, tales personas quedarán obligadas a pagar una cierta suma), no resulta posible afirmar que alguien de al Estado o a otro ente público una suma determinada, no es cumpliendo las operaciones más arriba indicadas. De aquí se desprende que la liquidación es necesaria y se produce en cualquier especie de impuesto por ser consustancial con el carácter mismo de la obligación tributaria como obligación ex lege".

Se debe traer a colación, a manera de introducción, que se puede concebir el acto de determinación o de liquidación desde dos untos de vista:

1. Es el acto que concluye el procedimiento de gestión tributaria. El acto de liquidación es observado como parte de un procedimiento, justamente la parte conclusiva o final del mismo, como todo acto administrativo concluye en una decisión, por medio de la cual se crea, modifica o extingue una relación de Derecho, en esta caso de la deuda tributaria.

A este respecto se refiere **Berlini**, cuando lo concibe como:

"... aquel acto que, sobre la base de los elementos determinados mediante dicho procedimiento o de los determinados directamente y sin controversias con el interesado, constituye el acto final del procedimiento de aplicación del tributo."

 Como acto material que individualiza y precisa la cuantía de la deuda tributaria. En este sentido la liquidación es el acto que reconoce o liquida la prestación tributaria concretamente debida.

A esta acepción nos referimos en este trabajo.

La Ley 8<sup>va</sup> de 1964, que fue el primer instrumento normativo de la Dirección General de Ingresos, en su a**rtículo 2**<sup>do</sup> a) define como reconocimiento, "... aquellos que se refieren al examen, liquidación o determinación de las rentas, servicios, impuestos, tasas y tributos fiscales".

La determinación tributaria varía si se trata de tributos fijos o de tributos variables. Al ser tributos fijos una expresión cuantitativa precisa, no ofrece mayores problemas. Así por ejemplo, en el Impuesto de Timbre, en que la ley fija la cantidad monetaria exacta que debe adherirse a todo documento que requiera el pago de ese tributo.

Así, por ejemplo, el **artículo 967, ordinal 1**° del Código Fiscal, señala:

"Artículo 967. Llevarán estampillas por valor de diez centésimo de balboa (B/.0.10):

1) a) Todos los cheques sin consideración a su cuantía; b) Los giros a plazos librados en la República pagaderos en la misma por cada B/.100.00 o fracción de ciento."

Los impuestos variables, por el contrario, requieren una labor de especificación, que puede ser más o menos compleja, dependiendo de la estructura del impuesto de que se trate.

Por ejemplo, el ITBM. El **Parágrafo 6° del artículo 1057v** del Código Fiscal establece:

"La tarifa de este impuesto es de 5% y la determinación del mismo resulta de aplicar dicho porcentaje a la base imponible que corresponda, según el hecho gravado de que se trate." (resaltado nuestro).

Se requiere un análisis del hecho imponible de este impuesto, eso es, la transferencia de un bien mueble. Si se trata, por ejemplo, de una venta de un bien mueble por B/.100.00 se aplica la tarifa (5%) a la base imponible (B/.100.00). En una tasa es igual: la tasa de inscripción en el Registro. La tarifa viene establecida en el artículo 318.

Otro ejemplo: en el Impuesto sobre la Renta, por ejemplo, la determinación tiene varios pasos: examen de la cantidad o magnitud de los ingresos netos (es decir, después de aplicado los gastos para producirlos o ingresarlos) y, una vez obtenida la magnitud económica (parámetro o base imponible), aplicable a esa base imponible la tarifa aplicable, que en el impuesto sobre la renta no será una cifra fija (numérica) sino variable (porcentual y progresiva), es decir, mayor a medida que aumenta la base imponible. En estos casos, la determinación puede revestir mayores complicaciones, por la complejidad de la integración o composición del hecho imponible, y por las operaciones necesarias para llegar a la base, que resulta de restarle a los ingresos brutos, los gastos cuya deducción permita la ley para obtenida la base sobre la cual se ha de tributar, aplicable la tarifa a esa base, hasta llegar al impuesto a pagar.

Desde las construcciones iniciales de la dogmática del Derecho Tributario, singularmente por parte de la doctrina alemana, se han distinguido dos tipos de tributos, los denominados tributos sin imposición y los tributos con imposición.

Nawiasky señalaba:

"Este es el caso de la sutil distinción entre tributos liquidables y no liquidables (Verlangten und nich veranlagten Abgagen) que se deriva de la realidad jurídica de que, en los primeros, la obligación de pagar un tributo concreto se fundamenta en la decisión de administración financiera tomada en base a la realización del hecho imponible previsto en la norma legal, y en la declaración del importe del pago que corresponda, realizada también por un acto constitutivo (Gestaltungsakt) de dicha administración en desarrollo de la decisión anterior; mientras que en los segundos, la obligación de pagar se sigue inmediatamente de la ley sin necesidad de actuación por parte de órgano público alguno."

De la existencia de dos tipos impositivos, aquellos que se liquidan directamente sin necesidad de una actuación administrativa (el de timbres, por ejemplo) y aquellos otros en que el hecho generador tiene cierta complejidad y por lo tanto la fijación de la deuda compleja requiere una actuación del contribuyente y, además de la deuda tributaria, ha hecho que se hable de impuestos con necesidad de liquidación e impuestos sin necesidad de liquidación. Por regla general, además, los tributos con liquidación generalmente no son exigibles cuando se produce el hecho generador o imponible, sino en momento posterior, generalmente a partir del momento en que la Administración Tributaria liquida o determina la cuantía exacta de la deuda tributaria, mediante la expedición del acto administrativo de liquidación o determinación, o lo realiza el contribuyente al presentar una declaraciónliquidación, homologada, al menos provisionalmente, por la Administración Tributaria. Como quiera, por lo tanto,

que la deuda tributaria es exigible a partir de esa actuación administrativa o actuación del contribuyente liquidando la deuda tributaria, la doctrina alemana en sus inicios, y la italiano con una construcción dogmática de mayor complejidad, ha empezado a cuestionar, ante este segundo tipo de impuestos, es decir, los impuestos con imposición (el de la renta, por ejemplo), que la obligación nazca con la realización del hecho generado o hecho imponible; y más bien nace -se sostiene- cuando se ha realizado la liquidación del Impuesto.

Es en este segundo tipo de impuesto en donde se han planteado arduas discusiones teóricas referentes al nacimiento de la obligación tributaria.

En efecto: al analizar el procedimiento de determinación, se ha iniciado una discusión que se retrotrae hasta la discusión teórica del nacimiento de la obligación tributaria. Derivado de las denominadas doctrinas del procedimiento o de la potestad de imposición italianos, se discutió vivamente en qué momento surgía la deuda tributaria, la obligación tributaria: si al verificarse el supuesto de hecho que configura el hecho generador o, por el contrario, en el momento de la determinación; o lo que es lo mismo, que efecto tiene la determinación tributaria sobre la deuda tributaria.

Los diferentes análisis han conducido a **tres** concepciones o posturas, a saber:

1° La determinación tiene efecto declarativo. El nacimiento de la obligación tributaria nace al producirse el hecho imponible o generador previsto en la Ley. Es la postura tradicional y actualmente la mayoritaria. No obstante, al analizar algunos fenómenos que produce la determinación tributaria en algunos impuestos, en que no puede cumplirse la obligación tributaria hasta que se realicen ciertas actuaciones, sea de

los particulares en cumplimiento de deberes que impone la Ley o la Administración financiera, en esta determinación como un simple mecanismo de aplicación de la Ley y de la de un acto que declara la existencia de una concreta obligación ya nacida, precisamente al producirse el hecho imponible o hecho generador. A esta corriente se ubica Sainz de Bujanda, Jarach, Giuliani Fonrouge, Araújo Falçao y otros especialista en Derecho Tributario. Es la doctrina virtualmente unánime en el Derecho Tributario latinoamericano, con la excepción de algunos expositores brasileDos.

2° La determinación tiene efecto constitutivo. El hecho imponible no acarrea o hace surgir la obligación tributaria. Este lo que hace es otorgar al sujeto activo el derecho de constituir el derecho de crédito, concretando la voluntad abstracta de contenida en la Ley en una deuda líquida y cierta. Esta constitución del derecho de crédito se realiza a través de una actuación administrativa que culmina con el acto de imposición: `lançamento´, `accertamento´, liquidación. Por ello, se estima que el efecto de la determinación no tiene un efecto declarativo, como en la anterior concepción, sino un efecto constitutivo. A esta escuela se suman Berlini, Allorio, Michelli, Maffezonni, etc.

**Araújo Falçao** expone que el artículo 82 del Proyecto de Código Tributario Nacional, define así el hecho generador:

"Hecho generador de la obligación tributaria principal es: I. Tratándose de impuestos, el estado de hecho o la situación jurídica, definidos por ley tributaria que dan origen, por sí o por sus resultados efectivos o potenciales, al derecho de la hacienda Pública a constituir el crédito tributario correspondiente." (resaltado nuestro).

El Código Tributario del Brasil, en su artículo 142, se refiere a la determinación ("lançamento) en los siguientes términos:

"Art. 142. Compete privativamente a la autoridad administrativa constituir el crédito por medio de la determinación (lançamento), así entendido el procedimiento tendiente a verificar la ocurrencia del hecho generador de la obligación correspondiente, la determinación de la materia tributable, el cálculo del montante del tributo debido, la identificación del sujeto pasivo, y siendo el caso, la aplicación de la penalidad que cupiere." (resaltado nuestro).

Parte muy respetable de la doctrina alemana e italiana (Nawiasky y Berlini, respectivamente) destacan la clase de derecho que le otorga al sujeto activo la realización del hecho imponible o generador, acudiendo a la figura del los derechos potestativos, es decir, aquellos que otorgan a su titular el poder de someter, en una determinada situación, a otra persona, que tiene el deber de soportar tal ejercicio. Así por ejemplo, Nawiasky y Berlini, y el citado artículo 142 del Código Tributario del Brasil.

Si comparamos este concepto con el que nos trae, por ejemplo, el artículo 15° del Proyecto del Código de Trabajo de Panamá (PCT), que sigue esencialmente el artículo 18 del Modelo Uniforme de Código Tributario para América Latina (el Modelo), veremos inmediatamente sus diferencias conceptuales. El artículo 18 conecta el nacimiento de la obligación tributaria a la verificación del hecho generador que la hace nacer, y no al acto administrativo de determinación. Es la posición tradicional y mayoritaria.

Dispone el artículo 18 del Modelo: "Artículo 18. La obligación tributaria surge entre el Estado u otro entes públicos y los sujetos pasivos en cuanto ocurre el hecho generador previsto en la ley. Constituye un vínculo de carácter personal aunque su cumplimiento se asegure mediante garantía real o con privilegios especiales."

La redacción del Modelo determina que el nacimiento de la'obligación tributaria ocurre con la verificación del hecho generador hipotéticamente previsto en la Ley para hacerla surgir. Por el contrario, dentro de la corriente brasileña, que se ubica dentro de la tesis del efecto constitutivo de la determinación, el hecho generador constituye un derecho que otorga al Estado la potestad de constituir el derecho de crédito representado por la verificación del hecho generado previsto en la Ley para que surja el crédito fiscal, mediante el procedimiento de determinación tributaria. Sólo cuando se constituye el crédito fiscal por obra de la determinación, nace a obligación tributaria.

3° La determinación tiene efecto mixto. Las dificultades de esta segunda concepción y el problema de la retroactividad que se impone en la tesis de la determinación como efecto constitutivo, inadmisible en un nivel de principio, que dio origen a una tesis ecléctica, que consistió en fijar el nacimiento de la obligación tributaria en el acaecimiento del hecho imponible o generador, pero esta obligación no era exigible sino a partir de la determinación del impuesto por el contribuyendo o por la Administración.

La determinación tiene el efecto jurídico de hacer eficaz el derecho de crédito representado por la deuda tributaria, cuyo derecho ya ha nacido con el hecho imponible, pero que no puede hacerse efectivo sino con la determinación del tributo.

Las críticas a la teoría del efecto declarativo de la determinación, inherente a la concepción del nacimiento del tributo con la realización del hecho imponible, hizo que un acérrimo defensor de la primera tesis Sainz de Bujanda, al salirle al frente a las concepciones procedimentalistas italianas, tuviese que admitir que lo que ocurría era que la obligación nacía con el hecho imponible, pero su eficacia quedaba demorada hasta el momento de la determinación (como si fuese una obligación condicional, en que cumplida la condición, se retrotraen los efectos de la misma).

El tributista colombiano **Ramírez Arcila**, en la misma línea afirma:

"La liquidación impositiva es un acto declarativo y no constitutivo de la obligación tributaria. Esta nace al verificarse el presupuesto de hecho según la ley sustancial vigente en ese momento o al finalizar el período fiscal: al acusarse tanto material como formalmente ... De allí a que el acto de determinación tenga por finalidad declarar su existencia y establecer el valor pecuniario o `quántum´ de la prestación a título de impuesto (objeto obligación tributaria).

...

Pero si bien es cierto que la obligación tributaria nace cuando se verifican sus presupuestos de hecho y de derecho, es de `prestación' indeterminada, de modo que esta no se fija sin el acto de determinación. Este a pesar de ser simplemente declarativo, es necesario para que el Estado pueda exigir el valor pecuniario constitutivo del objeto de la obligación. Su cobro se encuentra, por ello sometido a una condición legal suspensiva: que se practique la liquidación oficial. No su nacimiento, sino su cobro, se encuentra en suspenso hasta cuando se dicte este acto. Dictado con todos los requisitos legales, el fisco acreedor puede exigir el pago de la declaración que ha nacido desde el momento de su causación. Si no se practica, la obligación no deja de haberse causado en aquel momento, pero carece de efectividad: no existe el derecho adjetivo por parte del Estado a exigir la prestación correspondiente por ser indeterminada. Y pueden prescribir, pues es de incumbencia del fisco, practicar ese acto de determinación que le permita la acción de cobro.

• • •

Ya que no siempre es suficiente para darle certeza al elemento prestación-prestación u objeto de la obligación tributaria, que esta se hubiere causado o nacido al verificarse sus presupuestos de hecho y de derecho, es necesario el acto administrativo de determinación. Es por lo que se refiere, antes que al elemento causa o nacimiento de la obligación, al elemento objeto de la prestación, a su fijación o cuantificación monetaria. Y consecuencialmente, es condición para que el fisco acreedor puede cobrar el crédito fiscal, como un derecho que si bien ya había nacido sustancialmente al verificarse aquellos presupuestos, adjetivamente no podía ejercitarse. De allí que la obligación tributaria ya nacida, pero sin que medie el acto de determinación de su objeto cuando esta es indispensable, no da derecho adjetivo al fisco para exigir dicho objeto o prestación. Lo que no significa que liquidación o cuantificación de esa prestación, estando ligada con ese

elemento de la estructura interna de la obligación, constituya otro elemento de la misma. Es una obligación accesoria del fisco (a semejanza de la obligación accesoria de declarar los presupuestos de hecho a cargo del contribuyente en algunos tributos) con base en la cual puede exigir el pago del rédito fiscal."

ARAÚJO FALÇAO, desviándose de las corrientes de la doctrina brasileña recepcionada por el Código Tributario brasileño, se parte de las concepciones del efecto constitutivo de la determinación para sumarse a la corriente mixta, cuando expresa:

"El efecto resultante de la determinación se vincula con la exigibilidad de la prestación que constituye el objeto de la obligación tributaria, o sea, con la exigibilidad del tributo. En todo caso la determinación se limita a reconocer, valorar cualitativa y cuantitativamente, liquidar en suma, la obligación tributaria preexistente, que nace al producirse el hecho generador y que en el mismo momento de su génesis, se amolda al régimen normativo y las características fácticas que marcarán definitivamente su fisonomía. Y la circunstancia misma de que la obligación tributaria tenga como momento genérico la realización del hecho generador, explica que el acto de determinación -como es inherente a los actos declarativos- surta efectos retroactivos en cuanto a la indagación y fijación de los elementos sobre los cuales se establecerá el `an´, el `si´ y el `quántum debeatur'".

Más adelante, y con mayor precisión, concluye:

"La inexigibilidad de la deuda tributaria por el sujeto activo es una consecuencia de su iliquidez o del estado de duda o incertidumbre que afecta el `an´ y al `quántum debeatur´. Invocan algunos autores el arte. 24 de la ley italiana de recaudación ... para demostrar la consagración de sus tesis en el derecho italiano. Ahora bien; la falta de exigibilidad de la deuda tributaria antes de la determinación, es una consecuencia de la iliquidez de la deuda y no de la inexistencia de la relación jurídica."

Giuliani Fonrouge, al referirse a esta postura mixta, o ecléctica, que tiende a conciliar el nacimiento de la obligación tributaria en la realización del hecho imponible, y la exigencia del tributo en el momento de la determinación, expone:

"Por su parte, la doctrina brasileña y algunos códigos tributarios latinoamericanos, establecen una nítida separación entre "obligación" y "exigibilidad de la obligación". Según esta tendencia, la obligación de pagar la obligación tributaria principal nace al producirse el hecho generador, en tanto que la determinación (lançamiento) tiene por fin constituir el crédito tributario, de modo que este acto tiene un efecto mixto: declarativo en cuanto al nacimiento de la obligación. En algunos tributos la determinación tiene efecto constitutivo con respecto al crédito fiscal; así resulta del art. 42 al segundo, los cuales no hacen más que recoger las normas propuestas por Gomes de Sousa en los arts. 81 y 105 del proyecto del Código y explicados en términos inequívocos por esta autor."

Una teoría novedosa es la propuesta por **Pérez de Ayala**. En una monografía en que analizó la relación jurídica tributaria y la potestad de imposición, se declaró partidario del efecto declarativo de la liquidación, toda vez que negó que la obligación tributaria surgiese en otro momento que cuando se había realizado el hecho generador. No obstante, seDala que el hecho generador es un hecho que se forma en forma sucesiva, con la realización del hecho generador y la determinación tributaria, ambos de los cuales aparecen como elementos del hecho generador, de formación sucesiva, inspirándose en la teoría de la formación sucesiva de la obligación, desarrollada por Emilio Betti.

Sostiene:

"El acto no es negocial, pues, no es "constitutivo" fuente o "creador" de efectos jurídicos. Es simplemente, "condición" para que la ley produzca los suyos.

Ahora bien: ésta -creemos- es precisamente la función y la naturaleza del acto de liquidación. Como hemos visto la ley tributaria liga a la simple realización del hecho imponible un deber jurídico particular de pagar el tributo. Pero frente a él no concede un verdadero derecho subjetivo a la Administración. Y por ello aquel deber carece de naturaleza obligacional, no es un obligación. La Ley sólo concede un derecho subjetivo de crédito al ente público y, por tanto, sólo establece una verdadera obligación en relación con las cuotas ya liquidadas.

Más nótese, y este es un punto fundamental y clave, que ese derecho subjetivo y esa obligación son efectos jurídicos que la Ley vincula al hecho imponible. Nacen, "ope legis", como consecuencia, de la realización del hecho imponible. Si este no se efectúa, tampoco nacen, legalmente, aquél

derecho y la correlativa obligación, aunque haya emanado un acto liquidatorio que será, en tal supuesto, recurrible y (en caso de recurrirse, una vez más demostrada la existencia del hecho imponible concreto) anulado por ilegal.

De ello se deducen dos conclusiones fundamentales: la primera, que la ley define unas situaciones subjetivas en abstracto (el derecho al tributo y la obligación tributaria) vinculando su nacimiento a la realización del supuesto de hecho ilegal (hecho imponible) y no al acto de liquidación. La segunda, que, sin embargo, esos preceptos legales sólo pueden ser aplicados al hecho imponible concreto (y, por tanto, derivados de él los correspondientes efectos jurídicos, es decir, las situaciones subjetivas establecidas en la ley) desde el momento en que se hay emitido el acto liquidatorio, que se constituye, así en condición para la aplicación de la ley (de las situaiones jurídicas generales en ellas creadas) al hecho imponible concreto (a cuya realización liga la ley el nacimiento concreto de aquellas situaciones subjetivas).

Es decir, el acto de imposición se configura como un elemento cuya realización es necesaria para que el hecho imponible produzca su efecto del nacimiento de la obligación tributaria y el derecho de crédito correlativo."

Y concluye el tributarista español:

"La obligación tributaria nace en virtud de un presupuesto complejo de formación progresiva, **integrada por el hecho imponible y por el acto de imposición.**" (El énfasis es mío). A esa misma tesis de adhiere **Matías Cortés**, cuando expone:

"El caballo de batalla está, a nuestro modo de ver, en si la condición entra o no dentro de la fattispecie. Este es, como puede comprenderse el verdadero núcleo de la cuestión en el campo general de la teoría de las obligaciones y, muy particularmente por lo que ahora interesa, en el Derecho Tributario."

El autor cita a su maestro **Berliri**, quien afirma que "...todos los sucesos ciertos o inciertos, futuros o pasados, que son relevantes al nacimiento de la obligación tributaria, no pueden ser más que elementos de un presupuesto de hecho más o menos complejos". No obstante, debe recordarse que al maestro de la Universidad de Bolonia admite el efecto constitutivo de la determinación tributaria en ciertos impuestos, derivados de su tesis de que la realización del hecho generador no le otorga un derecho de crédito a la Administración Tributaria, sino el derecho potestativo de constituir el citado derecho de crédito, que se cumple precisamente mediante la determinación, el `accertamento´. En otras palabras, para estos autores forma parte del hecho generado o hecho imponible la determinación o liquidación del tributo, como uno de sus elementos, además de los otros ya conocidos: objeto, sujetos, base imponible, tipo impositivo, etc.

Conclusiones: El análisis de las diferentes concepciones en torno a la naturaleza jurídica de la determinación tributaria realmente se conecta con el problema del nacimiento de la obligación tributaria, es decir, el momento en el cual ocurre. Ha tenido el mérito esta discusión doctrinal y dogmática en la doctrina hacer énfasis en la importancia de la actividad administrativa en el cumplimiento de la Ley tributaria, visto todo el proceso de establecimiento, generación, precisión y recaudación de los tributos como el procedimiento de aplicación de la Ley, vale decir, la importancia de estudiar todo el fenómeno tributario dentro de una concepción orgánica, en lugar de detenerse en la fase estática del momento y estructura de la obligación que genera el crédito fiscal a favor del ente impositor.

Resulta imprescindible advertir que habrá de cuidarse mucho en ubicarse en posiciones previamente determinadas, no importa cuan atractivas resulten ser, sin hacerse previo análisis del concreto ordenamiento jurídico existente y partiendo de ese ordenamiento, ubicarse en la construcción que surja de un análisis sistemático de dicho ordenamiento.

Del estudio de los diferentes tributos, no cabe duda alguna que la obligación tributaria surge o nace al producirse el hecho generados que la Ley conecta para el surgimiento del derecho al crédito y el deber de prestación de la persona a quien el ordenamiento jurídico le impone el deber de prestación, es decir, el contribuyente o el responsable, derivado de la consideración de la naturaleza de la obligación tributaria como una obligación ex lege.

Sin embargo, en algunos tributos, la exigibilidad del crédito tributario previamente nacido con la realización del hecho generador se realiza al momento en que se precisa, se cuantifica el monto del crédito fiscal a cargo del sujeto pasivo se determina precisamente, la iliquidez de la obligación existente con la mera configuración del hecho generador se vuelve líquida y exigible, con la liquidación. Por lo tanto, pareciese importante, sobre todo en aquellos tributos que requieren determinación, ubicarse en la concepción mixta, y condicionar la determinación como un efecto declarativo para el nacimiento de la obligación tributaria, pero constitutivo para la exigibilidad de ella.

Esta tesis es la que mantiene, por ejemplo, **Giannini**. Al salirle al frente a quienes sostienen que la liquidación tributaria tiene efectos constitutivos con respecto al nacimiento de la obligación tributaria señala:

"La única disposición que ha podido invocarse contra el resultado que lógicamente deriva de la naturaleza de la obligación impositiva y del conjunto de las normas que a ella se refiere es la contenida en el arte. 24 de la ley de recaudación de impuestos directos, en el que se dispone que "la publicación de la lista cobratoria (ruolo) obliga legalmente al deudor al pago del impuesto en los plazos señalados", en donde se ha deducido que con anterioridad a la publicación de la lista cobratoria el contribuyente no está obligado, y por tanto la deuda no existe. Pero es claro que esta conclusión va más allá de la premisa de la que se arranca: puede, en efecto, no estarse todavía obligado al pago de una deuda, aunque ésta exista, como acontece en los casos en que la deuda no es aún exigible, por estar sometida a término o condición. Pues bien, en los impuestos que se recaudan mediante lista cobratoria la inscripción de la deuda en la misma constituye un elemento necesario para su exigibilidad; ésta es la idea de la expresada disposición, a pesar de no estar formulada de un modo técnicamente preciso.

Frente a esto se alega -y ésa es, a primera vista, la principal objeción que se formula a nuestra tesis- que tanto en los impuestos que se recaudan mediante lista cobratoria, como en cualesquiera otros sujetos a liquidación por parte de la autoridad administrativa, el deudor no está obligado antes de que se produzca la

liquidación, sino que ni siquiera puede liberarse de su obligación antes de ese momento."

#### Argumenta Giannini:

"Pero la exigencia de que el pago no deba ni pueda producirse antes de que el impuesto se liquide constituye un corolario del propio concepto, ya formulado, de liquidación; es obvio, en efecto, que no es posible pagar una deuda cuando la existencia y el importe de la misma son inciertos. Ni el posible tampoco, dado el carácter imperativo de las disposiciones que regulan el desarrollo de la obligación impositiva, que la incertidumbre pueda suprimirse de un modo distinto al prescrito en la ley, de tal suerte que no puede siquiera concebirse que el deudor supla con su propio criterio unilateral el juicio de la autoridad financiera o lo que resulte del cumplimiento del procedimiento prescrito. ¿Qué desórdenes no se producirían en la administración financiera si cada contribuyente tuviera la facultad de liquidar y extinguir su deuda, ingresando en las Cajas del ente público las sumas que juzgara pertinentes, sin perjuicio del derecho del propio ente a hacer valer después su pretensión a una suma mayor? Por otra parte, no sólo por lo que se refiere a los ingresos de los entes públicos, las normas de contabilidad, que tienen un valor jurídico igual al de los restantes preceptos del derecho positivo, establecen unas determinadas e inderogables formalidades, sin cuya observancia el deudor no puede tener la pretensión de liberarse de su obligación."

De las consideraciones expresadas, el eminente profesor extrae los siguientes corolarios:

- Puesto que la liquidación es un elemento indispensable para determinar si un crédito impositivo ha surgido y cuál es su importe, es evidente que el ente público se encuentra en la imposibilidad de realizarlo y que el sujeto obligado no tiene posibilidad de satisfacer su deuda antes de que se haya practicado la liquidación. Esta constituye, por tanto, una condición para la exigibilidad del crédito, condición necesaria, pero no siempre suficiente, ya que se requiere, además, que la deuda esté vencida pudiendo ocurrir que el vencimiento se produzca en un momento posterior a la liquidación.
- b) Puesto que el derecho objetivo confía al ente público acreedor la determinación de su crédito mediante un acto administrativo que, al igual que cualquier otro acto de la misma naturaleza goza de una presunción de legitimidad y en sin mas ejecutivo, se desprende que el último efecto de la liquidación consiste en determinar, con eficacia obligatoria, la existencia del crédito y su cuantía. En consecuencia, el deudor queda por lo tanto obligado a satisfacer la deuda con arreglo a la liquidación, aún en el supuesto de que no es deudor o de que lo es de una suma menor. Para que se establezca en su favor el imperio de la ley será necesario, pro tanto, que utilice los remedios legales pertinentes, y si estos últimos eventualmente faltan o si el deudor deja transcurrir los plazos establecidos para proponerlos, la deuda queda definitivamente fijada en la cuantía que resulte de la liquidación, cuya eficacia se sobrepone, por tanto, al de la ley.

Aún cuando en nuestro ordenamiento no existe una disposición concreta, un ordenamiento orgánico, sistemático sobre la materia, en ausencia de un Código Tributario, como lo tienen prácticamente la totalidad de los Estados latinoamerica-

nos. En el Impuesto sobre la Renta, por ejemplo, evidente que la tesis adoptada es la tesis mixta, es decir, que la obligación nace con la realización del hecho imponible (generación de renta neta gravable dentro del territorio de la República de Panamá durante un período de tiempo específico), pero la exigibilidad del mismo ocurre con posterioridad, es decir, con la determinación que realiza el propio contribuyente. Así se desprende con toda precisión del artículo 710 del Código Fiscal, al establecer la obligación de presentar, a más tardar el 31 de marzo de cada año, "...una declaración jurada de las rentas que haya obtenido durante el aDo gravable anterior, así como de los dividendos o participaciones que haya distribuido entre sus accionistas o socios y de los intereses pagados a sus acreedores". Por su parte, el **artículo 737**, referido al mismo Impuesto, señala que la prescripción del citado Impuesto ocurre "...a los siete (7) años, contados a partir del último día del año en el que el impuesto debió ser pagado", momento en que es exigible.

Si bien en nuestro ordenamiento positivo no se encuentra regulada con algún detalle la determinación tributaria, es importante hacer referencia a dos fuentes normativas: el Modelo de Código Tributario para América latina y el Proyecto de Código Tributario nacional, ambos de los cuales contienen regulaciones sobre esta institución de Derecho Tributario. Es de señalar que el Proyecto de código Tributario, lo mismo que en otros institutos tributarios, se ha inspirado sustancialmente en el primero, no obstante que en esta materia ha introducido algunos matices, que conviene quizás destacar.

La materia se encuentra regulada por el Modelo en el Título e igualmente en el Proyecto. Con un acentuado rigor técnico, el Proyecto de Código Tributario separa el tratamiento material de la determinación de su aspecto procedimental, el segundo de los cuales se encuentra inserto dentro del Procedimiento Tributario, como una especie o clase de dichos procedimientos, junto con otros procedimientos tributarios relativos al ejercicio de la función tributaria.

En su aspecto medular, tanto el Modelo de Código Tributario como el Proyecto de Código Tributario, se inclinan por el efecto declarativo de la determinación tributaria y admiten la tripartición es decir, la realizada por el contribuyente o por la Administración, a consecuencia de una determinación del contribuyente corregida por la Administración (mixta) o por la Administración en ausencia de determinación por el contribuyente (stricto sensu). Se regulan, igualmente, las modalidades de la determinación: sobre una base cierta, como regla general y, excepcionalmente, mediante determinación presunta. Frente a esta tratamiento, la doctrina europea prefiere reservar el término determinación o liquidación para la realizada por la Administración y excluye de dicho concepto la determinación o liquidación que debe realizar el sujeto pasivo, en acatamiento a deberes tributarios que le impone el ordenamiento jurídico-tributario, mediante la declaración-liquidación.

Sobre este particular, propone el Modelo:

"Artículo 132. Ocurridos los hechos previstos en la Ley como generadores de una obligación tributaria, los contribuyentes y demás responsables deberán cumplir dicha obligación por sí cuando no proceda la intervención de la administración. Si ésta correspondiere, deberán denunciar los hechos y proporcionar la información necesaria para la determinación del tributo."

"Artículo 133. La determinación por la administración es el acto que declara la existencia y cuantía de un crédito tributario o su inexistencia"

Por su lado, nuestro Proyecto contiene en forma más perfeccionada la regulación que nos ocupa. Son particularmente relevantes los artículos 95 y 96.

"Artículo 95. La determinación es el acto o conjunto de actos que declara la existencia y cuantía de un crédito tributario o su inexistencia."

"Artículo 96. Ocurridos los hechos previstos en la ley como generadores de una obligación tributaria, los sujetos pasivos deberán determinar y cumplir por sí mismos dicha obligación, o proporcionar la información necesaria para que la determinación sea efectuada por la Administración Tributaria, según la dispongan las leyes especiales."

Estimamos incorrecta la propuesta del Modelo. Si bien es cierto que separa el momento de nacimiento de la obligación tributaria, y exigibilidad de la deuda tributaria generada por el acaecimiento del hecho generador, en el artículo 133 circunscribe el efecto de la determinación, es decir, la existencia y precisión cuantitativa de la deuda tributaria, al acto de determinación realizado por la Administración, cuando resulta evidente que el acto de determinación que realiza el contribuyente, mediante la denominada declaración-liquidación en algunos impuestos constituye también, obviamente, un acto encaminado a la manifestación del hecho generador y a su cuantificación, es decir, determinación tributaria, sin que necesariamente este acto requiera intervención de la Administración. Esta intervención podrá ser posterior, cuando ésta realice la función de control y gestión tributaria y se traducirá en un acto administrativo de determinación tributaria. No obstante, el Proyecto concibe que,

cuando le corresponde a la Administración realizar la determinación, el deber del contribuyente se limita a ofrecer la información para que la Administración Tributaria proceda a realizar la determinación mediante el acto de determinación. Es evidente que esta propuesta está pensando en la figura de la declaración a secas, es decir, la manifestación que hace el contribuyente del hecho generador del tributo de que se trate, cuando es generalizada o la declaración-liquidación en que, además de la información del contribuyente con respecto al hecho generador, dicha manifestación contiene una determinación tributaria, una fijación de la deuda tributaria realizada, en cumplimiento de un acto debido, por el sujeto pasivo, como tendremos ocasión de precisar más adelante.

El Estatuto Tributario de Colombia, por su parte, también regula la liquidación o determinación mixta o de oficio, denominándolas liquidación o determinación de revisión (artículos 702 al 714) y liquidación de aforo (artículos 715 al 719). La regulación colombiana introduce un elemento esencial del debido proceso en este procedimiento y que consiste en que debe dársela participación al contribuyente, para que formule sus argumentaciones, previa a la liquidación de revisión (lo que nuestro Impuesto sobre la Renta denomina "liquidación adicional" y la práxis administrativa "alcance"), al disponer en su artículo 703 lo siguiente:

"Artículo 703. El requerimiento especial como requisito previo a la liquidación. Antes de efectuar la liquidación de revisión, la administración enviará al contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por una sola vez, un requerimiento especial que contenga todos los puntos que se proponga modificar, con explicaciones de las razones en que se sustenta".

La propuesta del Modelo y del Proyecto presuponen esta circunstancia, al ordenar un traslado al contribuyente (mejor: sujeto pasivo para incluir a otros obligados tributarios) las observaciones o cargos que se formulen, dispensándole un término para que las conteste, transcurrido el cual, se dicta el acto administrativo de determinación tributaria adicional por parte de la Administración Tributaria.

Métodos para la determinación tributaria. Ocurrido el hecho generador, que da lugar (como sabemos) al nacimiento de la obligación tributaria, hay que determinar, liquidar, precisar, cuantificar o individualizar la deuda tributaria. Esto puede hacerse de varias formas. Por lo tanto, abordamos ahora los diferentes métodos para cuantificar la deuda tributaria.

La determinación tributaria llevada a cabo por la administración puede hacerse mediante dos sistemas: sobre base cierta o sobre base presunta. La primera sólo toma en cuenta la información del contribuyente, contenidos en su declaración o examinados en los documentos y registros de éste o de sus relaciones con otros contribuyentes. La segunda, se realiza ante la imposibilidad de realizar la determinación sobre base cierta. Esto puede ocurrir porque la declaración del contribuyente se encuentra tan defectuosa que la Administración Tributaria no puede determinar, liquidar o conocer cual es el tributo a pagar o ante el incumplimiento del deber de presentar dicha declaración de renta. En realidad es una determinación indirecta con prueba indiciaría o presuntiva de comparación con otros contribuyentes, con la actividad a que se dedica el contribuyente, índices, etc.

En términos generales, tiene una especie de consideración de sanción, por cuanto en términos generales se produce la determinación sobre pregunta ausencia de los datos que suministra el contribuyente.

La determinación pregunta, incluso en el Derecho comparado donde es más generalizada y frecuente, en su mecanismo excepcional, ante la ausencia de métodos directos de percepción de los hechos generadores y cuantificación del tributo, y así es claramente en el ordenamiento tributario panameño. Se realiza cuando la determinación sobre base cierta no puede realizarse.

Clases de determinación. Al lado de los diferentes métodos para realizar la determinación, es necesario saber cómo se realiza. Existen también, en la doctrina, tres clases de determinación tributaria: la que realiza el contribuyente o responsable, la que realiza la Administración Tributaria sobre la base de la determinación realizada por el contribuyente, y la realizada por la Administración Tributaria ante la ausencia de determinación tributaria por parte del contribuyente, a los cuales ya nos hemos referido.

a) Determinación hecha por el sujeto pasivo. Se refiere esta hipótesis a la liquidación o determinación del tributo por el propio sujeto pasivo. Es la hipótesis normal, que la doctrina española, a consecuencia de una modificación de la Ley General Tributaria, que reemplazó el sistema de la liquidación provisional por este sistema de liquidación por el propio sujeto pasivo, la denominada auto-liquidación, para destacar el hecho de que la determinación es realizada por el propio sujeto pasivo, sin perjuicio de su verificación por la Administración Tributaria.

Esto se realiza por el sujeto pasivo, mediante la declaración tributaria. La declaración tributaria consiste en la manifestación del sujeto pasivo de la ocurrencia del hecho generador que hace surgir la obligación tributaria. Cuando se trata de una mera manifestación del hecho generador, se habla de declaración en sentido estricto. Cuando, por el contrario, la decla-

ración incluye no solo la manifestación del hecho generador, sino la determinación o liquidación del tributo por el sujeto pasivo, a esta circunstancia la doctrina y la ley la denominada declaración-liquidación.

Aún cuando se inicia el procedimiento de liquidación a instancia del sujeto pasivo, esto no constituye un acto espontáneo del mismo, sino el cumplimiento de deberes que la Ley tributaria le impone, y cuya infracción acarrea sanciones y otras consecuencias jurídicas. Por ejemplo, el deber de presentar una declaración de renta sobre los ingresos correspondientes al período en que se va a producir la obligación tributaria de cubrir el impuesto sobre la renta. Así, el artículo 710 y siguientes del Código fiscal.

Al constituir deberes formales del contribuyente, la Administración tiene potestades administrativas sancionadoras.

En el impuesto de transferencia de bienes muebles, el **Parágrafo 10° del artículo 1057v**, por ejemplo, expresa:

"Parágrafo 10°. Para los efectos de la liquidación y pago de este impuesto, el contribuyente presentará dentro de los quince (15) días siguientes a aquél en que termine cada uno de los períodos en el cual está clasificado, una declaración-liquidación jurada de sus operaciones gravadas con este impuesto."

El artículo 1057x del Código Fiscal que estableció el impuesto sobre las remuneraciones facturadas por las agencias navieras en los servicios prestados por ellas a naves dentro del territorio nacional, luego de instituir a dichas agencias en agentes de retención y cobros del citado impuesto y responsables del imuesto, le impone el deber de presentar, en el Parágrafo 1° de dicho artículo "...una declaración-liquidación jurada sobre las remuneraciones facturadas durante el mes inmediatamente anterior".

Se ha planteado la naturaleza jurídica de la declaración, estableciéndose al efecto:

- 1. Se trata de una determinación de la Administración, que se inicia con la participación del contribuyente, con la homologación de la Administración transcurrido el término de caducidad que tiene la Administración para proceder a su revisión. Se ha argumentado, a su favor, que se trata de la expedición de un acto administrativo expedido presuntamente por la Administración, en virtud de silencio administrativo positivo.
- Se trata de una confesión extrajudicial. A esta concepción se han señalado los siguientes reparos:
  - a) La confesión recae siempre sobre hechos, mientras que la declaración, que normalmente recae sobre ellos, puede contener apreciaciones sobre hechos, calificaciones jurídicas, si la definición del hecho imponible las requiere.
  - b) La finalidad de la confesión es constituir un medio de prueba, en tanto que la declaración no tiene esa finalidad, sino la de iniciar el procedimiento de gestión tributaria.
- 3. Se trata de un deber, o, en terminología de Carnelutti, de un acto debido. Esta última es la tesis dominante, sostenida, entre otros, por Dino Jarach, Giuliani Fonrouge, etc. Es la correcta, a mi juicio, insertada dentro de los deberes que impone la relación jurídico tributaria, contenida en la Ley. Se trata del cumplimiento de una obligación de contenido no patrimonial, o sea de un deber, de los obligados al pago del tributo.

**Pérez de Ayala** establece las siguientes características o notar a la declaración tributaria:

 Un acto de un particular, que es presupuesto de un acto administrativo, cuya obligatoriedad viene determinada por el ordenamiento jurídico.

- Constituye una manifestación de conocimiento del que la emite sobre la existencia y, en su caso, valoración del hecho imponible.
  - b) Determinación mixta. La Administración Tributaria, frente a la declaración-liquidación del contribuyente, debe examinar si ella es consistente con la situación del contribuyente a la luz del ordenamiento jurídico. Se requiere, por tanto, una labor de comprobación de constatación del contenido de la manifestación del sujeto pasivo. De allí a que la actuación de la Administración Tributaria encaminada a la comprobación de la declaración-liquidación del sujeto pasivo puede producir una discrepancia entre la manifestación del contribuyente y las conclusiones de la Administración. Esto se traduce en una modificación a la declaración-liquidación presentada por el sujeto pasivo. Por lo tanto, en ocasiones se mezcla la determinación por el sujeto pasivo con su corrección o complementación por la autoridad fiscal. Como quiera que la Administración Tributaria, como motivo de la función de comprobación, adopta una decisión que modifica la declaración-liquidación que inició el contribuyente, se le denomina determinación mixta. Así, por ejemplo, en el impuesto sobre la rente, los artículos 718 y 719 del Código fiscal permite que, con base en la declaración presentada por el sujeto pasivo del tributo, la Administración Fiscal la examine cuidadosamente y si encuentra que no es clara, que tiene omisiones o incorrecciones puede expedir una liquidación adicional por el faltante.

Por su fundamental importancia, reproducimos los artículos 719 y 720 del Código Fiscal:

"Artículo 719. Después de hecha la liquidación del impuesto los funcionarios encargados de su aplicación examinarán minuciosamente las declaraciones e informes del contribuyente. Si por razón de los exámenes se considere que las declaraciones no son claras, ciertas o exactas, o que se han rendido contraviniendo disposiciones del presente Título, se practicarán todas aquellas investigaciones o diligencias que se consideren necesarias y útiles para establecer la verdadera cuantía de la renta gravable."

"Artículo 720. Siempre que por razón de las investigaciones o diligencias de que trata el artículo anterior el monto del impuesto a cargo del contribuyente sea mayor del que resulte de la liquidación de que trata el artículo 718, y sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar, se expedirá una resolución que contendrá la liquidación adicional por la parte del impuesto que se haya liquidado. La resolución mencionada contendrá el detalle de los hechos investigados, las sumas sobre las cuales debe liquidarse el impuesto, el monto de la liquidación adicional y los anexos, fundamentos legales y demás detalles que estime convenientes el funcionario investigador.

La Resolución de que trata el párrafo anterior y que contendrá la liquidación adicional correspondiente deberá expedirse dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de la presentación de la declaración y será notificada al interesado personalmente y si ello

no fuere posible mediante el correspondiente edicto, sin perjuicio de las investigaciones a que haya lugar en caso de fraude.

Serán nulas las resoluciones que se expidan después de los tres (3) años siguientes a la fecha de la presentación, y en consecuencia, el contribuyente no estará obligado a pagar el monto de la liquidación adicional contenida en dicha resolución. El contribuyente tiene derecho a solicitar una relación exacta y detallada del objeto sobre el cual se ha expedido la resolución y el funcionario respectivo está obligado a darla dentro de los quince (15) días siguientes a dicha solicitud."

c) **Determinación de oficio.** Cabe la posibilidad de que, en ausencia de los métodos antes indicados, sea la propia Administración la que excepcionalmente determine la obligación tributaria de oficio. En nuestro ordenamiento jurídico y en otros, esa determinación siempre es o supletoria para completar oscuridades o derivada del incumplimiento por parte del contribuyente de la determinación hecho por el mismo. A este principio excepcional se refiere el artículo 746 del Código fiscal, mediante lo que se ha denominado determinación presunta por comparación, indices, etc.

Aún cuando esta modalidad ha venido a ser propuesta en la Reforma Tributaria de 1991, y desestimada en los debates parlamentarios, su posibilidad excepcional se encuentra prevista en la legislación fiscal. La tendencia de muchos países es acudir a este método complementario de determinación de la obligación tributaria.

Así, el **artículo 748** del Código Fiscal dispone:

"Artículo 748. Para la determinación de oficio de la renta de los contribuyentes, la Administración General de Rentas Internas (léase Dirección General de Ingresos) tomará como base principal las declaraciones de otros contribuyentes que se hallen en condiciones análogas al que ha dado lugar a dicha determinación de oficio."

Conviene destacar, sin embargo, que dada la consideración de método indirecto que tienen las determinaciones presuntivas, los supuestos y parámetros, así como los procedimientos utilizados y su composición deben ser elementos taxativamente determinados por la Ley; o sea, que en esta materia, además de constituir materia de estricta reserva legal, no existe espacio para la discrecionalidad administrativa por parte de la Administración Tributaria.

En realidad, tanto la determinación mixta como la de oficio son propiamente, determinación de oficio, porque ambas son realizadas por la Administración, en ejercicio de sus atribuciones de comprobación y fiscalización (potestad tributaria) del cumplimiento de la obligación tributaria determinada por la ley. Se distinguen o separan debido a que, en el primer caso, la determinación mixta, ha sido precedida de una actuación del sujeto pasivo, al presentar su declaración de renta, rectificada en virtud de los poderes de fiscalización de la Administración Tributaria, y en la segunda, la labor es exclusiva de ésta, ante la ausencia de determinar la obligación tributaria de los datos e informaciones suministrados por el sujeto pasivo.

Para concluir, se debe destacar que existe parte de la doctrina que no incluyen a la determinación por el sujeto pasivo como una propia liquidación, ya que reservan este concepto exclusivamente a la que se produce por un acto de la Administración Tributaria como conse-

cuencia de la función comprobada que ostenta derivada de la potestad tributaria que le otorga el ordenamiento. De allí a que la doctrina que sostiene este extremo, no le otorgue el valor de una determinación o liquidación a la que realiza el contribuyente, modalidad que se conoce como auto-liquidación.

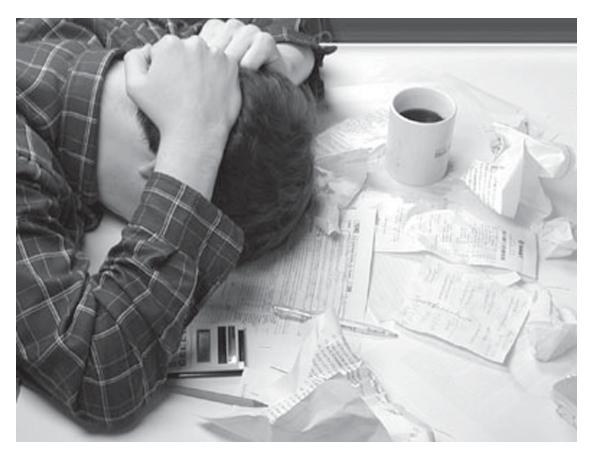
Por ejemplo, Ruiz García señala:

"Para que exista un acto de liquidación se requiere la presencia de, al menos, cuatro notas:

- a) debe expresarse por medio de una manifestación de voluntad emitida por la oficina tributaria que adopte la forma de un acto administrativo;
- b) en él se fija la deuda tributaria en una cuantía exactamente determinada;

- c) la pretensión se ejercita contra una persona determinada;
- d) la deuda impositiva así fijada debe ser satisfecha inmediatamente o dentro de un período de tiempo determinado."

Frente a esta postura, existen autores, como **Giuliani Fonrouge** que destaca que la determinación por el propio contribuyente es una determinación plena, si bien de efectos provisionales, en espera de la eventual comprobación por parte de la Administración Tributaria. Esto en razón de que la determinación o liquidación no es otra cosa que la fijación de la concreta deuda tributaria, por lo que la que realiza el contribuyen en cumplimiento de un deber tributario que le impone la Ley, cumple la misión que en el Derecho Tributario se le encomienda a la determinación o liquidación tributaria.



Señala el desaparecido tributarista argentino:

"Pueden señalarse tres tipos o procedimientos de determinación:

- a) la que realiza el deudor o responsable en forma espontánea (impropia e innecesariamente llamada "autodeterminación") y que denominamos `determinación por el sujeto pasivo´;
- b) la efectuada `motu propio´ por la administración sin cooperación del sujeto pasivo o `determinación de oficio´;
- c) la determinación realizada por la Administración con la colaboración del sujeto pasivo o `determinación mixta', que puede considerarse como una combinación de los sistemas anteriores.

A diferencia de lo que ocurre en países con distinta organización fiscal, en la Argentina (y en Panamá) asume importancia preponderante el primer procedimiento, por ser la forma normal de determinación de los principales impuestos nacionales ...y de muchos impuestos provinciales, como de ciertos tributos municipales de significación. Los procedimientos de "determinación de oficio" y de "determinación mixta", son de carácter excepcional o rigen para gravámenes de menor importancia."

Estimamos que esta última es la tesis correcta y la que se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico. En nuestro sistema, la regla general es que la determinación se realice por el sujeto pasivo, la que es objeto de comprobación y fiscalización por la Administración Tributaria; o, en ausencia de la determinación por el sujeto pasivo desatendiendo deberes legales que le impone el ordenamiento jurídico-tributario, ambas hipótesis que se traducen en una liquidación o determinación realizada por la Administración. Las tres modalidades son auténticas determinaciones o liquidaciones, si por éstas se entienden la fijación de la deuda tributaria en un período de tiempo o para un impuesto determinado.

### **BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA**

BERLIRI, A. Principios de Derecho Tributario. Tomo III, Madrid, 1973.

GIANNINI, A. D. Derecho Tributario. Madrid, 1957.

GUILIANI FONROUGE, C. M. Derecho Financiero. 4ta. edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978.

QUERALT, J. M. y LOZANO, C. Derecho Financiero y Tributario. 3ta. edición, Madrid, 1992.

NAWIASKY, H. Cuestiones Fundamentales de Derecho Tributario. Madrid, 1982.

PÉREZ de AYALA, J. L. y GONZÁLEZ, E. Curso de Derecho Tributario. Madrid, 1991.

RUIZ GARCÍA, J. R. La Liquidación en el Ordenamiento Tributario. Madrid, 1987.

SAINZ de BUGANDA, F. Lecciones de Derecho Financiero. 8va. edición, Madrid, 1990.

# Estudiar Derecho Tributario Internacional en la Universidad de Leiden, Reino de los Países Bajos (Holanda)

### Edgar Iván Herrera

La Universidad de Leiden en el Reino de los Países Bajos (Holanda) en cooperación con el Centro de Tributación Internacional (International Tax Center – ITC), dirigido por el Prof. Dr. Kees van Raad, cuenta con un programa de Maestría en Tributación Internacional (LL.M. in International Taxation) dirigido a abogados y economistas de todo el mundo.

El programa ofrece un detallado entrenamiento en las principales áreas de la tributación internacional tales como, Tratados para evitar la Doble Tributación Internacional, Precios de Transferencia, Derecho Tributario de la Comunidad Europea, Derecho Tributario de los Estados Unidos de América, Planificación Tributaria Internacional, Planificación Internacional de Patrimonios y Comercio Internacional.

Este año (2005-2006) el programa cuenta con estudiantes de Panamá, Rusia, Kazajstán, Italia, Nepal, Chile, México, Hungría, Suiza, Suecia, Islandia, Malta, Canadá, Noruega, India, China, Taiwán, Francia, España, Indonesia, Egipto, Portugal, Brasil y los Estados Unidos de América teniendo como resultado un interesante intercambio académico y cultural.

El programa se desarrolla tanto en la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden como en el Centro de Tributación Internacional, este último, reservado solo para estudiantes de Tributación Internacional y en el cual los estudiantes tienen todas las facilidades de estudio,

incluyendo el acceso a la base de datos del *IBFD* (*Internacional Bureau of Fiscal Documentation*) con sede en Ámsterdam.

El idioma utilizado es el inglés aunque existe un curso paralelo (a tiempo parcial) en holandés.

El cuerpo docente del Centro de Tributación Internacional cuenta con profesionales de las principales firmas de abogados en materia de tributación internacional (Baker & Mckenzie, Loyens & Loeff, entre otras), así como de las principales firmas de contabilidad internacional (KPMG, PWC, Deloitte y Ernst & Young) y profesores invitados de otras Universidades (London School of Economics, Erasmus University, Cambridge University, University of Florida, Universidad de Viena entre otras).

El ambiente en la ciudad de Leiden es perfecto para el estudio así como para experimentar un verdadero ambiente internacional en donde estudiantes de todo tipo de disciplinas y de todas partes del mundo convergen, haciendo posible ampliar la propia concepción del mundo.

En realidad una magnifica experiencia en la cual no solo he podido aprender a profundidad sobre el mundo de la Tributación Internacional, sino además por tener la posibilidad de aprender y convivir con personas de todas partes el mundo y al mismo tiempo representar a nuestra Panamá.

Con una duración de 1 año, el curso cuesta aproximadamente 15,000 euros (un poco más de US\$ 18,000) El website del curso es www.itc-leiden.nl

## Estudiando Tributación en la Universidad Especializada del Contador Público Autorizado

(UNESCPA)/Panamá

Sally P. Vargas R.

Estudiante / Abogada

UNESCPA es una Universidad instituida bajo las leyes de la República de Panamá cuyo objetivo fundamental es formar profesionales especializados en el área de la Contabilidad. Bajo el patrocinio de El Colegio de Contadores Públicos Autorizados de Panamá, reconocida asociación profesional sin fines de lucro, constituida en el año de 1957.

UNESCPA es una respuesta efectiva y de alta calidad a nivel educativo en la actualidad de nuestro país, debido a la Dramática Reforma Tributaria de estos últimos años. Es una de las Universidades Privadas a nivel Nacional, que con la implementación de Postgrados y Maestrías en Tributación busca preparar a profesionales interesados cada día más en brindar Asesoramientos en Áreas de los Tributos, Adecuado Manejo de sus Empresas, Planeamiento Fiscales y otros.

El programa brinda una completa preparación en las principales áreas de la tributación tales como, Marco Jurídico de la Tributación, Marco Económico de la Tributación, Teoría General de los Tributos, Problemática de la Administración Tributaria, Código Fiscal e Incentivos, Marco Jurídico Panameño, Planificación y Análisis Financiero, Metodología de la Investigación Económica Tributaria, Tributación de Finanzas Especiales y Administración Tributaria Panameña

La asistencia de profesionales a estos Postgrados y Maestrías comprende una alta gama de destacados contadores y abogados que buscan ser un icono certero a las problemática de nuestro Complejo Centro Financiero que es Panamá.

Es enriquecedora la mezcla de profesiones en la cual se complementan una a

otra, el Derecho y la Contabilidad como un "asset" para nuestro campo.

El cuerpo docente lo componen Contadores y Abogados del medio, de importantes firmas de Consultores a nivel Nacional e Internacional. Cuenta con maestros de la talla del Dr. Edison Gnazzo, tributarista destacado a nivel Internacional y Reconocidos Consultores Tributaristas y Funcionarios del Sector Público siendo las dos partes de la Moneda la llave del éxito.

Este programa no solo nos nutre a nivel teórico, sino práctico ya que mediante el manejo de temas como la Ausencia de una Codificación Tributaria, la Problemática de la Administración Tributaria, la Reducción de Incentivos a nivel nacional, la Doble tributación Internacional con carencias de Tratados Bilaterales en Panamá y la Participación activa de Panamá en los Tratados de Libre Comercio en esta última década, nos brinda un contexto de acción no solo para ser receptores conscientes de deficiencias sino futuros creadores de soluciones.

En propiedad puedo expresar que la enseñanza no solamente se plasma en los Libros de Tributación, criterios, normas, tratados, sino en el cúmulo de experiencias vividas y compartidas tanto a nivel profesional como personal que se adquiere en el desempeño de este último año juntos en UNESCPA.

Las clases se desarrollan en la sede del Colegio de Contadores en horario nocturno. La maestría tiene una duración de un año y un costo aproximado de US\$ 480 por materia, al tener US\$ 5,000.

Puede obtenerse más información de la maestría en el siguiente website: www.colegiocpapanama.org

## DIRECCIÓN GENERAL DE INGRESOS

Reproducción de las Memorias de la Institución para el año 2004, republicado con el permiso de la Señora Directora General de Ingresos concedido a Carlos F. Urbina el día 6 de febrero de 2006.

#### 1. RECAUDACIONES FISCALES

Durante la vigencia fiscal del año 2004, la Dirección General de Ingresos dirigió sus mayores esfuerzos hacia el cumplimiento de las metas de recaudación que le determinó el Gobierno Nacional. No obstante lo anterior, como se sobrestimaron los ingresos para este año, se obtuvieron resultados que no alcanzaron las estimaciones presupuestarias. En efecto, en este período los

Ingresos Corrientes del Gobierno Central totalizaron B/.1,998,9 millones, es decir, 10.3% por debajo de la suma presupuestada que era de B/.2,228.5 millones. Del total de las recaudaciones, los Ingresos Tributarios registraron B/.1,245.8 millones, cifra que resultó menor ala suma presupuestada en B/.30.5 millones, o sea 2.4%. Mayores detalles se presentan en el cuadro a continuación:

#### INGRESOS CORRIENTES DEL GOBIERNO CENTRAL: AÑO 2004

Detalle	Recaudación 2004	Presupuesto 2004	Diferencia En Millones de B/.
Ingresos Corrientes	1,998.9	2,228.5	(229.6)
Ingresos Tributarios	1,245.8	1,276.3	(30.5)
Impuestos Directos	603.0	582.0	21.0
Impuestos Indirectos	642.8	694.3	(51.5)
Ingresos No Tributarios	645.8	806.2	(160.4)
Tasas Derechos y Otros	249.8	312.8	(63.0)
Participación en Utilidades	396.0	493.4	(97.4)
Otros Ingresos Corrientes	107.3	146.0	(38.7)

Fuente: Dirección General de Ingresos

En el renglón de los Ingresos Tributarios, los Impuestos Directos muestran una diferencia positiva en las recaudaciones de B/.21.0 millones, es decir 3.6% con respecto a la suma presupuestada. Aumentos importantes se reflejan en la Renta Jurídica, Dividendos, Impuesto Comple-

mentario, Transferencia de Bienes Inmuebles e Impuesto de Inmueble.

Con referencia a los Impuestos Indirectos, éstos reflejaron una caída de B/.51.5 millones, e decir 7.4% con respecto a la meta presupuestaria; reflejando disminuciones importantes: ITBMS, Consumo de

Combustibles, Llamadas Telefónicas y Cables y Otros Impuestos Indirectos.

Por su parte, los Ingresos no Tributarios también reflejaron una disminución de B/. 160.4 millones con respecto a la suma presupuestada, o sea, 19.9 %, de ese total. Tales disminuciones provienen principalmente de Correos y Telégrafos, Renta del Canal, Concesiones Varias, Tasa Anual, Transferencias Corrientes y la Participación en Utilidades de Empresas Estatales que para este año tuvo un decrecimiento de B/.97.4 millones. Ver cuadro de Ingresos Corrientes del Gobierno Central Período Enero a Diciembre de 2004.

Cabe destacar que el déficit presupuestario que se evidencia en el cuadro anterior en todos los niveles, pudo ser mayor; pero, la atinada gestión que se desarrolló a nivel de la nueva administración, generó que éste se viera reducido en una forma significativa. En efecto, desde el mes de septiembre al mes de diciembre del año 2004, las recaudaciones de la, Dirección General de Ingresos reflejan resultados positivos, toda vez que los Ingresos, Corrientes del Gobierno Central sumaron B/.895.2 millones, es decir 13.3% por encima de la cifra estimada que era de B/ .790.4 millones. Esta afirmación se desprende del cuadro a continuación:

#### INGRESOS CORRIENTES DEL GOBIERNO CENTRAL: SEPTIEMBRE A DICIEMBRE DE 2004

Detalle	Recaudación 2004	Presupuesto 2004	Diferencia En Millones de B/.
Ingresos Corrientes	895.2	790.4	104.8
Ingresos Tributarios	482.0	426.0	56.0
Impuestos Directos	253.7	210.1	43.6
Impuestos Indirectos	228.3	215.9	12.4
Ingresos No Tributarios	369.8	321.6	48.2
Tasas Derechos y Otros	91.7	90.0	1.7
Participación en Utilidades	278.1	231.6	46.5
Otros Ingresos Corrientes	43.4	42.8	0.6

Cambios importantes se reflejan tanto en los Ingresos Tributarios que sumaron B/.56.0 millones sobre la meta establecida (13.2%) y los Ingresos no Tributarios que ascendieron B/.48.2 millones sobre la estimación proyectada (15.0%).

#### 2. AUDITORÍA Y FISCALIZACIÓN

De enero a diciembre de 2004, la Dirección General de Ingresos desarrolló un programa de auditoria y fiscalización tributaria, que se fundamentó principalmente, en los siguientes objetivos: controlar el cumplimiento de las obligaciones tributarias por parte de los contribuyentes y despertar el interés de los mismos en pagar sus tributos en forma voluntaria.

Cabe destacarse que el programa fue exitoso, toda vez que se efectuaron 799

auditorías, con alcances que sumaron B/.14,145,260.93. En adición, se visitaron 1,170 comercios en Panamá, Chorrera y Chiriquí a través del Programa de "Punto Fijo" y del Programa de verificación de las ventas diarias que el contribuyente debe presentar en el formulario de ITBMS, con lo que generaron B/.4,732,990.48 adicionales. Este total que asciende a la suma de B/.18, 878,251.41 representa un aumento de B/.2,768,354.98, si se le compara con la gestión del año 2003 que produjo ingresos por B/.16,109,896.43.

De las auditorías realizadas en este período fiscal, el 68.2% (B/.9,641,957.31), se obtuvo a través de 378 casos que fueron desarrollados por la Sección de Programas de Fondo, la que se encarga de fiscalizar a las Personas Jurídicas; el 18.3% (B/.2,595,548.62) a través de 145 auditorias que realizó la Sección de Investigaciones Especiales, la que se encarga de fiscalizar a las Grandes Empresas; el 13.0% (B/.1,845,468.34), por medio de 151 auditorias realizadas por la Sección de Programas de Gestión, la que fiscaliza a las Personas Naturales y e10.5% restante (B/.62,286.66), como producto de alcances obtenidos en 125 auditorias de Devolución de Impuestos. Lo anterior se desprende del cuadro a continuación:

#### MONTO GENERADO POR LAS AUDITORÍAS EFECTUADAS: AÑO 2004

B. Detalle	F. N° de Casos	Monto en B/.	%
Programa de Gestión - Personas Naturales	151	1,895,468.34	13.0
Programa de Fondo - Personas Jurídicas	378	9,641,957.31	68.2
Investigaciones Especiales	145	2,595,548.62	18.3
Devolución de Impuestos	125	62,286.66	0.5
Total	799	14,145,260.93	100.0

#### 3. CONTROL FINANCIERO

En esta materia, se efectuaron 7 fusiones; 10,893 correcciones a débitos del impuesto de mueble; 141 registros de LT.B.M.S.; 15,086 correcciones de pago de inmuebles, renta y seguro educativo; 1,318 adiciones de pago; 899 prescripciones; 571 cambios de RUC en la renta corriente; 5,931 correcciones de declaraciones de renta; 509 arreglos de pago; 165 casos de paz y salvo; 43 de timbres y 1,702 casos improcedentes.

Con relación a los incentivos tributarios los mismos sumaron B/.95,043,867.58, correspondiendo la mayor parte a los otorgados en concepto de Intereses Hipotecarios Preferenciales por B/.34,809,951.22; Gas Licuado por B/.29,024,243.43; Certificados de Abono Tributario por B/. 24,959,437.13 y Créditos por Devolución de Impuestos por la, suma B/.4,063,066.35. Mayor detalle se presenta en el cuadro a continuación:

	~
	DOT AND ADDA
	1 M = 1 • A N/A > // M//
UTARIOS OTORGADOS POR LA	DUI. AND AUUT

Tipo de Certificado	Créditos Otorgados	Utilizados B/.
Certificados de Abono Tributario	24,959,437.13	27,255,690.35
Certificado con Poder Cancelatorio	625,694.37	1,135,326.91
Certificado con Poder Cancelatorio Expedito	849,223.07	617,553.28
Certificado con Poder Cancelatorio Especial		560,578.58
	307,425.86	
Crédito por Interés Preferencial	34,809,951.22	34,761,929.57
Gas Licuado	29,024,243.43	27,933,168.68
Crédito por Devolución de Impuestos	4,063,066.35	4,564,053.09
Cheques Fiscales	151,673.43	
Total	95,043,867.58	96,575,147.74

En adición, se otorgaron B/.27,320,704.81 en concepto de las siguientes exoneraciones: B/.1,927.81 a los Transportistas; B/.17,642.58 en Reforestación; B/.2,041,034.94 en turismo; B/.24,546,087.96 en combustibles y B/.514,011.52 a la Fundación Ciudad del Saber.

En materia de cobros de impuestos, tasas y contribuciones a través de la red bancaria nacional, la Dirección General recaudó durante el mes de diciembre, la suma de B/.3,675,259.58. En cuanto a lo recaudado, la mayor parte de esta cifra correspondió al Banco Nacional (B/.100,529,144.07) y al Banco Continental (B/.12,670,872.51). Le siguieron en orden de importancia, Credit Corporation Bank y la Caja de Ahorros. La misión pagada a los bancos fue de B/.23,432.25. A continuación el cuadro correspondiente:

### RECAUDACIÓN A TRAVES DE LA RED BANCARIA DE PANAMÁ: AÑO 2004

Nombre del Banco	B. Monto 2004	Cobrado 2003	Diferencia	Comisión Pagada
Banco Nacional	100,529,144.07	527,144,714.94	(426,615,570.87)	18,652.00
Banco de la Vivienda	53,219.59	62,498.92	(9,279.33)	13.25
Banco Continental	12,670,872.51	40,866,739.85	(28,195,867.34)	2,118.50
Caja de Ahorros	2,325,813.98	7,959,411.55	(5,633,597.57)	1,574.25
Credicorp Bank	4,459,983.28	24,623,588.37	(20,163,605.09)	592.00
HSBC Bank	1,778,097.73	2,052,588.58	(274,490.85)	123.00
Multicredit Bank	1,761,937.42	3,580,940.52	(1,819,003.10)	316.00
Telered	59,040.99	44,325.23	14,715.76	36.50
Toser Bank	37,150.01	103,675.56	(66,525.55)	6.75
Totales	123,675,259.58	606,438,483.52	(482,763,223.94)	23,432.25

#### 4. ADMINISTRACIONES PROVINCIALES Y SECCIONALES

La recaudación de la Dirección General de Ingresos a través de las Administraciones Provinciales y Seccionales de Ingresos durante la vigencia fiscal 2004 fue por la suma de B/.690,367,893.20.

Administración Provincial	Recaudación	Recuperación de la Morosidad
Bocas del Toro	28,394.59	
Coclé	1,461,881.29	115,646.70
Colón	3,727,409.57	95,196.17
Chiriquí	7,921,846.33	4,622,197.14
Darién	11,708.42	
Herrera	420,665.72	98,540.92
Los Santos	573,301.57	129.442.21
Panamá	674,040,094.84	21,287,924.10
Veraguas	2,182,590.87	51,815.50

Cabe destacar que el 97.6% del total de la recaudación, correspondió a la Administración Provincial de Panamá; siguiéndole en orden de importancia, Chiriquí con el 1.2% y Colón con el 0.5%. Por otro lado, la recuperación de la morosidad ascendió a la suma de B/.26,400,762.74.

#### OTRAS ACTIVIDADES

En materia de estudios tributarios se trabajó en el cálculo del sacrificio fiscal que representa para el Gobierno Nacional, las exoneración de finas por 20 años (Ley 6 del 14 de marzo de1983; Ley 19 de agosto de 1986 y Decreto de Gabinete del 17 de febrero de 1990). Igualmente, se elaboraron cálculos sobre los beneficios o el sacrifico fiscal que se pueden producir como consecuencia directa de la propuesta de Reforma Fiscal.

Se elaboraron estrategias para solucionar la desactualización de la cuenta corriente de inmueble. Se prepararon estadísticas sobre créditos fiscales otorgados en concepto de Intereses Hipotecarios Preferenciales en ciertos préstamos, correspondiente a los períodos fiscales 2001-2003. Se elaboraron estadísticas de gestión a nivel nacional, en materia de recaudación, cobranzas y fiscalización. Finalmente, se

prepararon estadísticas de Renta e ITBMS para el Proyecto de Reformas Fiscales.

Con respecto a las apelaciones, de una cartera de 106 expedientes por valor de B/.6,074,174.60, se resolvieron 87 por la suma de B/.1,040,257.40, quedando un saldo por resolver a fin de año de 19 casos por

un monto de B/.5,033,917.20.

Referente al tema de licores, se efectuaron 62 servicios de custodias y se emplearon 5,372 sellos de seguridad durante la exportación regular de bebidas alcohólicas. Se recaudaron B/.11,615,538.50 en concepto de Impuesto Selectivo al Consumo aplicable a la importación de bebidas alcohólicas, gaseosas y cigarrillos y se utilizaron 913,340 marbetes. En Impuesto de Consumo de Combustibles y

Derivados de Petróleo se recaudaron B/.145,674,103.17. Fue creado el Registro de Fabricantes Importadores de Cigarrillos y se adoptaron normas relacionadas con el procedimiento para la determinación del precio de venta al consumidor final, el cual entra en vigencia el primer día hábil del mes de abril de 2005. El mismo fue establecido mediante las Resoluciones No. 201-2425 de 30 de agosto de 2004 y la No. 2013241 de 30 de noviembre de 2004.

Finalmente, en materia de Evaluación del Desempeño y Custodia de Valores, se trabajó en las evaluaciones del personal que de acuerdo a la Ley deben efectuarse por lo menos dos veces al año. De igual forma se imprimieron 100 millares de Formularios de Depósitos de Recaudación (Tesoro Nacional-Cuenta 210); 150,000 Formularios de Declaración de Impuesto de Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS 430); 50,000 Formularios de RUC Natural; 50,000 Formularios de RUC Jurídico; 100,000 Formularios de Tasa Única; 6,000,000 de Boletos de Peaje de la Autopista de diferentes denominaciones, por un valor de B/.134,190.00 y 6,650,000 de Timbres Fiscales de diferentes denominaciones por un valor de B/. 249,414.90.

# LIBROS QUE LEÍ

# THE DUTCH APPROACH (Description of the Dutch Tax and Customs Administration)

Autor (s): Matthijs Alink & Victor

van Kommer **Publicado por**: IBFD **ISBN:** 90-76078-57-2 **Idioma:** Inglés

**Año:** 2003

Precio: \$ 30.00 a \$ 40.00 Audiencia recomendada: Profesionales de la tributación. Auditores fiscales, cualquiera que tenga que ver con la política fiscal. Matthijs Alink trabaja para la Administración Tributaria Holandesa.

Victor van Comer trabaja para el IBFD holandés, donde es director del departamento de consultoría gubernamental.

Este libro es una excelente descripción de la Administración Tributaria de Holanda, sus departamentos, funciones, administración de personal y el rol que juega en la redacción y confección de las políticas públicas de esa nación europea.

#### ESTÁ DIVIDIDO EN 11 CAPÍTULOS QUE SON:

- 1. Introducción a Holanda como país (religión, cultura, etc.)
- 2. Descripción de la Administración Tributaria Holandesa
- 3. Impacto social de la Administración Tributaria Holandesa
- 4. Tendencias influenciadas en el exterior
- 5. Proceso de redacción de legislación fiscal y de política fiscal
- 6. Los Impuestos Holandeses
- 7. Filosofía de negocios de la Administración Tributaria
- 8. Política de cumplimiento fiscal en Holanda
- 9. Procesos llevados a cabo por la Administración Tributaria
- 10. Tipología de la Administración Holandesa
- 11. Ministerio de Finanzas Holandés
- 12. Descripción detallada de la Dirección de Ingresos
- 13. Divisiones de la Administración
- 14. Divisiones de contribuyentes especiales
- 15. División de Aduanas
- 16. Una nueva Organización para la Administración Tributaria
- 17. Información fiscal e investigación
- 18. Centro para el producto y diseño de procesos
- 19. Centro de servicios de facilitación

El libro comienza con una interesante descripción del país, su historia, cultura, religión, idioma y cultura. Luego los autores definen a la Administración Tributaria de Holanda, sus objetivos, metas y filosofía. Resulta interesante observar

como han desarrollado en Holanda un sistema de medición de la labor de la administración que se basa en los siguientes puntos:

- 1. Número de auditorías al año
- 2. Número de alcances al año

- 3. Cantidad recaudada al año
- Cantidad de esfuerzos de comunicación que se realicen con el contribuyente

La forma en que el libro analiza el rol de la Administración Tributaria holandesa en el desarrollo e implementación de las políticas y leyes fiscales es un buen ejemplo a seguir ante las improvisaciones criollas.

Otro ejemplo a estudiar en el libro está en la integración que ha logrado Holanda de las direcciones de aduanas y de ingresos. Este es un ejemplo cuyos pros y contras son analizados en el libro.

El libro expone bien la forma en que Holanda comparte información fiscal con las distintas agencias de su gobierno, con la Unión Europea y con otros países. El libro realiza un análisis interesante de la necesidad de estos acuerdos para cualquier sistema fiscal.

Quizás lo único insatisfactorio para el lector panameño es conocer lo avanzado que esta un sistema distinto al nuestro y lo improvisado que se siente el nuestro.

Por último es un buen ejemplo de lo que ocurre con la administración fiscal de países avanzados.

Es un excelente libro para quien desee un análisis profundo de la administración fiscal de otro país. Se constituye en una bibliografía única al no existir, en el mundo entero, obras tan especializadas sobre este tema.

Este resumen fue preparado por Carlos F. Urbina

# FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL INCOME TAXATION

**Editor:** Michael J. Graetz

Publicado por: Foundation Press

ISBN: 1-58778-515-3

**Precio:** \$ 30.00 a \$ 40.00

Idioma: Inglés

**Año:** 2003

**Audiencia recomendada:** Profesionales de la tributación.

Estudiantes avanzados en Tributación.

Graetz es profesor de Derecho Impositivo en la Universidad de Yale. Estudió en la Universidad de Emory y en la facultad de Derecho de la Universidad de Virginia.

Ha escrito varios libros entre los que se encuentra: The US Income Tax. What It Is, How it Got That Way and Where do We Go From Here?; True Security: Rethinking Social Insurance y Federal Income Taxation: Principles and Policies.

Este libro es una recopilación de los mejores artículos publicados en el tema de Fiscalidad Internacional en los últimos años. Al ser un texto norteamericano sus autores tienden a ser angloparlantes y en su mayoría académicos de sólida formación como Peggy Musgrave, Robert Green, el mismo Michael J. Graetz, David Tillinghast, Reuven S. Avi-Yonah, Hugh Ault, entre otros.

### ESTÁ DIVIDIDO EN 11 CAPÍTULOS QUE SON:

- 1. Introducción
- 2. Fuente de Renta
- 3. Residencia
- 4. Crédito Fiscal Externo
- 5. Diferimiento y Regímenes *CFCs* (entidades foráneas controladas)
- 6. Transacciones de inversión extranjera (*Inbound Transactions*)
- 7. Rentas no comerciales (non-business income)
- 8. Rentas pasivas (administración tributaria y cumplimiento de normas)
- 9. Precios de transferencia y la atribución de Rentas entre partes relacionadas.
- 10. El principio de no-discriminación
- 11. Competencia Fiscal, Harmonización y Soberanía Estatal.



Los temas son de mucho interés y logran cubrir la base de la tributación internacional. Como mencionamos, los autores son casi todos Anglo-parlantes, sin embargo algunos no lo son. Entre ellos tenemos al holandés Kees van Raad, al canadiense Jaques Saquesville, al italiano Vito Tanzi, y a Víctor Thuronyi.

Me sorprendió la gran lista de referencias a otros autores, libros y artículos que hacen del libro una oportunidad para profundizar el estudio de sus temas a través de la bibliografía citada.

Entre los temas tratados me pareció interesante la forma en que se analiza el capítulo 8 de rentas pasivas y se pone énfasis (desde el sector privado) de contar con una buena administración tributaria que logre cortar la evasión. La idea

del capítulo está clara, de poco sirven las leyes si no se logran hacer cumplir. Por el mero gusto crearemos impuestos si no los vamos a cobrar. Es sobre

> todo relevante el tema porque en nuestro país nos quejamos que nuestros conciudadanos no pagan sus impuestos, pero al mismo tiempo se nos olvida que nuestro sistema tampoco los cobra.

Otra lectura obligada de cualquiera que se interese en la tributación internacional, es el capítulo 4 de la obra. Este capítulo logra recoger interesantes aportaciones con relación al origen de la figura del

crédito fiscal externo, explicando la diferencia entre la tributación al inversionista en el extranjero al encontrarse en un país sin tratados tributarios. De especial importancia es este capítulo para Panamá ya que no contamos con tratados tributarios y a menudo otorgamos incentivos fiscales que resultan ineficientes para atraer inversión extranjera por no entender que estos son neutralizados con la figura explicada en este capítulo.

Quizás lo único insatisfactorio es la poca presencia de autores latinoamericanos. Sólo un artículo fue citado en esta lista, siendo el del panameño Rafael Rivera Castillo. Con su artículo *Tax Competition and the Future of Panamá's Offshore Center*, originalmente publicado por *Tax Notes International*, cuya traducción al español fue publicada por la Gaceta II.

Es un excelente libro para quien desee una introducción al tema de la fiscalidad internacional, pero puede ser muy profundo para quien no haya estado expuesto a la tributación local de su país.

### PRECIOS DE TRANSFERENCIA INTERNACIONALES, ESTUDIO TRIBUTARIO Y MICROECONÓMICO.

**Autor:** Carlos Herrero Mallol **Publicado por**: Editorial Aranzadi

ISBN: 84-8410-284-X Idioma: Español Año: 1999 Precio: \$ 45.00

Extensión: 345 páginas. Audiencia recomendada:

Profesionales de la tributación, microeconomía, administración de empresas. Estudiantes muy avanzados en Tributación. ARANZADI es una editorial española fundada en 1929. Cuenta con un número impresionante de números publicados y, desde 2000, está afiliada al grupo Thomson.

Su colección de tributación incluye la revista *Quincena Fiscal* y libros de académicos como Luis Cazorla Prieto, Juan Martín Queralt y Francisco Poveda Blanco.

Su página web es www.aranzadi.es

Está dividido en una introducción y 6 capítulos que son:

- I. Aspectos Teóricos
- II. Recomendaciones de la OCDE en materia de precios de transferencia.
- III. La experiencia internacional en materia de precios de transferencia.
- IV. Régimen aplicable en España.
- V. Análisis Microeconómico de los precios de transferencia desde la perspectiva de las empresas multinacionales.
- VI. Propuesta de sistemas de gestión de los precios de transferencia, por las empresas multinacionales.

Este libro es un buen análisis de la figura de los precios de transferencia y tiene el mérito de ser uno de los primeros trabajos comprehensivos en nuestra lengua española de un tema, que aunque viejo, no ha sido analizado a profundidad todavía en la fiscalidad hispano-hablante.

El autor logra indicar las razones por las que una empresa esta dispuesta manipular sus precios de transferencia entre partes relacionadas con el objeto de lograr ahorros fiscales. Por esta razón es una lectura indicada para quienes tengan que trabajar en la elaboración de políticas públicas y en especial para quienes tengan, en un futuro, que trabajar con la redacción de normas de combate a la evasión fiscal de nuestro país.

El libro hace un buen análisis histórico desde la Comisión Carter, los informes de la Comisión Europea sobre el tema hasta finales de los 90s, pasando por los dos reportes emitidos por la OCDE.

El autor se esmera en identificar a los Estados Unidos y el IRS como las puntas de lanza en el esfuerzo por controlar los abusos entre partes relacionadas. Por esta razón la obra se constituye en una buena introducción a la subsección 482 del Código Fiscal americano.

Para todo practicante de la tributación el libro se constituye en un buen análisis de los tres métodos aceptados para calibrar el precio arm's length y para entender el concepto del "cuarto método" en los precios de transferencia.

Los últimos 2 capítulos del libro pueden resultar incompresibles para quien no tenga bases sólidas en el tema de los precios de transferencia, pero resultan una lectura obligada para quien conozca el tema sin tener una formación microeconómica.

Es un excelente libro para quien desee pasar de conocer nociones o aspectos introductorios de los precios de transferencia y quiera adentrarse en el estudio de esta figura y sus métodos.