Gaceta Fiscal

CONTENIDO

ÍNDICE
EDITORIAL
COMENTARIOS DEL PRIMER LECTOR
Francisco B. Vega comenta sobre la Gaceta 4
CURIOSIDADES FISCALES
Al bote con Snipes
• Los Part-Prenants, 564 familias francesas que reciben un
tributo desde 1587
SECCIÓN NACIONAL
• Consideraciones en torno al "Zero Business Tax" y el
principio de territorialidad fiscal
Por: Eduardo González, Morgan & Morgan
Wenteles - Decreateles de la Ademaión de Communication
 Ventajas y Desventajas de la Adopción de Convenios para
evitar la Doble Imposición en la República de Panamá
Por: Jair Montúfar y Rafael Rivera
· · · · · · · · · · · · · · · · · · ·
• Lecciones que el CAIR ha traído al contribuyente
Por: Carlos Urbina
Estudio Crítico de la Tributación de Accionistas y Socios en
Panamá
Por: Publio Ricardo Cortes C.
For Fuorio Ricardo Cortes C.
 Necesidad de un Tribunal Tributario en Panamá
Por: Publio Ricardo Cortes C.
LIBROS QUE LEÍ
El impuesto de Renta en Colombia
Derecho Tributario de Albert Hensel
Doing Business in Panama – Deloitte
Panama Tax Guide Toolkit 2008 – BDO Bustamante &
Bustamante

SECCIÓN HISTÓRICA

P.

270 Urbina, Carlos F.

Gaceta Fiscal — Año 3, Número 3 Editorial Universal Books, 2009

- 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

Panamá, República de Panamá. 2009

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

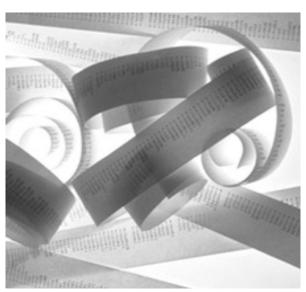
Vía Argentina, Edif. Vía Argentina #52

Telefax: 265-5990

LECCIONES QUE EL CAIR HA TRAÍDO AL CONTRIBUYENTE

Carlos F. Urbina

Lic en Derecho (U. de Panamá) LL.M. in Int. Tax (Leyden)



Introducción:

Pese al breve tiempo que el CAIR ha estado con nosotros, ha traído lecciones para la fiscalidad panameña que serán difíciles de borrar. Estas lecciones son comunes a quienes presentaron CAIR e incluso a quienes nunca estarán en la necesidad de presentarlo.

Esta exposición trata de ver cuales son estas lecciones que el contribuyente debe aprender.

Las lecciones que consideramos en este artículo se basan en la experiencia de la firma a la que pertenecemos y al aporte que otras firmas gentilmente han realizado.

Estas experiencias se recogen en un cuadro estadístico que, pese a no ser científico, marca tendencias que apoyan nuestras conclusiones.

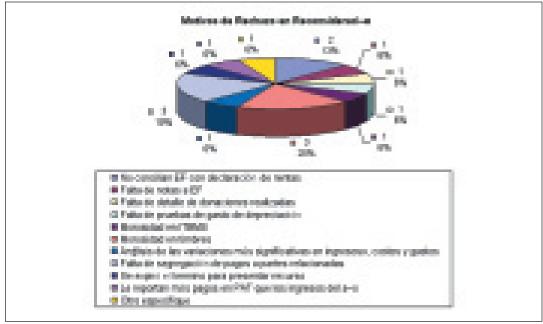
Características de los casos analizados en nuestra estadística:

Queremos enfatizar una vez más que nuestra estadística no pretende ser una muestra científica y que sólo la presentamos como una tendencia que puede no representar la realidad común a los solicitantes del CAIR. Nuestra estadística trata de analizar los casos que fueron negados. No nos interesaron los casos aceptados por la DGI.

Con los casos negados procedimos a analizar cuáles fueron los tipos más generalizados de negación a las solicitudes de no aplicación del CAIR.

Causas más comunes de negaciones del CAIR

- 1 No concilian EF con declaración de rentas
- 2 Falta de notas a EF
- 3 Falta de detalle de donaciones realizadas
- 4 Falta de pruebas de gasto de depreciación
- 5 Morosidad en ITBMS
- 6 Morosidad en timbres
- 7 No concilian los resultados financieros con los contables
- 8 Análisis de las variaciones más significativas en ingresos, costos y gastos
- 9 Falta de segregación de pagos a partes relacionadas
- 10 Le reportan más pagos en PAT que los ingresos del año
- 11 Inconsistencia con liquidaciones de aduana



En términos gráficos la situación se vería como sigue:

De esta muestra no científica podemos observar lo siguiente:

- 1. El contribuyente incumplió con elementos meramente formales
- 2. El contribuyente y los saldos de la DGI no estaban conciliados
- 3. Existe temor en presentar cierta información
- En ningún caso la DGI atendió el tema de fondo (pérdida / tasa efectiva)

Pasemos a analizar estos puntos en forma separada:

1. EL CONTRIBUYENTE INCUMPLIÓ CON ELEMENTOS MERAMENTE FORMALES

Resulta indudable que el contribuyente incumplió con ciertos elementos formales que debieron acompañar las solicitudes de no aplicación del CAIR.

Estas formalidades fueron establecidas por la reglamentación de la ley 6 de 2005. Tal como recordamos, la ley 6 se dicta en febrero de 2005 y la reglamentación no se emite hasta noviembre de ese año.

A pesar de observar cierta lógica en el contribuyente al excusar sus omisiones formales en el retraso en la reglamentación del CAIR no menos cierto es que las carencias formales son imputables a este (el contribuyente).

Es aquí donde tenemos que preguntarnos cuáles fueron las razones de estos incumplimientos.

Tratando de responder esta interrogante nuestra muestra no científica nos confronta con números que saltan a la vista.

Estas son las 4 razones más recurrentes de las primeras negaciones del CAIR.

Estas cuatro razones son:

- No conciliación de ITBMS con Renta
- No conciliación de Timbres con Renta
- No segregación de pagos con parte relacionadas
- No concilian Estados Financieros con los Resultados Fiscales

No conciliación de ITBMS con Rentas

En los casos analizados, la mayor cantidad de recurrencias se debe a la no conciliación de resultados reportados para propósitos de ITBMS y de Impuesto a la Renta.

Antes de avanzar debemos recordar que este resultado obedece a una lógica sencilla que es sumar los ingresos reportados en ITBMS para los 12 meses de un año y comparar estos ingresos con los mismos reportados para ese año en la Declaración de Rentas.

Como muestra la gráfica podemos observar el siguiente paralelismo:

	Ingresos Reportados por mes ITBMS	Ingresos Reportados en la Declaración de Rentas
Enero	100.00	1,500.00
Febrero	100.00	
	100.00	
	100.00	
	100.00	
Suma de los 12 meses	1,200.00	

Con este ejemplo gráfico en mente debemos comprender que los totales provistos en las declaraciones de ITBMS y de Renta fueron dados por el contribuyente. ¿Cómo entonces no concilian estos resultados?

La respuesta a esta interrogante ha sido dada en un sin número de razones. Entre estas razones se encuentran como muy obvias las siguientes:

- El ITBMS es un impuesto mensual que está sujeto a un control menos intenso por parte de las empresas, escapándose mucha información considerada "no material"
- El escrutinio de las declaraciones de ITBMS no lo realiza el auditor exter-

- no por lo que suele tener menos "supervisión independiente"
- El ITBMS es, aunque no se sienta de esa forma, un impuesto que alcanzó al contribuyente hace muy poco (luego de la ampliación a los servicios en 2003).
- Salvo en auditorias su status no era considerado relevante ya que no detenía la emisión de paz y salvos hasta el año 2006.
- La cuenta corriente de la DGI presentaba inconsistencias importantes a la fecha de la implementación del CAIR.
- Los formularios de ITBMS rara vez eran corregidos / rectificados.
- Hay falta de conocimiento sobre el formulario de ITBMS.
- Los ajustes de "final de año" pueden no haberse declarado para propósitos de ITBMS.

De estas razones la mayoría pueden ser atribuídas directamente al contribuyente, pasemos a analizarlas en forma detallada.

Información considerada "no material"

Quizás la razón más importante por la que la propia información dada por el contribuyente no concilie (hablando de renta e ITBMS) sea la pereza administrativa en el registro de información considerada como "no material".

Para el lector no experto, la materia contable, analiza la relevancia de una cantidad en el aspecto de riesgo o afectación en los números finales de la compañía. Es decir, si existen dudas sobre el registro de US\$ 100.00 el contador probablemente indique que la información no requiere discusión por falta de "materialidad".

Esta es la actitud del gremio para todo asunto fiscal. La experiencia reciente del CAIR parece indicar que el concepto de materialidad puede tener menor relevancia en materia fiscal. Esto lo decimos desde un plano meramente empírico y estando fuertemente influenciados por la experiencia reciente del CAIR de 2005.

Por supuesto, que la materialidad debe ser un principio buscado por el fisco también, sin embargo, la experiencia empírica ha indicado que los funcionarios actuales no necesariamente compartan esta opinión.

Es así como podemos llegar a la primera lección de nuestra estadística.

LECCIÓN 1:

LA MATERIALIDAD PUEDE NO SER UN PRINCIPIO SANO ANTE EL FISCO

Las declaraciones de ITBMS tienen menos "supervisión independiente"

En nuestro país es común la supervisión (incluso la preparación) de la declaración de rentas por parte del auditor independiente. Esta ha llegado a ser una práctica generalizada en todas las empresas.

No pasa lo mismo con el ITBMS. La rapidez con la que se presentan las declaraciones de ITBMS hace impráctico contratar los servicios de una firma independiente para la preparación o supervisión de las mismas.

Esto ha hecho que la información de las declaraciones de ITBMS tenga menor calidad y más errores que las declaraciones de renta.

Quizás la segunda lección que el CAIR de 2005 nos trae es la necesidad de replantear este paradigma. Probablemente necesitemos la revisión, aunque sea trimestral o semestral, de las declaraciones de ITBMS.

Esta es la segunda lección que nos queda.

LECCIÓN 2:

USTED DEBE CONTRATAR LOS SERVICIOS DE UN PROFESIONAL INDEPENDIENTE PARA LA REVISIÓN DE SUS DECLARACIONES DE ITBMS COMO LO HACE CON LAS DECLARACIONES DE RENTA

El ITBMS está aquí para quedarse.

Aunque no se sienta de esa forma el ITBMS es un impuesto que alcanzó su madurez luego de su ampliación a los servicios en 2003. Por esta razón es un impuesto relativamente nuevo para gran parte de los contribuyentes.

El cambio que hoy se ve muy lejos, está en verdad a sólo 24 meses de la reforma que introdujo el CAIR.

Por esta razón, muchos contribuyentes no han visualizado que el ITBMS es un impuesto con el que tienen que vivir y ajustar su negocio a esa realidad.

Esto nos lleva a la tercera lección que nos trae el CAIR de 2005.

LECCIÓN 3: EL ITBMS ESTÁ AQUÍ PARA QUEDARSE

No detenía la emisión de paz y salvos por eso no se consideraba relevante salvo en auditorias fiscales:

El ITBMS siempre tuvo una consideración de importancia en las auditorías de la DGI. Sin embargo, salvo en estas ocasiones, no había mucho interés del contribuyente en mantener un récord claro de qué información tenía el fisco sobre este impuesto.

La poca importancia que los contribuyentes le prestaban a su situación de ITBMS ante la cuenta corriente del fisco se debía a que la misma no detenía la emisión de paz y salvos hasta poco después de la reforma del 2005.

Por esta razón, salvo en el eventual caso de una auditoria, no era considerado

relevante conciliar o arreglar las cuentas que el fisco tuviese sobre su negocio. Esta realidad hizo que se acumularan grandes desfases, algunos de muchos años, entre las cuentas del contribuyente y las cuentas del fisco con relación al ITBMS.

No atender qué información tuviese el fisco sobre uno sería impensable en el caso del ISR o Impuesto de Inmueble. Ambos datos sirven de base para el cálculo de los impuestos estimados (ISR) o del paz y salvo de inmueble en caso del Impuesto de Inmueble.

Lo mismo empieza a ser relevante desde el 2006 para el ITBMS. Esto nos lleva a la cuarta lección que nos ha traído el CAIR.

> LECCIÓN 4: SU CUENTA DE ITBMS ES SUYA, REVÍSELA CON FRECUENCIA Y CORRÍJALA EN CASO DE DISCREPANCIAS

La cuenta corriente de la DGI presentaba inconsistencias importantes a la fecha de la implementación del CAIR.

Paralelo a la aparición del CAIR, la Dirección de Ingresos envía una nota a la Cámara de Comercio indicando las inconsistencias que estaban afectando la cuenta de ITBMS.

Esta nota se envía en el mismo momento en que esa misma cuenta sirvió de base para esgrimir supuestos "resultados no conciliados" entre las cuentas de ITBMS del contribuyente y del fisco.

Es natural pensar que la responsabilidad debe ser de quien la asume. Es decir, resulta normal pensar que el error aceptado por la DGI debe ser suficiente para no utilizar como prueba en contra del contribuyente la información tachada de irregular o inconsistente.

Esta lógica falló en el CAIR de 2005 y esta es la quinta lección que debemos aprender.

LECCIÓN 5: NO ASUMA QUE LOS ERRORES DE LA DGI LO EXCUSARÁN A USTED

Los formularios de ITBMS rara vez eran corregidos / rectificados.

Algunas de las razones explicadas arriba hacen entendible por qué muchas veces la declaración mensual de ITBMS no era corregida o rectificada.

En primer lugar no era tan visible como la declaración de rentas.

De segundo, la mayoría de la información a corregir (sobre todo el reglón de devoluciones y descuentos) no estaba disponible sino hasta meses después de la presentación de la declaración. Este desfase contable hacia olvidarnos de la necesidad de rectificar las declaraciones presentadas en meses anteriores.

En tercer lugar la poca materialidad de los números a corregir hacían irrelevantes (en los ojos del auditor experto) la rectificación.

Estas tres razones, a juicio mío, justifican la no presentación de rectificativas de ITBMS. Sin embargo, la experiencia del CAIR 2005 nos abre los ojos a la realidad de rectificar las declaraciones aún cuando los números no sean materiales, no tengamos la información disponible sino, meses después o no sea esta una declaración tan visible como la de rentas.

Esto nos lleva a la sexta lección que nos enseña el CAIR 2005.

LECCIÓN 6: SI COMETIÓ ALGÚN ERROR EN LA DECLARACIÓN DE ITBMS CORRIJALA AÚN CUANDO EL ERROR SEA PEQUEÑO

Hay falta de conocimiento sobre el formulario de ITBMS.

Algunos de los errores que alimentaron la cuenta corriente de ITBMS, sobre todo el no reportar ciertos ingresos, al prorrateo de gastos y al uso del crédito de ITBMS, se debe al desconocimiento que los contribuyentes tienen del formulario de este impuesto.

Ese error persiste y la complejidad del formulario de ITBMS no ayuda a mejorar ese error. Sólo el entrenamiento constante del personal a cargo del formulario de ITBMS hará que este error sea superado.

Esto nos lleva a la séptima lección que nos trae el CAIR 2005.

LECCIÓN 7:

ENTRENE BIEN A SU PERSONAL.

NO ASUMA QUE CONOCE CÓMO
LLENAR EL FORMULARIO DE
ITBMS AÚN CUANDO LLEVE AÑOS
HACIÉNDOLO

Los ajustes de "final de año" pueden no haberse declarado para propósitos de ITBMS.

En parte las inconsistencias entre los ingresos reportados para propósitos de ITBMS y propósitos de Renta no conciliaban por los "ajustes de fin de año" que, para propósitos fiscales o para propósitos de distribuir costos entre compañías afiliadas se realizan.

Es común reflejar estos "ajustes de fin de año" en marzo con la declaración de rentas, pero es difícil reflejarlos en noviembre y diciembre.

Esto nos trae la octava lección del CAIR – 2005.

LECCIÓN 8:

MUEVA LA FECHA EN QUE REALICE SUS "AJUSTES DE FIN DE AÑO". CONSIDERE NOVIEMBRE Y NO FEBRERO PARA EL AÑO FISCAL 2008

2. NO CONCILIACIÓN DE TIMBRES CON RENTA

Todas las lecciones aprendidas con el ITBMS y el CAIR se repiten con el Impuesto de Timbres. En este impuesto también se nota cierto descuido, pero en este caso el descuido es más responsabilidad del contribuyente que de la DGI.

Debemos recordar que el impuesto de timbres es el más inmaterial de los impuestos. Si yo tuviese que incumplir con algún impuesto tendría que escoger incumplir con el impuesto de timbres.

Adicionalmente, es el único impuesto donde la complicación no está en dejar de pagarlo, sino en saber si en verdad hay que hacerlo.

Estimamos, usando mucho la subjetividad, que las inconsistencias entre los resultados de timbres y de la declaración de renta se deben a:

- El contribuyente no pagaba timbres
- El fisco no entendía por qué se estaba exento del timbre
- Todavía se usaba otra especie venal
- Los "ajustes fiscales" nunca contemplaron el timbre
- Nadie supervisaba las declaraciones de timbres
- El sistema provisto por la DGI calcula mal el impuesto a pagar
- La cuenta corriente presentaba errores de captación

No se pagaba timbres

Por increíble que parezca, el proceso de CAIR encontró a muchos contribuyentes que habían, por la razón que sea, dejado de pagar timbres o nunca lo habían hecho.

¿A qué se debe esto?

¿Porqué un contribuyente paga puntualmente su impuesto a la renta, su ITBMS, pero descuida un impuesto mucho más pequeño?

La respuesta quizás esté en lo pequeño o "inmaterial" del impuesto. También encontramos dos elementos más:

- La complicación del pago
- Los constantes mensajes de las autoridades sobre la posible "eliminación" de este impuesto.

Por la razón que sea, la novena lección del CAIR 2005 debe ser la siguiente:

LECCIÓN 9: EL IMPUESTO DE TIMBRES VIVE Y HAY QUE PAGARLO

El fisco no entendía por qué se estaba exento del timbre

Parte de las supuestas inconsistencias entre los ingresos reportados para propósitos de renta y para propósitos de timbres estuvo en que el fisco no entendía (y a veces el contribuyente tampoco) las razones de la exención del impuesto de timbres.

Debemos recordar que los funcionarios del fisco no siempre conocen a cabalidad las leyes fiscales, mucho más si son tan obscuras como las que regulan el impuesto de timbres. A esto se debió, en gran parte, el pobre entendimiento que existió ante las supuestas "discrepancias" u "omisiones" en el pago de impuesto de timbres.

El fisco falló, en varias ocasiones, al no entender lo complicado del impuesto de timbres, esto nos lleva a la décima lección que nos trae el CAIR – 2005.

LECCIÓN 10:

NO ASUMA QUE EL FUNCIONARIO DEL FISCO CONOCE LA LEY. ESTÉ SIEMPRE PREPARADO PARA SUSTENTAR POR QUÉ HA DEJADO DE PAGAR.

Todavía se usaba otra especie venal

A pesar de los varios intentos de "digitalizar" las viejas especies venales, este proceso ha sido lento y no siempre cumplido a cabalidad. Me encuentro entre los asesores fiscales que ha recomendado el uso de los "timbres" tradicionales en algunas ocasiones. Sin embargo, una lección que ha traído el CAIR 2005 es el inconveniente causado cuando la especie venal usada no se refleja en la cuenta corriente del contribuyente.

Esto nos lleva a la siguiente lección que nos ha traído el CAIR.

LECCIÓN 11:

POR CONVENIENTE QUE SEA, DEJE DE UTILIZAR SUS VIEJAS ESPECIES VENALES Y REEMPLÁCELAS POR LAS DECLARACIONES JURADAS DE TIMBRES

Los "ajustes fiscales" nunca contemplaron el timbre

Como mencionamos arriba es común (y lícito) incurrir en ajustes fiscales de "final de año" tendientes a redistribuir las cargas intra-grupo o manejar de alguna forma más eficiente la carga impositiva del grupo.

Estas bien planeadas estrategias, parecen haber olvidado el impuesto de timbre en más de una ocasión.

Esto nos lleva a la lección 12 que nos trae el CAIR 2005.

LECCIÓN 12:

SUS AJUSTES FISCALES NO PUEDEN OLVIDAR EL IMPUESTO DE TIMBRE... ¡POR PEQUEÑO QUE ESTE SEA!

Nadie supervisaba las declaraciones de timbres

Al ser el impuesto más irrelevante que se tiene, es común que nadie supervise las presentaciones declaraciones de timbres. Por esta razón, estas declaraciones terminan en manos de empleados de menos conocimiento que aquellos encargados de las declaraciones de ITBMS o de Renta.

Este error fue palmario en algunas solicitudes de no aplicación de CAIR, llevándonos a la décimo tercera lección.

LECCIÓN 13:

NO DEJE DE SUPERVISAR Y PRESTAR ATENCIÓN A LA DECLARACIÓN DE TIMBRES, POR PEQUEÑO QUE SEA EL MONTO A PAGAR

El sistema provisto por la DGI calcula mal el impuesto a pagar

Mucho se puede decir del impuesto de timbres y su forma de pago, pero por sobre todo existe una realidad inexcusable y que es responsabilidad de la DGI. Esta realidad es la descoordinación del formulario electrónico de timbres con la realidad.

Hasta el momento en que se escriben estas líneas el formulario electrónico sólo calcula el impuesto a pagar basándose al número de documentos que se tengan y sin tomar en cuenta los ingresos generados.

Este desacierto fuerza a que el contribuyente "cuadre" su monto a pagar inventando el número de documentos necesarios para coincidir con el monto que debe pagar.

Este error es simplemente inexcusable y la Institución debe corregirlo inmediatamente. Este error nos lleva a la lección 14 del CAIR 2005.

Aunque la DGI tiene la culpa, trate de coincidir sus datos en la mejor forma posible.

LECCIÓN 14: AUNQUE LA DGI HAYA CONFECCIO-NADO MAL EL FORMULARIO, TRATE DE CUMPLIR CON EL PAGO.

La cuenta corriente presentaba errores de captación

Tal como lo mencionamos a referirnos al ITBMS, la cuenta corriente del Impuesto de Timbres presenta problemas que, pese a ser responsabilidad de la DGI, merecen una atención más cercana de parte suya. Luego de la experiencia del CAIR, es inexcusable que su empresa no revise constantemente su cuenta corriente y observe como se encuentra su situación con el impuesto de timbre.

Esta es nuestra lección número 15.

LECCIÓN 15: REVISE CON FRECUENCIA SU ESTADO DE CUENTA DE TIMBRES ANTE LA DGI

3. NO SEGREGACIÓN DE PAGOS CON PARTES RELACIONADAS

La tercera recurrencia más alta en el grupo analizado estuvo en la ausencia de presentación de segregación de pagos con partes relacionadas.

Confieso que después de 2 años del CAIR no logro entender qué lógica tiene pedir este requisito en las solicitudes de no-aplicación. Sin embargo ese es el requisito que la reglamentación estableció, por qué entonces no se cumplió?

Al interpretar la estadística tenemos que abusar de la subjetividad para indicar las siguientes razones que nos permiten decir el porqué. Creemos que las razones han de ser:

- Existe temor a revelar la información
- Quien hizo la renta no tenía esa información clara
- El accionista hace retiros no identificados como dividendos reduciendo utilidades
- El accionista desea permanecer anónimo
- No existían tales pagos
 Existe temor a revelar la información

Podemos pensar que existe cierto temor de revelar esta información. Este temor bien puede corresponder a lo relativamente novedoso que es levantar el velo corporativo en nuestro país. El paradigma en nuestro país ha sido siempre el secreto relativo a los accionistas de la sociedad.

Este paradigma está cambiando rápidamente en nuestra fiscalidad. Estamos a un paso de evolucionar a parecernos a la mayoría de los países donde la información del accionista está disponible, prácticamente en su totalidad para el fisco.

Como ejemplo de lo anterior, el fisco ahora tiene disposición de la información del accionista por virtud de la ley 18 de 2006, por los anexos que desde el año 2006 acompañan las declaraciones de renta y por la información requerida por las solicitudes de no-aplicación del CAIR.

Esto nos lleva a la decimosexta lección del CAIR.

LECCIÓN 16:

EL VELO CORPORATIVO ESTÁ DES-APARECIENDO. ESPERE MÁS OBLI-GACIONES DE REPORTE SOBRE SUS ACCIONISTAS

Quien hizo la renta no tenía esa información clara

Entrando nuevamente en juicios subjetivos, podemos pensar que el paradigma del velo corporativo ha hecho que los preparadores de la información que va hacia el fisco no tengan a su disposición (o por lo menos no de forma clara) quién es el accionista o beneficiario último de su cliente.

Los recientes cambios fiscales en general y el CAIR 2005 en particular nos muestran que este paradigma debe cambiar, obligando así al preparador de la información fiscal a obtener, en forma clara, quién es el beneficiario último de la empresa.

Esto nos lleva a la decimoséptima lección del CAIR 2005.

LECCIÓN 17:

SI USTED MANEJA INFORMACIÓN FISCAL, PIDA LA INFORMACIÓN SO-BRE PARTES RELACIONADAS

El accionista hace retiros no identificados como dividendos reduciendo utilidades

Como es natural parte del temor de entregar la información sobre partes relacionadas puede deberse a que mucha de la planificación fiscal se hace (y seguirá haciendo) mediante pagos con partes relacionadas.

La ausencia de políticas comprehensivas sobre precios de transferencias es un estímulo para estas operaciones. Por lo tanto, parte del temor a presentar esta información puede deberse a la planificación fiscal conexa a los pagos entre partes relacionadas.

Como la siguiente lección del CAIR 2005 se encuentra la necesidad de conocer que, poco a poco, nuestro sistema migrará hacia un mayor control (nunca una eliminación) de la deducibilidad de gastos entre partes relacionadas.

Esta es la lección decimoctava del CAIR 2005.

LECCIÓN 18:

ANTICIPE LIMITACIONES EN LA DE-DUCIBILIDAD DE GASTOS ENTRE PARTES RELACIONADAS

El accionista desea permanecer anónimo

Sin duda alguna siempre existirá accionistas que en forma legítima han invertido capitales y que desean que se mantenga anónima su inversión. Considero que en forma legítima alguna que otra empresa sencillamente quiso respetar este anonimato sin que hubiese nada de planificación fiscal tras esta intención.

La experiencia del CAIR 2005 es que esta meta es cada vez más difícil de alcanzar y por lo tanto debemos estructurar más la inversión que requiera anonimato.

Esta es la lección decimonovena del CAIR 2005.

LECCIÓN 19:

PARA QUE LA INFORMACIÓN CORPORATIVA SE MANTENGA ANÓNIMA, EL FUTURO REQUERIRÁ MAYOR PLANIFICACIÓN

No existían tales pagos

Una de las lecciones más universales del CAIR 2005, está en el hecho de que muchas de las omisiones en la presentación de la información de pagos entre partes relacionadas se debe a que estos pagos no existían.

¿Qué nos enseña esto? No asuma que el fisco posee funcionarios prácticos o funcionarios que pensarán mucho en su trámite. Anticipe interpretaciones restrictivas y cerradas de parte del funcionario.

LECCIÓN 20:

LA REACCIÓN DEL FUNCIONARIO DEL FISCO PUEDE SER MUY CERRADA Y POR LO TANTO ANTICÍPESE A ELLA

4. PAGOS A TERCEROS MÁS QUE INGRESOS REPORTADOS

La cuarta causal de negación de las solicitudes de no-aplicación de CAIR se debió a los reportes de pagos recibidos por encima de los ingresos que dichos reportados registraron.

Esta lógica del funcionario se limita a revisar los pagos a usted reportados con sus ingresos reflejados en la declaración de rentas. Los faltantes y/o diferencias se han debido a:

- Ingresos no reflejados
- Diferencias temporales
- Pagos reportados de más por sus clientes
- Gastos incurridos por terceros mal reflejados

Ingresos no reflejados

Quien a esta altura de nuestra fiscalidad deje de reportar ingresos debe saber que su cliente reportará el gasto. Por consiguiente no es sabio dejar de reflejar el ingreso que su cliente reportará como pago realizado a usted.

Como lección del CAIR 2005 algunos, espero que no muchos, deben aprender.

LECCIÓN 21:

SUS INGRESOS SON REFLEJADOS COMO PAGOS POR QUIEN LOS DEDUCE

Diferencias temporales

La vieja teoría de las diferencias temporales, devengados y recibidos, hace que cualquiera que conozca algo de la materia contable sepa que los gastos de un periodo pueden bien corresponder a obligaciones de los periodos previos.

De la misma forma, los ingresos de este año pueden bien corresponder a pagos cobrados en ejercicios anteriores.

Esto, de por sí, explica por qué puedo hoy recibir algo que consideré ingreso hace dos años atrás.

Esta lógica no fue entendida bien por el funcionario revisor, dando la siguiente lección.

LECCIÓN 22:

USTED DEBE REVISAR SUS PAGOS RECIBIDOS EN EL e-TAX CON FRECUENCIA Y ANTICIPAR LA RESPUESTA A DAR SI EL FISCO LO REQUIERE

Pagos reportados de más por sus clientes

Por la razón que sea, es un problema recurrente la constante queja de contribuyentes respecto a pagos reportados en forma defectuosa. Creemos necesario que usted contacte al fisco y a sus clientes en caso de que alguien reporte pagos que usted no recibió.

Las respuestas del fisco y de sus clientes pueden ser frustrantes, sin embargo usted debe sacar como lección del CAIR 2005 que esta información está cobrando relevancia en las manos del fisco.

LECCIÓN 23: A COMO DE LUGAR Y POR FRUSTRANTE QUE SEA FUERCE A QUE EL FISCO O SU CLIENTE CORRIJA LA INFORMACIÓN DEFECTUOSA QUE SE ENCUNTRE EN LOS PAGOS QUE A USTED SE LE

Gastos incurridos en nombre de terceros reflejados como pagos hechos a usted

REPORTA

Una de las causas más comunes de malas interpretaciones por parte de la DGI de los pagos por usted recibidos se encuentra en el error incurrido por su cliente al reportar como ingreso suyo el monto que le paga a usted y que en realidad se ha usado para pagar a un tercero en nombre de su cliente.

Una lección del CAIR 2005 es que usted debe corregir los montos reflejados como pagos recibidos por usted, por lo que en verdad son sumas reembolsadas a usted por pagar obligaciones de un tercero.

LECCIÓN 24:

EDUQUE A SU CLIENTE Y A SU PERSONAL SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE INGRESO Y SUMAS REEMBOLSADAS POR GASTOS QUE USTED INCURRE EN NOMBRE DE UN TERCERO

5. NOTAS A LOS ESTADOS FINANCIEROS

La quinta causa de negación estuvo en la no-presentación o presentación

incompleta de las notas a los Estados Financieros.

Esta causal de negación es sobre todo desconcertante porque la reglamentación sólo mencionaba "notas a los estados financieros no auditados". Es decir, no existe y probablemente nunca llegará a existir una definición de qué son "notas a los estados financieros no auditados".

Quien sea que haya redactado esta línea, de seguro no transmitió en papel lo que tenía como idea en su mente y por lo tanto, el funcionario revisor entendió que la frase hacia referencia a las notas que se verían en un Estado Financiero Auditado.

Por esta razón, empresas cuyas operaciones eran muy pequeñas como para tener una larga lista de notas o quienes interpretaron que las notas a los Estados Financieros no auditados era una definición libre y sin mayor formalismo no contemplaron la interpretación igualmente libre e impredecible del funcionario.

Esta es la siguiente lección del CAIR 2005.

LECCIÓN 25:

CUANDO CREA QUE LA FORMALIDAD PUEDE SER RELAJADA, NO LO HAGA. TENGA, AUNQUE NO HAYA SUSTANCIA EN LO QUE DICE, LA MÁS GRANDE FORMALIDAD POSIBLE.

6. DONACIONES

La sexta recurrencia de negación del CAIR 2005, estuvo en la no-presentación de donaciones deducibles.

No creemos que existan muchos contribuyentes que confíen su planificación fiscal a donaciones fraudulentas.

Sin embargo, el tema de las donaciones fue uno de los más mencionados por la actual administración en la reforma que da origen al CAIR. Por lo tanto la lección que debemos tomar es tener cuidado de presentar en forma prístina los temas que para la administración de turno parezcan relevantes.

LECCIÓN 26:

CUANDO UN TEMA ES MENCIONADO MUCHO POR LA ADMINISTRACIÓN DE TURNO, CONCÉNTRESE EN ESTE Y TENGA LA MÁS PRÍSTINA INFORMACIÓN SOBRE ÉL

Adicionalmente usted debe forzar a la institución a la que le ha donado que registre dicha donación como recibida en su nombre.

Esto nos lleva a una segunda parte de la lección 26 del CAIR 2005.

LECCIÓN 26:

ASEGÚRESE DE QUE LA INSTITUCIÓN QUE RECIBE SUS DONACIONES LAS REPORTE COMO TALES EN EL E-TAX

7. LOS SALDOS DE LA DGI Y DEL CONTRIBUYENTE NO ESTABAN CONCILIADOS

Otra de las lecciones que el CAIR 2005 nos trae es la creciente importancia que cobra la información que sobre usted posea la DGI.

Esta información va más allá de los saldos del ITBMS y Timbres. La experiencia del CAIR debe abrirnos los ojos a la siguiente información:

- Liquidaciones de aduanas realizadas
- Información provista en el RUC
- Reporte de pagos obtenidos por ACH y Tarjetas de Crédito
- Omisión de presentación de PATS, F20s, Planillas 03s y otras
- Morosidad en impuestos en general
 Pasemos a analizar estas fuentes de

información:

Liquidaciones de aduanas realizadas

Fue una sorpresa para algunos contribuyentes de la muestra que el fisco tuviese acceso a las declaraciones / liquidaciones realizadas.

Esta información, en las manos de un auditor experimentado, puede ser analizada en forma coherente y proveer buen cruce para la determinación de inventarios no declarados u otro tipo de evasión.

En manos de los revisores del CAIR esta información se limitó a una simple pregunta sin mayor análisis. En los casos de esta muestra la mayoría de las discrepancias entre importaciones e inventario se debió a importaciones de activo de capital o correspondientes a períodos (léase años) anteriores

Como lección del CAIR 2005 tenemos lo siguiente:

LECCIÓN 27:

LA DGI TENDRÁ CADA VEZ MÁS AC-CESO A LA INFORMACIÓN DE SUS IM-PORTACIONES.

NO DEJE DE REVISAR QUÉ DECLARA-CIONES / LIQUIDACIONES DE ADUANAS SE LE HAN REFLEJADO A USTED

Información provista en el RUC

Desde hace años es responsabilidad del contribuyente la actualización de la información provista en el Registro Único de Contribuyentes.

En la muestra analizada el incumplimiento de actualizar esta información llevó a:

- Resoluciones dictadas en provincias distintas al domicilio real del contribuyente
- Decisiones tomadas con base a actividades económicas que ya no realiza o nunca realizó la empresa.

LECCIÓN 28:

EL AUDITOR FISCAL USARÁ LA INFORMACIÓN QUE USTED HA PROVISTO EN SU RUC. ACTUALICELA Y ESTÉ PENDIENTE DE LA VERACIDAD DE LA MISMA.

Reporte de pagos obtenidos por ACH y Tarjetas de Crédito

Nadie puede ignorar, a estas alturas, que la DGI tiene acceso al reporte de pagos recibidos por usted mediante tarjeta de crédito.

Lo mismo ocurrirá pronto con la RED ACH. Recuerde verificar con frecuencia la información que pueda provenir de ambos sistemas y lograr que se refleje correctamente la misma.

LECCIÓN 29:

CONOZCA LA INFORMACIÓN QUE LA RED ACH y LOS PAGOS EN TARJETA DE CRÉDITO PUEDAN DAR SOBRE USTED. PIDA CORRECCIÓN DE ESTAS INFORMACIONES SI NO COINCIDEN CON LA REALIDAD

Omisión de presentación de PATS, F20s, Planillas 03s y otras

Por increíble que resulte la DGI rechazó solicitudes de no-aplicación de CAIR con fundamento en cosas tan triviales como no-presentación de pagos a terceros, formularios 20, planillas 03s, entre otros deberes formales.

No estamos de acuerdo con negaciones basadas en este tipo de trivialidades. Sin embargo, debemos sacar como lección del CAIR 2005 que el funcionario del fisco lo juzga a usted culpable en lo mucho si ha incumplido en lo poco. Por lo tanto, cuide los pequeños detalles, no se asome a la DGI si no tiene en orden todos sus compromisos formales (aunque no representen pago de impuestos).

Esto nos lleva a la siguiente lección:

LECCIÓN 30:

ANTES DE HACER SOLICITUDES ANTE LA DGI TENGA AL DÍA TODO CUMPLIMIENTO FORMAL ANTE LA INSTITUCIÓN

Morosidad en impuestos en general

En general, el funcionario utilizó como excusa la morosidad en cualquier impuesto como una herramienta en contra del contribuyente. No compartimos este razonamiento del funcionario, principalmente porque el CAIR versa sobre el impuesto a la renta y no sobre cualquier otra obligación.

Sin embargo, como lección del CAIR 2005 nos queda no pensar en un impuesto con independencia de los demás. Esto nos lleva a la siguiente lección.

LECCIÓN 31:

REVISE TODA LA INFORMACIÓN QUE LA CUENTA CORRIENTE TENGA DE USTED. NO DEJE DE ACLARAR CUALQUIER MOROSIDAD QUE DE USTED EXISTA EN ESTE SISTEMA

En general, de este apartado el CAIR 2005 nos trae la siguiente lección.

LECCIÓN 32:

REVISE TODA LA INFORMACIÓN QUE LA DGI TIENE DE USTED. MANTÉNGASE INFORMADO DE QUE INFORMACIÓN NUEVA PUEDE TENER ACCESO LA INTITUCIÓN

8. EN NINGÚN CASO LA DGI ATEN-DIÓ EL TEMA DE FONDO (PÉR-DIDA / TASA EFECTIVA)

Esta es la razón que más nos llena de insatisfacción, sin embargo es una lección que no podemos dejar de aprender.

La DGI, en ninguno de los casos objeto de esta estadística no científica que presentamos, analizó el fondo de la solicitud del contribuyente. Es decir, en ninguno de los casos analizados se debatió la pérdida o tasa efectiva del contribuyente.

No podemos estar de acuerdo con este proceder alejado del fondo de la razón de ser de la solicitud. Sin embargo sí debemos aprender lo siguiente:

- El funcionario no necesariamente actuará buscando la razón o la intención de la ley
- No necesariamente se actuará con justicia
- No necesariamente se verá el fondo
- Si usted es llamado como "participante del sector privado" a las discusiones de un borrador de reglamentación vele por el fondo y no la forma

El funcionario no necesariamente actuará buscando la razón o la intención de la lev

Si algo nos queda de experiencia del CAIR 2005 es que el funcionario no necesariamente buscará la intención de la ley.

Con mucha tristeza tenemos que ver que el funcionario buscó cualquier cosa menos tasa efectiva o pérdidas en el CAIR 2005. Aunque lamentemos esta lección, debemos aprenderla.

Esta es la siguiente lección del CAIR 2005.

LECCIÓN 33:

EL FUNCIONARIO NO NECESARIA-MENTE BUSCARÁ LA INTENCIÓN DE LA LEY. QUIZÁS NI SIQUIERA LE IN-TERESARÁ LA LEY

No necesariamente se actuará con justicia

Si analizamos las razones que inspiraron la solicitudes de no aplicación de CAIR, observaremos que estas fueron los sentimientos de justicia ante la posibilidad de golpear a contribuyentes que en realidad tengan pérdidas o cuyo margen no sea suficiente como para pagar este nuevo impuesto.Nada de esto se vio en la muestra analizada. El funcionario no buscó actuar con esta justicia y esta es la siguiente lección del CAIR 2005.

LECCIÓN 34: NO ASUMA QUE SE LE VA A HACER JUSTICIA

No necesariamente se verá el fondo

En esta misma línea de pensamiento y al observar que en ningún caso de la muestra no científica analizada, se buscó el fondo, tenemos que concluir que en los procesos fiscales la forma está siendo tan importante y quizás más importante que el fondo.

Esto nos lleva a la siguiente lección del CAIR.

LECCIÓN 35: LA FORMA QUIZÁS SEA MÁS IMPORTANTE QUE EL FONDO

Si usted es llamado como "participante del sector privado" a las discusiones de un borrador de reglamentación vele por el fondo y no la forma.

En la gran mayoría de los casos analizados las negaciones se basaron en incumplimientos de formalidades establecidas vía reglamento.

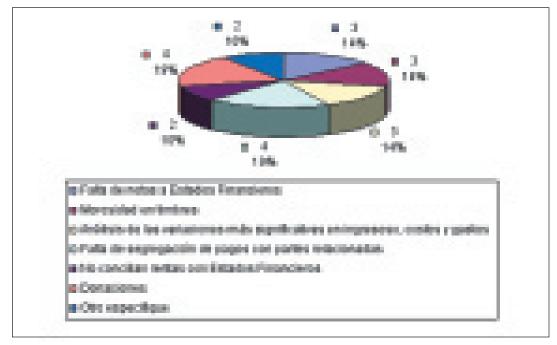
Este reglamento se basó en propuestas que, de buena fe, fueron realizadas por el sector privado. Como lección tenemos todos que aprender lo siguiente:

LECCIÓN 36:

CUANDO SE HAGAN PROPUESTAS DE REGLAMENTO, NO SE BUSQUE MÁS QUE EL FONDO. NO SE AÑADAN FORMALISMOS A LAS COSAS.

Reconsideraciones:

Este mismo grupo de casos fue reconsiderado. Las causas de negación del CAIR en grado de reconsideración fue más o menos similar.



En términos gráficos la situación se vería como sigue:

¿Qué lecciones nos pueden dar estas estadísticas?

La lección más obvia que podemos obtener es la gran cantidad de casos que han sido enderezados vía reconsideración. En la muestra que tomamos más de la mitad fue aprobado en reconsideración. Esto nos trae las siguientes lecciones:

- La DGI está dispuesta a reconocer sus errores
- 2. Por injusto que sea, no crea que va a ganar en el primer round
- 3. Pelear a la DGI cuesta. Evalúe el costo beneficio de esa pelea.
- 4. Ganar puede costarle tiempo.
- 5. El formalismo extremo puede seguir imperando
- 6. Por mucho tiempo seguirá debatiendo ante los mismos funcionarios

9. LA DGI ESTÁ DISPUESTA A RECONOCER SUS ERRORES

La mayor lección del proceso de reconsideraciones del CAIR 2005 es que la gran mayoría de las negaciones nunca debieron haber existido.

Resulta evidente la enorme injusticia que ocurre cuando se niegan las solicitudes en forma masiva dando al contribuyente el consuelo de una reconsideración. Sin embargo esta es una lección que debemos aprender.

LECCIÓN 37:

VALE LA PENA PRESENTAR UNA RECONSIDERACIÓN. LA DGI PIERDE MUCHAS RECONSIDERACIONES

10. POR INJUSTO QUE SEA, NO CREA QUE VA A GANAR EN EL PRIMER ROUND

De la lección anterior y del enorme número de negaciones enderezadas vía reconsideración podemos sacar la lección de que no debemos pretender ganar en el primer round.

La lección que tenemos es:

LECCIÓN 38:

NO ESPERE GANAR EN LA PRIMERA VUELTA. ANTICIPE PELEAS LARGAS ANTE LA DGI

11. PELEAR A LA DGI CUESTA. EVA-LÚE EL COSTO – BENEFICIO DE ESA PELEA.

Sin lugar a dudas muchos contribuyentes debieron haber pagado su CAIR en lugar de solicitar no-aplicación del régimen.

Esto lo decimos porque algunos casos de nuestra muestra no científica no superaban los B/. 10,000.00

Si el monto en juego no supera cierto límite, debe evaluarse si amerita el esfuerzo y la incertidumbre de acercarse a la DGI. Este cierto límite, nos atrevemos a decir, debe rondar los B/. 5,000 a B/. 10,000

Por esta razón la siguiente es una lección que nos trae el CAIR.

LECCIÓN 39:

SI EL MONTO EN JUEGO NO ES IMPORTANTE, EVALÚE NO ACERCARSE A LA DGI

12. LOS TRÁMITES ANTE LA DGI PUE-DEN TOMAR MESES Y AÑOS

La muestra no científica que presentamos ha dado como promedio un total de 13 meses de espera para una resolución de primera instancia. Esta cifra fue de 22 para una resolución de segunda instancia.

Lo que nos muestran estos números es la siguiente lección.

LECCIÓN 40: ANTICIPE TRÁMITES LARGOS ANTE LA DGI.

13. EL FORMALISMO EXTREMO PUE-DE SEGUIR IMPERANDO

De las negaciones existentes en la muestra nos podemos percatar de que no se han tocado elementos de fondo. Es decir no fue determinante la pérdida o la tasa efectiva para demostrar negar las solicitudes en etapa de reconsideración.

Esto nos lleva a la siguiente lección del CAIR 2005.

LECCIÓN 41: NO ESPERE QUE EN RECONSIDERACIÓN SE ANALICEN TEMAS DE FONDO

14. POR MUCHO TIEMPO SEGUIRÁ DEBATIENDO ANTE LOS MISMOS FUNCIONARIOS

Otra de las lecciones del CAIR 2005 ya la hemos aprendido del resto del procedimiento administrativo fiscal. Esta lección es que la ausencia de un tribunal tributario nos deja debatiendo ante los mismos funcionarios las mismas cosas.

Hasta tanto no haya un organismo independiente que, en un término perentorio, analice las acciones de la DGI tendremos que debatir los mismos temas con la misma gente (por lo menos hasta que ocurra un cambio de gobierno).

Esta es la siguiente lección del CAIR 2005.

LECCIÓN 42:

USTED DEBATIRÁ LOS MISMOS TEMAS CON EL MISMO FUNCIONARIO A LO LARGO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO FISCAL

Proceso de Apelación:

De la estadística no científica que presentamos, los casos que fueron negados en reconsideración corrieron la suerte que ilustra la gráfica a continuación:

FALTA GRAFICA

Sin duda alguna la lección más grande de las apelaciones del CAIR 2005 está en que más de la mitad de los casos de la muestra no científica fue ganado por el contribuyente.

Esto nos deja con la siguiente lección:

LECCIÓN 43: INCLUSO EN APELACIÓN USTED PUEDE GANAR

Algo que no podemos dejar de mencionar es que la Comisión de Apelaciones, no tuvo un criterio uniforme en los casos analizados. Adicionalmente, los comisionados fueron rápidamente reemplazados luego de fallar los casos del CAIR 2005 y 2006.

En algunos estos comisionados aceptaron el fondo (tasa efectiva y pérdida) en otros siguió el criterio formalista de las administraciones provinciales. No tenemos idea a qué se debe esta inconsistencia. Como sea esta inconsistencia nos deja con la siguiente lección.

LECCIÓN 44: EN LAS APELACIONES EL RESULTADO PUEDE NO SER UNIFORME, AÚN CON CASOS IDÉNTICOS

Por último, quiero dejar una última lección que me deja a mí la experiencia del CAIR 2005.

LECCIÓN 45: NECESITAMOS UN TRIBUNAL TRIBUTARIO, ¡CON URGENCIA!

Conclusiones:

La experiencia del CAIR ha marcado la conciencia colectiva que la institución tendrá por los próximos años. No tengo dudas de que los funcionarios actuales serán reemplazados por otros nuevos en la siguiente administración.

Aún así, las lecciones del CAIR se repetirán con estos nuevos funcionarios, porque las herramientas a disposición de la DGI serán las mismas, la actitud de los nuevos funcionarios estará marcada por lo que han visto de los actuales y porque las prácticas del contribuyente seguirán siendo las mismas.

Usted hará bien al verse en las lecciones que hemos analizado y tomar los correctivos que su empresa necesite.

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA ADOPCIÓN DE CONVENIOS



para evitar la Doble Imposición en la República de Panamá

Jair Montúfar y Rafael Rivera

Introducción

La existencia de diversos criterios de vinculación entre los estados y contribuyentes ha generado que un mismo sujeto pueda ser gravado por el mismo hecho imponible más de una vez.¹ La conexión territorial del hecho imponible y el concepto extendido de gravabilidad por residencia o domicilio conviven asiduamente y desarrollan una relación pacífica excepto cuando un mismo sujeto pasivo y por el mismo acto se ve afectado por los dos Estados que pretenden hacer valer su poder soberano fiscal.²

Esta conjunción de poderes tributarios ejercidos por distintos estados ha encontrado en los acuerdos internacionales su mejor solución para la distribución de las facultades que le son propias a través de concesiones mutuas que implican la renuncia de uno a favor del otro de porciones de soberanía Bajo este prisma, un tratado para evitar la doble imposición sería un concurso de voluntades de dos sujetos de derecho internacional (Estados) con el propósito de evitar que los efectos de la concurrencia de sus poderes tributarios sobre un mismo ingreso de empresas de cada uno de dichos estados pueda entorpecer el intercambio comercial, así como evitar la evasión fiscal, facilitar la cooperación internacional y el intercambio de información.

En principio, las razones que se expusieron como justificación para la adopción de estos convenios fueron la necesidad de prevenir, por un lado, la tributación de un ingreso por dos o más estados (doble imposición) y por el otro, la evasión fiscal, mediante un esfuerzo supranacional coordinado. Es altamente deseable que los estados lleguen a acuerdo con miras a asegurar que un contribuyente no sea gravado sobre el mismo ingreso por un número de países diferentes, y parece igualmente

fiscal, bajo el entendimiento que esto representa a la vez evitar distorsiones tributarias al comercio entre empresas de países socios comerciales.

¹ Riveiro, Ricardo Enrique; Paraísos Fiscales: Aspectos Tributarios y Societarios, Integra Internacional, Buenos Aires, abril 2001. Pág. 87.

² Idem.

deseable que tal cooperación internacional deba prevenir que un ingreso escape completamente de tributar.

La primera y más obvia de las razones, evitar la doble tributación de un mismo ingreso, conlleva a su vez otras razones subyacentes, a saber: facilitar el intercambio de bienes y servicios entre individuos y corporaciones de distintos países mediante la eliminación de obstáculos tales como un exceso en la carga tributaria

Modelo OCDE y Modelo ONU

En 1928 la Sociedad de Naciones (hoy Organización de las Naciones Unidas) redactó el primer modelo de convenio comprehensivo para evitar la doble tributación.³ Desde esa época al presente al menos unos mil quinientos convenios para evitar la doble imposición (CDI's) se han suscrito en el mundo sólo bajo el modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).⁴

De igual manera, la Organización de las Naciones Unidas también estableció su propio modelo de convenio en el año 1980 (titulado Modelo de Convenio de Doble Imposición entre países desarrollados y países en vías de desarrollo). En términos generales los principios contenidos en este modelo de convenio son similares a los estable-

Tanto el modelo OCDE como el modelo ONU proponen tratados bilaterales para evitar la doble tributación, sin embargo, también se han suscrito en el mundo tratados multilaterales con el mismo propósito. Tal es el caso del modelo del Pacto Andino (hoy Comunidad Andina de Naciones) de 1971 que en su momento fue adoptado por los estados miembros de dicha alianza (Bolivia, Chile, Ecuador, Colombia, Perú y Venezuela)5. De igual manera existen acuerdos multilaterales vigentes a la fecha, como por ejemplo la Convención Nórdica sobre Ingresos y Capital a la que se suscribieron Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia además de las Islas Faroe más recientemente, e igualmente la Decisión 578 de la Comisión de la Comunidad Andina que contiene el Régimen para evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal firmada en Lima el 4 de mayo de 2004.

Los modelos de convenios no tienen fuerza obligatoria, sino que pretenden servir de base o guía para las negociaciones de convenios entre estados contratantes, partiendo de ellos para llegar a lo que resulte adecuado a los mejores intereses de las partes. A pesar de su carácter meramente orientador, el hecho de haber sido el fruto de muchos años de análisis y estudio de reconocidos expertos en materia fiscal internacional les hace merecer el reconocimiento y atención de los estados.

cidos en el modelo OCDE, con algunas diferencias que buscan trasladar mayores potestades tributarias de los países de residencia a los países de la fuente.

Después de la segunda guerra mundial La Organización para la Cooperación Económica Europea (luego OCDE) retomó el trabajo de la Liga de Naciones e inició la discusión y preparación de lo que finalmente se convirtió en el borrador de convenio para evitar la doble tributación sobre ingresos y capitales de 1963. Sobre los antecedentes históricos de los modelos de convenios ver introducción del comentario del modelo para evitar la doble imposición de la OCDE.

⁴ http://www.oecd.org/about/0,3347,en_2649_ 33747_1_1_1_1_37427,00.html

Vogel, Klaus, Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Kluwer Law, Tercera Edicióm, 1997, pág. 18.

Panamá y los Convenios para Evitar la Doble Imposición

Si bien la República de Panamá no ha suscrito tratados comprehensivos para evitar la doble tributación, sí ha suscrito un importante número de acuerdos (tanto formales como materiales) específicos para evitar la doble imposición en la explotación de naves y aeronaves⁶. Al la fecha existen convenios de este tipo suscritos con Francia, Holanda, Argentina, España, Perú y Rusia.

Dichos convenios son fuente de derecho en Panamá en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 de nuestra Constitución Política en el sentido de que "la República de Panamá acata las normas de derecho internacional".

De igual forma, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, de la que Panamá es signataria, establece que los tratados son obligatorios y vinculantes para las partes contratantes.

Más aún, incluso en el caso de los acuerdos simplificados (es decir aquellos suscritos mediante canje de notas) la Corte Suprema de Justicia ha reconocido su obligatoriedad como costumbres constitucionales en los siguientes términos:

"Finalmente, en cuanto a la violación del artículo 48 de la Constitución Nacional que el recurrente esgrime, considera la Corte que el mismo no ha sido infringido, porque la exoneración prevista en el acuerdo simplificado impugnado se fundamenta en una costumbre constitucional que se integra al bloque de constitucio-

nalidad. Por ello, la citada costumbre tiene una jerarquía normativa suficiente para prever una exoneración tributaria, la cual, si normalmente debe ser prevista en una ley, con mayor razón puede estarlo en una costumbre constitucional de jerarquía superior a la ley."⁷

A pesar de que nuestro país ha suscrito acuerdos internacionales de carácter tributario, tradicionalmente se ha cuestionado si, siendo un país que sigue un sistema territorial de tributación (no grava los ingresos producidos fuera de sus fronteras) se generan problemas de doble imposición y en consecuencia la necesidad de suscribir convenios para evitarla.

Sin embargo, como se verá a lo largo de este trabajo, los CDI's no cumplen la única función de evitar la doble imposición, sino que además sirven como instrumentos que facilitan la inversión extranjera al establecer reglas tributarias a las que los potenciales inversionistas de un país (aquel que ha suscrito el convenio) están sujetos, incluyendo normalmente reducciones en las tarifas de retención de los diferentes tipos de ingresos, que no están disponibles para las empresas de otros países que no han suscrito convenios. De igual manera los CDI's proveen garantías para evitar la discriminación entre empresas de los estados contratantes, posibilidad de acogerse a los mecanismos establecidos para la solución de diferencias, posibilidad de uniformar conceptos y definiciones que pueden diferir en ambos países con el

⁶ Al respecto vale indicar que en el año 1941 se acordó mediante intercambio de notas ministeriales un el texto de un convenio para evitar la doble imposición, en base a reciprocidad, en la explotación de naves y aeronaves.

Consulta de inconstitucionalidad interpuesta por Francisco Lee administrador regional de ingresos de la provincia de panamá de la nota n.v. dpge-euc nº 226/13 de 30 de diciembre de 1987, mediante la cual la República de panamá y el gobierno de los Estados Unidos de América formalizan un acuerdo para exonerar del impuesto sobre la renta. Sentencia del 14 de enero de 1994.

riesgo de producir doble imposición, entre otros.

Probablemente en virtud de estas razones, algunos de los países con sistemas territoriales, han comenzado a suscribir CDI's con el próposito de generar un ambiente normativo más propicio a la inversión extranjera, por ejemplo Hong Kong, Islas Mauricio, Uruguay, Costa Rica, entre otros.8

Estructura de los CDI's.

Basado en el modelo OCDE, pero constante en casi todos los convenios existentes, incluso los redactados bajo el modelo ONU los CDI's poseen la misma estructura lógica, lo que permite que al comprender un ejemplar se facilite el entendimiento de casi todos.

Dicha estructura tiende a ser la siguiente:

Primera Parte: Determinación del alcance o ámbito de aplicación del convenio (sujetos residentes de uno o ambos estados contratantes y los impuestos comprendidos) en los artículos 1 y 2.

Segunda Parte: Definiciones y conceptos más utilizados en los convenios (artículos 3, 4 y 5)

Tercera Parte: Distribución de las facultades tributarias entre los estados

contratantes dependiendo del tipo o categoría de ingreso que se trate, a saber:

- Artículo 6 sobre renta de bienes inmuebles,
- Artículo 7 sobre beneficios empresariales,
- Artículo 8 sobre rentas de la navegación marítima y aérea,
- Artículo 9 sobre empresas asociadas,
- Artículo 10 sobre dividendos,
- Artículo 11 sobre intereses,
- Artículo 12 sobre regalías,
- Artículo 13 sobre ganancias de capital
- Artículo 14 sobre rentas de servicios profesionales independientes
- Artículo 15 sobre rentas de servicios profesionales dependientes
- Artículo 16 sobre renta de directores
- Artículo 17 sobre Renta de Artistas y Deportistas
- Artículo 18 sobre Pensiones
- Artículo 19 sobre rentas de funcionarios públicos
- Artículo 20 sobre renta de estudiantes
- Artículo 21 sobre otras rentas no contempladas en el convenio
- Artículo 22 sobre el Patrimonio.

Cuarta Parte: Métodos para eliminar la doble tributación

Quinta Parte: Reglas Administrativas y de procedimiento (Intercambio de Información, no discriminación, procedimiento mutuo para resolución de conflictos de interpretación, extensión territorial del convenio y entrada en vigencia).

Análisis de un Convenio Típico enfocado a las Consecuencias que generaría si Panamá fuera uno de los Estados Contratantes

⁸ Al respecto, resultan interesantes las palabras del Secretario del Tesoro y Servicios Financieros de Hong Kong luego de que dicho territorio suscribiera su primer acuerdo comprehensivo para evitar la doble imposición con Bélgica en diciembre de 2003, al resaltar que "Muchos lugares de la región ya han establecido una red the tratados comprehensivos para evitar la doble tributación. Tener esta red en Hong Kong nos pondrá a la par de aquellos otros lugares, y consecuentemente fortalecerá nuestra competitividad en la atracción de inversióne extranjera. Tomado de sitio web http://www.lowtax.net/lowtax/html/ hongkong/jhk2tax.html.

Artículo 1 (Personas Amparadas)

Los convenios para evitar la doble imposición se conciben para tener aplicación entre residentes de uno o de los dos estados que lo han suscrito (estados contratantes) cuando se trata de un tratado bilateral o entre residentes de uno o varios de los estados contratantes en el caso de convenios multilaterales.

A pesar de que algunos convenios contemplaban en su ámbito de aplicación personal a los ciudadanos o los contribuyentes de los estados contratantes, en su amplia mayoría, éstos se inclinan a comprender a los residentes de al menos un estado contratante como los sujetos de la protección que sus normas generan. El término residente es objeto de definición en el artículo 4 de un CDI.

Lo anterior implica, por ejemplo, que en el caso de un convenio suscrito entre la República de Panamá y otro estado contratante, el tratado tendría aplicación cuando un residente de Panamá (sin que esto implique que éste sea nacional panameño) o uno del otro estado contratante reclamen sus beneficios, pero Panamá o el otro estado contratante podrían rehusarse a aplicar las disposiciones del CDI a una persona que, aún siendo nacional de Panamá o del otro estado contratante, no es un residente de ninguno de dichos estados.

Esta limitación resulta lógica si se estima que son precisamente los residentes de los estados contratantes los que de manera directa reciben beneficios del gasto público reflejado en obras de infraestructura, salud, educación, etc. y los principales obligados a sostenerlos mediante sus contribuciones fiscales, de manera que no tendría sentido que estos estados se hicieran, mediante el convenio, concesiones que implican la renuncia parcial de sus potestades tributarias en favor de residentes de terceros países.

Artículo 2 (Impuestos Amparados)

Aún cuando existen convenios tributarios de alcance muy diverso, incluyendo los limitados al intercambio de información fiscal, a la cooperación administrativa, a evitar la doble imposición sobre las rentas generadas específicamente por la explotación de naves y aeronaves, entre otros, los tratados a los que nos referimos en este trabajo aplican a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio exigibles por cada uno de los estados contratantes.

Entre estos impuestos, se incluyen los que gravan la totalidad de la renta o del patrimonio o cualquier parte de los mismos, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles o inmuebles, los impuestos sobre sueldos o salarios (excluyendo las contribuciones a la seguridad social) y los impuestos a las plusvalías (o ganancias de capital).

Típicamente un tratado para evitar la doble imposición entre dos estados contratantes incluye una cláusula en la que se citan concretamente, con la nomenclatura propia de las leyes tributarias locales, los impuestos que cada país somete a la aplicación del tratado. En el caso de un tratado en el que Panamá sea un estado contratante, los impuestos a los que se éste aplicaría serían los siguientes:

En Panamá:

- I. El impuesto sobre la renta sobre personas naturales.
- II. El impuesto sobre la renta sobre personas jurídicas (método tradicional y CAIR)
- III. El impuesto sobre la renta en las ganancias de capital por la enaje-

- nación de bienes inmuebles, muebles y valores.
- IV. El impuesto sobre la renta en las remesas al exterior.
- V. El impuesto de dividendos
- VI. El impuesto complementario.
- VII. El impuesto de Aviso de Operación (antes impuesto de licencia comercial)

VIII. El impuesto sobre bancos En el otro Estado Contratante:

- I. El impuesto a las ganancias
- II. El impuesto sobre los activos

De igual manera, cualquier impuesto de naturaleza similar que se establezca en el futuro o la modificación de los ya existentes también se considerarían incluídos en el acuerdo.

Artículo 3 (Definiciones Generales)

Los modelos de CDI's contienen definiciones de algunos términos utilizados con frecuencia en su texto, lo cual tiende a hacer más fácil su interpretación. El artículo 3 de un CDI, a pesar de cumplir la función de brindar significado a ciertas expresiones, no pretende ser exhaustivo, puesto que otros artículos también contienen definiciones en sus respectivos temas.

Así pues, en un convenio suscrito entre Panamá y otro Estado Contratante, y para efectos de lo dispuesto en dicho tratado, expresiones como las siguientes podrían definirse así (salvo que el contexto indique otra cosa):

Persona: Las personas naturales o físicas, las sociedades, fundaciones de interés privado y cualquier otra agrupación de personas, incluyendo fideicomisos y asociaciones accidentales.

Sociedad: Significa cualquier persona jurídica o cualquier entidad que sea considerada persona jurídica a efectos impositivos. Empresa de un Estado Contratante y Empresa del otro Estado Contratante significan, respectivamente, una empresa explotada por un residente de un Estado Contratante y una empresa explotada por un residente del otro Estado Contratante.

Residente de un Estado Contratante y Residente del otro Estado Contratante: Significan respectivamente, una persona que es residente de Panamá o una persona que residente del otro Estado Contratante, tal como el contexto lo requiera.

Nacional: Significa:

- Todas las personas naturales o físicas que posean la nacionalidad de un Estado Contratante.
- ii. Todas las personas jurídicas, sociedades de personas y asociaciones constituidas conforme a las leyes vigentes de un Estado Contratante.

Autoridad Competente: Significa:

En Panamá: El Ministerio de Economía y Finanzas, la Dirección General de Ingresos o su representante debidamente autorizado.

En el otro Estado Contratante: El Ministerio de Economía y Hacienda o su representante debidamente autorizado.

Transporte Internacional: Significa cualquier transporte por buque o aeronave explotado por una empresa que tiene su sede de dirección efectiva (o una Empresa de un Estado Contratante) establecida en un Estado Contratante, excepto cuando el buque o la aeronave es objeto de explotación solamente entre lugares del otro Estado Contratante.

Para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación fiscal sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado.

Artículo 4. (Residentes)

Como ya se indicó al hacer referencia a las personas alcanzadas con los CDI's, éstos aplican a las personas residentes de uno o más Estados Contratantes. El término residente incluido en los CDI's es una expresión técnica con significación propia. En el modelo de tratado de la OCDE la expresión "residente de un Estado Contratante significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado, o por el patrimonio situado en el mismo."

Como quiera que en Panamá, en términos generales los ingresos sólo están sujetos a imposición si su fuente es local, la redacción del último párrafo del modelo OCDE haría inoperante un tratado suscrito por nuestro país bajo este modelo, en virtud de que el otro Estado Contratante podría rehusarse a aplicar el tratado por considerar que la Empresa de Panamá que efectúa negocios en aquel Estado no es residente de Panamá según la definición del tratado, ya que en Panamá sólo está sujeta a

imposición por la renta que obtiene de fuente Panameña.

La solución a esta inconveniencia sería que la definición de residente para efectos de Panamá incluya a toda persona contribuyente del impuesto sobre la renta en los términos del artículo 81 del Decreto Ejecutivo No. 170 de 1993. De igual manera, se podría pactar una excepción a la definición generalizada de residente en la que además de lo que señala el modelo se agregue que "lo anterior no excluye, para Panamá, que una persona pueda ser tratada como Residente por virtud del principio fiscal de la territorialidad de la fuente en el sistema impositivo de Panamá."

Alternativamente dicho texto pudiera ser el siguiente: Al los efectos del presente convenio, para Panamá, el término residente significa cualquier persona que, conforme a las leyes de Panamá, esté sometida a tributación en Panamá.".9

Con relación a la residencia, otro aspecto a tener en cuenta es la posibilidad de que una persona residente de un Estado Contratante también lo sea del otro Estado Contratante. Por ejemplo un residente del otro Estado Contratante que pasa 181 días de un año en Panamá, siendo considerado también por nuestra normativa fiscal como contribuyente. Las soluciones que un CDI brindaría a estos casos serían las siguientes:

En el caso de personas naturales se seguirán las siguientes reglas:

a) La persona será considerada residente del Estado donde tenga una vivienda permanente a su disposición. Si tuviera una vivienda permanente a su disposición en ambos

⁹ Borrador de Convenio México-Panamá al 10 de octubre de 2005.

Estados, se considerará residente del Estado con el que mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales);

- b) Si no pudiera determinarse el Estado en el que dicha persona tiene el centro de sus intereses vitales, o si no tuviera una vivienda permanente a su disposición en ninguno de los Estados, se considerará residente del Estado donde vive de manera habitual;
- c) Si viviera de manera habitual en ambos Estados o no lo hiciera en ninguno de ellos, se considerará residente del Estado del que sea nacional;
- d) Si fuera nacional de ambos Estados o no lo fuera de ninguno de ellos, las autoridades competentes de los Estados resolverán el caso de común acuerdo.

En el caso de las demás personas, residentes en ambos Estados, se considerará residente del Estado en que se encuentre su sede de dirección efectiva.

Artículo 5 (Establecimiento Permanente)

Establecimiento permanente es el concepto que la doctrina tributaria internacional ha utilizado para fijar o asignar facultad de gravar los ingresos de actividades empresariales a uno u otro estado contratante dependiendo de si se cumplen ciertos parámetros mínimos, o en términos más concretos, si una empresa de un estado contratante ejerce actividades comerciales de manera estable en el otro estado. Cuando se cumplen estos requisitos mínimos se otorga facultad de gravar al estado de fuente (aquel en donde se ejerce la actividad empresarial mediante el establecimiento permanente) y de no cumplirse el mínimo de actividad entonces se atribuye el poder de gravar exclusivamente al estado de residencia (por lo que el estado de la fuente no puede hacer retención de ninguna naturaleza).

De acuerdo al modelo de CDI de la OCDE la expresión establecimiento permanente (también conocido como EP, establecimiento estable, etc.) "significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad." Esta expresión generalmente comprende, de acuerdo al propio texto de los tratados, lo siguiente:

- Las sedes de dirección;
- Las sucursales;
- · Las oficinas
- Las fábricas;
- Los talleres
- Las minas, pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.

De igual manera se incluye dentro del concepto de establecimiento permanente a una obra de construcción, instalación o montaje si su duración excede de cierta cantidad de tiempo (doce meses en el modelo de acuerdo de la OCDE, seis meses en algunos convenios de países suramericanos).

Se excluyen del concepto de establecimiento permanente las actividades con carácter auxiliar o preparatorio para el ejercicio de negocios, como por ejemplo:

- La utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa;
- El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a

la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas

- El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa
- El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías, o de recoger información para la empresa.
- El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio.
- El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los apartados anteriores a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio.

Además, el concepto también contempla el caso de que una empresa, aún sin tener un lugar fijo de negocios en el otro estado contratante tiene a un agente que actúa por cuenta de la empresa y ostenta y ejerce habitualmente poderes que le faculten para concluir contratos en nombre de aquella, a menos que las actividades de la persona se limiten a las mencionadas anteriormente como auxiliares o preparatorias.

No se considera que una empresa tiene un establecimiento permanente en un estado contratante por el mero hecho de que realice sus actividades en ese Estado por medio de un corredor, comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad. Lo relevante para excluir al agente del concepto de establecimiento permanente es su independencia de la empresa, tanto formal (no relacionados) como material (dependencia económica).

De igual manera el modelo de la OCDE plantea que una sociedad de un estado contratante no necesariamente tiene un establecimiento en el otro estado contratante por el hecho de controlar o ser controlada por una sociedad residente del otro estado contratante o que realice actividades empresariales en ese otro estado.

Artículo 6 (Rendimientos inmobiliarios)

En principio los ingresos derivados de bienes inmuebles deben ser gravados –de acuerdo al modelo OCDE- por el estado donde el bien se encuentra situado. Así, los rendimientos que un residente de un estado contratante obtenga de bienes inmuebles (incluidas las rentas de explotaciones agrícolas o forestales) situados en el otro Estado contratante (asumamos Panamá) pueden someterse a imposición en Panamá.

El significado de la expresión "bienes inmuebles" será aquel que le atribuye la legislación del estado contratante en que los bienes estén situados (en nuestro ejemplo Panamá), pero en todo caso comprende los bienes accesorios a los inmuebles, el ganado y el equipo utilizado en las explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que sean aplicables las disposiciones de derecho privado relativas a los bienes raíces, el usufructo de bienes inmuebles y el derecho a percibir pagos fijos o variables en contraprestación por las explotación, o la concesión de la explotación, de yacimientos minerales, fuentes y otros recursos naturales. Las naves, embarcaciones y aeronaves no tendrán la consideración de bienes inmuebles.

Lo dispuesto en el párrafo 1 es aplicable a las rentas derivadas de la utilización directa, el arrendamiento o disfrute, así como de cualquier otra forma de explotación de los bienes inmuebles.

Lo anterior también aplica a las rentas derivadas de los bienes inmuebles de una empresa.

Artículo 7 (Beneficios o rentas empresariales)

Al existir un establecimiento permanente de una empresa de un estado contratante en el otro estado contratante surge la necesidad de determinar a cuál de dichos estados corresponde la facultad de gravar los ingresos producidos por la empresa a través del establecimiento permanente y por otras fuentes.

La regla que brinda el artículo 7 es que los beneficios de una empresa de un estado contratante (por ejemplo Panamá) solamente pueden someterse a tributación en ese Estado (Panamá) a menos que la empresa realice su actividad en el otro estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Es decir que, en principio, si una empresa panameña genera rentas o beneficios empresariales por la venta de bienes o servicios en el otro estado contratante, las mismas sólo estarán sujetas a tributación en Panamá (y el otro estado se tendrá que abstener de practicar retención alguna) mientras no exista un establecimiento permanente de la empresa panameña en ese otro estado contratante. De existir un establecimiento permanente en el otro estado contratante, las rentas de la empresa podrán someterse a imposición en el otro estado contratante, pero sólo en la medida en que sea imputable a ese establecimiento permanente. Es decir, que la empresa panameña estaría sujeta a tributación en el otro estado contratante en el que tiene el establecimiento permanente, pero no sobre todas sus rentas sino sólo sobre aquellas atribuíbles al establecimiento permanente.

La asignación de beneficios al establecimiento permanente en cada uno de los estados contratante deberá hacerse atribuyéndole lo que el mismo hubiera podido obtener de ser una empresa distinta y separada que realizase las mismas actividades, en las mismas o similares condiciones y tratase con total independencia de la empresa de la que es establecimiento permanente.

No obstante, al determinarse las ganancias del establecimiento permanente, se han de permitir la deducción de los gastos incurridos para los fines del establecimiento permanente, incluyendo los gastos de dirección y administración, tanto si se efectúan en el estado en que se encuentra el establecimiento permanente como en otra parte.

El artículo no excluye la posibilidad de que cuando en un estado contratante se utilice el método de reparto o prorrateo de los ingresos totales de la empresa entre sus diversas partes, éste método sea utilizado para determinar los ingresos gravables del establecimiento permanente, siempre que el mismo sea conforme a los principios contenidos en el resto del artículo 9.

Otro aspecto importante del artículo 7 es que el mismo remite a otros artículos del convenio cuando los beneficios empresariales comprendan rentas reguladas separadamente en otros artículos, es decir, por ejemplo que el tratamiento de las rentas inmobiliarias será el que otorga el artículo 6, por estar reguladas separadamente y no por el artículo 7.

Artículo 8 (Navegación Marítima, Interior y Aérea)

Las rentas procedentes de la explotación de buques y aeronaves en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en el estado contratante en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa. La misma regla aplica para los beneficios procedentes de la explotación de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores. En otras palabras una aerolínea o naviera dedicadas al tráfico internacional que obtenga ingresos procedentes de la República de Panamá no podría sujetarse a impuestos por las ventas locales de pasajes o transporte de carga siempre que mantenga su sede de dirección efectiva en Panamá.

Si la sede de dirección efectiva de una empresa de transporte marítimo o de una empresa de transporte por aguas interiores estuviera adentro de un buque se considerará situada en el Estado contratante donde esté el puerto base del buque, y si no existiera tal puerto base, en el Estado contratante del que sea residente la persona que explota el buque.

Artículo 9 (Empresas Asociadas)

Este artículo brinda los principios sobre los que descansan las regulaciones internacionales sobre precios de transferencia en los estándares más aceptados. En primer lugar, sobre la base del control, define para efectos fiscales el término empresas asociadas o vinculadas cuando:

- a) Una empresa de un estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro estado contratante.
- b) Unas mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un estado contratante y de una empresa del otro estado contratante.

De cumplirse alguna de estas suposiciones, y las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes (principio de arm's lenght), los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que no se han realizado precisamente a causa de las mismas, se faculta al estado contratante a incluir los beneficios de esa empresa y someterlos a imposición en consecuencia.

De lo anterior se desprende que, debe existir una vinculación entre las empresas que caiga en la definición de empresas asociadas del propio artículo para que la regla de precios de transferencia aplique, y un estado contratante pueda, por un lado determinar si las condiciones pactadas entre las empresas corresponden a las que hubiesen acordado partes independientes, si no estuviesen relacionadas, y de estimar que las condiciones difieren de aquellas, alcanzar a la empresa incluyendo a su renta del período la que debió haber generado con la correspondiente liquidación adicional de impuesto sobre la renta.

Sin embargo, con el objeto de evitar que, cuando se hagan liquidaciones adicionales por uno de los estados contratantes con la consecuente tributación tanto en el estado contratante donde originalmente se habían gravado como en el estado que hace la inclusión posterior del ingreso y expide la liquidación adicional, se dispone en el párrafo 2 del artículo 9 que el otro "estado practicará el ajuste correspondiente a la cuantía del impuesto que ha percibido sobre esos beneficios" para lo cual se tendrán en cuenta las demás disposiciones del convenio y las autoridades competentes de los estados contratantes se consultarán en caso necesario.

Por ejemplo, en el caso de que una empresa de Panamá realizara transacciones comerciales con compañías aso-

ciadas en otro estado contratante, y ese otro estado considerara que las mismas no se verifican en condiciones propias de empresas independientes -por razón de que el precio cargado por la empresa panameña a su asociada en el otro estado contratante es notablemente alto- de forma tal que la utilidad de la empresa del otro estado contratante es reducida mientras que el retorno de la empresa panameña es elevado, el otro estado contratante podría incluir en los beneficios de la empresa (de dicho estado contratante) los montos que debieron incluirse originalmente de no existir la vinculación (es decir si el precio cargado hubiera sido el que partes independientes se hubiesen cobrado) y cobrar el correspondiente impuesto. Por su parte, Panamá, en base al convenio deberá ajustar la cuantía del impuesto que percibió sobre las rentas de la empresa panameña de manera que guarde correspondencia con el liquidación adicional efectuada por el otro estado contratante.

La regla contenida en este artículo también podría servir a la autoridad fiscal panameña a exigir impuestos adicionales a empresas locales cuando pacten con compañías relacionadas de otros estados contratantes cargos de administración, regalías, intereses, compra de productos o servicios, etc. bajo condiciones más onerosas o beneficiosas que las que empresas independientes pactarían, de manera que la sociedad panameña genera menos utilidad de la que en condiciones regulares le corresponderían.

Artículo 10 (Dividendos)

Un típico CDI prevé que "los dividendos pagados por una sociedad residente de un estado contratante a un residente del otro estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro estado contratante". En otras palabras, en el texto se consagra el derecho exclusivo del país de residencia para gravar los dividendos pagados por una empresa residente del otro estado contratante (asumamos Panamá), mientras que se contempla el derecho del otro estado contratante (Panamá) para someter los dividendos a imposición bajo ciertos límites, por ejemplo:

5% del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas) que posea directamente al menos el 25% del capital de la sociedad que paga los dividendos;

15% del importe bruto de los dividendos en los demás casos.

Las reglas de asignación de facultades tributarias descritas arriba no aplican cuando el beneficiario efectivo del dividendo, residente del otro estado contratante, realiza en Panamá una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado aquí, y la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente, en cuyo caso aplicarán las reglas del artículo 7.

Artículo 11 (Intereses)

En principio, los intereses procedentes de un estado contratante (Panamá por ejemplo) y pagados a un residente del otro estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado. Sin embargo, dicho intereses pueden someterse también a imposición en Panamá, según la legislación de Panamá, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10% del importe bruto de los intereses.

Intereses significa los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor y en particular los rendimientos de valores del Estado y los rendimientos de bonos y obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses. En el caso de Panamá podría agregarse a la definición de intereses, las garantías propias de los financiamientos, de manera que cuando se pague desde Panamá por una garantía otorgada por una empresa residente del otro estado contratante, a los pagos se le otorgue la categoría de intereses para efectos de la aplicación del convenio.

Las reglas de asignación de facultades tributarias descritas arriba no aplican cuando el beneficiario efectivo del interés, residente del otro estado contratante, realiza en Panamá una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado aquí, y la deuda por la que se paga el interés está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente, en cuyo caso aplicarán las reglas del artículo 7.

Los intereses se consideran procedentes de Panamá cuando el deudor que los paga es un residente de Panamá. Sin embargo, cuando el deudor de los intereses, sea o no residente de un estado contratante, tenga en un estado contratante un establecimiento permanente con los cuales se haya contraído la deuda por la que se pagan los intereses, y éstos se soportan por el establecimiento permanente, los intereses se considerarán procedentes del estado contratante en que esté situado el establecimiento permanente.

Cuando, por razón de alguna relación especial entre el pagados y el beneficiario efectivo el importe de los intereses exceda del que habrían convenido las partes en ausencia de tales relaciones, lo dispuesto en este artículo sólo aplicarán a ésta última. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del convenio.

Artículo 12 (Regalías o cánones)

En este tema el modelo OCDE y el modelo ONU toman posiciones divergentes. En base al modelo OCDE las regalías generadas en un estado contratante (por ejemplo Panamá) cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro estado contratante serán gravadas sólo en ese otro estado contratante. En el modelo ONU se permite que la potestad de gravar sea compartida por ambos estados contratantes, en la medida en que se contempla la posibilidad de que hasta cierto límite el estado de la fuente aplique retenciones a los pagos de regalías. Lo anterior implicaría, que siendo Panamá signatario de un CDI basado en el modelo OCDE, no podría aplicar ninguna retención sobre las regalías pagadas por una empresa residente en Panamá a una empresa residente en el otro estado contratante. Si por el contrario, el modelo seguido fuera el ONU, se agregaría una segunda cláusula que debería leer como sigue:

Sin embargo, dichas regalías también pueden ser gravadas en el estado contratante en el cual se generan de acuerdo a las leyes de dicho estado, pero si el recipiente es el beneficiario efectivo de las regalías, el impuesto a ser cargado no deberá exceder 10% (u otro porcentaje negociado) del monto bruto de las regalías.

Normalmente, el término regalías comprende para los efectos del artícu-

lo 12 las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso o la concesión de uso, de derechos de autor, sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

Las reglas de asignación de facultades tributarias descritas arriba no aplican cuando el beneficiario efectivo de las regalías, residente del otro estado contratante, realiza en Panamá una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado aquí, y el bien o el derecho por el que se pagan las regalías está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente, en cuyo caso aplicarán las reglas del artículo 7

Cuando, por razón de alguna relación especial entre el pagador y el beneficiario efectivo el importe de las regalías exceda del que habrían convenido las partes en ausencia de tales relaciones, lo dispuesto en este artículo sólo aplicará a ésta última. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del convenio.

Artículo 13 (Ganancias de Capital)

La regla general es que las ganancias derivadas de la venta de cualquier tipo de bienes sólo podrán ser gravadas por el Estado Contratante en que resida el enajenante o vendedor y no así por la República de Panamá. En otras palabras, si el vendedor no es un residente de Panamá para efectos del Convenio, entonces Panamá no puede exigirle el pago del Impuesto sobre la Renta en estas operaciones.

Sin embargo, se establecen algunas reglas especiales que permiten que ciertas ganancias obtenidas por un residente del Estado Contratante podrán ser sujetas a impuestos en la República de Panamá: (1) ganancias obtenidas en la venta de bienes inmuebles ubicados en Panamá; (2) ganancias obtenidas en la venta de bienes muebles que formen parte del activo de un "establecimiento permanente" o de una "sucursal" en Panamá de un residente del Estado Extranjero; (3) ganancias obtenidas en la enajenación de buques o aeronaves explotados por una empresa de la República de Panamá, podrán ser gravadas por la República de Panamá; y (4) las ganancias obtenidas por un residente del Estado Contratante en la venta de acciones cuyo valor se derive directa o indirectamente en más de un cincuenta por ciento (50%) de bienes inmuebles situados en la República de Panamá, pueden someterse a impuestos en la República de Panamá.

La Administración Tributaria de Panamá no podría exigir: (a) ni el cobro del cinco por ciento (5%) de retención en concepto de adelanto al Impuesto sobre la Renta por la enajenación de acciones; ni (b) el Impuesto sobre la Renta a la tasa definitiva del diez por ciento (10%) sobre la ganancia obtenida en la venta de acciones, a los que se refiere el artículo 701 (e) del Código Fiscal, cuando el vendedor sea residente en el otro Estado Contratante, a menos que se trate de alguno de los supuestos indicados en el párrafo anterior.

Artículo 14 (Servicios Personales Independientes o por Cuenta Propia)

Los ingresos o rentas obtenidas por una persona natural residente en el Estado Contratante con respecto a servicios profesionales y otras actividades de carácter independiente realizadas en la República de Panamá, podrán someterse a impuestos en nuestro país, siempre que se cuente en Panamá con un establecimiento permanente. En algunos casos, como sucede en el Convenio suscrito entre España y Costa Rica, se permite a éste último país, exigir el impuesto sobre este tipo de ingresos en base a un mecanismo de retención, pero la misma no puede exceder el diez por ciento (10%) del monto bruto percibido por dichos servicios o actividades.

Sin embargo y siguiendo las reglas generales, si el residente del otro Estado Contratante tiene un "establecimiento permanente", "sucursal" u "oficina fija" en la República de Panamá para llevar a cabo sus actividades en este país, sólo entonces estas rentas podrán someterse a impuestos en Panamá de acuerdo con la legislación interna de la República de Panamá.

La expresión "servicios personales" incluye las actividades de independientes, científicas, literarias, artísticas, de educación o enseñanza, así como también las actividades independientes de médicos, abogados, ingenieros, arquitectos, odontólogos, contadores y otros profesionales.

En este sentido, la Administración Tributaria de Panamá no podría exigir la retención del quince por ciento (15%) a que se refiere el artículo 701 (g) en materia de Impuesto sobre la Renta, sobre los pagos realizados a profesionales residentes en el otro Estado Contratante y tendrá que aceptar aplicar una tasa del diez por ciento (10%) en estos casos, precisamente porque se establece un límite máximo para este tipo de retenciones.

Artículo 15 (Servicios Personales en Relación de Dependencia)

Los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares, que sean obtenidas

por un residente del otro Estado Contratante por razón de un empleo sólo pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que el empleo se ejerza en la República de Panamá. Si el empleo se ejerce de esa forma, las remuneraciones derivadas del mismo pueden someterse a imposición en la República de Panamá.

Sin perjuicio de la regla general antes citadas, las remuneraciones obtenidas por un residente del otro Estado contratante por razón de un empleo ejercido en la República de Panamá, serán sometidas a imposición exclusivamente en el otro Estado Contratante –y no en la República de Panamá- si se cumplen las siguientes condiciones:

- (1) Si el perceptor de estos sueldos, salarios y emolumentos permanece en la República de Panamá durante un período o períodos cuya duración no exceda en conjunto de 183 días en cualquier período de doce meses que comience o termine en el año fiscal considerado;
- (2) Las remuneraciones se pagan por, o en nombre de, un empleador que no sea residente en la República de Panamá; y
- (3) Las mencionadas remuneraciones no son asumidas o soportadas por un "establecimiento permanente", una "base fija" o una "sucursal" que el empleador tenga en la República de Panamá.

No obstante lo antes expuesto, las remuneraciones obtenidas por razón de un empleo ejercido a bordo de un buque o aeronave explotado por una empresa de un Estado contratante en tráfico internacional, pueden someterse a imposición en ese Estado, es decir, en el Estado en donde resida dicha empresa y no así en la República de Panamá.

La Administración Tributaria de Panamá no podrá exigir la retención del quince por ciento (15%) a que se refiere el artículo 701 (g) en materia de Impuesto sobre la Renta, sobre los pagos realizados a estos trabajadores, a menos que el beneficiario de estos salarios y sueldos:

- exceda un período de 183 días de estadía en la República de Panamá;
- (2) que su remuneración sea pagada por un empleador que sea residente de la República de Panamá o que
- (3) estas remuneraciones sean asumidas o soportadas por un "establecimiento permanente", una "oficina fija" o una "sucursal" de la empresa extranjera en la República de Panamá.

Artículo 16 (Dietas de Directores y Similares)

Las dietas y otras retribuciones similares que un residente del otro Estado Contratante obtenga como miembro del Consejo de Directores o Junta Directiva de una sociedad residente en la República de Panamá, podrán ser sometidas a impuestos en la República de Panamá.

Es decir, las dietas y retribuciones similares pagadas a directores que residan en el otro Estado Contratante por participar como miembros de la Junta Directiva o Consejo de Administración de una sociedad panameña, sí podrán quedar sujetos a la retención del quince por ciento (15%) a que se refiere el artículo 701 (g) en materia de Impuesto sobre la Renta, sobre los pagos realizados a estos directores.

Por otro lado, las dietas y retribuciones similares que se paguen a un residente del otro Estado Contratante, por participar en reuniones de la Junta Directiva o Consejo de Administración de una sociedad del otro Estado contratante, no podrán estar sujetas al Impuesto sobre la Renta en Panamá, aún cuando dichas reuniones se celebren físicamente en el territorio nacional.

Artículo 17 (Artistas y Deportistas)

Las rentas que un residente del otro Estado Contratante obtenga del ejercicio de su actividad personal en la República de Panamá, en calidad de artista del espectáculo, actor de teatro, cine, radio o televisión, o músico, o como deportista, podrán someterse a imposición en la República de Panamá.

Cuando las rentas derivadas de las actividades personales de los artistas del espectáculo o los deportistas, en esa calidad, se atribuyan no ya al propio artista del espectáculo o deportista sino a otra persona (como una persona jurídica), dichas rentas pueden someterse a imposición en la República de Panamá, siempre que las actividades del artista del espectáculo o del deportista se hayan ejecutado en nuestro país.

Como regla especial, se establece que las rentas derivadas de las actividades mencionadas en el mismo y realizadas al amparo de un Convenio o Acuerdo cultural o deportivo entre el otro Estado contratante y la República de Panamá, estarán exentas de imposición en la República de Panamá, si la visita a nuestro país se financia, total o sustancialmente con fondos públicos del otro Estado Contratante o de una de sus subdivisiones políticas o entidades locales.

En estos casos, la República de Panamá podrá continuar sujetando estos pagos a la retención del quince por ciento (15%) a que se refiere el artículo 701 (g) en materia de Impuesto sobre la Renta, cuando los ingresos del músico o deportista se generen sobre eventos o espectáculos realizados en la República de Panamá.

Artículo 18 (Pensiones)

Las pensiones y remuneraciones análogas pagadas a un residente de un Estado contratante por razón de un empleo anterior sólo pueden someterse a imposición en ese Estado.

Esto significa que si las pensiones son pagadas en el otro Estado Contratante, la República de Panamá está imposibilitada de exigir impuestos sobre estas pensiones. En sentido contrario, si las pensiones se pagan en la República de Panamá, entonces el otro Estado Contratante no debe exigir impuestos sobre estos emolumentos.

La República de Panamá en atención al artículo 694, parágrafo 1-A del Código Fiscal no grava las pensiones y otras remuneraciones similares pagadas a extranjeros, por lo tanto esta medida no debe afectar la recaudación en nuestro país. Las pensiones pagadas en la República de Panamá, sea bajo el sistema de la Caja del Seguro Social o bajo los planes privados de jubilación, están exentas del Impuesto sobre la Renta. No obstante, este artículo preservaría el derecho de la República de Panamá en un futuro, si corresponden a empleos realizados en el país. El otro Estado Contratante no podría exigir a sus residentes el Impuesto sobre la Renta del Otro Estado Contratante sobre aquellas pensiones pagadas en la República de Panamá a residentes del otro Estado, siempre que la pensión corresponda a relaciones laborales desarrolladas en Panamá.

Artículo 19 (Servidores Gubernamentales)

Los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares, excluidas las pensiones, pagadas por un Estado Contratante o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales a una persona física por razón de servicios prestados a ese Estado o a esa subdivisión o entidad, sólo pueden someterse a imposición en ese Estado. Es decir, el Estado que paga dichas remuneraciones.

Sin embargo, los sueldos, salarios y remuneraciones similares pagadas por el otro Estado Contratante o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, serán sometidos imposición exclusivamente en la República de Panamá si los servicios se prestan en el territorio de la República de Panamá y la persona física es un residente de la República de Panamá que:

- (1) es nacional de la República de Panamá; o
- (2) no ha adquirido la condición de residente de la República de Panamá para prestar estos servicios al otro Estado Contratante.

Las pensiones pagadas por un Estado contratante o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, bien directamente o con cargo a fondos constituidos, a una persona física por razón de servicios prestados a ese Estado o a esa subdivisión o entidad, sólo pueden someterse a imposición en ese Estado. Sin embargo, dichas pensiones serán sujetas a impuestos exclusivamente en la República de Panamá si la persona física beneficiaria es residente y nacional de ese Estado.

Los sueldos, salarios y otras remuneraciones similares, y a las pensiones, pagados por razón de servicios prestados en el marco de la actividad empresarial realizada por un Estado contratante o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, estarían sujetos a lo dispuesto en los artículos 15, 16, 17 y 18 antes discutidos.

Para efectos de la República de Panamá, el artículo 694, parágrafo 1, prevé que los sueldos y remuneraciones que el Estado panameño pague a sus representantes diplomáticos, consulares u otras personas a quienes encomiende funciones fuera del país, se considerarán renta de fuente panameña y sujetas el Impuesto sobre la Renta en Panamá. De igual forma, Panamá no exige el Impuesto sobre la Renta a los funcionarios diplomáticos, consulares o a otras personas que realicen funciones oficiales para Estados Extranjeros en Panamá, aún cuando sus funciones se desempeñan físicamente en territorio nacional.

Este artículo de la Convención refrenda las medidas aplicadas en Panamá sobre el particular, con la excepción de que autoriza el cobro de impuestos en Panamá, cuando la persona al servicio del Estado extranjero es un nacional de la República de Panamá, que reside en nuestro país por motivos distintos al servicio que brinda al Estado extranjero.

Artículo 20 (Profesores, Estudiantes y Aprendices)

Las remuneraciones de una persona, residente del otro Estado contratante, que permanezca temporalmente durante un período que no exceda de dos (2) años en la República de Panamá para enseñar, dar conferencias o dedicarse a la investigación científica en una escuela, instituto, universidad u otra institución de enseñanza o investigación científica oficialmente reconocida, sólo pueden someterse a imposición en el primer Estado (es decir, no quedan sujetos a impuestos en la República de Panamá).

Las cantidades que reciba para cubrir sus gastos de mantenimiento, estudios o formación práctica un estudiante o una persona en prácticas que sea, o haya sido inmediatamente antes de llegar a la República de Panamá, residente del otro Estado contratante y que se encuentre en el la República de Panamá con el único fin de proseguir sus estudios o formación práctica, no pueden someterse a imposición en Panamá, siempre que dichas cantidades procedan de fuentes situadas fuera de la República de Panamá.

En estos casos, los ingresos que reciban los profesores, estudiantes o aprendices residentes del otro Estado Contratante no podrán quedar sujetos a la retención del quince por ciento (15%) a que se refiere el artículo 701 (g) en materia de Impuesto sobre la Renta, ni a la obligación tributar en base al artículo 700 del Código Fiscal, ni a las reglas aplicables a los patronos en materia de retenciones del Impuesto sobre la Renta aplicable a los salarios, sueldos y emolumentos similares, por un período de dos (2) años.

Artículo 21 (Otros Ingresos)

Las rentas de un residente del otro Estado Contratante, cualquier que fuese su procedencia, no mencionadas en los anteriores artículos del Convenio para Evitar la Doble Imposición, se someterán a impuestos únicamente en el otro Estado Contratante (es decir, no quedan sujetos a impuestos en la República de Panamá). No obstante lo anterior, las ganancias obtenidas en loterías oficiales podrán someterse a imposición en el Estado Contratante donde se obtengan.

Sin embargo, la República de Panamá tendría derecho a exigir impuesto a un residente del otro Estado Contratante, cuando el beneficiario de dichas rentas, realice en la República de Panamá una actividad empresarial por medio de un "establecimiento permanente" o "sucursal" situado en la República de Panamá o presta servicios profesionales independientes por medio de una "oficina fija" establecida en la República de Panamá y el derecho o bien por el que se pagan las

rentas esté vinculado efectivamente con dicho "establecimiento permanente" o con dicha" "oficina fija". En tal caso, son aplicables las disposiciones del artículo 7 o del artículo 14, según proceda.

Artículo 22 (Imposición al Capital o Patrimonio)

El patrimonio constituido por "bienes inmuebles" según se definen en el artículo 6 de la Convención, que posea un residente del otro Estado contratante y que esté situado en la República de Panamá, puede someterse a imposición en la República de Panamá.

El patrimonio constituido por "bienes muebles" que formen parte del activo de un "establecimiento permanente" que una empresa del otro Estado Contratante posea en la República de Panamá, o de bienes muebles que pertenezcan a una "oficina fija" que un residente del otro Estado contratante en la República de Panamá, puede someterse a imposición en ese Panamá.

El patrimonio constituido por buques o aeronaves explotados por una empresa de un Estado contratante en tráfico internacional, así como por bienes muebles afectos a la explotación de tales buques y aeronaves, sólo puede someterse a imposición en el Estado contratante del que la empresa sea residente. Así las cosas, si dicha empresa no es residente en la República de Panamá, entonces dichos buques y aeronaves, así como los bienes muebles afectos a su explotación, no podrán sujetarse a impuestos en la República de Panamá.

Todos los demás elementos patrimoniales de un residente de un Estado contratante sólo puedan someterse a imposición en ese Estado.

Lo anterior significa que en materia de Impuesto de Inmuebles, Impuesto de Avisos de Operación (antes Impuesto de Patentes) y el Impuesto de Entidades Bancarias establecidos en la ley panameña no se verán afectados producto de este tipo de Convenio. Decimos lo anterior porque el Impuesto de Inmuebles sólo grava las propiedades inmuebles localizadas físicamente en Panamá, mientras que los otros dos (2) afectan exclusivamente los activos o patrimonio neto que posea un contribuyente establecido en Panamá, lo que requiere en el caso de entidades extranjeras que su presencia en el país se materialice a través de una "sucursal" o "establecimiento permanente" en Panamá.

Artículo 23 (Métodos para Eliminar la Doble Imposición)

La doble imposición se evitará bien de conformidad con las disposiciones impuestas por la legislación interna de los Estados Contratantes o conforme a las siguientes disposiciones:

Artículo 23 A (Método de Exención del Ingreso Extranjero)

Cuando un residente del otro Estado Contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, con arreglo a las disposiciones de este Convenio puedan someterse a imposición en la República de Panamá, el Estado Contratante mencionado en primer lugar permitirá, dentro de las limitaciones establecidas a continuación, la exoneración de dichas rentas o elementos patrimoniales.

Cuando un residente del otro Estado Contratante obtenga categorías de rentas que según los artículos 10, 11 y 12 de la Convención, puedan ser sometidos a imposición en la República de Panamá, el Estado Contratante mencionado en primer lugar permitirá como deducción del impuesto que deba pagar en dicho Estado, una suma igual al impuesto pagado en la República de Panamá. Esta deducción no podrá exceder no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta, calculados antes de la deducción, que corresponda a dichas rentas obtenidas en la República de Panamá.

Cuando con arreglo a cualquier disposición de este Convenio las rentas obtenidas por un residente de un Estado Contratante o el patrimonio que posea estén exentos de impuestos en dicho Estado Contratante, éste podrá, no obstante, tomar en consideración las rentas o el patrimonio exentos para calcular el impuesto sobre el resto de las rentas o el patrimonio de ese residente.

De conformidad con el artículo 694 del Código Fiscal, Panamá limita la aplicación del Impuesto sobre la Renta a operaciones que tengan algún vínculo o nexo territorial con operaciones, actividades o inversiones realizadas en el territorio Panameño. Por lo tanto, no se exige el Impuesto sobre la Renta obtenido por contribuyentes que residen en Panamá, por aquella parte de sus ingresos que se generen en otros países.

En este sentido, lo más conveniente sería que Panamá se comprometa a utilizar el método de la Exención del Ingreso Extranjero como método para eliminar la doble tributación, siguiendo la solución doméstica adoptada en el Código Fiscal para estos casos.

Cabría aclarar que para la República de Panamá no importa si el ingreso o renta se considera como un "ingreso activo" o un "ingreso pasivo", siempre que el ingreso se genere en el extranjero, no existiría la obligación de pagar Impuesto sobre la Renta, por lo que no es necesario limitar la exención o establecer un método de reconocer un crédito por el impuesto pagado en el otro Estado Contratante en concepto de dividendos, intereses o regalías,

porque Panamá los exime a todas dichas categorías de tributar.

Artículo 23 B (Método de Crédito del Impuesto Extranjero)

Cuando un residente del otro Estado Contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que, con arreglo a las disposiciones de este Convenio puedan someterse a imposición en la República de Panamá, el Estado Contratante mencionado en primer lugar permitirá, dentro de las limitaciones impuestas por su legislación interna otorgar:

- la deducción del impuesto sobre la renta de ese residente por un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en la República de Panamá;
- (2) la deducción del impuesto sobre el patrimonio de ese residente por un importe igual al impuesto pagado en la República de Panamá sobre esos elementos patrimoniales;
- (3) la deducción del impuesto sobre sociedades efectivamente pagado por la sociedad que reparte los dividendos en la República de Panamá, correspondiente a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan, de acuerdo con su legislación interna.

Sin embargo, dicha deducción no podrá exceder de la parte del impuesto sobre la renta o del impuesto sobre el patrimonio, calculados antes de la deducción, correspondiente a las rentas o a los elementos patrimoniales que puedan someterse a imposición en el otro Estado Contratante.

Cuando con arreglo a cualquier disposición de este Convenio las rentas obtenidas por un residente de un Estado Contratante o el patrimonio que posea estén exentos de impuestos en dicho Estado Contratante, éste podrá, no obstante, tomar en consideración las rentas o el patrimonio exentos para calcular el impuesto sobre el resto de las rentas o el patrimonio de ese residente.

Con respecto a este método para eliminar la doble tributación internacional, consideramos que éste es el tipo de solución que propondrían la mayoría de los países interesados en suscribir un Convenio de este tipo con la República e Panamá.

Esto significa que el Impuesto sobre la Renta pagado en Panamá, sea bajo el sistema de declaración jurada o bajo el sistema de retenciones en sus múltiples modalidades, podrán rebajarse del monto del impuesto que el residente de este otro Estado Contratante deba pagar por esos ingresos o rentas en Panamá.

Merece especial mención el hecho de que hasta el Impuesto sobre la Renta pagado por una subsidiaria panameña de propiedad de un accionista residente del otro Estado Contratante, podría acreditarse por parte de dicho accionista, contra el Impuesto sobre la Renta que tuviese que pagar en el otro Estado sobre los dividendos recibidos de la subsidiaria panameña.

Artículo 24 (No Discriminación)

Los nacionales del otro Estado contratante no estarán sometidos en la República de Panamá a ningún impuesto ni obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de la República de Panamá que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia. No obstante lo dispuesto en el artículo 1 con respecto a los beneficios de esta Convención, la presente disposición se aplicará también a las personas que no

sean residentes de uno o de ninguno de los Estados contratantes.

Los "establecimientos permanentes" que una empresa de un Estado contratante tenga en la República de Panamá no estarán sometidos a imposición en Panamá de manera menos favorable que las empresas de la República de Panamá que realicen las mismas actividades. Esta disposición no podrá interpretarse en el sentido de obligar a la República de Panamá a conceder a los residentes del otro Estado contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares.

Los intereses, cánones y demás gastos pagados por una empresa de la República de Panamá a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubiera pagado a un residente de la República de Panamá. Igualmente, las deudas de una empresa de la República de Panamá contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio sometido a imposición de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente de la República de Panamá. Se exceptúan de esta regla las disposiciones del apartado 1 del artículo 9 del apartado 7 del artículo 11, o del apartado 6 del artículo 12.

Las empresas de la República de Panamá cuyo capital esté, total o parcialmente poseído o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado contratante, no se someterán en la República de Panamá a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidas otras empresas similares de la República de Panamá. Las disposiciones del presente artículo se aplican a todos los impuestos cualquiera que sea su naturaleza o denominación.

Artículo 25 (Procedimiento de Solución de Controversias)

Cuando una persona considere que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes implican o pueden implicar para ella una imposición que no esté conforme con las disposiciones del presente Convenio, con independencia de los recursos previstos por el derecho interno de esos Estados, podrá someter su caso a la autoridad competente del Estado contratante del que sea residente o, si fuera aplicable el apartado 1 del artículo 24, a la del Estado contratante del que sea nacional. El caso deberá plantearse dentro de los tres años siguientes a la primera notificación de la medida que implique una imposición no conforme a las disposiciones del Convenio.

La autoridad competente, si la reclamación le parece fundada y si no puede por sí misma llegar a una solución satisfactoria, hará lo posible por resolver la cuestión mediante un acuerdo amistoso con la autoridad competente del otro Estado contratante, a fin de evitar una imposición que no se ajuste a este Convenio. El acuerdo será aplicable independientemente de los plazos previstos por el Derecho interno de los Estados contratantes.

Las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por resolver las dificultades o las dudas que plantee la interpretación o aplicación del Convenio mediante un acuerdo amistoso. También podrán ponerse de acuerdo para tratar de evitar la doble imposición en los casos no previstos en el Convenio.

Las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán comunicarse directamente entre sí a fin de llegar a un acuerdo en el sentido de los apartados anteriores. Cuando se considere que este acuerdo puede facilitarse mediante un intercambio verbal de opiniones, éste podrá realizarse a través de una comisión compuesta por representantes de las autoridades competentes de los Estados contratantes.

Artículo 26 (Intercambio de Información)

Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información necesaria para aplicar la dispuesto en el presente Convenio o en el Derecho interno de los Estados contratantes relativo a los impuestos comprendidos en el Convenio en la medida en que dicha imposición no sea contraria al Convenio.

La información recibida por un Estado contratante será mantenida secreta en igual forma que la información obtenida basándose en el Derecho interno de ese Estado y sólo se comunicará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la gestión o recaudación de los impuestos comprendidos en el Convenio, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a dichos impuestos, o de la resolución de los recursos relativos a los mismos. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines. Podrán revelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.

En ningún caso, estas disposiciones podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

- adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante;
- (2) suministrar información que no se pueda obtener en virtud de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal o de las del otro Estado contratante;
- (3) suministrar información que revele secretos comerciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o información cuya comunicación sea contraria al orden público (ordre public).

Artículo 27 (Miembros de Misiones Diplomáticas y Consulares)

Las disposiciones del presente Convenio no afectarán a los privilegios fiscales de que disfruten los miembros de las misiones diplomáticas o de las oficinas consulares de acuerdo con los principios generales del Derecho internacional o en virtud de las disposiciones de acuerdos especiales.

Artículo 28 (Entrada en Vigor)

Cada uno de los gobiernos de los Estados contratantes notificará al otro que se han cumplido los procedimientos legales internos para la entrada en vigor del presente Convenio.

El Convenio entrará en vigor en la fecha de recepción de la última notificación a que se refiere el apartado 1 y sus disposiciones surtirán efecto respecto de los impuestos sobra la renta o sobre el patrimonio, que sean exigibles a partir del 1 de enero del año civil siguiente al de la entrada en vigor del Convenio.

Artículo 29 (Denuncia)

El Convenio permanecerá en vigor en tanto no se denuncie por uno de los Estados contratantes. Cualquiera de los Estados contratantes podrá denunciar el Convenio por vía diplomática, transcurrido un plazo de cinco años a partir de la fecha de su entrada en vigor, notificándolo por escrito al menos con seis meses de antelación al término de cualquier año civil. En tal caso, el Convenio dejará de surtir efecto respecto de los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, que sean exigibles a partir del 1 de enero del año civil siguiente a aquél en que se comunique la denuncia.

CONCLUSIONES

VENTAJAS

- (a) Los inversionistas y empresas residentes en el Otro Estado Contratante podrán beneficiarse de la aplicación de una serie de reglas y principios ampliamente reconocidos en el Derecho Comparado Internacional, sin tener que someterse a reglas casuísticas y particulares aplicadas en la República de Panamá y que afectan la inversión extranjera directa.
- (b) Las cláusulas pactadas en un Convenio para Evitar la Doble Imposición aportan seguridad jurídica en materia tributaria a los negocios e inversiones realizadas por inversionistas y empresas residentes en el Otro Estado Contratante. Es decir, para los inversionistas y empresas residentes en el Otro Estado Contratante, las reglas del Convenio tienen primacía sobre las modificaciones al sistema tributario de Panamá que podrían introducirse periódicamente los gobiernos nacionales a través de reformas fiscales y tributarias.
- (c) En virtud de las reglas del Convenio para Evitar la Doble Imposición se reduce el costo adicional soportado por los inversionistas y empresas panameñas al realizar pagos al extranjero a inversionistas y empresas del

Otro Estado Contratante, que de otra forma estarían sujetos a la retención del impuesto sobre remesas al exterior. En este sentido, se parte de la premisa económica de que, en muchos casos, el monto del impuesto retenido debe ser asumido por la empresa local en base a los términos contractuales pactados.

- (d) Al suscribir un Convenio para Evitar la Doble Imposición, el Otro Estado Contratante debe conceder a las rentas o ingresos obtenidos en la República de Panamá el tratamiento previsto en dicho instrumento, con lo cual se elimina la aplicación de medidas fiscales discriminatorias como las listas negras, retenciones excesivas o las prohibiciones de reconocer como deducibles gastos o costos relacionados con operaciones vinculadas con la República de Panamá.
- (e) La Administración Tributaria de la República de Panamá tendrá acceso a la información fiscal que repose en la Administración Tributaria del Otro Estado Contratante, con lo cual podrá corroborar si efectivamente la información declarada por los inversionistas o empresas residentes del Otro Estado Contratante en Panamá, o por las filiales o subsidiarias de éstos constituidas en la República de Panamá, es consistente o coherente frente a la información fiscal presentada en su Estado de residencia (por ejemplo: ingresos por intereses, ingresos por regalías, reembolso de gastos, precios de transferencia, entre otros).

DESVENTAJAS

(a) La República de Panamá restringe su potestad tributaria sobre aquellas rentas obtenidas por inversionistas o empresas residentes en el Otro Estado Contratante, lo cual

- conlleva la reducción de los ingresos fiscales obtenidos por el Fisco Nacional, sobre todo en materia de remesas al exterior y demás ingresos obtenidos por no residentes. Esto se traduce en mejores condiciones para la inversión extranjera directa en la República de Panamá.
- (b) La República de Panamá renunciaría a la posibilidad de aplicar la Ley No. 58 de 2002 (Ley de Retorsión) en contra de aquellos inversionistas o empresas residentes en el Otro Estado Contratante.
- (c) La República de Panamá se obliga a suministrar información tributaria a la Administración Tributaria del Otro Estado Contratante sobre cierto tipo de rentas obtenidas en Panamá por inversionistas o empresas residentes del otro Estado Contratante o a través de subsidiarias o filiales panameñas pertenecientes a inversionistas o empresas residentes del Otro Estado Contratante.
- (d) La República de Panamá tendrá que invertir en la capacitación de técnicos o la contratación de especialistas conocedores de la operación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición y de la técnica de los Precios de Transferencia, toda vez que se trata de temas que se apartan del desarrollo tradicional del sistema tributario de Panamá.
- (e) Los ahorros obtenidos por los inversionistas y empresas residentes del Otro Estado Contratante, con motivo de impuesto dejado de pagar en la República de Panamá, serán recaudados por la Administración Tributaria del Otro Estado Contratante, a menos que se negocie una cláusula de reconocimiento del crédito por el impuesto exonerado en el país de la fuente o "tax sparing".



NECESIDAD
DE UN TRIBUNAL
TRIBUTARIO
EN PANAMA

Conferencia dictada en la Reunión Mensual del Colegio de Contadores Públicos Autorizados de Panamá el 5 de marzo de 2008 en el Hotel Marriot Panamá, Salón Campo Alegre A

Publio Ricardo Cortés C.

SUCRE, ARIAS & REYES

Muy buenas tardes,

- Licenciado Milton Ayón, Presidente del Colegio de Contadores Públicos Autorizados de Panamá.
- Licenciado Darío González, Tesorero de la Junta Directiva del Colegio de Contadores.
- Licenciado Gabriel Dutari, Ex Presidente del Colegio de Contadores.
- Licenciada Yolanda Oglivie, Rectora de la Universidad Especializada del Contador Público Autorizado.
- Licenciado Víctor Palma, Decano General de la Universidad Especializada del Contador Público Autorizado.
- Estimados Profesionales que participan en este evento.

Sean mis primeras palabras para expresar mi gratitud al Colegio de Contadores Públicos Autorizados de Panamá, por haberme extendido la invitación que me tiene ante Uds. el día de hoy, compartiendo agradablemente, en torno a un tema que es de mucha relevancia para la modernización del Estado.

Sentimos que este tema es importante, principalmente desde la óptica de la seguridad jurídica que desde la Administración Pública se debe ofrecer a los ciudadanos, dentro del rol de colaborador del sector privado en la generación de riqueza, que es el papel que mayoritariamente los panameños le otorgamos al Estado.

Al hablar de la "Necesidad de un Tribunal Tributario en Panamá", lo primero que debemos analizar es la situación de lo que tenemos hoy, concentrándonos principalmente en la administración de justicia tributaria, cuya primera etapa se cumple en el Ministerio de Economía y Finanzas, que es el tronco principal del sistema.

Ello sin desconocer que también se ejerce justicia tributaria, partiendo de otras instituciones como la Caja de Seguro Social, Municipios, etc. Creemos, sin embargo, que las ideas que expondremos aquí, podrían también servir de referencia para dichas instituciones.

Conociendo la situación actual de la Justicia Tributaria que parte del Ministerio de Economía y Finanzas, tendremos algunas ideas de referencia que nos podrán decir si se justifica o no la creación de un Tribunal Tributario en Panamá y podremos visualizar algunas de sus características.

Hemos utilizado la expresión:

"justicia tributaria <u>que parte</u> del Ministerio de Economía y Finanzas" porque,

comos sabemos,

...ante dicha entidad del Estado, solamente se cumple la primera etapa de ese sistema, es decir, la que se denomina "Vía Gubernativa". Luego de allí el debate se traslada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Recordar el anterior dato es relevante, porque cualquier esfuerzo de análisis objetivo de la Justicia Tributaria, debe tomar en cuenta que muchos de los problemas que ella enfrenta, no son exclusivos del sistema administrativo tributario.

Hay una frase muy repetida que dice: "EN OCASIONES POR ESTAR MIRANDO EL ARBOL PERDE-MOS LA VISTA DEL BOSQUE"

Trasladando ese concepto a nuestra realidad cotidiana, podríamos decir que muchos de los Contadores y Abogados que constantemente llevamos casos de contribuyentes ante la Dirección General de Ingresos, podríamos pensar que los problemas de la Justicia Tributaria son particulares de nuestro ambiente. Sin embargo, la realidad es que muchos son compartidos con debilidades propias de todo el sistema de Justicia Administrativa, sea que ésta se aplique desde el MIDA, en el Ministerio de Salud o en la Jurisdicción Coactiva del Banco Nacional de Panamá.

Debido a lo anterior, en la primera parte de esta conferencia les hablaré de algunos de los problemas de la Justicia Contencioso Administrativa, para que veamos el bosque dentro del cual está inmerso el árbol de la Justicia Tributaria.

La palabra "contencioso" significa "litigio" o "disputa". Cuando decimos "Contencioso Administrativo", nos es-

tamos refiriendo a aquellos "litigios" o "disputas judiciales", donde las partes son los ciudadanos o administrados y el Estado. Por lo tanto, la Justicia Contencioso Administrativa resuelve los litigios entre el Estado y los administrados. Su objetivo es ponerle un freno y corregir las actuaciones de la Administración Pública cuando violan la Ley.

El solo hecho de que el Estado sea parte interesada en estos contenciosos, ha generado desde el Siglo XIX muchos debates de Derecho Constitucional, por cuanto había la posición extrema que sostenía que por respeto al principio de separación de poderes del Estado, las actuaciones del Órgano Ejecutivo, es decir, de la Administración Pública, no podían ser revisadas por otro órgano del Estado.

Es por ello que en el modelo francés original del Contencioso Administrativo, y que persiste hoy con variantes importantes, la decisión final sobre la legalidad de los actos administrativos recae en un ente denominado "Consejo de Estado", debajo del cual hay toda una estructura jurisdiccional administrativa, diferente a la del Órgano Judicial, donde la propia Administración Pública ejerce el control de la legalidad de sus actos.

Mientras que en el otro extremo del debate encontramos modelos como el alemán, posterior a la Segunda Guerra Mundial, donde el control de la legalidad está en manos del Órgano Judicial.

En Panamá ese debate pasó en la práctica de un modelo al otro. Desde 1924 hasta los años 40 la posición de la Corte Suprema de Justicia, era que la Corte no podía revisar la legalidad de los actos administrativos, por respeto al principio de separación de poderes y porque no se había creado la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Con posterioridad, al amparo de la Constitución de 1941, en el año 1943, bajo la guía jurídica del Dr. José Dolores Moscote, se crea en Panamá la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que debía ser ejercida de forma centralizada por un tribunal especializado, denominado "Tribunal de lo Contencioso Administrativo", cuyas decisiones podían ser revisadas por la Corte Suprema de Justicia. En el año 1946 se le da total independencia a este tribunal, eliminando la potestad de la Corte para revisar sus decisiones.

Sin embargo, a partir de 1956 se eliminó este tribunal especializado y la Jurisdicción Contencioso Administrativa se incorpora a la Corte Suprema de Justicia, como una Sala de la misma, tal como sigue hasta hoy. En el camino, de forma supuestamente transitoria, a esa Sala de la Corte también se le otorgó competencia para decidir los temas de casación laboral.

Tenemos entonces, que lo que comenzó como una jurisdicción especializada, separada del Órgano Judicial, con un tribunal centralizado que resolvería solamente los litigios entre el Estado y los administrados, acabó siendo una Sala de la Corte, donde los Magistrados -al ser parte del Pleno de la Corte-- también tienen que resolver problemas de Derecho Constitucional como Amparos y Habeas Corpus; problemas de Derecho del Trabajo. Incluso, el Presidente de la Sala Tercera hace parte de la Sala Cuarta de Negocios Generales, donde se atienden asuntos de Derecho Internacional Privado y asuntos administrativos del Órgano Judicial.

Solo lo anterior sería suficiente para afirmar que la Sala Tercera de la Corte, tiene motivos para estar congestionada de casos. Pero a ello hay que agregar que el tamaño de la administración pública y del desarrollo económico de nuestros días, es totalmente diferente a lo que había en las décadas de los años 40 y 50, cuando se fijaron las bases vigentes del sistema.

En virtud de lo anterior, comienza a ser cuestionable el mantener la Jurisdicción Contencioso Administrativa centralizada en un solo tribunal, adosado a la Corte Suprema de Justicia. Sobre este punto queremos hacer algunos comentarios puntuales para completar la visión del problema:

- 1. No es cierto que el único modelo posible sea que la Justicia Contencioso Administrativa esté concentrada en un solo tribunal. Tanto en Francia, como en España y en Colombia, existen tribunales y juzgados inferiores, Contencioso Administrativos, que van resolviendo los casos dependiendo de la materia y de las circunscripciones geográficas. A nivel superior solo llegan los casos más relevantes.
- 2. Hablando de Colombia, para que tengamos una idea, el Consejo de Estado tiene una Sala de lo Contencioso Administrativo, formada por 23 Consejeros y se divide en 5 secciones. En materia de impuestos la Sección 4ta., formada por 4 Consejeros, se ocupa de las acciones de simple nulidad.
- Siguiendo con Colombia hay un dato histórico que se relaciona con Panamá y que es de mucha relevancia. Pese a diversos antecedentes, el Contencioso Administrativo de Colombia formalmente se crea en una Ley de 1913, aunque ha sido modificado desde entonces. Para esa fecha ya Colombia contemplaba un Tribunal Supremo y OCHO (8) tribunales seccionales de lo contencioso administrativo, con sedes en diversas regiones del país. Como todavía en 1913 Colombia no había reconocido la independencia de Panamá, uno de esos OCHO (8) tribunales, con sede en Cartagena, tenía supuestamente jurisdicción en los Departamentos de Panamá, Bolívar, Atlántico, Magdalena y en las

Intendencias de Chocó y Providencia. RESALTAMOS QUE EN LA VISIÓN COLOMBIANA DE 1913, PANAMÁ SOLO ERA UNA PARTE PEQUEÑA DE UN TRIBUNAL SECCIONAL. Posteriormente en 1941, se estableció un nuevo régimen de lo Contencioso Administrativo para Colombia, que también contemplaba tribunales inferiores en la capital de cada Departamento. Esa Ley colombiana estaba vigente cuando en Panamá se aprobó en 1943, la Ley 135, redactada por Moscote, donde se crea el sistema panameño basado en un solo tribunal para todo el país. Frente a esos datos nos preguntamos entonces: ¿Por qué José Dolores Moscote, nacido y graduado de Derecho en Cartagena, miembro destacado de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, y -SOBRE TODO-- conocedor del sistema colombiano que tenía varios tribunales contencioso administrativos inferiores en el país, concibió para Panamá en 1943, un sistema CON UN SOLO TRIBUNAL para todo el país? Nos atrevemos a especular una respuesta: Suponemos que Moscote pensó que si en Colombia había un tribunal para cada Departamento y Panamá había sido un Departamento de Colombia, entonces solo se justificaba un solo tribunal para este territorio tan pequeño. Si ese fue el enfoque, probablemente se hizo lo correcto para ese tiempo. PERO HOY, ESTIMADOS AMIGOS, EL PAÍS ES MUY DIFERENTE Y EL ES-QUEMA YA NO FUNCIONA. ASÍ COMO DEBEMOS AGRADECER A MOSCOTE EL VALOR DE CREAR UNA JURISDICCIÓN NUEVA Y SALUDABLE EN LOS AÑOS 40, NUESTRA GENERACIÓN DEBERÍA TENER EL VALOR DE ENFRENTAR LA NECESARIA REFORMA CONS-

TITUCIONAL PARA ADAPTAR DI-CHA INSTITUCIÓN AL SIGLO XXI.

El otro problema que sobresale dentro de nuestro sistema Contencioso Administrativo y que tiene origen en su raíz francesa, es el exceso de prerrogativas que tiene el Estado.

Veamos CINCO (5) ejemplos:

- 1. En la vía gubernativa la Administración tradicionalmente se reserva excesivos poderes discrecionales que conciben un sistema totalmente desequilibrado, con la excusa de que el Estado representa los intereses de la colectividad y que por ello puede hasta abusar del administrado. Es justo decir que a partir del año 2000, con la aprobación de la Ley 38, que establece las reglas del procedimiento administrativo, se han dictado normas que limitan estos abusos. Sin embargo, muchas veces la práctica administrativa supera a la Ley escrita.
- 2. Desde el punto de vista procesal el Estado no puede ser condenado en costas en la Sala Tercera, a pesar de que se compruebe que se cometió una flagrante violación de la Ley. Es decir que ni los funcionarios ni el Estado afrontarán consecuencias por su actuar ilegal.
- 3. En materia tributaria, siguiendo el mismo criterio de la legislación colombiana, se instauró en nuestro contencioso administrativo el principio "solve et repete", (pague y reclame), el cual no fue derogado en Panamá hasta el año 1996.
- 4. Hay una norma del procedimiento contencioso administrativo que impide la suspensión de los actos administrativos en materia de monto, atribución y pago de impuestos; la cual recientemente ha sido reinterpretada

- por la Corte para permitir la suspensión en ciertos casos. Sin embargo, es evidente el trato preferente al Estado en la redacción de la norma.
- 5. Podemos mencionar también los procesos de cobro por Jurisdicción Coactiva otorgada a varias instituciones públicas, donde el Estado es Juez y parte. Incluso cuando los casos de la Jurisdicción Coactiva se llevan a decisión ante la Sala Tercera de la Corte. hay datos que muestran el desequilibrio. Por ejemplo, la semana pasada participé representando a un banco acreedor hipotecario, en una audiencia de levantamiento de embargo en la Sala Tercera, contra la Jurisdicción Coactiva de la CSS. Resulta que tanto la Procuraduría de la Administración como la CSS, participan en el proceso y ambos presentaron argumentos contra el administrado. En buen panameño, estamos hablando de una pelea de dos contra uno. Aunque no puedo dejar de decir que tengo fe en que podemos ganar el caso, creo que esa falta de equidad se debe acabar en el sistema.

En resumen, hemos destacado dos graves problemas de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a saber:

- El congestionamiento de casos cuando se llega a la etapa judicial, porque mantenemos un único tribunal para todos los problemas contencioso administrativos del país, además de que dicho tribunal comparte sus labores con otros temas que no son contencioso administrativos.
- Una visión excesivamente autoritaria en la vía Gubernativa de la relación Administración- Administrado, donde el Estado muchas veces avasalla al ciudadano con un abuso de la discrecionalidad, am-

parado en el escudo de la demora del control judicial, lo cual le deja las manos libres, al menos por un buen tiempo.

Para que veamos que este es un tema que no es puramente teórico, pongo sobre la mesa el caso de la concesión del Hotel Playa Bonita, que fue decidido la semana pasada por la Sala Tercera de la Corte en contra del Estado.

No haré ningún comentario ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, porque no es el objeto de esta conferencia. Solamente llamo la atención sobre la DEMORA EN LAS DECISIONES DE LA SALA TERCERA. En este caso una decisión administrativa de la ARI, emitida en 2003, mediante la cual se adjudica una licitación para otorgar la concesión sobre un terreno, resulta ahora revocada por la Corte, CINCO (5) AÑOS DESPUÉS, cuando el hotel proyectado sobre ese terreno, está construido y en plena explotación.

Como no pueden demoler el hotel, ahora lo que se produce es que el Estado debe pagar una indemnización a la parte que ganó el caso. Este es un ejemplo de que el sistema Contencioso Administrativo está en crisis y no camina al ritmo de la inversión privada.

En fin...

¿Qué consecuencia tiene para la Justicia Tributaria este estado de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

En nuestra opinión, al menos se producen los siguientes efectos:

- Tanto la Administración Tributaria como los contribuyentes, somos concientes que esperar por una solución de los conflictos en la vía judicial, es una salida muy lejana.
- De parte de la Administración Tributaria esto genera un sentido de poco temor ante el control judicial de la legalidad de sus actos, por-

que se sabe que resulta muy difícil y distante que sus actuaciones sean revocadas por la Corte. Eso amplía el margen de la discrecionalidad que es muchas veces camino seguro hacia la violación de los derechos de los contribuyentes. Y ESTO HA SIDO ASÍ POR DÉCADAS, NO SE TRATA SOLO DEL PRESENTE.

 De parte del contribuyente la poca esperanza en el control judicial, motiva que muchas veces se acepten decisiones injustas, ilegales o arreglos de pagos mal concebidos, porque la demora del sistema de justicia provoca que se considere que sea mejor un mal arreglo, que un juicio incierto y lejano... Y MÁXIME CUANDO LOS INTE-RESES SOBRE LA DEUDA TRIBU-TARIA SIGUEN CORRIENDO.

Ahora nos ocuparemos de hacer algunos comentarios del estado actual del procedimiento fiscal en la Vía Gubernativa, que se tramita ante la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas.

Aunque existen varios trámites que pueden seguir decisiones administrativas en materia de impuestos, los cuales serían susceptibles de impugnación ante la Sala Tercera de la Corte, nos concentraremos, como guía de explicación, en el procedimiento de liquidación adicional de impuestos que se inicia con una resolución de la Administración Provincial de Ingresos, la cual puede ser objeto de Recurso de Reconsideración ante la misma entidad y luego de recurso de apelación ante la Comisión de Apelaciones de la DGI. Después de lo cual, agotada esta Vía Gubernativa, se podría llevar el caso ante la Sala Tercera de la Corte.

Lo primero que hay que decir es que la gran mayoría de estas normas conciben

un proceso que corresponde a otra época. Si bien muchas normas han sido reformadas y modernizadas a través del tiempo, el tronco principal del Procedimiento Fiscal todavía corresponde a los años 50, cuando el factor de referencia procesal era el Código Judicial de 1917, cuya inspiración doctrinal ya ha sido superada, principalmente a partir del nuevo Código Judicial de 1987 y sus reformas.

Dicho de otra forma, el proceso judicial que se aplica en los juzgados civiles y penales, el cual es objeto de críticas por la ciudadanía, en muchos aspectos es técnicamente más moderno que el Procedimiento Fiscal. Lo mismo podemos decir de las reglas del Procedimiento Administrativo de la Ley 38 de 2000.

Siendo un poco más concretos, debemos decir que tanto las normas como algunas prácticas administrativas tradicionales de la Administración Fiscal, violan flagrantemente la Garantía del Debido Proceso concedida a todos los ciudadanos por la Constitución Política y que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia del Pleno Corte Suprema de Justicia.

Veamos algunos ejemplos:

La decisión de primera y segunda instancia administrativa en el procedimiento de liquidación adicional tributario, es tomada por un Juzgador que no es independiente. De acuerdo a la Ley como está, tanto los Administradores Provinciales de Ingresos, como los miembros de la Comisión de Apelaciones, son funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas, de la Dirección General de Ingresos, que administrativamente están ligados a los superiores de Despacho. En el caso de la Comisión de Apelaciones esa realidad se hace patente, cuando se observa que el Director General de Ingresos tiene derecho a voz en las

- deliberaciones de los casos que allí se deciden. Si bien esa facultad puede o no ejercerse, la sola posibilidad legal de que esto ocurra, es una prueba de la falta de independencia de este tribunal administrativo.
- 2. La garantía de acceso a la prueba para ejercer la defensa del contribuyente está limitada en ciertos aspectos importantes. Un ejemplo claro de ello es el artículo 1239 del Código Fiscal. Según esa norma, desde que el contribuyente se notifica de una liquidación adicional, tiene derecho a pedir una "relación exacta y detallada del objeto sobre el cual se ha emitido la resolución". Es decir, que el contribuyente tiene derecho a que le informen los motivos concretos, jurídicos y contables, en que se sustenta el alcance. Eso tiene lógica, porque es básico en la Garantía del Debido Proceso, que el contribuyente deba saber de qué se le acusa, para poderse defender. También se dice que los funcionarios están obligados a responder tal petición en CINCO (5) días. Hasta allí vamos bien. Sin embargo, después la disposición establece que la petición de la relación exacta y detallada, no suspende el término para sustentar cualquier acción o recurso. ES DE-CIR, QUE SI EL FUNCIONARIO NO LE ENTREGA AL CONTRIBUYEN-TE LA INFORMACIÓN, EL CON-TRIBUYENTE DEBE PRESENTAR SU RECURSO A CIEGAS, PORQUE PUEDE QUE NO SEPA EL DETALLE DEL POR QUÉ SE LE ACUSA. Esto es inaceptable.
- 3. En la línea de la idea anterior, por décadas en la Administración Fiscal se ha dado la práctica de no sustentar de forma clara las resoluciones, lo cual viola la Garantía del Debido Proceso, por cuanto se exige que las

- resoluciones deban ser MOTIVADAS. Ello es necesario, porque al conocer los MOTIVOS del Fisco, el contribuyente podrá saber de qué se le acusa y podrá defenderse mejor. Es común encontrar resoluciones de liquidación adicional de tributos, que solamente dicen que de acuerdo al artículo X ó Y del Código Fiscal, en este caso la empresa Z debe pagar impuestos adicionales, pero sin hacer un análisis detallado de cómo la situación de hecho que se tiene entre manos, se subsume en la norma de derecho invocada.
- 4. Otro ejemplo de la infracción del Debido Proceso lo encontramos en materia de la Prueba Testimonial. Según el artículo 1216 del Código Fiscal, los testimonios solamente podrán consistir en declaraciones extra juicio, que se rindan ante un Juez de Circuito o Notario. Es decir, que si yo llevo testigos que son clientes de mi empresa ante la Administración Fiscal, para probar, por ejemplo, desde qué mes mi negocio les empezó a rendir servicios, no los puedo llevar ante el funcionario que decide el caso para que declaren y sean repreguntados, si lo estima necesario, sino que debo llevarlos a una Notaría y después traer el acta a la Administración Tributaria como una prueba documental. cierto que la norma permite que el funcionario encargado, A SU DIS-CRECIÓN, permita que esos testimonios se ratifiquen o amplíen ante la Administración. Sin embargo, en un sistema procesal normal esta forma de manejar la prueba testimonial es INACEPTABLE. Lo correcto es que el testigo desde el día uno se presente ante quien va a tomar la decisión y diga de frente lo que debe decir, sometiéndose incluso a repreguntas. Eso es lo que en Derecho Procesal se

denomina el principio de INMEDIA-CIÓN de la prueba, es decir, que el Juez debe percibir de forma directa la evidencia sobre los hechos del caso que será decidido.

Las violaciones de la Garantía del Debido Proceso que tiene el Procedimiento Fiscal, deben ser corregidas mediante un procedimiento más moderno, no solo porque es lo más conveniente, sino que existe un mandato internacional en ese sentido que la República está obligada a acatar.

En efecto, como todos sabemos Panamá ha ratificado y es parte de la CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, mejor conocida como el Pacto de San José. El Artículo 8 de dicho acuerdo internacional establece lo siguiente:

"Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. " (El subrayado es nuestro).

Lo que esta disposición nos dice, es que a nivel de Convención Internacional, la República de Panamá ha reconocido que, en materia Fiscal, aplica la Garantía del Debido Proceso.

Como quiera que la jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que esta Convención es parte del Bloque de la Constitucionalidad, es decir, que está en un rango igual a la Constitución Política, dado que se refiere a Derechos Humanos, podemos con toda seguridad afirmar que hay un mandato constitucional claro, de que el procedimiento en materia tributaria debiera cumplir con la Garantía Constitucional del Debido Proceso, cosa que todavía es una tarea pendiente que tenemos como país.

Esa obligación de modificar el procedimiento tributario, para adaptarlo al cumplimiento de la Garantía del Debido Proceso, surge también de la propia convención, dado que en su Artículo 2 se establece el siguiente mandato:

"Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 (el cual incluye las Garantías Judiciales) no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades."

Lo que esta disposición nos está diciendo, es que es una obligación de Panamá, hacer los cambios de Derecho interno necesarios para cumplir con la Garantía del Debido Proceso a favor de los ciudadanos, dentro del Procedimiento Fiscal.

En base a este mandato de un Tratado con rango constitucional que todavía el país no ha cumplido, creo que están dadas las condiciones para establecer un Tribunal Tributario en Panamá, sometido a un procedimiento que cumpla la Garantía del Debido Proceso, en especial, que sea realmente independiente.

Nos preguntamos entonces:

¿CUÁLES DEBERÍAN SER LAS CARACTERÍSTICAS QUE TENDRÍA EL TRIBUNAL TRIBUTARIO EN PANAMÁ? Vamos, a continuación, a abordar este tema desde dos perspectivas. En primer lugar, partiendo de la necesidad de hacer un cambio constitucional. Luego nos referiremos al asunto dentro de la realidad del marco constitucional actual, es decir, tratando de proponer soluciones en caso de que no se pueda cambiar la Constitución.

Si pudiéramos hacer el cambio constitucional lo que corresponde es modificar el numeral 2 del Artículo 206 de la Constitución Política, incluyendo una redacción que permita que la Ley establezca la creación de los Tribunales o Juzgados inferiores de lo contencioso administrativo que resulten necesarios, atendiendo a circunscripciones geográficas o a materias especiales, bajo el entendimiento de que solo los temas de mayor relevancia y cuantía serán llevados ante la Sala Tercera de la Corte para su decisión final.

Con el margen de acción que dejaría abierto una reforma constitucional de esta naturaleza, mediante una Ley se podría crear un **Tribunal Contencioso Administrativo Tributario independiente**, con jurisdicción en todo el país, cuyas decisiones serían finales en ciertas materias y casos de cuantías inferiores que la Ley determine.

Por encima de dichas cuantías y en otras materias, las decisiones serían llevadas en apelación ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia o –incluso— en un extremo ideal, ante un Tribunal Supremo exclusivamente dedicado el tema Contencioso Administrativo, cuya creación también tendría que incluirse en la Constitución Política.

El funcionamiento de este Tribunal Tributario de primera instancia, lo visualizamos con las siguientes características:

1. El procedimiento que debe seguir debe ser ágil y antiformalista, lo cual significa que incluso la apelación que se presente ante la Sala Tercera de la Corte, no debe seguir los rigores se exigen hoy en día en la presentación de los recursos de plena jurisdicción. En todo caso, dicho procedimiento debe cumplir con la Garantía del Debido Proceso, tal cual el Derecho Procesal ya tiene definido. La realización de una audiencia de fondo antes de tomar una decisión sería aconsejable. En dicha audiencia se debería grabar y luego transcribir la intervención de las partes.

- 2. Al haberse cumplido la reforma constitucional, dicho Tribunal Tributario sería parte del Órgano Judicial, lo cual permitiría lograr el máximo de independencia posible dentro de nuestro sistema constitucional, con unos Magistrados que deberían ser elegidos dentro del sistema de carrera judicial del Órgano Judicial, con un mecanismo alejado del control del Órgano Ejecutivo y, en especial, de la tutela del Ministerio de Economía y Finanzas.
- 3. Creo que el Tribunal debería atender los temas tributarios en general, es decir, no solo los contenciosos sobre tributos nacionales recaudados por el Ministerio de Economía y Finanzas, sino también los casos sobre tributos que son recaudados por otras instituciones como la Caja de Seguro Social, los Municipios, Aduanas, IPAT, tasas de entidades públicas que brindan servicios públicos como el Registro Público o la Dirección de Aeronáutica Civil, es decir, en general, todos los conflictos tributarios entre los administrados y las entidades públicas.
- El Tribunal debe ser colegiado, formado por TRES (3) Magistrados, abogados de profesión, con formación y/o experiencia en materia tributaria.
 Deben ser abogados, por cuanto la

- labor de administrar justicia es fundamentalmente una función jurídica.
- 5. Obligatoriedad de que el Tribunal Tributario tenga un cuerpo de respaldo, conformado por Técnicos Tributaristas, Contadores Públicos Autorizados con experiencia en asuntos tributarios y financistas que asesoren técnicamente a los Magistrados en caso de ser necesario.
- 6. Obligatoriedad de que la Dirección General de Ingresos y todos los entes recaudadores mantengan un cuerpo de abogados, apoyados por contadores públicos autorizados, todos expertos en materia tributaria, que sean los que defiendan en nombre de la Administración cada caso ante el Tribunal Tributario y ante la Corte. Es decir, que también se debe pensar en elevar la calidad técnica de la defensa de los intereses del Estado en los litigios tributarios.

Por otra parte, en caso de que no se pudiera realizar una reforma constitucional, tendríamos que tratar de realizar cambios al sistema actual, de manera que no pugne con el esquema constitucional que le otorga exclusividad sobre la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la Corte.

Ese escenario podría abordarse dentro de un esquema muy similar al recientemente creado Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, cuyo funcionamiento es independiente del Ministerio de Economía y Finanzas, pero que se mantiene dentro de la órbita administrativa, porque sus Magistrados son nombrados por el Presidente de la República.

A este Tribunal Administrativo Tributario se le incluirían todas las características ya mencionadas previamente, con la salvedad de que las decisiones no podrían ser consideradas como resoluciones de primera instancia, sino que las mismas tendrían solamente el efecto de agotar la Vía Gubernativa, por lo tanto, serían recurribles ante la Sala Tercera de la Corte.

Personalmente no me parece la mejor alternativa dejar el Tribunal Tributario bajo la égida del Órgano Ejecutivo, porque el tema recaudatorio es tan relevante para un Gobierno, que sería muy debatible el nivel de independencia de los juzgadores. Sin embargo, pese a ello, quizás sería un avance respecto de lo que se tiene hoy en día.

A manera de conclusión nos permitimos decir que felicitamos los esfuerzos de modernización de la fase recaudatoria que adelanta la Dirección General de Ingresos, principalmente en lo que respecta a la aplicación de las tecnologías de la información.

Sin embargo, considero que entre todos también debemos plantearnos, la impostergable modernización de los procedimientos de defensa de los derechos de los contribuyentes frente a una Administración Fiscal cada vez más poderosa, respetando la Garantía del Debido Proceso, por cuanto esa autoridad tributaria también puede cometer errores.

El Tribunal Tributario sería una forma excelente de dar un paso en la dirección correcta para atender esta necesidad.

Con esta reflexión concluimos nuestros comentarios de la tarde de hoy.

Espero que les haya interesado el tema de la misma forma que a mí.

MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN. QUEDAMOS A LA ORDEN PARA CUALQUIER PREGUNTA.

LOS PART-PRENANTS 564 FAMILIAS FRANCESAS QUE RECIBEN UN TRIBUTO DESDE 1587

En ocasiones el autor de estas líneas se ha preguntado si todavía es válido el uso del término tributo que en la tradición de la que formamos parte se divide en impuesto, tasa y contribución especial.

En otros sistemas fiscales el término simplemente cayó en desuso. Tal es el caso del viejo término inglés "tribute" que ya no se usa como el "tributo" español. El término inglés es limitado exclusivamente a referencias de pagos realizados en relación de sumisión de un pueblo a otro, de un pueblo a su gobernante o hacia alguien que merece un honor especial.

Esa relación de honor o privilegio especial que el término "tributo" en inglés posee es quizás lo que podemos identificar con un pago que por más de 400 años han recibido los part-prenants de Sailes-de-Bearn.

Según una vieja leyenda medieval un cazador hirió a un puerco salvaje que termina huyendo a un ojo de agua salobre. Ese salitre marca el lugar donde nació el actual pueblo de Sailes-de Bearn en los pirineos franceses. Este ojo de agua representó el nacimiento de una floreciente industria de sal para el pueblo de Bearn.

Como todo salitre su concentración de sal varía haciendo más o menos dificultosa la evaporación del agua y la producción del mineral. Para evitar peleas por el momento en que los habitantes de Bearn tomaban agua salobre, el pueblo instituyó un oficial que medía el contenido de sal en el agua y daba la orden para que cada familia tomara agua.

Las familias elegibles para participar se llamaron los Part-Prenants, que descienden de alguna de las familias originales, aunque, según comenta Mark Kurlansky¹, nadie sabe cuando estas familias se originaron ni cuantas eran.

La tradición se remonta por siglos sin estar establecida por escrito, hasta que en 1587 se codificó el número de familias participantes y su derecho a la explotación del salitre de Bearn.

Hoy los part-prenants de Bearn todavía conservan su derecho al agua del salitre pero ahora en vez de explotar el salitre por sí mismos, cada uno recibe su paga en metálico.

Cada una de las 564 familias de partprenants reciben aproximadamente 30 dólares por año. ¿Es este un ejemplo de tributo pagado por el pueblo de Bearn a un grupo privilegiado de ciudadanos? La pregunta es lo suficientemente interesante para llegar a las páginas de la curiosidad fiscal.

Para más información del pueblo de Bearn visite: http://www.lademeuresaintmartin.com/a_visiter/place_to_visit.php

SALT. Mark Kurlansky. Pág 157-159, 440-441. Penguin Books. ISBN 0-14-200161-9. Año 2003.

Consideraciones en torno al "ZERO TAX" BUSINESS y el Principio de Territorialidad Fiscal

QUE ES EL "ZERO TAX" BUSINESS?

Hasta hace más de 35 años, cuando no se hablaba aun de OECD, GAFI, lavado de dinero, conozca a su cliente, etc., tampoco se hablaba de zero tax como de un negocio. Zero Tax no era más que la expresión de la voluntad soberana de un país de no gravar impositivamente a determinados individuos, determinadas transacciones, o a todos los individuos y transacciones que recayesen bajo la jurisdicción, y por ende la autoridad fiscal, de esos países.

De ahí que personas y transacciones que nada tuviesen que ver en principio con esos países descubrieran que era posible estructurar sus patrimonios y sus negocios utilizando vehículos corporativos de esos países con varios propósitos según lo que esos vehículos les permitieran, pero principalmente para obtener anonimidad en la titularidad de los activos y ventajas fiscales no disponibles bajo sus ordenamientos jurídicos de origen.

El abuso de estas ventajas que entre otras ofrecen las sociedades de muchos países, la publicidad que sonados casos de evasión fiscal han tenido por parte de la prensa especializada y no en países con sistemas tributarios universales o de alto PIB, la percepción de que estos sufren una grave erosión de su base fiscal de

parte de países que aparentan fomentar prácticas fiscales nocivas, han traído de manera prepotente al tapete la cuestión del zero tax business.

Por Zero Tax Business entendemos por un lado la política que siguen ciertos países de permitir que cierto tipo de transacciones o de personas jurídicas estén exentas del pago de impuestos tanto local como internacionalmente, manteniendo no obstante la obligación de tributar para otros tipos de transacciones o personas que operan solo localmente. Ejemplos de esto son la exención de que gozan los depositantes extranjeros de cuentas de ahorro en EEUU del pago de impuesto sobre los intereses devengados, la exención de que gozan los residentes no domiciliados en UK de no pagar impuestos sobre sus entradas a menos que no sean remitidas al territorio de UK, y generalmente todas aquellas sociedades que gozan de un régimen preferencial ("exempt") de no pago de impuestos sobre ganancias adquiridas en el extranjero sobre otras del mismo país que sí estarían sujetas a imposición local o universal (el llamado "ring fencing").

Es necesario destacar que la sociedad anónima panameña no califica como zero tax company por ser el vehículo corporativo único que se usa tanto local como internacionalmente, y por estar sujeta al régimen completo de imposición sobre la renta por sus ganancias de fuente territorial.

Por el otro lado tenemos que zero tax business es la utilización sistemática de estructuras corporativas foráneas sin aparente sentido comercial dentro de una determinada estructura de negocios con el único objetivo de evadir impuestos en uno o varios países.

LA POSICIÓN DE LOS PAÍSES OECD Y AFINES

Este último concepto, derivado en cierta medida por manejos abusivos por parte de individuos inescrupulosos, así como de políticas improvisadas de algunas jurisdicciones que legislaron a la ligera sobre el tema, es el que ha originado el resentimiento de los países organizados del "primer mundo" dando vida al debate internacional sobre los movimientos internacionales de capitales derivados del crimen organizado por un lado y la evasión de impuestos por el otro, y del que se ha acuñado el término "Zero Tax" que expone negativamente a las legislaciones que no cobran impuestos sobre las ganancias de sus nacionales en el extranjero, y por ello a todas las transacciones que incluyen dentro de su estructura corporativa a sociedades que se benefician de estas cualidades.

Los países que perciben una erosión de su base fiscal a través de estas prácticas, están llevando a cabo una campaña en contra de las jurisdicciones que las fomentan, indiscriminando entre las que tienen un marco jurídico correctamente estructurado y consecuente con el sistema tributario que las rige por mandato constitucional, y aquellas cuyas legislaciones han creado figuras jurídicas ad hoc para ofrecer ventajas fiscales selectivas principalmente a usuarios extranjeros.

La creación de listas negras en base a las cuales se han identificado países que mantienen prácticas fiscales peligrosas (para sus fiscos) y el establecimiento unilateral de requisitos para salir de las mismas, han causado que las jurisdicciones fiscalmente ventajosas se hayan unido bajo el paraguas del Level Playing Field, exigiendo que los mismos requisitos sean observados por lo países denunciantes.

Mientras tanto, a fin de poder seguir compitiendo en el mercado de la estructuración de empresas y patrimonios, la mayor parte de estas ha acatado las pautas de reforma planteadas por el GAFI y otros organismos internacionales, lo cual ha tenido el positivo efecto de profesionalizar aun más el nivel de servicios en este campo, además de afinar las legislaciones cuestionadas mejorando su contenido y alcance.

En la medida en que las jurisdicciones cuestionadas han venido cumpliendo con sus agendas de reformas, se les han vuelto a abrir las puertas de los mercados de destino de sus servicios, no obstante ha quedado en evidencia que estos últimos no están dispuestos a seguir aceptando que el régimen fiscal siga manteniendo la dicotomía entre lo local y lo internacional, y por ello que existan vehículos societarios creados exclusivamente con el fin de ser utilizados en el extranjero.

LA POPULARIDAD DE LAS ZERO TAX COMPANIES

Como lo mencionamos al principio, no fue si no hasta entrada la década de los años 70 en que los fiscos de naciones desarrolladas empezaron a investigar determinadas estructuras con miras a contener prácticas de planificación fiscal al margen de lo permitido localmente, y de ahí a investigar en lo posible el paradero de patrimonios no declarados que pudieran ser fuente de ingresos fiscales.

Las zero tax companies siempre se han utilizado para diversos fines de planificación patrimonial y fiscal, y debemos aceptar que mientras hayan patrimonios habrá también necesidad de planificar su administración, y para ello el vehículo preferido será siempre una sociedad, o esta será parte de una estructura más compleja de administración. Usos que son típicos de estos vehículos son:

- a. Compra y venta de inmuebles
- b. Como prestamistas de sociedades onshore
- c. Como vehículo de re facturación
- d. Cuenta habiente de cuentas de inversión
- e. Parte de estructuras holding y trading

En adición a esto, con la sofisticación de los modelos de inversión así como de la necesidad de adaptarse a los efectos coyunturas temporales y de legislaciones ad hoc, han habido y se prevé que habrán periodos de mayor uso de zero tax companies, los cuales, específicamente en relación a las jurisdicciones preferidas por el grupo y en especial Panamá, podemos resumir como sigue:

- a. 1999-2000: US Qualified Intermediary Rules. Esto marcó el regreso de la popularidad de la sociedad anónima panameña, que fue la única en todo el ámbito offshore en ser reconocida por el IRS como "corporación per se".
- b. 2004: Cross-Border Payment Initiative from FATF. Allí la cuenta cifrada no servía para nada. La consecuencia fue que un sin número de cuentas de este tipo tuvieron que ser transformadas en cuentas corporativas.
- c. 2004-2005: Entra en vigor en Julio de 2005 la "EU Savings Tax Directive".
- d. 2008: Segunda fase de la "EU Savings Tax Directive".
- e. 2011: Tercera y última fase de la "EU Savings Tax Directive": 35%

De los usos mencionados arriba han venido desapareciendo aquellos que han sido objeto de legislaciones específicas en ámbito fiscal para contrarrestar la fuga de capitales fuera de los países de la OECD.

La compra y venta de inmuebles por medio de "zero-tax companies" se ha restringido o ha desaparecido completamente, por haber muchos países creado un régimen impositivo adverso a la tenencia de inmuebles en su territorio por parte de empresas extranjeras.

La triangulación también ha desaparecido casi totalmente en Europa, en este caso debido a leyes a nivel Comunitario que han regulado en forma hermética los temas relativos al IVA y al "transfer pricing".

No obstante se han mantenido gracias a las coyunturas mencionadas arriba los usos de función de cuenta habiente, que se ha incrementado el los últimos años, y de accionistas o agentes de financiación en estructuras de planificación fiscal, es decir que se han mantenido e incrementado aquellos usos directamente relacionados con la estructuración y administración de patrimonios privados y comerciales.

¿PODEMOS CONFIARNOS EN QUE ESTOS USOS SE MANTENDRÁN PARA SIEMPRE?

Es evidente que el uso de la sociedad anónima se encuentra en pleno proceso de transformación, especialmente en los campos de la administración patrimonial, fiduciario-financiero y el mundo offshore.

Las presiones que han sufrido las jurisdicciones "Zero Tax" tradicionales en los últimos años también se van a sentir pronto en otras jurisdicciones identificadas como no cooperantes cuyos marcos económicos, políticos y jurídicos no sean lo suficientemente independientes como para garantizar la soberanía de sus instituciones. El concepto de la IBC fue

concebido dentro de los parámetros "ring fecing" tan criticados por las naciones con economías desarrolladas, y su existencia se esta acabando o modificando gracias a las mediadas adoptadas por estos para contrarrestar sus efectos.

Las presiones a que están sometidas estas jurisdicciones para reformar o eliminar el régimen zero tax se pueden resumir como sigue:

- a. Desde 1992 ha aparecido toda una serie de listas nacionales discriminantes contra "paraísos fiscales", tanto en Europa como en las dos Américas;
- b. Eliminación, por lo menos en Europa, del negocio de "triangulación comercial", llamado también "re facturación" basado en sociedades offshore.
- c. Fuertes limitaciones en la compra de inmuebles en casi toda Europa a nombre de sociedades extranjeras y especialmente del tipo "zero tax;
- d. A principios de siglo: Estrictas normas de due diligence & compliance contra el blanqueo y la evasión de impuestos ("all-crime legislation");
- e. Rechazo de trust y fundaciones no transparentes ("simple structures") en estructuras de gestión y sucesión patrimonial (ver las "US QI Rules 9);
- f. Rechazo de sociedades tipo "zero tax" como prestamistas de sociedades onshore en su ampliación de capitales;
- g. Desaparición del secreto bancario en casi toda Europa,
- h. Imposición de la "EU Savings Tax Directive" a todas las cuentas personales y cifradas en toda Europa. Con Suiza y por ende, con Austria, Bélgica y Luxemburgo,

- se hizo la excepción de permitir la protección de la identidad del beneficiario pero haciendo los pagos correspondientes;
- La Corte Suprema Europea de Justicia acaba de oficializar los sistemas de baja imposición en Irlanda y, por ende, en Malta, Chipre y Eslovaquia.

ZERO TAX VS LOW TAX

Tal y como se ha planteado el tema por los países de la OECD, lo que en realidad se persigue por lo pronto es eliminar el "ring fencing", y asegurar que toda transacción hecha por una persona jurídica nacional de cualquier país, ya sea de propiedad nacional o foránea, tribute en ese país sobre sus ganancias locales e internacionales, independientemente de la tasa de imposición que puede inclusive ser del 0%.

Esta apreciación permite comprender el fallo de la Corte Suprema Europea de Justicia mencionado arriba, por qué Irlanda tiene una tasa única de 12.5% y Chipre una de 10% tanto para nacionales como para extranjeros, sin que se las ataquen frontalmente, y porque el parlamento de la Isla de Man, ha decidido recientemente adoptar el régimen impositivo de 0%.

Para que esto prospere es necesario que la reglamentación del sistema tributario sea de tal calidad que pueda balancear las pérdidas ocasionadas por la reducción en la tasa impositiva con la correcta aplicación de impuestos indirectos o al consumo y su efectiva recaudación, pero lo más importante es que este sistema eliminaría la necesidad de tener sociedades zero tax como entidades jurídicas especiales en aras de la aceptación por parte de los usuarios de un régimen de baja imposición.

Todo parece indicar que esta es la vía que se están prefiriendo muchas jurisdicciones que tenían o aun tienen en vigencia regimenes de sociedades zero tax, y es opinión de muchos prácticos de la fiducia suiza y de otros países que el "zero tax business" tiene un futuro muy limitado; por ello fiduciarias, firmas de abogados y empresas de consultoría grandes y no tan grandes están abriendo oficinas en Singapur, Nueva Zelanda y Dubai para entrar, como ellos dicen, en el negocio "low tax" ligado a la planificación fiscal y patrimonial.

La aceptación de que lo que se quiere evitar son los regimenes que promocionan el "ring fencing" fue el primer paso hacia una suavización de las pretensiones de la OECD en materia fiscal contra las jurisdicciones indicadas como paraísos fiscales. Seguidamente se consolidó el concepto del level playing field que ha puesto a los países del primer mundo a tener que competir con estos paraísos en materia de regulación, y se están viendo posiciones interesantes en EE.UU. acerca de la libre competencia fiscal entre estados soberanos y la posible limitación al concepto de fiscalidad universal total practicado por ese país.

Por lo anterior podemos observar que se está logrando a nivel internacional un acercamiento entre las posturas extremas de los países a régimen fiscal liberal y aquellos a régimen fiscal totalitario, con buena paz de las nefastas pretensiones de los países de la UE de hacer prevalecer este último. Esto significa que el futuro está a favor del concepto low tax y que cualquier otra posición será objeto de presiones por parte del la comunidad internacional.

Los países que tengan un plan de desarrollo enfocado en su sector de servicios deberán tomar las medidas correspondientes para adecuarse a esta realidad y establecer las leyes y reglamentaciones que les permitan competir con ventaja frente a los demás. Panamá es suelo fértil para las decisiones rápidas y desfasadas, donde priva el interés inmediato y políticamente fructífero en detrimento de una visión a largo plazo que de seguridad jurídica a los usuarios de sus servicios legales, fiduciarios y financieros.

Es de vital interés que la administración pública de un país con aspiraciones de centro financiero mundial sea seria y eficiente y que el conjunto de leyes refleje por todas partes el interés nacional, incluyendo los tratados internacionales que se negocien para efectos de doble imposición con otros países.

Las jurisdicciones low tax que tradicionalmente han impulsado el ring fencing se están enfrentando con esta situación y pasando leyes que modifican el status legal de los vehículos cuestionados, pero con diferentes resultados según el nivel de claridad y sofisticación de la reglamentación la las mismas.

El caso de BVI es relevante pues se esta desarrollando una percepción marcada entre los usuarios tradicionales de la jurisdicción de que el sistema se esta volviendo inmanejable y ello traerá inseguridad jurídica y desconfianza en su producto.

TERRITORIALIDAD DEL IMPUESTO Y LA IMPLEMENTACIÓN DE UNA FISCALIDAD UNIVERSAL LIMITADA EN PANAMÀ

Tal y como se planteara anteriormente, se hace cada día más difícil para los países de la comunidad globalizada de naciones sostener posiciones de extremo rigor en cuanto al tipo de sistema fiscal que, no obstante, tienen todo el derecho soberano de implementar en sus territorios.

Si al mismo tiempo vemos que muchas jurisdicciones tradicionales tipo "zero tax" están saliendo del mercado y, como dice la OECD, la armonización fiscal, la abolición del "ring fencing" y las prácticas fiscales nocivas están desapareciendo, entonces a nosotros los panameños se nos tiene que plantear la necesidad de hacer reformas a nuestro ordenamiento jurídico para:

- Flexibilizar nuestro principio puro de la territorialidad fiscal.
- Crear un régimen especial de fiscalidad universal.
- Negociar convenios de doble imposición.
- Impulsar la promulgación de las leyes de sedes regionales y la sociedad holding.

La evolución de las relaciones macroeconómicas internacionales y de las relaciones entre estados soberanos los cuales ya han demostrado que su soberanía en cuestiones de derecho público interno no puede ser absoluta en aras de una mejor convivencia con sus vecinos y socios comerciales, nos obliga a reflexionar sobre la conveniencia de mantener nuestro sistema territorial fiscal puro.

Los ejemplos mencionados anteriormente de países que aplican un sistema universal de baja imposición con excepciones basadas en estudios que les permiten sostener sus economías y competir en el mercado internacional por las inversiones de empresas extranjeras nos señalan el camino a seguir, el cual de be ser el de la legislación científica, a largo plazo, de fácil aplicación y administración. En lugar de avanzar hacia un sistema tributario sencillo, congruente, y sensato, el Estado legisla en materia de manera improvisada y guiado por una motivación de recaudación insaciable en vez de legislar con el propósito de lograr una verdadera equidad y simplificación en el tratamiento fiscal.

Por otro lado la doctrina que sostiene la postura de que "la posibilidad que los contribuyentes evadan impuestos en otros



países, es sin ninguna duda un problema de la administración tributaria de esos países y de ninguna manera imputable a Panamá" está quedando rezagada ante las cortes internacionales y por los requerimientos de los países con grandes bases tributarias de que el sistema de competencia fiscal también exista dentro de un level playing field, lo cual no significa que todos deben aplicar los mismos impuestos si no establecer cada sistema fiscal según reglas que permitan una competencia, pero una competencia basada en reglas aceptadas por todos.

Lo anterior no supone en absoluto que se deba renunciar a los siguientes principios que definen nuestro centro de servicios:

- Territorialidad fiscal (flexible)
- Secreto bancario, abogadil y fiduciario en material fiscal
- Sociedad Anónima, fundación de interés privado y el (deficiente) fideicomiso.

Para que Panamá tenga oportunidad de competir internacionalmente con los demás países que han elegido regimenes de baja tributación, nuestra tasa impositiva también deberá bajar, obligando al Estado a ser más eficiente en la administración y recaudación de impuestos, para que la elección de la jurisdicción tributaria de los que negocien internacionalmente por conducto de sociedades anónimas panameñas recaiga en nuestro país.

DERECHO TRIBUTARIO Albert Hensel

Autor (s): Albert Hensel
Publicado por: NOVA TESIS
– Editorial Jurídica.

ISBN: 987-1087-25-x Idioma: Español

Año: 2004

Precio: \$ 60.00 a \$ 70.00 Audiencia recomendada: Historiadores Fiscales.

Citas Bibliográficas:

Gran fuente de citas bibliográficas de la temprana bibliografía, jurisprudencia y pensamiento fiscal. Abundan las citas de los pensadores que moldearon la tributación hispano-luso-americana.

ALBERT HENSEL, murió a la temprana edad de 38 años.

Su origen judío lo hizo tener que emigrar a la fuerza de su nativa Alemania para Italia donde muere en la Universidad de Padua.

Era sobrino nieto del célebre músico, Mendelsohn.

Su obra cumbre fue Derecho Tributario donde elabora las bases del derecho financiero del Reich Alemán.

Esta obra sirve de base para que los panameños entendamos de donde viene nuestra fiscalidad, por la herencia germano-itálica.

Está dividido en 3 partes que son:

- 1. Derecho Tributario Constitucional.
- 2. La relación obligatoria del Impuesto.
- 3. Derecho y procedimiento Penal.

El libro comienza con una muy interesante introducción a como veía, un académico de principios de siglo 20 la historia de su sistema fiscal. Es sobre todo interesante para los panameños observar que el llamado derecho financiero es un término heredado del viejo "finanzrecht" que acuñan los eruditos de lengua germana a finales del sigo 19 y principios del 20.

Luego el autor nos explica qué entiende por un sistema fiscal y nos explica la fiscalidad internacional de su época. Para la historia fiscal esta primera parte nos da una ventana a la mente de un académico contemporáneo (o casi contemporáneo) con el esfuerzo de la sociedad de naciones que luego termina siendo el modelo de tratado tributario OCDE-ONU.

El autor avanza explicando el hecho generador, el sujeto obligado, la medida del impuesto y otras instituciones que hoy tomamos prestadas de la generación y el país donde Hensel vivió.

Es un excelente libro para quien desee ver de donde nace la tributación nuestra.

Este resumen fue preparado por Carlos F. Urbina

EL IMPUESTO DE RENTA EN COLOMBIA Jesús Orlando Corredor

Autor (s): Jesús Orlando Corredor Alejo **Publicado por**: Centro Interamericano

Jurídico - Financiero ISBN: 958-8081-30-0 Idioma: Español Año: 2003

Precio: \$ 30.00 a \$ 40.00

Audiencia recomendada: Cualquiera que tenga que ver con la tributación.

JESÚS ORLANDO CORREDOR es abogado y contador, vive en su natal Colombia.

Ha escrito en forma extensa sobre tributación y ha ocupado cargos de importancia en la AIC (International Accounting Association), así como en Instituto Nacional de Contadores Públicos Autorizados.

Citas Bibliográficas:

La obra no cita libros o investigaciones recientes. Tampoco posee muchas citas bibliográficas.

- 1. Las Obligación Tributaria y sus Elementos.
- 2. Sujeto Pasivo en el Impuesto Sobre la Renta.
- 3. El Hecho Generador, Base Gravable y Tarifas, a la Renta Presuntiva.
- 4. Ingresos.
- 5. Costos.
- 6. Deducciones.
- 7. Descuentos Tributarios.

Este libro es una descripción general del sistema impositivo a la renta en Colombia. Su sencillez hace de esta obra una interesante introducción al sistema de nuestro hermano país, pero no debe pensarse que es un libro profundo. No se recomienda para la investigación avanzada.

El libro comienza con una muy básica introducción a la obligación tributaria y a las fuentes del derecho. Luego el autor nos lleva a la definición del obligado a pagar Impuesto a la Renta. Como parte interesante cabe anotar que el libro se refiere a la renta mundial como se define en nuestro hermano país. Esta forma tan sui generis de los colombianos nos debe servir de ejemplo para nuestro sistema que en algún momento debe despertar a la realidad de la renta mundial al residente en Panamá.

El libro continúa con el concepto de hecho generador del impuesto, donde se comenta sobre la forma en que la renta presuntiva ha evolucionado en nuestro vecino país. A casi tres años del CAIR, esa explicación debe servirnos para avistar lo que probablemente sea la evolución de nuestra renta presunta en Panamá.

Los capítulos que siguen explican los conceptos de ingresos, costos y gastos en Colombia. Por último un pequeño capítulo sobre "descuentos tributarios" expone lo que en Panamá llamaríamos "créditos al impuesto".

Es un excelente libro para quien desee una introducción al impuesto a la renta colombiano.

Este resumen fue preparado por Carlos F. Urbina

ESTUDIO CRÍTICO DE LA TRIBUTACIÓN DE ACCIONISTAS Y SOCIOS EN PANAMÁ

Publio Ricardo Cortés C.

Abogado



CONTENIDO

Comentario Introductorio

- I. Descripción del "sistema principal" del Impuesto Sobre la Renta Aplicable a las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas en Panamá.
- 1. Introducción.
- 2. Reflexiones en relación al "sistema principal".
 - a. El impuesto sobre las utilidades netas que le corresponden a los accionistas o socios de las personas jurídicas es una forma del impuesto sobre la renta, establecido mediante un sistema donde la persona jurídica es un Responsabl Fiscal.
 - b. El sistema en estudio conlleva una doble tributación económica.
 - c. Los regímenes especiales y las exenciones del impuesto sobre la renta de la persona jurídica no se extienden de forma automática a la tributación de las utilidades netas que corresponden a los accionistas o socios.

- d. El llamado "Impuesto Complementario" es una variante del mecanismo de retención del Impuesto Sobre la Renta aplicable a las utilidades y dividendos.
- e. Funcionamiento general de la retención del impuesto sobre la renta sobre las utilidades netas en casos en los que ocurre la distribución (el llamado "Impuesto sobre dividendos u otras distribuciones de utilidades a accionistas o socios").
- f. Funcionamiento general de la retención del impuesto sobre la renta sobre las utilidades netas en casos en los que no ocurre la distribución o que tal distribución sea menor del 40% (el llamado "Impuesto Complementario").
- g. Capitalización de Utilidades.
- II. Determinación de las entidades jurídicas cuyos accionistas o Socios están sujetos al Impuesto Sobre la Renta correspondien-

te a dividendos o participación de utilidades.

- Introducción.
- 2. Concepto de "persona jurídica", de "sociedad", de "socios" y de "accionistas".
- Entidades jurídicas que son Responsables Fiscales en los términos de la primera parte del artículo 733 del Código Fiscal.
 - a. Sociedad Anónima.
 - b. Sociedad Colectiva.
 - c. Sociedad en Comandita Simple.
 - d. Sociedad en Comandita por Acciones.
 - e. Sociedades Civiles.
 - f. Sucursales en Panamá de Personas Jurídicas Extranjeras
 - g. Empresas de Responsabilidad Limitada.
- 4. Figuras jurídicas que no están sujetas al gravamen regulado en la Primera parte del artículo 733 del Código Fiscal.
 - a. Fideicomisos.
 - b. Fundaciones de Interés Privado.
 - c. Asociaciones Accidentales o Cuentas en Participación.
 - d. Cooperativas.
- III. Casos donde se dan exenciones expresas establecidas en la legislación respecto de la modalidad del impuesto sobre la renta regulada en la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal.
- 1. Introducción

- a. Idea General
- b. Ámbito de las exenciones repecto a los llamados impuestos de dividendos y complementarios.
- c. Ámbito de las exenciones respecto al impuesto sobre la renta de la persona jurídica.
- Actividades contempladas en el Parágrafo 2 del artículo 694 del Código Fiscal ("Triangulación" del proceso de facturación; dirigir desde Panamá Actividades "Off Shore" y distribuir dividendos de sociedades con fuente Extranjera).
- 3. Operaciones exteriores de personas jurídicas que actúan en Zonas Libres.
- 4. Rentas provenientes del comercio marítimo internacional de naves de registro panameño.
- 5. Rentas provenientes de intereses y de la enajenación de valores emitidos por el Estado.
- Rentas provenientes de intereses por depósitos en bancos panameños. Rentas pagadas por bancos panameños a bancos extranjeros.
- 7. Rentas provenientes de intereses que se paguen a organismos internacionales y gobiernos extranjeros. Intereses pagados a inversionistas extranjeros sobre viviendas de escasos recursos garantizados por gobiernos extranjeros.
- 8. Las sumas que reciban los beneficiarios de fondos de jubilación y pensión conforme a la Ley 10 de 1993.

- 9. Rendimiento de la pequeña empresa que tributa como persona jurídica.
- Casos previstos en leyes especiales.
 - a. Utilidades netas por la enajenación de valores que no son estatales, registrados en la Comisión Nacional de Valores.
 - b. Utilidades exentas en el Contrato-Ley celebrado entre el Estado y PANAMÁ PORTS COMPANY S.A.
- IV. Casos especiales y su relación con el impuesto sobre la renta aplicable a las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas.
- 1. Idea general.
- 2. Relación entre la tributación aplicable a las utilidades netas correspondientes a accionistas o socios de las personas jurídicas y el impuesto sobre la renta aplicable a la venta de inmuebles por parte de personas jurídicas no dedicadas habitualmente al negocio de bienes raíces.
- 3. Cálculo del impuesto aplicable a las utilidades correspondientes a accionistas o socios de las personas jurídicas en los casos en que la contabilidad fiscal muestra utilidades menores que la contabilidad financiera.
- Sociedad Civil Particular que tiene por objeto el ejercicio de la profesión de abogado, cuando la sociedad tiene una totalidad de ingresos gravables que no su-

- pera la suma de B/. 150,000.00 anual.
- 5. Sociedad Civil Particular que tiene por objeto el ejercicio de una Profesión, integrada por profesionales idóneos (incluye abogados) con facturación anual superior a B/. 150,000.00.
- V. Análisis crítico del sistema panameño de gravar las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas.
- Revisión de los diversos sistemas de gravar las utilidades de las sociedades y de los socios, a la luz de la doctrina.
- Ubicación dentro de los esquemas doctrinales del sistema panameño de gravar las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas.
- 3. Críticas y recomendaciones al sistema panameño de gravar las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas.
- VI. Análisis de la tributación de las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas y su relación con el criterio de vinculación exclusivamente territorial del impuesto sobre la renta en Panamá.
- 1. Situaciones con tratamiento claro en la legislación.
- 2. Caso en el cual la legislación no presenta una solución expresa.

CONCLUSIONES BIBLIOGRAFÍA

COMENTARIO INTRODUCTORIO

Por medio de las presentes palabras hacemos referencia al enfoque del trabajo y a la organización de los temas que se plantean en este ensayo, con el objetivo de facilitar su estudio.

En cuanto al tema del enfoque de inicio manifestamos que el mismo es fundamentalmente exegético, entendiendo por ello lo que expresa el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua: "Se dice del método interpretativo de las leyes que se apoya en el sentido de las palabras de éstas". Es decir, analizaremos la legislación vinculada al tema, tomando en cuenta el sentido jurídico de sus propias palabras, interrelacionando unas normas con las otras, desde una perspectiva lógica y con coherencia con la doctrina tributaria consultada. Hemos escogido este enfoque, en gran medida por la realidad que tenemos en Panamá, en cuanto a que no hay precisamente mucha producción académica sobre el tema tributario, excepción hecha de algunos casos especiales, entre ellos el del siempre respetado Profesor Edison Gnazzo, y el esfuerzo reciente del Tributarista Carlos Urbina, a través de la Revista GACETA FISCAL, y de todos los distinguidos ensayistas que allí han escrito. Por supuesto que en la doctrina extranjera es más difícil todavía encontrar análisis concretos de nuestro Derecho Tributario Positivo. Debido a ello, el apoyo doctrinal que sustenta esta investigación está más bien concentrado en los conceptos generales que sirven de instrumento para el análisis más específico que el autor hace de la normativa vigente.

En lo referente a la organización de los temas resulta necesario abordar las primeras cuatro secciones de este trabajo, bajo el entendimiento de que los mismos recogen una descripción del estado actual de la legislación sobre la tributación en materia del impuesto sobre la renta aplicable a las utilidades netas de las personas jurídicas, en especial, el funcionamiento general del tributo, su aplicación a diversas personas jurídicas, el análisis de casos exentos y también el estudio de situaciones especiales relacionadas con este tributo, como, por ejemplo, las Fundaciones de Interés Privado o lo referente a la relación del objeto de estudio con otros hechos gravados en materia del impuesto sobre la renta, tales como la forma en que se grava la ganancia generada por la venta de bienes inmuebles.

En la sección V haremos un diagnóstico de nuestro sistema de gravar la renta de los dividendos o cuotas de participación, para definir su ubicación dentro de la doctrina científica sobre el tema, asunto sobre el cual se expondrán algunos razonamientos y propuestas del autor.

En la sección VI nos ocuparemos del tratamiento que la legislación actual le da al concepto del vínculo exclusivamente territorial de la competencia tributaria en materia del impuesto sobre la renta y su relación con nuestro sistema de gravar la renta de los dividendos o cuotas de participación. Luego expondremos nuestro punto de vista sobre el problema planteado.

El trabajo finaliza con las conclusiones del autor.

I. Descripción del "sistema principal" del Impuesto Sobre la Renta aplicable a las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas en Panamá.

1. Introducción.

Iniciamos este ensayo con una descripción de la situación actual del impuesto sobre la renta aplicable a las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas, de acuerdo a la legislación¹ vigente en Panamá. Como suele ocurrir en los temas jurídicos en general y en el Derecho Tributario panameño con mayor razón, lo que debiera ser una simple descripción del Derecho Positivo que regula el tema en estudio, no es un asunto de criterio unánime².

Concretamente en lo que concierne a esta sección nos ocuparemos de lo que --por motivos didácticos-- hemos denominado el "sistema principal" del impuesto sobre la renta aplicable a las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios, esto es, el conjunto fundamental de reglas que rigen de modo orgánico el cuerpo principal de esta forma especial de computar el impuesto sobre la renta en Panamá. Fuera de este tronco principal que describiremos en esta sección, existen múltiples situaciones especiales que en ocasiones se alejan totalmente de este "sistema principal" y otras que solamente lo matizan. Es nuestra intención que los puntos no resueltos en esta sección, sean abordados en secciones subsiguientes.

- 2. <u>Reflexiones en relación al "sistema principal"</u>.
- a. El impuesto sobre las utilidades netas que le corresponden a los accionistas o socios de las personas jurídicas es una forma del impuesto sobre la renta, establecido mediante un sistema donde

Aunque en estricta técnica jurídica, el concepto "legislación" debiera referirse a la Ley formal aprobada por el Órgano Legislativo, incluyendo normativas de rango similar, tales como los Decretos con valor de Ley, por motivos prácticos utilizaremos la expresión "legislación" para referirnos tanto a las Leyes como a los reglamentos que las desarrollan. En el Derecho Tributario de Panamá es tan extendida la práctica de "legislar" vía reglamento, que ignorar esta realidad es imposible en cualquier estudio jurídico del tema, incluso en casos donde se evidencien claros excesos en las normas reglamentarias. Por lo demás, en general, los reglamentos y resoluciones administrativas que complementan la Ley, están protegidos por los conceptos de "presunción de legalidad" y de "presunción de constitucionalidad", ambos de pleno valor en nuestro Derecho Público. Según tales principios, las normas emanadas del Órgano Ejecutivo deben tomarse como legales y/o constitucionales, a menos que la Corte Suprema declare lo contrario. Estos conceptos, son explicados, entre otros, en las siguientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia: Sentencia de la Sala Tercera de 23 de marzo de 2006 en la demanda presentada contra la Resolución No. 3214-00 D.N.P. de 8 de septiembre de 2000 de la Caja de Seguro Social y en la sentencia del Pleno, fechada 1º de octubre de 2004, dentro de la aclaración de sentencia presentada por SAMUEL QUINTERO.

A manera de ilustración ponemos sobre la mesa la siguiente pregunta: ¿Es el "Impuesto Complementario" un impuesto diferente al "Impuesto sobre la renta aplicable a los dividendos"? La respuesta a esta interrogante no es un tema pacífico para los Tributaristas en Panamá. Más adelante abordaremos este punto.

la persona jurídica es un Responsable Fiscal: En Panamá el impuesto que aplica sobre las utilidades netas que corresponden a los accionistas o socios es una forma especial de computar el impuesto sobre la renta. El principal dato que respalda esa realidad es la ubicación del tema en el Código Fiscal³: las normas principales que le dan existencia jurídica al tributo, es decir, los artículos 701, literal "f", y 733 del Código Fiscal, son disposiciones ubicadas dentro del LIBRO CUARTO ("Impuestos y Rentas"), específicamente en el TÍTULO I ("Del Impuesto Sobre la Renta"). Además de ello, a nivel reglamentario el impuesto termina de cobrar forma dentro de las disposiciones que se encuentran en el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta⁴.

Siendo más específicos, tenemos que el artículo 701 del Código Fiscal, inicia con la siguiente frase: "Para los efectos del cómputo del Impuesto sobre la Renta en los casos que a continuación se mencionan, se seguirán las siguientes reglas:" Luego de lo cual se analizan 10 casos especiales de impuesto sobre la renta, entre los cuales se regula el cómputo del impuesto sobre la renta en la enajenación de inmuebles; en la enajenación de valores y bienes muebles, o también en el caso de intereses pagados a acreedores ex-

tranjeros y en los arrendamientos de edificios. Pues bien, uno de esos casos, el distinguido con el literal "f", se refiere al <u>impuesto sobre la renta</u> sobre "los dividendos o cuotas de participación" de "los accionistas o socios".

Por su parte, encontramos que dentro del ya citado TÍTULO I ("Del Impuesto Sobre la Renta") del Código Fiscal, existe un Capítulo V titulado: "Pago, <u>Retención</u> y Prescripción del Impuesto". Es precisamente dentro de ese Capítulo que encontramos el artículo 733, en el cual se regula <u>la retención</u> que tendrán que hacer "las personas jurídicas" sobre "las sumas que distribuyan a sus accionistas o socios como dividendos o cuotas de participación". También aquí se regula un supuesto de <u>retención</u> que debe cumplir la persona jurídica, en caso de que --existiendo "ganancias netas" en un período fiscal-- "no haya distribución de dividendos o de que la suma total distribuida como dividendo o cuota de participación sea menor del cuarenta por ciento (40%) del monto de las ganancias netas... menos los impuestos pagados por la persona *jurídica.*" Este supuesto es el que luego es llamado "Impuesto Complementario" a nivel reglamentario, cuya vinculación al tema trataremos más adelante en esta sección.

Las normas hasta ahora citadas exponen con claridad un sistema en el cual la persona jurídica juega el rol de <u>Responsable Fiscal</u>, obligado a retener el impuesto sobre una renta consistente en la utilidad neta que le corresponde al accionista o titular de la cuota de participación de la persona jurídica, el cual, en consecuencia, tiene el carácter de Contribuyente.

Nos referimos al Código Fiscal con todas las reformas que se le han realizado hasta la fecha de este ensayo.

⁴ En este trabajo usaremos la expresión "Reglamento del Impuesto Sobre la Renta" referida al Decreto Ejecutivo 170 de 1993, con todas las reformas que se le han realizado hasta la fecha de este ensayo.

Veamos algunas opiniones que sustentan esta afirmación. Los autores colombianos Leyva, Múñera y de La Torre sostienen que los Responsables Fiscales son "aquellos sujetos obligados al pago de un tributo generado en hechos imponibles imputables a otros sujetos, con los cuales están intimamente relacionados..."5 Por su parte, el uruguayo Valdés Costa de forma simple nos dice: "El único elemento diferenciador de ambas especies [de sujeto pasivo] es la naturaleza de la responsabilidad, el contribuyente es responsable por una deuda propia, el responsable por una deuda ajena"⁶. Ambos conceptos aplicados a nuestro objeto de estudio explican la situación en que se encuentra la persona jurídica respecto a las utilidades netas que corresponden a los accionistas o socios: no es impuesto propio, realmente es un impuesto del accionista o socio, pero la persona jurídica debe retenerlo y pagarlo al fisco, por lo tanto la persona jurídica es un Responsable Fiscal. Los autores citados y otros⁷, también coinciden en que ese tipo de obligación debe establecerse expresamente por la ley, situación que se cumple en Panamá mediante el sistema de retención fijado en la primera parte del artículo 733 del Código Fiscal. Además se reconoce que el nivel de obligación del Responsable Fiscal puede ser diverso, situación que en Panamá es atendida por el artículo 106 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, cuando se establece que si la persona jurídica distribuyó utilidades a sus accionistas o socios, sin hacer la retención correspondiente, surge una obligación solidaria entre el Responsable Fiscal y el accionista o socio, lo cual no ocurre cuando la retención se hizo y no se ingresó al fisco por parte de la persona jurídica, caso en el cual la obligación es exclusiva del Responsable Fiscal, es decir, de la persona jurídica. Ello también aplicaría en caso de que no se dé la distribución, cuando existan utilidades netas: solo la persona jurídica está obligada ante el fisco a ingresar el llamado impuesto complementa-

La anterior aproximación a la naturaleza de la obligación de la persona jurídica en esta materia, a nuestro juicio ha sido validada por la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en la sentencia de la Sala Tercera, dictada el 26 de junio de 1998, cuando afirmó lo siguiente:

"La empresa GASES DE CHIRIQUÍ, S.A. como persona jurídica, está obligada al pago de sus impuestos conforme el articulo 699 del Código Fiscal, pero cuando paga el 10% del impuesto de dividendos porque ha distribuido a los accionistas o

⁵ LEYVA ZAMBRANO, Álvaro; MÚÑERA CABAS, Alberto y De LA TORRE, Alfonso Ángel, *Elementos de la Obligación Tributaria*, en **DERECHO TRIBUTARIO**, 2da. Edición Actualizada, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Santa Fe de Bogotá, 1999, página 438

OVALDÉS COSTA, Ramón, CURSO DE DERE-CHO TRIBUTARIO, Tercera Edición, TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 2001, página 334.

Véase, por ejemplo, el caso de la obra conjunta de los autores QUERALT, LOZANO, TEJERIZO y CASADO, CURSO DE DERECHO TRIBUTARIO, Decimosexta Edición, Editorial TECNOS, Madrid, 2005, página 286.

socios sus ganancias o cuotas de participación, no lo hace a su nombre, sino que paga por cuenta del accionista, y éste paga por conducto de la persona jurídica, con la consecuencia de que en estos casos el accionista o socio no está obligado a incluir en su declaración de renta las sumas recibidas en concepto de dividendos o cuotas de participación, tal como lo expresan los artículos 701 literal f) y 733 del Código Fiscal."8 (El subrayado es nuestro).

Retomando el punto de que el tributo en estudio es una especie del impuesto sobre la renta, es necesario decir que, además de las normas principales citadas, el TÍTULO I ("Del Impuesto Sobre la Renta") del LIBRO CUARTO del Código Fiscal, contiene otras normas que se refieren al impuesto sobre la renta sobre las utilidades netas que corresponden a los accionistas o socios, por ser titulares de acciones o cuotas de participación de personas jurídicas. Tal es el caso del Parágrafo 2, literal "c", del artículo 694, que se refiere a los dividendos o participaciones que no son de fuente panameña; el artículo 699-A, donde se declaran "exentas del pago del Impuesto Complementario" a las personas jurídicas que califiquen como "micro, pequeña y mediana empresa"; el artículo 696, literal "d",

donde se incluye como parte de la renta bruta, los dividendos y cuotas de participación que reciban los accionistas y socios de las personas jurídicas; el artículo 702, literal "b", donde se declaran exentos los dividendos o participaciones repartidos por las operaciones exteriores de las personas jurídicas que operan en Zonas Libres; el artículo 706 donde se consagra la doble tributación económica9 existente en nuestro sistema, dado que la regla general es que el impuesto sobre la renta de la persona jurídica se paga, sin derecho a deducir lo que se distribuya a los accionistas o socios en concepto de utilidades, fondos sobre las cuales se genera una tributación adicional, donde los contribuyentes son -tal como mencionamos-- los propios accionistas o socios; y -finalmente - el artículo 733-A, donde se regula el efecto de la capitalización de utilidades sobre la retención del impuesto sobre la renta aplicable a los dividendos y cuotas de participación.

Volveremos a revisar las normas mencionadas en el párrafo anterior a través de este trabajo. Baste por ahora resaltar que todas ellas son parte integral del conjunto de la regulación legal del impuesto que aplica sobre las utilidades netas que corresponden a los accionistas o socios de las personas jurídicas y todas ellas están incluidas dentro del apartado dedicado por el Código Fiscal para regular el impuesto sobre la renta. Es por ello que afirmamos que no existe en nuestro sistema un impuesto aparte y ajeno llamado

⁸ LISA MÉNDEZ MORENO vs. DIRECTOR GENERAL DE INGRESOS. Igual criterio fue reiterado por dicho tribunal en sentencia de 18 de diciembre de 1998 en el caso OFELIA MÉNDEZ vs. DIRECTOR GENERAL DE IN-GRESOS.

Este tema se aborda más adelante.

"Impuesto de Dividendos". Lo que tenemos realmente es una forma especial de computar, cobrar y pagar el impuesto sobre la renta que corresponde a los accionistas o socios de personas jurídicas, en forma de cuotas de participación de utilidades o dividendos.

b. El sistema en estudio conlleva una doble tributación económica: Al hacer alusión al artículo 706 del Código Fiscal en la sección anterior, mencionamos que el mismo refleja la doble tributación económica propia del sistema que tenemos en Panamá para gravar la renta sobre las utilidades netas que corresponden a los accionistas o socios de las personas jurídicas. Veamos más detalles sobre el tema.

El concepto de "doble tributación" es un fenómeno que puede ocurrir respecto de rentas o contribuyentes ubicados dentro de una sola jurisdicción fiscal o en jurisdicciones o países diferentes. Sin embargo, haciendo abstracción del tema de las jurisdicciones involucradas, en ambos casos es necesario distinguir entre los conceptos de "doble tributación jurídica" y de "doble tributación económica". Para aclarar dichas categorías, hagamos uso de la siguiente explicación del autor Jesús Sol Gil, diseñada, como se verá, para el contexto internacional, pero que resulta igualmente válida para nuestra explicación:

"...debemos diferenciar la doble imposición jurídica internacional de la doble imposición internacional de carácter económico, esta última es aquella en la cual una misma renta, capital o patrimonio está sujeto a imposición durante un mismo período pero por parte de contribuyentes distintos, y puede ser por impuestos disímiles pero que recaen sobre la misma base imponible en virtud de la aplicación de dos sistemas tributarios distintos; es decir, se diferencia de la doble imposición jurídica en que en ésta existe identidad en los sujetos pasivos (contribuyentes) en los impuestos que le aplican, mientras que en la doble imposición de tipo económico los sujetos pasivos son diferentes pero bajo una misma materia o base imponible..."¹⁰

Extrayendo lo fundamental de esta definición, tenemos que la forma de gravar la renta aplicable a las utilidades netas que corresponden a los accionistas o socios de las personas jurídicas en Panamá, se subsume en el concepto de "doble tributación económica", por cuanto existe una sola renta consistente en la utilidad de la persona jurídica, que resulta doblemente gravada sobre dos sujetos pasivos (contribuyentes) diferentes: primero la utilidad de la propia sociedad y -luego de ello-- sobre el monto de dicha utilidad que corresponde a los accionistas o socios, una vez restado el impuesto pagado por

SOL GIL, Jesús, Alcance general, impuestos cubiertos y definiciones en los convenios de doble imposición, en ESTUDIOS DE DERE-CHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO, Primera Edición, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Editorial LEGIS, Santa Fe de Bogotá, 2006, página 70.

la sociedad, independientemente que la distribución ocurra o no.

La norma que con mayor claridad refleja el anterior principio es el artículo 706 del Código Fiscal, en su parte inicial, que es la que resulta aplicable como <u>regla general</u>:

"Artículo 706. El impuesto sobre la renta gravable de las personas jurídicas recaerá sobre lo que obtengan durante el año gravable sin deducir de ella lo que por concepto de dividendos o cuotas de participación deben distribuir entre sus accionistas o socios.

..."

Es decir, que en esta norma se ordena que las personas jurídicas, una vez determinadas sus utilidades deben pagar su impuesto propio, como si toda la utilidad fuese a quedar en manos de la persona jurídica, es decir, sin deducir los pagos que deban hacer a sus accionistas o socios por conceptos de dividendos o cuotas de participación. Allí está el primer nivel de tributación de la renta de la persona jurídica, donde <u>el Contribuyente es la sociedad</u>. La base imponible es toda la utilidad. Luego de ello, de acuerdo a lo ordenado por el artículo 733 del Código Fiscal, la utilidad que resta, una vez pagado el impuesto de la sociedad, y que ya había servido como parte de la base imponible del impuesto de la sociedad, vuelve a convertirse en base imponible del impuesto sobre la renta aplicable a los accionistas o socios, solo que <u>ahora el Contribuyente es distin-</u> <u>to</u>. Allí está el segundo nivel de tributación. La doble tributación económica es patente.

La ocasión es propicia para mencionar que, si bien pudiesen existir argumentos a favor o en contra de este sistema vigente en Panamá, situación que será analizada en la sección V, debemos reconocer que no existe ninguna norma constitucional que prohíba este tipo de sistema legalmente establecido. Ni la doble tributación jurídica ni la doble tributación económica están proscritas como regla general en Panamá. Quedando excluida de esa afirmación, solamente el caso muy especial de la relación entre la tributación Nacional y la tributación Municipal, donde un análisis conjunto de la Constitución Política¹¹ y de la Ley 106 de 1973 sobre régimen municipal¹², permite afirmar que los tributos constitucionalmente establecidos a favor de los Municipios no pueden ser gravados por la Nación. Fuera de esos supuestos, las cosas, objetos y servicios ya gravados por la Nación, no pueden ser gravados por los Municipios, a menos que una ley especial lo establezca.

De hecho, existen varios ejemplos que acreditan la existencia legal en Panamá de casos de doble tributación, no solo en el caso de la doble tributación económica propia del tema de esta investigación, sino también casos concretos de doble tributación jurídica, es decir: un solo contribuyente, pagando dos impuestos sobre una misma base imponible. Así tenemos el caso de la telefonía celular por contrato, sujeta al Impuesto de Transferencia

¹¹ Artículos 245 y 246.

¹² En especial el artículo 79.

de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS)¹³ y al Impuesto Selectivo al Consumo (ISC)¹⁴.

c. <u>Los regímenes especiales y las</u> exenciones del impuesto sobre la renta de la persona jurídica, no se extienden de forma automática a la tributación de las utilidades netas que corresponden a los accionistas o socios: Una de las consecuencias de que el tributo en estudio participe de un sistema de doble tributación económica, es que -tal como mencionamos – involucra la participación interrelacionada de dos contribuyentes. En la primera fase está el Contribuyente-persona jurídica y en la segunda está el Contribuyenteaccionista o socio. Ello sigue siendo válido, independientemente de que la tributación del Contribuyente-accionista o socio, se haga mediante el mecanismo de la retención en la fuente¹⁵.

La consecuencia de lo anterior es que, a pesar de su íntima relación, ambas formas de tributar el impuesto sobre la renta siguen sus propias reglas, sin que sea jurídicamente sustentable la extrapolación automática y analógica de los regímenes especiales y del sistema de exenciones de la tributación de la sociedad hacia la tributación de sus accionistas o socios y viceversa. La única forma en que esa extensión se pudiese realizar, es mediante el mandato expreso de la legislación. Varias son las explicaciones que podemos dar al respecto.

Iniciaremos el tema mencionando el sistema de tributación de la persona jurídica. *Grosso modo*, tenemos que, por mandato del artículo 699 del Código Fiscal, la persona jurídica con ingresos brutos anuales superiores a B/.150,000.00, puede sufrir una tributación de la renta mediante un Cálculo Tradicional de la renta neta gravable, donde se pueden deducir costos y gastos, o mediante un Cálculo Alterno que no permite descontar esos costos y gastos, pero que en la práctica genera la aplicación de una tarifa de 1.4% sobre el ingreso bruto, cuyo resultado, en ciertos casos, podría activar la posibilidad de solicitar una desaplicación del Cálculo Alterno para pagar por el Cálculo Tradicional. Pues bien, ese régimen no se puede hacer extensivo a la tributación de la renta de los accionistas o socios, derivada de la utilidad que les corresponda de la misma persona jurídica. Ello es así, por cuanto el artículo 733 del Código Fiscal y el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, tienen una

Ver artículo 1, numeral 4, de la Ley 45 de 1995, tal como se encuentra en vigencia después de la reforma introducida por la Ley 61 de 2002, reproducida por la Ley 6 de 2005.

Ver artículo 1057-V, PARÁGRAFO 1, literal b, y PARÁGRAFO 8, literal b, numeral 7, del Código Fiscal, de donde se colige que la telefonía móvil celular es un <u>servicio</u> gravado y que en materia de telefonía solamente está exento del impuesto la telefonía <u>fija</u>.

Como bien comenta MAURÍCIO A. PLAZAS VEGA, la retención en la fuente no es más que un "instrumento eficaz de recaudo del impuesto sobre la renta". Ver la obra de dicho autor: EL LIBERALISMO Y LA TEORÍA DE LOS TRIBUTOS, Editorial TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1995, página 386. Es decir, que la retención es una forma de cobro del tributo. Ello no altera el hecho ya explicado en este ensayo, en cuanto a que el accionista o socio es el sujeto pasivo (contribuyente) del impuesto aplicable en Panamá sobre las utilidades netas por distribuir de la persona jurídica.

forma especial de calcular y cobrar esta modalidad del tributo, la cual será explicada más adelante en esta sección, pero que es diferente a la tarifa de la sociedad y conlleva un pago definitivo del impuesto.

Por otra parte, en materia de exenciones del impuesto, las personas jurídicas tienen derecho a una serie de exenciones genéricas, establecidas en el régimen general del artículo 708 del Código Fiscal y a través de múltiples normas difundidas a nivel legal y reglamentario. Sin embargo, la tributación de las utilidades netas de una persona jurídica que corresponden a los accionistas o socios, como se verá con más detalle en la sección III de este ensayo, están sometidas a un régimen especial de exenciones, cuyo tronco fundamental está concentrado en los casos expresos señalados al inicio tanto del artículo 733 del Código Fiscal, como del artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta y en los casos expresos de exención establecido en leyes especiales.

En desarrollo de las ideas expuestas en los dos párrafos anteriores revisemos algunos casos concretos.

El primero está contenido en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, de 25 de marzo de 1994¹⁶. Si bien ese caso se decidió con base en el anterior Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, todas las afirmaciones allí expresadas siguen estando en vigencia bajo la legislación actual. En efecto,

se observa en dicho proceso que las sucursales de personas jurídicas extranjeras tenían, como tienen hoy de acuerdo al artículo 109 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, una forma especial de calcular el impuesto aplicable a las utilidades netas por distribuir a los accionistas o socios, que tiene por esencia que a la renta neta gravable de fuente panameña de la sociedad, se le descuenta el impuesto de la persona jurídica y a esa suma se la aplica el impuesto propio de los accionistas o socios que se cobra por retención definitiva, se haya dado la distribución o no. Con este sistema de cobro en mente, tenemos que en el caso judicial referido, el contribuyente fue sometido a una liquidación adicional, en cuanto al impuesto aplicable a las utilidades netas de los accionistas, porque dentro de su cálculo se dedujo el arrastre de pérdidas propio del sistema de las personas jurídicas. "Lo que ha hecho el actor -dijo la Corte-- es descontar el arrastre de pérdida de los años de 1982 y 1984 a estos impuestos [sobre utilidades netas de los accionistas] cuando la norma no lo contempla, ni permite esta deducción, sobre todo cuando añade que "esta retención tendrá carácter definitivo". Como es de esperar, la Corte mantuvo la actuación de la Administración Tributaria. Esta decisión demuestra que el régimen de deducciones vigente para las personas jurídicas, no puede ser extendido por analogía a la tributación de sus accionistas o socios, porque estos últimos están sometidos a un régimen especial, con contribuyentes diferentes. Para que lo alegado por el contribuyente en este caso

¹⁶ COLGATE PALMOLIVE (CENTRAL AME-RICA) Inc. vs. Administración Provincial de Ingresos de la Provincia de Panamá.

fuera viable, debió existir una norma legal expresa que lo autorizara, lo cual no existía entonces y tampoco en el presente.

Lógica similar se sigue en otro caso descrito en una sentencia de 18 de mayo de 2000, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia¹⁷. Esta jurisprudencia es –dicho sea de paso— unos de los precedentes más citados sobre el tema. Pues bien, en este caso el contribuyente persona jurídica realizó la venta de un bien inmueble y procedió a tributar el impuesto de la ganancia de capital conforme a un sistema especial vigente en aquel entonces, que le permitía hacer un pago definitivo, es decir, sin que esa renta especial se tuviese que incluir nuevamente en su declaración jurada del impuesto sobre la renta de ese año fiscal. Cumplido el pago de impuestos de la sociedad, bajo régimen especial, el contribuyente entendió que no estaba en obligación de retener y pagar el impuesto sobre las utilidades de dicha venta que fueron efectivamente distribuidas a sus accionistas. Sin embargo, la Administración Tributaria realizó una liquidación adicional exigiéndole el pago de la retención no realizada sobre las utilidades repartidas a sus accionistas. El contribuyente llevó el caso a la Corte donde, sobre ese punto, la Sala Tercera manifestó.

"A juicio de la Sala, la empresa Servicios de Abastos Latino Americano, S. A., estaba obli-

gada como contribuyente persona moral, a hacer la retención de dividendos percibidos por sus socios producto de la venta de una finca de su propiedad, por monto de B/. 1,200,000.00, que al acogerse a la opción que le otorga el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 106 de 1974, tal cual quedó al ser modificado por el artículo 35 de la Ley 31 de 1991, comúnmente conocida como reforma tributaria, pagó el 5% del valor catastral de la finca enajenada, o sea, 5% de B/. 12,111.40, que equivale a B/. 605.00, en concepto de impuesto, con lo cual es claro que quedó saldado al Fisco sólo lo que a tributo en materia de renta se refiere, por la enajenación de ese bien, con respecto exclusivamente a la empresa Servicios de Abastos Latino Americano, S. A.

Sin embargo, esta operación no eximía a la citada persona jurídica de hacer la retención correspondiente de las ganancias que obtuvieron los socios producto del traspaso a título oneroso de la finca No. 128216, inscrita al código 8717, rollo 14402, de la Sección de la Propiedad, Provincia de Panamá del Registro Público, propiedad de Servicios de Abastos Latino Americano, S. A., que vendió a la empresa Inversiones El Arenal, S. A. por la cifra antes indicada." (El subrayado es nuestro).

Esta decisión, además de confirmar el carácter de Responsable Fiscal

¹⁷ SERVICIO DE ABASTOS LATINO AMERI-CANO, S.A. vs. Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Panamá.

de la persona jurídica respecto de la tributación por utilidades netas correspondientes a sus accionistas o socios, también ratifica el principio que más recientemente venimos explicando: la existencia de un régimen especial para la tributación de una renta de la sociedad, no excluye la aplicación del régimen particular que regula la tributación por utilidades netas correspondientes a sus accionistas o socios. Solo la ley podría decretar esa extrapolación. En este caso la ley no lo hizo, por lo tanto la Corte mantuvo la actuación de la Administración Tributaria.

Más recientemente, el 23 de noviembre de 2005, la Dirección General de Ingresos absolvió una consulta¹⁸, realizada con base a la situación generada por la norma transitoria contemplada en el artículo 766-A del Código Fiscal, introducido por la Ley 6 de 2005 y sus reformas, según el cual se ha permitido por un tiempo que los contribuyentes presenten avalúos privados de las propiedades, los cuales, al ser aceptados por la Administración, sirven, entre otros factores, como valor base para calcular el costo básico del bien, determinándose que la diferencia entre dicho costo y el precio de venta, una vez descontados ciertos gastos específicos, se constituye en la ganancia de capital gravable para el impuesto sobre la renta de los contribuyentes no dedicados habitualmente al negocio de bienes y raíces. Dentro de ese escenario el consultante preguntó qué ocurriría en el caso de una venta realizada por debajo del costo

"Conceptuamos que los ingresos que perciban los accionistas o socios referidos en el caso de la consulta son objeto del impuesto sobre la Renta de conformidad con el

básico del bien, conseguido por vía del avalúo privado aceptado por la Administración, concretamente en lo relacionado con el impuesto aplicable a las utilidades netas que corresponden a accionistas o socios. La Dirección General de Ingresos, dentro de las consideraciones de su respuesta, menciona que los supuestos de exención de la tributación de los dividendos contenidos en los artículos 733 y 733-A del Código Fiscal son un "número cerrado" 19; que la diferencia entre el precio real sin el avalúo y el precio de venta del bien inmueble muestra una ganancia real para el accionista; se cita un fallo de la Corte de 1970 y la sentencia aquí mencionada de 18 de mayo de 2000, para sustentar que la Sala Tercera ya ha dicho que la "situación tributaria de la sociedad o empresa es independiente de la situación tributaria de sus accionistas", después de lo cual se llega a la siguiente conclusión:

Interpretamos esta expresión en el sentido jurídico utilizado desde el Derecho Romano y representado por la expresión en latín "númerus" que en este contexto significa "lista", a la cual le agregamos el adjetivo "clausus" (cerrado), y tenemos la expresión que se refiere a una lista cerrada de opciones legales, es decir, que no permite nuevas inclusiones; por oposición a la expresión númerus apertus que se refiere a una lista abierta de opciones legales, que sí permite otros supuestos no listados. Ver CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1986. Tomo V.

¹⁸ Ver Nota No.201-01-976

artículo 694, 696, 701, literal d)²⁰ y **por no estar incluidos dentro de supuestos normados de exención**, también, señala el artículo 733 del Código Fiscal." (El subrayado es nuestro).

Tenemos pues que la Dirección General de Ingresos, a nuestro juicio correctamente, ratifica aquí el criterio que venimos exponiendo en esta sección, en cuanto a que la existencia de un régimen especial para la tributación de una renta de la sociedad, no excluye la aplicación del régimen particular que regula la tributación por utilidades netas correspondientes a sus accionistas o socios. Es más, mediante esta consulta, la Dirección General de Ingresos confirma nuestro punto de vista, en cuanto a que las exenciones de la tributación de dividendos y cuotas de participación deben estar expresamente contempladas en la ley para que tengan validez. No surgen tales exenciones por derivación o por interpretación extensiva de un régimen propio de la persona jurídica. Ahora bien, discrepamos con la opinión citada, en cuanto parece afirmar que esas exenciones son solamente las que se mencionan en el artículo 733 y 733-A del Código Fiscal ("número cerrado"), porque, tal como reconoce el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta en su artículo 107, tales exenciones también

Para concluir con este tema es necesario mencionar la diferencia existente entre una renta que la ley considera "exenta", comparada con una renta que no es de fuente panameña, ya sea por cuanto de hecho no se produjo "dentro del territorio de la República de Panamá" en los términos del primer párrafo del artículo 694 del Código Fiscal, o porque la ley le atribuye la presunción de que "no se considerarán producidas dentro del territorio de la República de Panamá", tal como se constata en el PARÀGRAFO 2 del artículo 694 del Código Fiscal. En efecto, en el caso de la exención, se entiende que el hecho ocurrió dentro del territorio panameño, pero por orden de la ley no se cobrará el impuesto. En el caso de que una renta sea, o por orden legal se considere como, "no producida en el territorio de la República", la situación técnicamente es diferente, porque ni siquiera se puede decir que ha ocurrido el hecho gravado, dado que Panamá utiliza como criterio de vinculación con la Jurisdicción Tributaria, exclusivamente la renta generada dentro de su territorio.

Este matiz es relevante, en especial por la situación jurídica derivada de la interpretación del literal c. del PARÁGRAFO 2, del artículo 694 del Código Fiscal, según el cual "no

pueden establecerse mediante "casos previstos en leyes especiales", tal como ocurre, a manera de ejemplo, en el artículo 269 del Decreto Ley 1 de 1999, sobre el régimen de valores, y en el artículo 60 de la Ley 41 de 2004, que crea el Área Económica Especial Panamá-Pacífico ("Howard").

Probablemente existe un error en cuanto al literal, dado que el que se citó hace referencia a la tributación de las Zonas Libres, asunto ajeno a la consulta. Podría ser que se quiso mencionar el literal f), el cual se refiere a los dividendos y cuotas de participación.

se considerará producida dentro del territorio de la República de Panamá": "distribuir dividendos o participaciones de personas jurídicas, cuando tales dividendos o participaciones provienen de rentas no producidas dentro del territorio de la República de Panamá..." Con esta norma general, queda muy claro que si la renta de una persona jurídica es, o por orden legal se considere como, "no producida en el territorio de la República", por consiguiente, las utilidades correspondientes a sus accionistas o socios tampoco lo son, y tampoco pagarían el impuesto²¹. Sin embargo, en los casos de que existan exenciones "en cabeza de la sociedad", no existe una norma general que las haga extensiva a la tributación de las utilidades netas que le corresponden a los accionistas o socios, razón por la cual, reiteramos nuestra posición que se requieren exenciones expresamente fijadas por la ley, tal como lo manifestó la Dirección General de Ingresos en la opinión previamente citada en esta sección.

En virtud de lo anterior, somos de la opinión que son jurídicamente correctas las exenciones expresas de la tributación de las utilidades netas que le corresponden a los accionistas o socios, tal como se han recogido en algunas leyes especia-

les, como es el caso del artículo 269 del Decreto Ley 1 de 1999, que regula la actividad de valores, y como se deduce, para ciertas actividades, del artículo 60 de la Ley 41 de 2004, que crea el Área Económica Especial Panamá-Pacífico ("Howard"). Contrario sensu, no contienen exenciones jurídicamente válidas sobre las utilidades netas que le corresponden a los accionistas o socios, aquellas leyes especiales que establecen exenciones para las personas jurídicas o regímenes especiales de tributación de la renta de fuente panameña de las personas jurídicas, pero que no establecen exenciones expresas para la tributación sobre la renta de las utilidades netas que le corresponden a los accionistas o socios, como es el caso de la Ley 41 de 2007, sobre Sedes de Empresas Multinacionales, donde se crea una exención para la sociedad, pero no se menciona algo similar para sus accionistas o socios; y como es el caso de Ley 18 de 2006, que modificó el literal "e." del artículo 701 del Código Fiscal, subrogando con ello el régimen especial de tributación de la ganancia de capital aplicable a ciertas enajenaciones de valores, pero que no menciona ningún cambio para el régimen aplicable a los accionistas o socios de las personas jurídicas que reciban ingresos de esas enajenaciones.

d. El llamado "Impuesto Complementario" es una variante del mecanismo de retención del Impuesto Sobre la Renta aplicable a las utilidades y dividendos: Como bien se mencionó en párrafos anteriores, el tronco legal

Para mayor abundamiento, tanto el artículo 733 del Código Fiscal como el artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, consideran "exentas" "las actividades contempladas en el Parágrafo 2 del artículo 694" del Código Fiscal. Esta exención nos parece innecesaria, toda vez que tales actividades, al no ser de fuente panameña, no están sujetas a impuesto, porque ni siquiera configuran el hecho gravado.

que le da surgimiento a la tributación de la renta de accionistas o socios en Panamá, está en los artículos 701, literal "f", y 733 del Código Fiscal. En especial esta última norma es la que da los principales parámetros en el ámbito legal, sobre la configuración de esta forma especial de gravar la renta, tan es así, que el propio artículo 701, literal "f", del Código, remite al artículo 733 para completar la mecánica del tributo, situación que -tal como hemos explicado— se termina de precisar con otras normas del propio Código Fiscal y --con mayor extensión— a través de varias disposiciones que están dentro del cuerpo normativo del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, principalmente en la sección que va de los artículos 106 al 114.

Pues bien, en el artículo 733 del Código Fiscal, se consideraron dos formas principales del objeto del impuesto, a saber: Primero se habla de un hecho gravado que se describe, por la vía de mencionar la naturaleza de la renta que deberá ser objeto de retención, por parte de las personas jurídicas. Ese primer tipo de renta objeto de retención es el siguiente: "las sumas que distribuyan [las personas jurídicas] a sus accionistas o socios como dividendos o cuotas de participación". Es decir, que el primer supuesto del impuesto requiere que exista una distribución de dividendos o cuotas en participación. Sin embargo, existe un segundo supuesto, el cual aplica en caso de que --existiendo "ganancias netas" en un período fiscal-- "no haya distribución de dividendos o de que la suma total distribuida como dividendo o cuota de participación sea menor del cuarenta por ciento (40%) del monto de las ganancias netas... menos los impuestos pagados por la persona jurídica." Este segundo supuesto del impuesto no requiere que exista una distribución de dividendos o cuotas en participación, pero también aplica en los casos en que sí existe tal distribución, pero la misma es baja, no alcanzando el 40% de las ganancias netas.

Los dos supuestos analizados en el párrafo anterior demuestran que, el objetivo principal que tiene la forma especial de gravar y cobrar la renta que el legislador creó a través de la primera parte del artículo 733 del Código Fiscal, es el de aplicar un gravamen sobre la renta que obtenga o potencialmente pueda obtener el accionista o socio de una persona jurídica, luego de que ya se pagaron los impuestos "en cabeza" de la persona jurídica y descontados estos últimos. El supuesto más simple es el primero: si se distribuyen los dividendos o cuotas de participación de la persona jurídica, entonces se debe realizar una retención sobre la suma distribuida. Pero la norma no se queda en ese supuesto simple, porque dejaría abiertos espacios para la elusión fiscal en aquellas entidades que tengan utilidades netas (después de impuestos), pero que deciden no distribuirlas o solamente distribuir una cantidad menor de las mismas, que no llegue al 40%. Para estos escenarios un tanto más complejos, el artículo 733 del Código Fiscal creó también la obligación

de retener. La técnica misma de las retenciones será analizada más adelante. Sin embargo, por el momento nos resulta fundamental destacar que en ambos casos <u>la ley</u>, a través del artículo 733 del Código Fiscal, creó la obligación de retener.

Al analizar este artículo 733 del Código Fiscal, como norma originaria de la forma especial de impuesto sobre la renta que estudiamos, nos llama poderosamente la atención que a nivel del Organo Legislativo no se le puso ningún nombre especial a esta forma de gravar la renta. Quizás será porque -tal como ya dijimos – este artículo 733 es una norma más, entre otras disposiciones del Capítulo V del Título dedicado en el Código Fiscal a regular el impuesto sobre la renta. De hecho el artículo 733 es una pieza adicional dentro del sistema del Código Fiscal que establece las formas en que el impuesto sobre la renta se cobra a través de retenciones. Prueba de ello es que en el mismo artículo se regulan uno de los tipos de retenciones de las remesas enviadas desde Panamá a personas no residentes en Panamá. Por ese motivo comprendemos que no tenía mucha necesidad el legislador de calificar esta forma de retención del impuesto sobre la renta, con algún nombre especial. No había duda que estábamos hablando de una forma especial de tasar y cobrar el impuesto sobre la renta. Sin embargo, cuando el mandato legal es reglamentado por el Organo Ejecutivo, a través del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, opera una poco ortodoxa transformación en

la nomenclatura de esta institución tributaria, que ha ocasionado no pocos debates sobre la naturaleza jurídica de la figura que tenemos entre manos, pero que -en nuestra opinión – en ningún caso realmente justifica el desconocimiento de que las instituciones mencionadas en el párrafo primero del artículo 733 del Código Fiscal, siguen siendo formas relacionadas íntimamente entre sí, de aplicar la retención sobre las utilidades netas de las personas jurídicas, independientemente de que las mismas se repartan o no a los contribuyentes accionistas o titulares de cuotas de participación.

La especial aplicación de nombres a que hemos hecho alusión y que se dio dentro el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, a propósito de los supuestos de retención contenidos en la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal, se observa con claridad, principalmente en los artículos 106 y 110 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta. En efecto, en el artículo 106 se desarrolla a nivel reglamentario el primer supuesto de retención mencionado en el primer párrafo del artículo 733 del Código Fiscal y que se refiere a los casos en que las personas jurídicas distribuyen efectivamente las utilidades a sus accionistas o titulares de cuotas de participación. Sin embargo, ese supuesto de retención del impuesto sobre la renta, en el artículo 106 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, es bautizado como si se tratase de un nuevo impuesto, al cual se le califica como "Impuesto sobre dividendos u otras distribuciones de

utilidades a accionistas o socios". Algo similar ocurre con el supuesto de retención contenido en la segunda frase del primer párrafo del artículo 733 del Código Fiscal, es decir, la forma de retener el impuesto sobre la renta cuando la persona jurídica, teniendo utilidades netas, no distribuye dividendos o solo lo hace en un monto que no llega al 40% de las utilidades netas (después de impuestos). Esos casos también son rebautizados en el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, en especial en el artículo 110 que decide llamarlos "Impuesto Complementario".

Pese a la reseñada confusión de nombres, la cual se ve reflejada en varios otros artículos del Reglamento, del Código Fiscal y de leyes especiales, consideramos que existen múltiples motivos para afirmar que no estamos hablando de dos impuestos diferentes, uno llamado Impuesto de Dividendos y otro llamado Impuesto Complementario. Es decir, que lo que el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta desarrolla, no son más que formas de retener el impuesto sobre le renta aplicable a las utilidades netas distribuidas o no a los accionistas o socios de personas jurídicas. Hagamos mención de las principales razones:

 Si bien existen normas legales como el artículo 699-A del Código Fiscal, que parecieran reconocerle derecho de existencia jurídica a una especie nueva de impuesto llamado "Impuesto Complementario", la principal norma rectora del tema, la que le da creación a la institución es el artículo 733 del Código Fiscal. De acuerdo al parámetro establecido en el artículo 14, numeral 1, del Código Civil, esta disposición es la que prevalece, porque es la norma especial. Tenemos entonces que la norma especial contenida en el artículo 733 del Código Fiscal, establece que los supuestos contenidos en el párrafo primero de la misma, son formas de retener el impuesto sobre la renta en el caso de las utilidades netas que se distribuyan o no a los accionistas o socios. Por tanto, conceptualmente no podemos darle a dichos supuestos el carácter de impuestos nuevos, diferentes al impuesto sobre la renta.

2. Con base en el principio de reserva legal en materia tributaria, contenido en el artículo 52 y demás concordantes de la Constitución Política, los impuestos se crean por Ley. Sin embargo, tenemos que la Ley, a través del artículo 733 del Código Fiscal, no le dio a las figuras creadas en el párrafo primero de esa norma, el carácter de impuestos nuevos, sino que los consideró formas de retener el impuesto sobre la renta de los contribuyentes-accionistas o socios de personas jurídicas. Por tanto, el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta no puede crear unos impuestos nuevos llamados "Impuesto de Dividendos" e "Impuesto Complementario", los cuales serían distintos del impuesto sobre la renta.

- 3. Ahora bien, fuera de los errores técnicos en la atribución de nombres de impuestos nuevos a unas instituciones que no lo son, consideramos que en el fondo de todo, el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta realmente no está creando impuestos nuevos. Así tenemos que en el caso del artículo 106, pese a que en el título nos habla de un aparente nuevo impuesto llamado "Impuesto sobre dividendos u otras distribuciones de utilidades a accionistas o socios", la realidad es que el primer párrafo de la norma comienza diciendo: "Los accionistas o socios pagarán el impuesto a la renta sobre las utilidades o dividendos que reciban..." Es más, esta misma norma más adelante establece que la persona jurídica que retiene el gravamen y no lo ingresa al Fisco, estará sujeta a las sanciones de defraudación fiscal propias del impuesto sobre la renta, contenidas en el artículo 752 del Código Fiscal. Es decir, que al momento de regular la institución no se tiene duda de que estamos hablando del impuesto sobre la renta. Por su parte, en el artículo 110, pese a que en el título y en el contenido se nos habla de un aparente nuevo impuesto llamado "Impuesto Complementario", en el primer párrafo de la norma se dice que todo lo regulado allí se hace, "De acuerdo con lo dispuesto por la segunda frase del primer párrafo del artículo 733 del Código Fiscal..." Lo cual significa que la norma reconoce su subordinación a lo
- dispuesto en el artículo 733 del Código Fiscal, donde, tal como hemos explicado, no se habla de un nuevo impuesto llamado Impuesto Complementario, sino que se regulan formas de retener el impuesto sobre la renta obtenida o que potencialmente puedan obtener los accionistas o socios de las personas jurídicas derivadas de las utilidades de dichas entidades, después de impuestos.
- En el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta existe una regulación contenida en el artículo 108, de acuerdo a la cual, para que una persona jurídica pueda distribuir utilidades retenidas de años anteriores en un año fiscal, necesita cumplir con alguna de las siguientes dos opciones, respecto a las utilidades netas del año fiscal en que se encuentra, a saber: a) Debe pagar el 10% de las utilidades repartidas en dicho año fiscal, si fueron de un 40% o más; o, b) Debe pagar el 10% del 40% de las utilidades netas no distribuidas de dicho año fiscal. Si cumple alguno de estos dos requisitos, entonces tendrá la posibilidad legal de distribuir, parcial o totalmente, las utilidades retenidas de años anteriores al año en que se encuentra o distribuir como dividendos las rentas exentas del año en que se encuentra. El hecho de que la legislación prevea que las opciones a) y b) citadas, puedan cumplirse indistintamente y que, el acatamiento por parte de la persona jurídica de alguna de las

dos, tiene el mismo resultado, es decir: permitir la distribución de utilidades retenidas de años anteriores, las cuales estarán sujetas a la retención fiscal sobre dividendos, no hace más que confirmar que ambos tipos de retenciones tienen por objeto la misma renta, es decir, la que obtengan los accionistas o socios de personas jurídicas que tengan utilidades netas en un año fiscal, sea que sean distribuidas, o que no lo hagan, siendo que en este último caso el impuesto retenido se configura como un adelanto del que finalmente se pagará cuando realmente se distribuya.

5. Finalmente, resulta muy importante destacar un elemento clave de la lógica de estas formas especiales de retener el impuesto sobre la renta y se relaciona con el crédito que surge para un futuro por el pago del monto del tributo que el Reglamento llama "Impuesto Complementario". De acuerdo al texto del artículo 112 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, cuya idea es complementada por el segundo párrafo del artículo 114 del mismo cuerpo de normas, los pagos que se hagan durante varios años fiscales en concepto de "Impuesto Complementario" y que afecten las ganancias netas de sus respectivos años, servirán como créditos fiscales, aplicables al llamado "Impuesto de Dividendos" que se cause en un año fiscal subsiguiente, en el cual la persona jurídica decida que efectivamente va a realizar distribución de las utilidades netas. en montos iguales o superiores al 40%. Este sistema, además de ser totalmente justo, confirma que lo que el Reglamento llama "Impuesto Complementario" no es más que una forma de retener por adelantado, parte del impuesto sobre la renta aplicable sobre los dividendos o cuotas de participación, en aquellos casos en que la persona jurídica no distribuye las utilidades netas o cuando realiza tal distribución solamente de forma parcial. De tal manera que, cuando llega un año fiscal en el cual se distribuven las utilidades netas de ese año y las que han sido retenidas en años fiscales anteriores, el llamado "Impuesto Complementario" que en cada año anterior se pagó, se le reconoce al contribuvente como un crédito fiscal dentro del cálculo de la retención del impuesto sobre la renta aplicable sobre las utilidades netas que efectivamente serán distribuidas. Este criterio ha sido incluso aceptado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la ya citada sentencia de 18 de mayo de 2000²², donde la Corte reconoció que estaba de acuerdo con el artículo 733 del Código Fiscal, la afirmación realizada por la Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Panamá, en la resolución 213-4173 de 15 de julio de 1997, cuando sostuvo que el impuesto

²² SERVICIO DE ABASTOS LATINO AMERI-CANO, S.A. vs. Administración Regional de Ingresos de la Provincia de Panamá.

mínimo o complementario "...no es más que un adelanto que deben pagar los accionistas de una sociedad por las ganancias obtenidas".

En nuestra opinión, la intención de fondo del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta no era estar creando nuevos impuestos, porque nos resistimos a pensar que sus redactores siquiera consideraran que el Organo Ejecutivo tuviese esa facultad por vía de reglamento. Más bien estimamos que lo que se buscaba con toda la buena intención, era darle una especie de orden lógico y temático al asunto, para lo cual tenía algún sentido el uso de nomenclaturas separadas para los dos supuestos de retención del impuesto sobre la renta regulados en el primer párrafo del artículo 733 del Código Fiscal. buena intención aclaratoria de una norma legal confusa, como criterio de inspiración de los redactores del actual Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, muy probablemente fue heredada de los redactores del antiguo Reglamento del Impuesto Sobre la Renta (Decreto 60 de 1965), que al enfrentar por primera vez la reglamentación del texto del artículo 733 del Código Fiscal, tal cual estaba vigente en aquella época, crearon una norma con el siguiente texto:

"<u>Artículo 84</u>. (Impuesto complementario a cargo de las personas jurídicas).

Para efectos de su identificación, el pago de que trata la segunda frase del inciso a) del artículo 733 del Código Fiscal se denominará "Impuesto Complementario"." (El subrayado es nuestro).

Hasta donde hemos investigado, esta norma reglamentaria de 1965, es la primera ocasión en la cual se utiliza el nombre "Impuesto Comp<u>lementario</u>". Sin embargo, los redactores de dicho decreto fueron muy cuidadosos en aclarar que no estaban creando un nuevo impuesto con dicho nombre, sino que se estaban refiriendo a la forma de pago del impuesto sobre la renta regulada en lo que en aquel entonces era la segunda frase del inciso a) del artículo 733 del Código Fiscal, que es el supuesto legal que hoy corresponde con la segunda frase del primer párrafo del artículo 733 del Código Fiscal, es decir, la retenaplica en caso de que ción que se --existiendo "ganancias netas" en un período fiscal-- "no haya distribución de dividendos o de que la suma total distribuida como dividendo o cuota de participación sea menor del cuarenta por ciento (40%) del monto de las ganancias netas... menos los impuestos pagados por la persona jurídica." A esta forma de pago del impuesto, los redactores del Decreto 60 de 1965 le llamaron "Impuesto Complementario", pero tuvieron la sabiduría de aclararnos que usaban ese nombre solamente "PARA EFECTOS DE SU IDENTI-FICACIÓN". No se pretendía crear un impuesto nuevo.

Quizás una de las razones del debate actual que sigue abierto sobre este tema, está en que los redactores del actual Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, al ocuparse del tema en el artículo 110, no aclararon que el uso del nombre "Impuesto

Complementario" era solo para efectos de su identificación. De allí que muchos han considerado la posibilidad de que se trata de un impuesto nuevo. En todo caso, aunque la simple denominación no puede explicar todo, consideramos que al usar nombres que sugieren la creación de dos impuestos nuevos, se agregó un elemento de confusión que ha complicado en parte la institución. Dicha confusión se ha extendido a otras normas e incluso ha llegado a nuestra Corte Suprema de Justicia, donde podemos ver que en la sentencia ya citada de 18 de mayo de 2000 de la Sala Tercera, tanto la Administración Tributaria como la Corte reconocen, mediante la validación de un peritaje contable, que el contribuyente del caso distribuyó el 40% de las utilidades, lo cual lo ubicaría dentro de lo que el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta llama "Impuesto sobre dividendos", sin embargo, ambas autoridades califican el impuesto en discusión como "Impuesto Complementario". Si a tan altos niveles se dan estas confusiones, es justo reconocer que, mientras no se reforme la legislación, el tema será objeto de debate.

En resumen, para los efectos de esta investigación dejamos sentada nuestra posición en cuanto a que los dos supuestos contemplados en el primer párrafo del artículo 733 del Código Fiscal, no son más que formas interrelacionadas de retener el mismo impuesto sobre la renta sobre las utilidades netas distribuidas o por distribuir a los contribuyentesaccionistas o socios de las personas jurídicas. Y que tales supuestos no son impuestos nuevos y separados

del impuesto sobre la renta. No obstante, dejamos abierta la posibilidad de que en este ensayo se utilicen en ocasiones las denominaciones que a estas instituciones les da el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, por cuanto resultaría muy difícil explicar este tema, pretendiendo ignorar totalmente las nomenclaturas utilizadas en dicho reglamento.

Funcionamiento general de la retención del impuesto sobre la renta sobre las utilidades netas en casos en los que ocurre la distribución (el llamado "Impuesto sobre dividendos u otras distribuciones de utilidades a accionistas o socios"): La regla general en caso de distribución de utilidades a los accionistas o socios de una persona jurídica, es que al distribuir las utilidades netas (después de pagado el impuesto de la persona jurídica), la entidad está obligada a retener el 10% del monto a distribuir, en calidad de impuesto sobre la renta donde los accionistas o socios son los contribuyentes del gravamen²³.

En las sentencias ya citadas de la Sala Tercera, de fechas 26 de junio de 1998 (LISA MÉNDEZ MORENO vs. DIRECTOR GENERAL DE INGRESOS) y de 18 de diciembre de 1998 (OFELIA MÉNDEZ vs. DIRECTOR GENE-RAL DE INGRESOS), la Corte Suprema de Justicia hizo un interesante análisis, denegando la aspiración del demandante en cuanto a que los pagos realizados por la persona jurídica a sus accionistas, originalmente hechos bajo el concepto de "comisiones o servicios profesionales", fueran "reclasificados" como dividendos. La negativa de la Corte estuvo basada en que, como quiera que se demostró que no se dio distribución de utilidades **netas**, era imposible que los pagos realizados fueran entendidos como si fuesen dividendos distribuidos.

Este impuesto es definitivo, lo cual significa que los accionistas o socios que reciben la utilidad, previa retención, no tendrán que pagar más impuesto sobre esa porción de sus rentas anuales y –como contrapartida — tampoco podrán descontarse como gasto en su declaración de renta ordinaria, los gastos en que hayan podido incurrir para obtener la utilidad o dividendo. En el caso de que se trate de acciones al portador, la tarifa de la retención será de 20%.

Cuando se hace la distribución de las utilidades o dividendos y no se cumple la retención, se crea una solidaridad en la obligación tributaria frente al Fisco: tan responsable es la persona jurídica como el accionista o socio. Sin embargo, en el caso de que la persona jurídica retenga el impuesto y no lo ingrese al Tesoro Nacional, solamente será responsable la persona jurídica, incluso podría ser calificada la conducta como defraudación fiscal, en los términos que dicha sanción opera dentro del impuesto sobre la renta. Una vez retenido el impuesto, el mismo debe ser ingresado al Tesoro dentro de los diez (10) días siguientes a la retención, entendiéndose que el pago debe hacerse siempre en dinero, aún cuando la distribución se haya realizado en valores²⁴ o especies.

Existe una previsión para evitar que se pague impuesto sobre la

renta de dividendos, cuando la renta originaria ya pagó impuesto de esa naturaleza. Es decir, si la renta que obtiene una persona jurídica proviene, total o parcialmente, de dividendos o cuotas de participación que ya fueron objeto de la retención de este impuesto, al momento en que la persona jurídica receptora del ingreso proceda -a su vez— a la distribución a sus respectivos accionistas o socios, no tendrá que realizar una nueva retención del tributo, en la proporción que corresponda. Lo mismo aplica cuando las utilidades o dividendos recibidos por la persona jurídica, provengan de una entidad exenta expresamente por la ley de la obligación de hacer la retención sobre las utilidades netas que correspondan a sus accionistas o socios. En este punto resulta importante enfatizar que la exención debe referirse concretamente al tributo sobre las utilidades que corresponden a los contribuyentes-accionistas o socios, no siendo aplicable a este supuesto los casos de exención referidos al impuesto sobre la renta propio del contribuyente-persona jurídica.

Además de los anteriores, existen casos especiales contemplados en la ley que están exentos de la retención del impuesto sobre la renta sobre las utilidades netas que correspondan a los accionistas o socios. Tales casos serán estudiados más adelante²⁵. Sin embargo, salvo dichos casos, la retención del impuesto procede "cualquiera sea el origen de la renta que obtuvo la persona jurídica", tal como se menciona en el artículo 107 del

La distribución en valores incluye la posibilidad de que la persona jurídica que emita acciones, haga distribución de dividendos con acciones de la propia compañía.

²⁵ Ver sección III.

Reglamento del Impuesto Sobre la Renta. Además, la retención aplica no solo en la distribución de utilidades de una persona jurídica con un continuo ejercicio social anual, sino que también procede cuando la distribución se hace al momento de la liquidación de la persona jurídica o de la distribución de reservas, sea que se le entreguen a los socios dinero, valores o especies y también en el caso que se realicen acreditamientos de beneficios de algún tipo.

Funcionamiento general de la retención del impuesto sobre la renta sobre las utilidades netas en casos en los que no ocurre la distribución o que tal distribución sea menor del 40% (el llamado "Impuesto Complementario"): Lo primero que el sistema propone definir, es un valor que se denomina "saldo resultante" y que tiene por objeto determinar la utilidad neta de la entidad, una vez descontados los impuestos que ya se pagaron "en cabeza" de la persona jurídica. El saldo resultante se obtiene de la siguiente operación: se toma la renta neta gravable incluida en la declaración jurada de rentas de la persona jurídica, a la cual se le suman los ingresos recibidos por dicha persona como producto de las enajenaciones sometidas a regímenes especiales de ganancia de capital en materia de bienes inmuebles²⁶ y valores²⁷. Al resultado de la suma anterior se le

debe restar el impuesto sobre la renta causado en la declaración de renta y las sumas de impuesto pagadas dentro de los regímenes especiales de ganancia de capital mencionados. La suma que se obtenga se llama "saldo resultante". La última reforma reglamentaria que se introdujo a este tema²⁸, gracias a la cual se incluyó la consideración de los regímenes especiales de ganancia de capital dentro del cálculo del "saldo resultante", merecerá un estudio separado en una sección posterior de este ensayo²⁹.

En caso de que se distribuya el 40% o más del saldo resultante, no procede el llamado "Impuesto Complementario", sino que serán aplicables las reglas de la retención del impuesto sobre la renta sobre las utilidades netas en casos en los que ocurre la distribución, tal como fueron explicadas en el punto "e.", inmediatamente anterior.

En el caso de que no se distribuyan las utilidades netas, a pesar de que existan, la persona jurídica estará obligada a retener el 10% del 40% del saldo resultante. Veamos un ejemplo de este concepto recogido en la sentencia de la Corte ya citada, fechada 26 de junio de 1998³⁰:

Ver lo regulado por el artículo 701, literal "a", del Código Fiscal.

Ver lo regulado por el artículo 701, literal "e", del Código Fiscal.

Nos referimos principalmente a los cambios introducidos por los artículos 4 y 7 del Decreto Ejecutivo No.8 de 29 de enero de 2007 (G.O. 25,723 de 1 de febrero de 2007).

²⁹ Ver sección IV.

³⁰ LISA MÉNDEZ MORENO vs. DIRECTOR GENERAL DE INGRESOS. Igual criterio fue reiterado por dicho tribunal en sentencia de 18 de diciembre de 1998 en el caso OFELIA MÉNDEZ vs. DIRECTOR GENERAL DE IN-GRESOS.

"En cada periodo fiscal liquidado adicionalmente a la empresa GASES DE CHIRI-QUI, S.A., el saldo resultante de ganancias netas menos los impuestos pagados por la persona jurídica, fue mayor del cuarenta por ciento (40%) del total de ganancias netas, pero a estas ganancias no fue aplicado el impuesto de dividendos del artículo 701 literal f) del Código Fiscal, sino que la empresa GASES DE CHIRIQUÍ, S.A. decidió acogerse al impuesto mínimo o complementario, del 10% sobre el 40% por ciento de las ganancias una vez deducido el impuesto pagado. Por tanto, yerra la demandante al afirmar que esta Resolución es prueba de que la empresa GASES DE CHIRIQUI, S.A. pagó sobre sus ganancias netas menos el impuesto pagado, el impuesto de dividendos, porque lo que fue pagado fue el impuesto mínimo o complementario."

Ahora bien, en caso de que sí se realice la distribución de parte de la utilidad neta, pero la misma sea menor al 40% del saldo resultante, la persona jurídica debe realizar una retención de 10%, pero sobre una base imponible especial, consistente en la diferencia que resulte de restar al 40% del saldo resultante, el importe efectivamente distribuido entre los accionistas o socios.

Para saber si existe distribución de utilidades se toma como referencia la fecha de presentación de la declaración jurada de rentas. Si pasada esa fecha la utilidad neta no ha sido ni distribuida ni capitalizada³¹, se entiende que no se ha dado la distribución de utilidades o dividendos. Por lo tanto, en la declaración jurada del impuesto sobre la renta debe reportarse el monto de las utilidades netas no distribuidas que causarán el llamado Impuesto Complementario, el cual debe ser pagado en los términos previstos para el Impuesto Estimado³² sobre la renta.

Tal como se comentó previamente, lo pagado por una persona jurídica como retención sobre utilidades netas no distribuidas o en caso de que la distribución no alcance el 40%, es reconocido por la Ley como crédito fiscal al momento en que, en años subsiguientes, se realice la distribución real de tales utilidades y haya que pagar la tributación sobre los dividendos.

g. Capitalización de Utilidades: El sistema previsto en Panamá de tributación sobre la renta de las utilidades netas, tal como hemos visto, está diseñado para gravar:
1) la distribución del 40% o más de las utilidades o dividendos;
2) los casos donde existen utilidades netas, las cuales se retienen y no se distribuyen; y, finalmente,
3) los casos donde se realiza una distribución de utilidades en

El concepto de "capitalización de utilidades" se estudia al final de esta sección.

El hecho que el pago se haga en las fechas de pago de la "Estimada", resulta especialmente curioso, por cuanto refuerza la opinión que sostiene que el llamado Impuesto Complementario no es más que una especie de "Impuesto de Dividendos <u>presunto o estimado</u>".

vez concluido el año fiscal dentro

del cual surgieron las utilidades,

dado que si se realizare dentro del

montos inferiores al 40%. No obstante, nuestro sistema le da un tratamiento diferenciado a los casos donde, existiendo utilidades netas en un año fiscal de una persona jurídica, en años subsiguientes tales dividendos son capitalizados, es decir, convertidos en recursos a disposición de la operación de la persona jurídica. Como quiera que en este escenario, los fondos no se elevan a la categoría de ingresos, reales o potenciales, de los accionistas o socios, la legislación permite que –cumplidas ciertas reglas— tales rentas no estén sujetas a retención del impuesto sobre la renta³³. Veamos tales re-

La capitalización de las ganancias retenidas debe realizarse "en cualquier año fiscal subsiguiente"³⁴. Ello quiere decir que, como mínimo, la capitalización debe cumplirse una

mismo año fiscal, no aplicaría lo previsto en la norma. La capitalización realizada respetando el anterior requisito, siempre evitará la retención relacionada con la distribución del 40% o más de las utilidades o dividendos. Sin embargo, el simple cumplimiento del requisito antes mencionado, no garantizará que se pueda evitar la retención aplicable sobre las utilidades netas no distribuidas (Impuesto Complementario), por cuanto que, si la capitalización ocurre después de la fecha en que se debe presentar la declaración jurada de rentas del año fiscal respectivo, dicha retención deberá realizarse de todas formas³⁵. Esto es tan cierto, que la propia legislación prevé que se perderá el crédito fiscal generado por el llamado Impuesto Complementario, surgido por el pago del tributo ante el hecho de la existencia en la fecha de la declaración de rentas, de utilidades sin distribuir y sin capitalizar de un año fiscal, si con posterioridad a esa fecha, la persona jurídica decide capitalizar las mencionadas utilidades.

Por otra parte, la normativa³⁶ también contempla dos mecanismos de control adicionales para evitar que, a pesar de la capitalización, las utilidades o dividendos lleguen a

³³ Consideramos que esta realidad normativa, no es más que una aplicación de la llamada "doctrina de la realización", según la cual, en el campo del accionista, sostiene que su plusvalía no sería gravable hasta que se "realice" la ganancia, por ejemplo, al recibir dividendo de le compañía o la ganancia de la venta de la acción a un tercero. Resulta obvio que si la utilidad vuelve a ser parte del capital de la sociedad, pierde la posibilidad de verse "realizada" como ingreso del accionista o socio. Al ser esa la base imponible del tipo de impuesto sobre la renta regulado al inicio del artículo 733 del Código Fiscal, tiene sentido que tales recursos no sean considerados como parte de la base imponible del tributo. Cfr. KAHAN, Douglas A. y LEHMAN, Jeffrey S. CORPORATE INCOME TAXATION, Fifth Edition, WEST Group, St. Paul, MINN., 2001.

Artículo 114, primer párrafo, del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, que desarrolla el artículo 733-A del Código Fiscal.

³⁵ La idea surge de un estudio conjunto del último párrafo del artículo 110 y del primer párrafo del artículo 114, ambos del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta.

Nos referimos especialmente al artículo 733-A del Código Fiscal y al artículo 114 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta.

manos de los accionistas o socios, sin ser objeto de las retenciones de Ley. El primer supuesto establece que dentro de los cinco (5) años siguientes a la capitalización de utilidades, las personas jurídicas no podrán adquirir sus propias acciones o cuotas en participación. Con ello se impide que los accionistas o socios vendan sus acciones a la persona jurídica, obteniendo los dividendos de forma soterrada. En el segundo supuesto, las personas jurídicas, salvo las sociedades dedicadas a la banca o actividades financieras, tienen prohibido otorgar préstamos a sus accionistas o socios dentro de los cinco (5) años siguientes a la capitalización, es más, los préstamos existentes a la fecha de capitalización de utilidades, deberán ser pagados por los accionistas o socios dentro de los seis (6) meses siguientes.

II. Determinación de las entidades jurídicas cuyos accionistas o socios están sujetos al Impuesto Sobre la Renta correspondiente a dividendos o participación de utilidades.

1. Introducción.

La enunciación básica de la forma especial de impuesto sobre la renta que venimos analizando, fijada principalmente por el artículo 733 del Código Fiscal, planteada mediante un sistema de retención, lleva consigo la descripción de los elementos claves del tributo: los Contribuyentes, los Responsables, la renta gravada y la tarifa diferenciada, de acuerdo a lo siguiente:

<u>Contribuyentes:</u> accionistas o socios de las personas jurídicas.

Responsables: personas jurídicas que distribuyen dividendos o cuotas de participación a sus accionistas o socios en un año fiscal. También incluye a las personas jurídicas que, aunque no distribuyan los dividendos o cuotas de participación a sus accionistas o socios, estaban en posición de hacer tal distribución, si así lo hubiesen decidido, por tener utilidades, luego de haber pagado los impuestos propios de la persona jurídica en un año fiscal.

Renta Gravada: el ingreso que recibe o pudiese recibir el Contribuyente, titular de una acción o socio de una persona jurídica, como producto de su participación en la persona jurídica, y que se manifiesta en la utilidad por distribuir que tenga la persona jurídica, después de pagar sus impuestos, sea que tal distribución efectivamente ocurra o pueda ocurrir en el futuro.

<u>Tarifa diferenciada</u>: 10% si la acción o cuota en participación es nominativa. 20% si es al portador.

Estos elementos de juicio son sumamente importantes, sobre todo la claridad sobre quiénes juegan el rol de Contribuyentes y quiénes el papel de Responsables Fiscales. La ubicación de estos factores es cardinal para poder determinar en qué supuestos se causa el impuesto y procede la retención. Para utilizar una fórmula de lógica jurídica muy común en la jurisprudencia de Estados Unidos de América, digamos que con esos factores podemos construir lo que sería el "test" (la

prueba), que permite determinar cuándo algún tipo de figura jurídica califica para ser afectada por esta forma especial de tributar el impuesto sobre la renta.

En el caso de las entidades jurídicas que analizaremos en la parte inicial de esta sección, estamos totalmente convencidos que las mismas califican como personas jurídicas sujetas al impuesto, desde la óptica de Responsables Fiscales y también desde el ángulo de los Contribuyentes, papel que juegan sus respectivos accionistas o socios. Sin embargo, al final nos ocuparemos de las figuras específicas de la Fundaciones de Interés Privado, Fideicomisos, Asociaciones Accidentales o Cuentas en Participación y Cooperativas, que a nuestro juicio, no están sujetas a la tributación de la renta sobre utilidades netas por distribuir a accionistas o socios previsto en el artículo 733 del Código Fiscal.

2. Concepto de "persona jurídica", de "sociedad", de "socios" y de "accionistas".

Tal como adelantamos en la sección anterior, el sistema de retención establecido en el artículo 733 del Código Fiscal, contiene los elementos claros del Responsable Fiscal y del Contribuyente del tributo. Si esos elementos no están presentes, no se cumple el "test" que haría posible que operara la retención.

En el caso del Responsable Fiscal, la norma se refiere a las "personas jurídicas". Ello es importante, por cuanto desde el momento en que no estamos ante una institución que goce de personalidad jurídica, de inmediato se descarta la aplicación del tributo, ni siquiera se configura el hecho gravado.

Sin embargo, ¿aplica el tributo a cualquier persona jurídica? ¿tener personería jurídica es suficiente para que se subsuma el asunto en el supuesto legal previsto al inicio del artículo 733 del Código Fiscal? A nuestro juicio no. Porque la norma incluye elementos claros que dibujan el tipo de persona jurídica a la cual se refiere, por ello es que se dice que el tributo, cobrado por retención, solamente coloca en calidad de Responsable Fiscal a las personas jurídicas que tienen "accionistas o socios", a los cuales, por tener dicha condición, existe la potencialidad que se les deba distribuir "dividendos o cuotas de participación" cuando existan utilidades netas. En otras palabras, el impuesto-retención en estudio, solamente se relaciona con aquellas personas jurídicas, conformadas por socios o accionistas, que puedan recibir dividendos o cuotas de participa*ción*. Es decir, este es un impuesto que está básicamente diseñado para darle el rol de Responsable Fiscal a la entidad jurídica denominada Sociedad, Compañía o Corporación, sea civil o mercantil, y sobre la cual señalaremos algunos elementos que resulta necesario tener de referencia.

Los autores Khan y Lehman han escrito que las "corporaciones son, primero y ante todo, mecanismos a través de los cuales los individuos combinan su capital y recursos humanos en una empresa conjunta y luego comparten la ganancia neta" 37. Por su parte,

KAHAN, Douglas A. y LEHMAN, Jeffrey S. CORPORATE INCOME TAXATION, Fifth Edition, WEST Group, St. Paul, MINN., 2001. p.17.

Lojendo Osborne, en el contexto español, nos dice: "De la definición del contrato de sociedad contenida en los artículos 16 del Código de Comercio y 1.665 del Código Civil se deduce un concepto de sociedad mercantil idéntico en lo sustancial al de sociedad civil. En ambos se concibe la sociedad como una unión de personas que contribuyen a la constitución de un fondo patrimonial y colaboran en el ejercicio de una actividad con el fin de obtener unas ganancias."38 Por su parte, el colombiano Leal Pérez³⁹ incluye dentro de los "Requisitos de Fondo para la existencia de la Sociedad", el Aporte de cada Socio. Sobre el aporte afirma: "El aporte es individualización de capital social, pues éste se compone del conjunto de aquellos. Sin importar la aportación, el socio está obligado a aportar algo." Otro de los requisitos de fondo de la existencia de la sociedad que menciona este autor, es el Reparto de Utilidades, sobre el cual comenta: "El fin último del desarrollo del contrato social es el reparto de las utilidades obtenidas por la empresa o actividad social entre los socios integrantes de la misma. La distribución de las utilidades sociales se hace en proporción a los aportes pagados, salvo que en el contrato se haya estipulado cosa diferente."

En Panamá, la legislación general recoge el principio de que la sociedad involucra aportes de socios para obtener rendimientos. Veamos primero dos normas del Código de Comercio, a manera referencia:

"Artículo 249. Dos o más personas naturales o jurídicas podrán formar una sociedad de cualquier tipo o una o más de ellas podrán ser accionistas, directores, dignatarios, administradores, apoderados o liquidadores de la misma."

"Artículo 257. Es de esencia de toda compañía que cada socio aporte alguna parte de capital, sea en dinero, efectos, créditos, industria o trabajo.

..." (El subrayado es nuestro).

"Artículo 267. La participación de los socios en los beneficios o las pérdidas se ajustará a lo que se hubiese convenido. A falta de estipulación, cada socio capitalista deberá tener una parte en los beneficios o en las pérdidas, proporcional al valor de su aporte. La parte del socio de industria será determinada por peritos, si otra cosa no estuviese convenida." (El subrayado es nuestro).

Del Código Civil citemos la siguiente:

"Artículo 1356. La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan <u>a poner</u> en común dinero, bienes o industria, <u>con ánimo de partir entre sí las ganancias</u>." (El subrayado es nuestro).

Dicho lo anterior, es necesario hacer una aclaración especial en el caso de

³⁸LOJENDO OSBORNE, Ignacio, Las Sociedades Mercantiles, en DERECHO MERCANTIL, Tomo I, 2ª. Edición, Coordinada por Guillermo J. Jiménez Sánchez, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1992, página 149.

³⁹ LEAL PÉREZ, Hildebrando, DERECHO DE SOCIEDADES COMERCIALES, Grupo Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá, 2001, página 66 y ss.

la Sociedad Anónima, donde, como bien nos ilustra Juan Pablo Fábrega, "al contrario de legislaciones extranjeras, la Ley no requiere como condición o requisito para la constitución ni la operación de la sociedad que esta cuente con un capital social autorizado mínimo ni que el mismo se encuentre suscrito y pagado -a menos que se trate de acciones emitidas al portador...-, aún cuando parezca contrario a todo principio corporativo que una sociedad pueda crearse y explotar su objeto social sin contar con socios o sin que se haya pagado previamente por las acciones."40

Pese a la acotación antes realizada, creemos que es atinado afirmar que, en términos generales, tanto en el contexto mercantil, como en el de las sociedades civiles, la sociedad, corporación o compañía involucra la forma de aportes de unos socios, para que haya un ejercicio social, que produzca retornos o beneficios, llámense dividendos o cuotas de participación. Esos beneficios son la base imponible de la modalidad del impuesto sobre la renta regulada en la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal. Insistimos en que esta relación lógica entre el aporte del socio y su ánimo de obtener un beneficio de vuelta, luego del ejercicio social, es igual de válida para las sociedades civiles como para las mercantiles, dado que ello se deduce de las normas citadas del Código Civil y de Comercio⁴¹.

El concepto de beneficio por el aporte como socio se expresa en forma de dividendos o cuotas de participación. Sobre el particular Edison Gnazzo ha dicho que: "el dividendo es la renta producida por la acción de una sociedad anónima y obtenida por un accionista, en tanto que la cuota de participación (participación) es la renta producida por la cuota o aporte social de un socio de una sociedad no anónima"42. Ratificando en cierta forma este criterio, Juan Pablo Fábrega, hablando exclusivamente de la Sociedad Anónima, nos dice: "...la utilidad es la ganancia neta que obtiene la sociedad durante su ejercicio económico, tras deducir gastos e impuestos, y el dividendo es la cuota-parte de esa ganancia que corresponde a cada accionista en atención a la cantidad de acciones de que sea propietario, luego de que el órgano corporativo respectivo declare su pago."43 A su vez, Perdomo Moreno define "acciones", como: "Títulos de Crédito Nominativos, que representan una parte, en que se ha dividido el importe del Capital Social de una Sociedad

⁴⁰ FÁBREGA, Juan Pablo, TRATADO SOBRE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS, Sistemas Jurídicos, S.A., Ira. Edición, 2008, Ciudad de Panamá, página 210.

Además, nuestros tribunales han dicho que la real diferencia entre las sociedades civiles y mercantiles no está en su forma, sino en su objeto, por ejemplo, ejercer una profesión seguirá siendo un objeto civil, aunque se haga bajo la forma de una sociedad anónima. Ver sentencia de 6 de noviembre de 1992 de la Sala Tercera de la Corte, CLÍNICA ARANGO ORILLAC, S.A. (CLARO, S.A.) vs. ADMINISTRACIÓN REGIONAL DE INGRESOS DE LA PROVINCIA DE PANAMÁ.

⁴² GNAZZO, Edison, IMPUESTOS Y GASTOS PÚBLICOS EN LA REPÚBLICA DE PANA-MÁ, Editora Sibueste, Ciudad de Panamá, 2003, página 172.

⁴³ FÁBREGA, Juan Pablo, Op. Cit. Página 211.

Mercantil Capitalista."⁴⁴ De lo cual se deduce que los "socios" de las entidades que emiten acciones, se llaman "accionistas" y sus beneficios se llaman "dividendos"; mientras que en las entidades que no emiten acciones sus integrantes solo se llaman "socios" y sus beneficios reciben el nombre genérico de "cuotas de participación".

En resumen, en términos generales la retención regulada en la primera parte del artículo 733 del Código Fiscal, solamente debe realizarse cuando estamos ante una persona jurídica, que esté constituida en forma de sociedad, compañía o corporación, sea civil o mercantil, que se encuentre en la condición de distribuir beneficios a las personas que realizaron aportes al capital social (o son titulares de dichos aportes), llámese esos beneficios dividendos o cuotas de participación, y nómbrese a los beneficiarios sea como accionistas o socios.

- 3. Entidades jurídicas que son Responsables Fiscales en los términos de la primera parte del artículo 733 del Código Fiscal.
- a. Sociedad Anónima: Esta es la persona jurídica por excelencia en nuestro sistema. Para todos es conocido que la Sociedad Anónima es un Responsable Fiscal y sus accionistas son Contribuyentes del impuesto sobre la renta, el cual debe ser cobrado por la vía de la retención en la forma que ya se explicó en la sección I de este ensayo. Hagamos, sin em-

En primer lugar tenemos que la Sociedad Anónima es, por regla general, una sociedad comercial o mercantil, siempre que se dedique a actividades mercantiles, cuyo carácter viene dictado por el artículo 2, numeral 22, del Código de Comercio, de acuerdo al cual la sociedad que tiene por objeto⁴⁵ una operación mercantil, se reputa mercantil, además de que le resultan aplicables todas las normas generales de las sociedades mercantiles establecidas en los artículos 249 y ss. del Código de Comercio⁴⁶, sin dejar de mencionar también las normas especiales y principales sobre el tema, contenidas en la Ley 32 de 1927, de las cuales se deduce todo un cuerpo normativo especialmente diseñado

bargo, una rápida confirmación de algunos conceptos jurídicos que reiteran el entendimiento general.

 $^{^{\}rm 45}~$ Ver lo comentado en la cita 41 anterior.

Para una explicación comprensiva de la aplicabilidad a las Sociedades Anónimas, de las Disposiciones Generales sobre SOCIE-DADES MERCANTILES contenidas en los artículos 249 y ss. del Código de Comercio, recomendamos la lectura de la Opinión No. C-No.282 de 5 de noviembre de 1997, emitida por la Procuradora de la Administración ante consulta de la Directora General del Registro Público. Más recientemente, en sentencia de 24 de enero de 2005, el Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial afirmó: "Antes que persona jurídica, la sociedad comercial es un contrato y, como tal, está regulada de forma general en el Código de Comercio del artículo 249 al 296. De modo especial las sociedades anónimas se rigen por la Ley No. 32 de 1927, sin embargo, le es aplicable aquella disposición de dicho código [Artículo 250] que establece: "las sociedades comerciales se regirán conforme a las estipulaciones lícitas del respectivo contrato y a las disposiciones del presente Código." (BACHIR ABDEL RAHIM TAHA vs. ASIAN BARTER AND SALES, S.A.)

⁴⁴ PERDOMO MORENO, Abraham, CONTABI-LIDAD DE SOCIEDADES MERCANTILES, Decimacuarta edición, THOMSON Editores, S.A., Ciudad de México, 2002, página 273.

para la generación de una entidad, donde se puede concentrar capital proveniente de personas naturales o de otras personas jurídicas, separarlo totalmente del de sus inversionistas, con el objetivo de que la nueva persona moral actúe dentro del tráfico del comercio, con amplia libertad e incluso -en ocasiones- con total anonimato de sus socios, para producir rendimientos o dividendos que retornen a quienes han aportado el capital. No obstante, goza de la peculiar característica de que su existencia, como ya se ha comentado, no está condicionada al hecho de que las acciones en que se divide su capital estén efectivamente pagadas.

De acuerdo al artículo 251 del Código de Comercio, toda sociedad mercantil "tendrá personalidad jurídica propia". Ello se ve confirmado con la revisión de algunas de las facultades de las Sociedades Anónimas que se encuentran en el artículo 19 de la Ley 32 de 1927, entre las cuales citamos, a manera de ejemplo, las siguientes: "demandar y ser demandada en juicio"; "celebrar contratos de todas clases"; "tomar dinero en préstamo y contraer deudas en relación con sus negocios y para cualquier objeto lícito"; y, "garantizar, adquirir, comprar, tener, vender, ceder, traspasar, hipotecar, pignorar o de otra manera disponer o negociar en acciones, bonos u otras obligaciones..." Todas estas actividades se pueden llevar delante de forma autónoma por la Sociedad Anónima, porque tienen personería jurídica.

Al ser una "persona jurídica", la Sociedad Anónima cumple con el primer elemento principal relacionado con la modalidad del impuesto sobre la renta en estudio. Pero, además, la Sociedad Anónima es una sociedad por acciones, así tenemos que según el artículo 2, numeral 4, de la Ley 32 de 1927, entre otros elementos, el pacto social de una Sociedad Anónima "deberá contener": "el monto del capital social y el número y el valor nominal de las acciones en que se divide; y si la sociedad va a emitir acciones sin valor nominal, las declaraciones mencionadas en el artículo 22..." Es decir, el tema de la división del capital en acciones, es de la esencia de la constitución y funcionamiento de esta persona jurídica, tal como se puede ver, no solo en la norma citada, sino en múltiples disposiciones de la misma Ley, entre ellas principalmente los artículos que van del 20 al 48. El hecho de tener acciones condiciona el pago de los rendimientos o dividendos⁴⁷, tal como lo establece el artículo 37 de la Ley 32 de 1927, de la siguiente manera:

"Artículo 37. A los accionistas podrá pagárseles dividendos de las utilidades netas de la compañía o del exceso de su activo sobre su pasivo, pero no de otra manera. La compañía podrá declarar y pagar dividendos sobre la base de la cantidad actualmente pagada por acciones que han sido parcialmente pagadas."

Al ser la Sociedad Anónima una persona jurídica conformada por accionistas que pueden ser beneficiados

Ver DURLING A., Ricardo, LA SOCIEDAD ANÓNIMA EN PANAMÁ, Litografía e Imprenta LIL, S.A. Ciudad de Panamá, 1986, página 263 y ss.

con la distribución de dividendos, no hay duda que, tanto la Sociedad Anónima es Responsable Fiscal, como sus accionistas son Contribuyentes, en relación con la modalidad del impuesto sobre la renta sobre los dividendos que se estudia en este ensayo, regulada por la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal.

Ahora bien, a propósito de este artículo 37 de la Ley 32 de 1927, Juan Pablo Fábrega, realizó la siguiente precisión que toca directamente el concepto de dividendos en este tipo especial de persona jurídica:

"El presente artículo establece como fuente de pago de dividendos no solo las "utilidades netas", es decir las ganancias obtenidas tras deducir gastos e impuestos y reservas legales que establezcan las normas que regulen una actividad particular, sino también bienes que formen parte del exceso de sus activos sobre su pasivo".

Y más adelante agrega:

"Cuando esta disposición establece que los dividendos no podrán ser pagados "de otra manera", implícitamente está circunscribiendo el pago de dividendos a los supuestos antes señalados: con utilidades netas de la compañía o con la disposición del exceso de su activo sobre su pasivo. Bajo este último supuesto, una sociedad anónima podría endeudarse para pagar dividendos en efectivo con el producto del financiamiento siempre que este no haga o cause que el

pasivo sobrepase el activo de la sociedad. Lo que pretende la norma es que no se vean favorecidos los accionistas en detrimento de los acreedores. En otras jurisdicciones se permite la distribución de dividendos sólo si resultan de ganancias realizadas y liquidadas al cierre del año o ejercicio económico de la sociedad."48

Ante tan interesante explicación es legítimo preguntarse: ¿Cuál será el efecto fiscal de la distribución de dividendos de una Sociedad Anónima, cuando los mismos no provienen de las utilidades netas de la compañía? ¿Será obligatorio para la entidad hacer la retención del impuesto descrito al inicio del artículo 733 del Código Fiscal?

Lo primero que diremos es que en nuestra opinión las normas que regulan la tributación de accionistas y socios, las cuales no son de aplicación exclusiva para las Sociedades Anónimas, están diseñadas bajo el entendimiento de que los dividendos repartidos, son producto de utilidades netas de la compañía. Resaltamos, en ese sentido, que en el artículo 733 del Código Fiscal se hace alusión a la aplicación del impuesto relacionado con los "dividendos o cuotas de participación de uti*lidades*" y en otra parte se ocupa de la retención sobre "las ganancias netas del período fiscal correspondiente".

A nivel del Reglamento del Impuesto sobre la Renta, la vinculación del tributo con el hecho de la existen-

⁴⁸ FÁBREGA, Juan Pablo, Op. Cit.

<u>cia de utilidades</u> de la sociedad es mucho más clara. Veamos algunos ejemplos:

- En el artículo 106 se le da al concepto de "dividendo" un tratamiento sinónimo al de las "utilidades recibidas" por los accionistas o socios. Así se dice: "Los accionistas o socios pagarán el impuesto a la renta sobre las utilidades o dividendos que reciban..." Es decir, que para la legislación tributaria, el dividendo sujeto a impuesto es esa parte de la utilidad de la compañía que el accionista recibe. Dentro de la misma norma se sigue dando el mismo tratamiento al tema, cuando más adelante se refiere a la "persona jurídica que ha hecho la distribución de las utilidades o dividendos" y regula lo que ocurre cuando no retiene el impuesto. Es decir, que en el llamado Impuesto de Dividendos se parte de la premisa de que existen utilidades en la compañía y que las mismas se han distribuido.
- En el artículo 107 se dice que, salvo las excepciones, "la retención definitiva del impuesto de dividendos o distribución de utilidades procede cualquiera sea el origen de la renta que obtuvo la persona jurídica..."
 Es decir, que la legislación entiende que el impuesto está creado en base a que los dividendos existen porque hay utilidades en la compa-

- ñía. En el caso del llamado Impuesto de Dividendos, tal utilidades se deben distribuir para que opere el tributo.
- Por su parte, el artículo 110 se ocupa del llamado Impuesto Complementario y su fórmula de cálculo, el cual aplica "En el caso de que las personas jurídicas no distribuyan sus utilidades, o de que la suma total distribuida sea menor del cuarenta por ciento (40%)". Es decir, que en este escenario también existe un vínculo entre el tributo y la existencia de utilidades.

En base a las anteriores consideraciones somos de la opinión que si la Sociedad Anónima reparte dividendos que <u>no proceden</u> de la existencia de utilidades netas en la persona jurídica, los mismos no son objeto del impuesto regulado en la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal.

b. Sociedad Colectiva: Este tipo de sociedad es una sociedad mercantil, regida por las Disposiciones Generales sobre Sociedades Comerciales contenidas en los artículos que van del 249 al 286 del Código de Comercio; por las normas que regulan la Forma del Contrato de Sociedad, que van de los artículos 287 a 296 del Código de Comercio y por las normas especiales de la Sociedad Colectiva que van desde el artículo 297 al 329 del mismo Código.

Por muchos factores esta entidad difiere de la forma de operar las Sociedades Anónimas, sin embargo, analizar esas diferencias no es el objeto de esta investigación⁴⁹. Veamos, eso sí, los sustentos que existen para afirmar que esta forma de corporación también está afectada por el impuesto sobre la renta en su modalidad aplicable a los rendimientos de los socios de las sociedades.

En primer lugar, la Sociedad Colectiva tiene personería jurídica, conclusión a la cual llegamos por cuanto estamos refiriéndonos a una sociedad regulada por el Código de Comercio, a la cual le resulta aplicable el artículo 251 del mismo, según el cual toda sociedad mercantil "tendrá personalidad jurídica propia". Lo cual se refuerza con la norma especial de la Sociedad Colectiva, contenida en el artículo 301 del Código de Comercio, de acuerdo a la cual: "Bajo su razón social y de acuerdo con el contrato respectivo, podrá la compañía adquirir toda clase de derechos, contraer obligaciones e intentar y sostener las acciones que de ahí se originen."

La Sociedad Colectiva está formada por socios que aportan un capital, ya que le resulta aplicable el artículo 293 del Código de Comercio, según el cual la escritura de constitución de la sociedad, deberá contener: "El capital social especificando el aporte suscrito y pagado total o parcialmente

por cada socio, y los plazos y modos como debe entregarse el resto en este último caso". A través de las normas especiales de la Sociedad Colectiva existe unanimidad al referirse a las personas que conforman la entidad como "socios".

Por otra parte, este tipo de sociedad distribuye beneficios entre sus socios, dado que le resulta aplicable la norma contenida en el artículo 267 del Código de Comercio, que ya fue mencionada, pero volvemos a mencionar para mayor claridad:

"Artículo 267. La participación de los socios en los beneficios o las pérdidas se ajustará a lo que estuviere convenido. A falta de estipulación, cada socio capitalista deberá tener una parte en los beneficios o las pérdidas, proporcional al valor de su aporte. La parte del socio de industria será determinada por peritos, si otra cosa no estuviere convenida.

Si sólo se hubiese pactado la parte de cada socio en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas."

Al ser la Sociedad Colectiva una persona jurídica conformada por socios que pueden recibir participación en los beneficios que la entidad pudiera distribuir, no hay duda que, tanto la Sociedad Colectiva es Responsable Fiscal, como sus socios son Contribuyentes, en relación con la modalidad del impuesto sobre la renta sobre las cuotas de participación que se estudia en este ensayo, regulada por la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal.

Esta afirmación resulta válida también para todas las otras figuras corporativas que se analizan en este ensayo, es decir: solamente se revisará la estructura de cada tipo de persona jurídica, en lo que sea necesario para extraer elementos que permitan definir con claridad, su comportamiento en relación con la institución tributaria que es el objeto de estudio.

c. Sociedad en Comandita Simple: De acuerdo al artículo 330 del Código de Comercio, estas sociedades se rigen por las mismas normas aplicables a las Sociedades Colectivas, con las especialidades contenidas en los artículos que van desde el 330 al 346 del propio Código. Por consiguiente, debido a las mismas razonas ya explicadas en cuanto a la Sociedad Colectiva, sostenemos que la Sociedad en Comandita Simple es Responsable Fiscal y sus socios son Contribuyentes, en relación con la modalidad del impuesto sobre la renta sobre las cuotas de participación que se estudia en este ensayo, regulada por la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal.

A manera de reafirmación de la anterior idea, a continuación citamos dos normas especiales de las que rigen la Sociedad en Comandita Simple:

"Artículo 342. No se atribuirá a los socios comanditarios ganancia alguna mientras no hubieren entregado totalmente el valor de su comandita.

En las pérdidas no participará el comanditario sino hasta el monto de las aportaciones hechas o que debía haber hecho."

"Artículo 344. Ninguna repartición podrá hacerse a los comanditarios bajo cualquiera denominación que sea, sino sobre las utilidades líquidas comprobadas en la forma determinada en la escritura social. ..."

Dejando de lado las peculiaridades propias de este tipo de persona jurídica, no hay duda que las anteriores disposiciones corroboran el hecho de que estamos ante una entidad que recibe aportes de socios, que realiza un ejercicio mercantil en función del cual puede generar utilidades que podrán ser repartidas entre sus socios. Es por ello que está sujeta al tributo analizado.

- d. <u>Sociedad en Comandita por Ac-</u> ciones: De acuerdo al artículo 347 del Código de Comercio, estas sociedades permiten que su capital se divida en acciones, caso en el cual se rigen por las mismas normas aplicables a las Sociedades Anónimas, con las especialidades contenidas en los artículos que van desde el 347 al 358 del propio Código. Por consiguiente, debido a las mismas razonas ya explicadas en cuanto a la Sociedad Anónima, sostenemos que la Sociedad en Comandita por Acciones es Responsable Fiscal y sus socios accionistas son Contribuyentes, en relación con la modalidad del impuesto sobre la renta sobre los dividendos que se estudia en este ensayo, regulada por la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal.
- e. Sociedades Civiles: Primero haremos una descripción necesaria de las entidades cuya relación con la investigación se realiza en este sección. La revisión de las normas que van desde el artículo 1356 al 1399 del Código

Civil, nos revela una serie de figuras societarias de orden civil, la mayoría de las cuales, para los efectos de nuestro estudio, comparten los mismos elementos. Vamos a hacer en este caso, sin embargo, una breve descripción de las diferencias de los objetos de estas entidades, por cuanto esa explicación resulta necesaria, para obtener elementos de referencia que nos permitan explicar mejor, la situación tributaria de las sociedades civiles dedicadas al ejercicio de profesiones. Veamos:

La Sociedades Civiles se dividen en dos tipos: Sociedad Universal y Sociedad Particular.

La <u>Sociedad Universal</u>, a su vez, se divide en dos formas: a) <u>Sociedad de Todos los Bienes Presentes</u>, donde los socios ponen todos sus bienes actuales para una actividad, partiendo entre los socios todas las ganancias que generen con ellos; b) <u>Sociedad de Ganancias</u>, donde los socios solo aportan su trabajo y el usufructo de bienes, durante la vigencia de la sociedad, para obtener con ello rendimientos para los socios.

Por su parte, la <u>Sociedad Particular</u>, se divide, por el objeto, en tres tipos:

- a) Uso o frutos de cosas determinadas;
- b) Una empresa señalada;
- c) El ejercicio de una profesión o arte.

Precisamente el último tipo de Sociedad Civil Particular merece una explicación más detallada, debido al tratamiento que la legislación fiscal le da, dependiendo si se tratan de

sociedades civiles conformadas por profesionales con idoneidad o sin ella; y, en el caso de que se trate de profesionales idóneos, dependiendo si se trata de sociedades con facturación de hasta B/.150,000.00 anuales, o con facturación superior a esa suma. También existe un tratamiento diferencial si la Sociedad Civil de Profesionales Idóneos, está conformada por abogados.

Para los efectos de este Capítulo, haremos una explicación genérica de la modalidad del impuesto sobre la renta sobre la distribución de utilidades, regulada en la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal, y su relación con la gran mayoría de las formas de las sociedades civiles. Esta exposición será válida para:

- a) las dos formas de Sociedades Civiles Universales;
- b) la Sociedad Civil Particular sobre el uso o frutos de cosas determinadas;
- c) la Sociedad Civil Particular para una empresa señalada;
- d) la Sociedad Civil Particular para el ejercicio de una profesión o arte integrada por profesionales no idóneos;
- e) la Sociedad Civil Particular para el ejercicio de una profesión o arte integrada por profesionales idóneos, cuando la sociedad factura <u>hasta</u> B/.150,000.00 al año, <u>con</u> <u>exclusión de los abogados</u>.

Por tratarse de situaciones diferentes, en la sección IV, analizaremos con más detalle, los dos casos especiales que en esta ocasión no desarrollaremos, esto es:

- a) la Sociedad Civil Particular para el ejercicio de una profesión o arte integrada por profesionales idóneos, incluyendo abogados, cuando la sociedad factura más de B/.150,000.00 al año; y,
- b) la Sociedad Civil Particular para el ejercicio de una profesión o arte integrada por <u>abogados</u> idóneos, cuando la sociedad tiene una facturación anual de <u>hasta</u> B/.150,000.00.

Veamos ahora la relación entre la modalidad del impuesto sobre la renta aplicable a la distribución de utilidades y las sociedades civiles estudiadas en esta sección. Lo primero que hay que mencionar es el concepto establecido en el ya citado artículo 1356 del Código Civil, es decir, que mediante estas sociedades las personas ponen en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir las ganancias que produzcan. La personalidad jurídica de estas entidades está marcada por lo regulado en el artículo 1360:

"Artículo 1360. No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros.

Esta clase de sociedad se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad."

En otras palabras: si el pacto es público, por ejemplo mediante una escritura pública que conste en Notaría y –además-- la sociedad actúa como un ente que contrata con un nombre separado al de los socios, entonces la entidad tendrá personería jurídica.

Por otra parte, el artículo 1361 del Código Civil, permite que las sociedades civiles, por su objeto, "pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de Comercio", caso en el cual se les aplican las normas mercantiles, en lo que no pugnen con las del Código Civil. Es decir, que si se trata de una de estas sociedades, por la vía de las formas del Código de Comercio también disfrutarían de personería jurídica.

Ahora bien, en cuanto a la distribución de utilidades, la norma básica es la siguiente:

"Artículo 1380. Las pérdidas y ganancias se repartirán en conformidad con lo pactado. Si sólo se hubiese pactado la parte de cada uno en las ganancias, será igual su parte en las pérdidas.

A falta de pacto, la parte de cada socio en las ganancias y pérdidas debe ser proporcionada a lo que haya aportado. El socio que lo fuere solo de industria tendrá una parte igual a la del que menos haya aportado. Si además de su industria hubiese aportado capital, recibirá también la parte proporcional que por él le corresponda."

Tenemos entonces que, al ser las Sociedades Civiles estudiadas en esta sección, personas jurídicas conformadas por socios que pueden recibir participación en los beneficios que la entidad pudiera distribuir, no hay duda que, tanto dichas Sociedades Civiles son Responsables Fiscales, como sus socios son Contribuyentes, en relación con la modalidad

del impuesto sobre la renta sobre las cuotas de participación que se estudia en este ensayo, regulada por la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal.

Sucursales en Panamá de Personas Jurídicas extranjeras: De conformidad con el artículo 90 de la Ley 32 de 1927, sobre Sociedades Anónimas, una sociedad extranjera "podrá tener oficinas y agencias y hacer negocios dentro de la República", luego de cumplir con la inscripción en el Registro Público de cierta documentación, entre ella: "Copia del último balance acompañado de una declaración de la parte del capital social que se utiliza o que se propone utilizar en negocios de la República." Es decir, estamos hablando de una persona jurídica que existe y fue creada bajo las leyes de otro país, que mantiene su domicilio original en el país donde fue creada, pero establece una sucursal en Panamá, con el objeto de manejar bajo ella los negocios que se hagan en territorio panameño.

Pues bien, ese tipo de entidad mereció un tratamiento diferenciado por el artículo 733 del Código Fiscal, en sus párrafos segundo y tercero, concepto que ha sido desarrollado por el artículo 109 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta. De acuerdo a dichas normas, el concepto de la tributación del impuesto sobre la renta de las utilidades, también aplica a estas sucursales, pero el mismo solamente opera referido a la renta neta gravable "obtenida en Panamá"⁵⁰

"por la sucursal panameña"⁵¹, lo cual demuestra con claridad que el legislador se cuidó de apuntar a la parte de los dividendos generados dentro de territorio panameño, siendo lógico y consistente con el criterio de vinculación exclusivamente territorial que rige en nuestro sistema de impuesto sobre la renta, por mandato del artículo 694 del Código Fiscal.

En esos casos la tarifa definitiva del impuesto se aplica sobre el resultado de restar la renta neta gravable obtenida por la sucursal panameña, menos los impuestos que esa renta paga en Panamá. La tarifa será de 10% ó 20%, dependiendo si las acciones de la sociedad madre sean, respectivamente, nominativas o al portador. En este caso la suma retenida se paga al momento de presentar la declaración jurada de rentas de la sucursal.

Esta forma de calcular el impuesto tiene una característica muy propia y es que el impuesto aplicará, independientemente si las utilidades fueron repartidas o no⁵².

g. Empresas <u>de Responsabilidad Limitada:</u> Estas entidades están reguladas por la Ley 24 de 1966 y se divi-

Artículo 733 del Código Fiscal, segundo párrafo.

⁵¹ Artículo 109 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta.

Aunque aplicando el anterior Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, la Corte Suprema de Justicia ya ha reconocido lo mismo que se deduce del artículo 109 del actual Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, en cuanto a que la sucursal de la sociedad extranjera, debe aplicar el método de retención ya explicado, "independientemente de la distribución que hago o no de los dividendos", ver la sentencia ya citada de la Sala Tercera de 25 de marzo de 1994, COLGATE PALMOLIVE (CENTRAL AMERICA) Inc. vs. Administración Provincial de Ingresos de la Provincia de Panamá

den en dos tipos: la Sociedad de Responsabilidad Limitada y la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada. Vamos a revisarlas de forma separada:

La Sociedad de Responsabilidad Limitada está regulada desde el artículo 1 al artículo 62 de la Ley 24 de 1966. Ante todo estamos hablando de un tipo de entidades que, por mandato del artículo 3 de la Ley 24 de 1966, "se considerarán siempre mercantiles, quedando sometidas por tanto, cualquiera que sea su objeto, a las leyes y usos del comercio". Lo cual significa que, tal como ocurre con las Sociedades Anónimas, también están reguladas por las normas generales de las sociedades mercantiles establecidas en los artículos 249 y ss. del Código de Comercio, situación que se confirma con la aplicación a esta sociedad de los artículos 266 y 267 del Código de Comercio, por remisión expresa del artículo 19 de la Ley 24 de 1966⁵³. Por lo tanto, esta forma societaria también está regida por el artículo 251 del Código de Comercio, de acuerdo al cual, toda sociedad mercantil "tendrá personalidad jurídica propia".

Este tipo de persona jurídica está conformada por integrantes que hacen aportaciones para obtener rendimientos. Dichos integrantes son denominados "socios" a través del conjunto de normas que regulan el tema, por ejemplo, en los artículos 9, 15 y 21 de la Ley 24 de 1966.

El artículo 5 de la Ley 24 de 1966 se refiere a la forma en que se integra el capital social, de la siguiente manera:

"Artículo 5. El capital social estará integrado por las aportaciones de los socios. No podrá ser inferior a dos mil balboas (B/.2,000.00) ni superior de quinientos mil balboas (B/.500,000.00), y estará representado en participaciones sociales o cuentas no negociables, acumulables y divisibles. Las participaciones o cuotas podrán ser de valor diferente pero, en todo caso, serán de cien balboas (B/.100.00) o de un múltiplo de cien."

Como complemento de la anterior norma, el artículo 8 de la Ley 24 de 1966 establece los requisitos de la escritura de constitución de la sociedad, dentro del cual están los requerimientos contenidos en los numerales 6 y 7, es decir, que tal escritura debe incluir: "el monto del capital social expresado en balboas, las participaciones y cuotas en que se divide, y el valor de cada una"; asimismo debe consignarse: "El dinero, los bienes o derechos que cada socio aporte, indicando en estos últimos casos el concepto en que lo haga...".

Por su parte, el tema de la distribución de los rendimientos o utilidades a los socios de esta persona jurídica, está claramente contemplado en el artículo 19 de la Ley 24 de 1966, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 19. Los socios tendrán derecho a participar en las ganancias que la sociedad acuerde repartir y en la parte

Este artículo 19 de la Ley 24 de 1966 se transcribe de forma íntegra más adelante en esta misma sección.

correspondiente de la liquidación cuando la sociedad se disuelva, en la proporción que se hubiese establecido en la escritura social, o en otro caso, en proporción a los aportes hechos, debiendo tenerse presente lo dispuesto en los artículos 266 y 267 del Código de Comercio."

Tenemos entonces que, al ser las Sociedades de Responsabilidad Limitada, personas jurídicas conformadas por socios que pueden recibir participación en los beneficios que la entidad pudiera distribuir, no hay duda que, tanto dichas Sociedades son Responsables Fiscales, como sus socios son Contribuyentes, en relación con la modalidad del impuesto sobre la renta sobre las cuotas de participación que se estudia en este ensayo, regulada por la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal.

Mención especial merece el artículo 9 de la Ley 24 de 1966 que, antes de analizarlo, procedemos a transcribir:

"Artículo 9. Podrá estipularse en la escritura social que los socios, o alguno de ellos, tendrán derecho a percibir un interés no mayor del 7% anual sobre las aportaciones hechas, aún cuando no hubiere utilidades; pero solamente por el período de tiempo necesario para la ejecución de los trabajos que, según la escritura mencionada, deban preceder al comienzo de sus operaciones, sin que en ningún caso dicho período exceda de tres (3) años. Estos intereses serán cargados a gastos generales."

El caso descrito en esta disposición se refiere a un recurso económico que le llega al socio proveniente de la sociedad de Responsabilidad Limitada de la cual forma parte, lo cual podría generar la interrogante si el mismo es objeto de la modalidad del impuesto sobre la renta que grava las distribuciones de utilidades de parte de las personas jurídicas a sus socios. A nuestro juicio la respuesta a tal pregunta sería que el tributo que estudiamos en este ensayo, no grava ese ingreso, por cuanto -como bien lo deja dicho la norma— la naturaleza del pago es un "interés", no se trata de un rendimiento por utilidades, tan es así, que la propia disposición establece que dicho pago no está ligado ni relacionado con la existencia de utilidades, porque se podrá pagar aunque no existan utilidades. Esta situación se confirma por cuanto solo podría operar esta figura en un período previo al inicio de operaciones de la empresa. Para que proceda la modalidad del impuesto sobre la renta que grava las distribuciones de utilidades de parte de las personas jurídicas a sus socios, es necesario que existan utilidades y que el pago que reciba el socio proceda de dichas utilidades, situación que no ocurre en este caso especial del artículo 9 de la Ley 24 de 1966.

Por su parte la <u>Empresa Individual</u> de Responsabilidad <u>Limitada</u> está regulada de los artículos 63 al 84 de la Ley 24 de 1966. Esta empresa se constituye como una entidad conformada solamente por un "titular" quien, una vez creada, puede ejercer negocios en nombre de esta persona

jurídica, la cual tendrá patrimonio separado. La empresa individual de responsabilidad limitada, responde con su propio patrimonio, aportado por el titular. En otras palabras, una vez constituida la empresa individual de responsabilidad limitada, y tal como se deduce del artículo 75 de la Ley 24 de 1966, los acreedores personales del titular, solo pueden embargar las garantías complementarias que el titular haya constituido a favor de la empresa y las utilidades que dicho titular reciba de la misma.

Dentro del conjunto de normas que regulan esta entidad en la Ley 24 de 1966, no se incluye una disposición expresa que denote su carácter mercantil, sin embargo, existen varias remisiones a normas del Código de Comercio que nos indican que el legislador tenía en mente la creación de un tipo de entidad propia del ámbito comercial. Veamos: en el artículo 63 de la Ley 24 de 1966, se remite a la aplicación del artículo 38 del Código de Comercio, donde se establecen las pautas sobre la obligación de distinción entre sí, que deben cumplir los nombres y razones comerciales bajo las cuales los comerciantes ejercen el comercio; en el numeral 3 del artículo 68 de la Ley 24 de 1966, donde implícitamente se establece que el objeto de la empresa individual de responsabilidad limitada es el ejercicio del comercio, por cuanto se aclara que para ejercer el comercio al por menor, el titular deberá estar legalmente autorizado; en el numeral 7 del artículo 68 de la Ley 24 de 1966, se remite a la aplicación del artículo 603 del Có-

digo de Comercio, en cuanto a que la persona que va a tener a su cargo la gerencia de la empresa individual de responsabilidad limitada, debe tener la capacidad legal para ejercer el comercio; y, finalmente, tenemos el segundo párrafo del artículo 80 de la Ley 24 de 1966, donde se dispone que la liquidación de una empresa individual de responsabilidad limitada, "se ajustará, en cuanto fueren aplicables, a las reglas contenidas en el Código de Comercio para la liquidación de sociedades". Nos parece que no hay duda de que se trata de una entidad comercial.

El carácter mercantil ya sustentado, demuestra que esta forma societaria también está regida por el artículo 251 del Código de Comercio, de acuerdo al cual, toda sociedad mercantil "tendrá personalidad jurídica propia". A nuestro juicio, el hecho que solamente tenga un titular no es impedimento para dicha personería jurídica, por cuanto una circunstancia similar también se puede dar –por ejemplo– en el caso de una Sociedad Anónima, cuando todas las acciones están bajo el control de una sola persona y ello no impide que exista una personería jurídica separada del único accionista.

Tenemos también que las aportaciones del titular de la empresa individual de responsabilidad limitada, son realizadas para que produzcan rendimientos, los cuales pueden eventualmente ser entregados al titular, pero siguiendo ciertas reglas, tal como lo indica el artículo 73 de la Ley 24 de 1966:

"Artículo 73. Ningún retiro de fondos de la empresa

podrá hacer el titular de la misma, excepto aquellos a que se refiere el párrafo 8º del artículo 68 de esta Ley, sino sobre los beneficios líquidos, debidamente comprobados. El titular de la empresa y los administradores, en su caso, serán personal y solidariamente responsables de todo retiro de fondos o de distribución de utilidades hechas sin balance previo, o de conformidad con un balance indebidamente efectuado.

Las cantidades retiradas por el titular o entregadas al mismo, contraviniendo las disposiciones anteriores, podrán ser reclamadas en cualquier tiempo."

Visto lo anterior, somos del criterio que, al ser las empresas individuales de responsabilidad limitada, personas jurídicas conformadas por un titular que puede recibir participación en las utilidades que la entidad pudiera distribuir, no hay duda que, tanto dichas empresas son Responsables Fiscales, como sus titulares son Contribuyentes, en relación con la modalidad del impuesto sobre la renta sobre las cuotas de participación que se estudia en este ensayo, regulada por la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal.

El hecho de que el titular de la empresa individual de responsabilidad limitada no reciba el nombre ni de "accionista" ni de "socio", a nuestro juicio no es relevante. Tal como se explicó con anterioridad, el carácter de "socio" de una persona jurídica,

lo otorga el hecho de que se haya realizado un aporte a la empresa, con el objeto de obtener un rendimiento. Es evidente que el titular de la empresa individual de responsabilidad limitada cumple ese papel, por lo tanto, las utilidades que reciba estarán gravadas por la modalidad del impuesto sobre la renta que se estudia en este ensayo.

- 4. Figuras jurídicas que no están sujetas al gravamen regulado en la primera parte del artículo 733 del Código Fiscal.
- a. <u>Fideicomisos</u>: La ley 1 de 1984, define el fideicomiso de la siguiente manera:

"Artículo 1. El fideicomiso es un acto jurídico en virtud el cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre y disponga de ellos a favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente."

Esta es una figura jurídica muy especial, regulada en diversos países y que en cada uno de ellos puede mostrar diferencias, pero que conceptualmente podemos decir que hay claridad en cuanto a que su objetivo y forma se distancia del formato tradicional de lo que se entiende como una "sociedad" o "compañía", por cuanto no se trata precisamente de la clásica agrupación de inversionistas que ponen capital para producir un beneficio del ejercicio social de la entidad.

Así como existen variedades en la configuración de la parte sustancial de los Fideicomisos⁵⁴, también en la forma de tributar la renta de esta figura existen distintas aproximaciones⁵⁵. Así tenemos que hay sistema en los que, dependiendo de la actividad que se realiza con esta figura, se le asimila a la sociedad de capital o a sociedades anónimas para los efectos tributarios, representada por el fiduciario, hay otros sistemas donde el fiduciario, antes de repartir beneficios debe hacer retenciones, incluso existen otras fórmulas, como aquellas en las que el fideicomitente se considera el sujeto pasivo del tributo, estando obligado a pagar impuestos bajo el método que le corresponda sobre la base del tipo de persona que sea el fideicomitente.

En lo que respecta a Panamá, el tema tiene una regulación fiscal muy parca, de la cual debemos externar las principales conclusiones. Las normas más relevantes para efectos de nuestro estudio son el artículo 15 de la Ley 1 de 1984 y el párrafo 5º del artículo 81 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, los cuales disponen:

"Artículo 15. Los bienes del fideicomiso constituirán un patrimonio separado de los bienes personales del fiduciario para todos los efectos legales y no podrán ser secuestrados ni embargados, salvo por obligaciones incurridas o por daños causados con ocasión de la ejecución del fideicomiso, o por terceros cuando se hubiesen traspasado o retenido los bienes en fraude y en perjuicio de sus derechos.

En consecuencia, el fiduciario pagará por separado los impuestos, tasa u otros gravámenes que causen los bienes del fideicomiso.

"Artículo 81. Contribuyentes.

...

En los casos de los fideicomisos constituidos de acuerdo con la Ley 1 de 5 de enero de 1984, se considerará contribuyente al fiduciario, quien determinará el impuesto de acuerdo con las reglas generales aplicadas a las personas naturales.

..."

De estas normas se deduce que en nuestro país existe un tratamiento especial, según el cual este patrimonio autónomo debe actuar representado por el fiduciario, quien debe llevar las cuentas del fideicomiso de forma separadas de sus otras actividades y bienes personales o de cualquier otro fideicomiso del cual también sea fiduciario. Al momento

⁵⁴ Cfr. De ARESPACOCHAGA, Joaquín, El TRUST, LA FIDUCIA Y FIGURAS AFINES, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. 2000.

Juan Rafael Bravo Arteaga analiza diversos sistemas de tributación en su ensayo El tratamiento tributario del fideicomiso en Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Perú, en la REVISTA No.53-2003, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Santa Fe de Bogotá, Julio de 2002 a Junio 2003, página 5 y ss. También se puede ampliar el horizonte de los diversos sistemas en: RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, NEGOCIOS FIDUCIARIOS, Su significación en América Latina, Primera Edición, Editorial LEGIS, Santa Fe de Bogotá, 2005.

de tributar por cuenta del fideicomiso, el fiduciario debe hacerlo de acuerdo a las reglas aplicables a las personas naturales.

De lo visto concluimos que no aplica al fideicomiso el impuesto sobre la renta sobre las utilidades que corresponden a los accionistas o socios de las personas jurídicas regulado en el artículo 733 del Código Fiscal. Dos son los motivos que sustentan esta afirmación. El primero es que el fideicomiso no es una persona jurídica, sino que se trata de un "acto jurídico" que genera la existencia de un "patrimonio autónomo", pero que carece de personería jurídica en el sentido estricto del término, dado que actúa bajo la representación de su fiduciario. Con ello sería suficiente para descartar su la aplicación de la parte inicial del artículo 733 el Código Fiscal, el cual exige que el Responsable Fiscal sea una persona jurídica. Pero, además, el hecho de que por orden de la legislación el fideicomiso deba tributar de acuerdo a las reglas de la persona natural, definitivamente lo aleja contundentemente de la posibilidad de que se cause el tributo en estudio, por cuanto las personas naturales no reparten utilidades en forma de dividendos o cuotas de participación en un capital. Por ello somos de la opinión que, una vez que el fideicomiso ya tributó por las reglas de la persona natural en cabeza del fiduciario, los recursos que reciba el beneficiario no deben ser objeto de impuesto, sobre todo porque, a diferencia de los dividendos o cuotas de participación, los beneficios de los fideicomisos no están considerados como parte de la renta bruta, de acuerdo a los artículos 696 del Código Fiscal y 2 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta.

b. Fundaciones de Interés Privado: Esta figura está regulada por la Ley 25 de 1995 y tiene sus antecedentes en la Fundación Familiar o Mixta de Liechtenstein ("Stiftung"), pero con modificaciones propias de la institución panameña. Consiste básicamente en la donación que hace un Fundador de un fondo o patrimonio para un objeto específico establecido en un documento de creación denominado Acta Fundacional. El logro de los objetivos de la fundación es confiado a un organismo llamado el Consejo Fundacional. Las personas que se benefician de la Fundación son generalmente el fundador a miembros de su familia. En principio la Fundación no debe dedicarse a realizar actos de comercio, aunque podría ejecutarlos de forma no habitual. Sin embargo, se autoriza a la Fundación a ser titular de acciones de personas jurídicas, siempre que los beneficios sean para dedicarlos al objeto de la Fundación.

La inscripción de los documentos de la Fundación en el Registro Público le concede personería jurídica, lo cual permite que el patrimonio de esta entidad esté separado. El nombre de los beneficiarios y la modificación del mismo consta en un documento privado denominado Reglamento que no es necesario que conste en el Registro Público. Por otra parte, la Fundación no emi-

te acciones y nadie, ni siquiera el fundador, tiene el status de socio, porque esta persona jurídica no es una sociedad.

Tradicionalmente esta figura jurídica ha sido utilizada para lograr la administración separada de patrimonios destinados a beneficiar el traspaso y la seguridad de recursos familiares, entre vivos, pero también previendo la muerte del fundador, sin necesidad, en ese caso, de verse sometidos en las complicaciones de un juicio de sucesión.

Una revisión detallada de la Ley 25 de 1995 revela con toda claridad que esta es una persona jurídica, como dijimos, pero que no está conformada por socios que hacen una aportación de capital para beneficiarse con su retorno. De hecho, tanto la ley, como ejemplos prácticos de la utilización de esta figura en el ámbito de la administración de patrimonios familiares, demuestran que el sistema permite que los beneficiarios lo sean, sin que ni siquiera se les pida su aceptación, dado que esa es una decisión del Fundador. Esa sola posibilidad confirma que no estamos hablando, en el caso de los beneficiarios, de personas que voluntariamente se ponen de acuerdo para realizar una empresa en común y obtener beneficios, lo cual sería el caso de las sociedades.

A pesar de tener personería jurídica, consideramos que el hecho de no estar constituidas por socios, excluye a las Fundaciones de Interés Privado del sistema de tributación previsto al inicio del artículo 733 del Código Fiscal, aplicable a las utilidades que correspondan a los socios o accionis-

tas de personas jurídicas. Más bien el beneficiario recibe unos bienes a título de herencia o donación. A diferencia de los dividendos o cuotas de participación, estos beneficios no están considerados como parte de la renta bruta, de acuerdo a los artículos 696 del Código Fiscal y 2 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta.

c. Asociaciones Accidentales o Cuentas en Participación: Esta institución está regulada en los artículos que van del 489 al 500 del Código de Comercio. Su definición básica es la siguiente:

"Artículo 489. Los comerciantes, individuos o sociedades podrán interesarse en una o muchas operaciones mercantiles instantáneas o sucesivas que deberá ejecutar uno de ellos en su propio nombre y bajo su crédito personal, a cargo de rendir cuenta y dividir con sus asociados las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.

Las personas ajenas al comercio podrán también interesarse en los negocios de un comerciante en la forma indicada; pero no podrán intervenir en la gestión del negocio." (El subrayado es nuestro).

Como se observa, la fórmula descrita puede provocar dudas en cuanto a saber si las ganancias repartidas luego del negocio a cada asociado, está sujeta al impuesto sobre la renta previsto sobre las utilidades correspondientes a los accionistas o socios

de las personas jurídicas, regulado en la primera parte del artículo 733 del Código Fiscal.

La primera pista para resolver la interrogante planteada nos la da la propia norma citada, por cuanto indica que el negocio debe ser ejecutado por uno de los asociados, en su propio nombre y bajo su crédito. Ello indica que la tal asociación parece no actuar como un ente autónomo en el tráfico mercantil. Esta sospecha se confirma, cuando leemos las siguientes normas del Código de Comercio:

"Artículo 252. Las sociedades accidentales o cuentas en participación carecen de personalidad jurídica propia y no estarán sujetas a ninguna solemnidad; su existencia podrá acreditarse por los medios comunes de prueba." (El subrayado es nuestro).

"Artículo 490. La asociación en participación carece de razón comercial y de personalidad jurídica y no tendrán domicilio fijo. El convenio determinará el objeto, interés y demás condiciones de la participación, pero en el silencio del mismo se aplicarán las disposiciones para las sociedades mercantiles, en lo que se refiere a los aportes, tiempo y modo de la entrega y efectos de esta." (El subrayado es nuestro).

Estamos pues, ante una figura que no es persona jurídica, sino que se trata de una forma de colaboración empresarial, tal como lo dijo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en su fallo de 21 de mayo de 1997⁵⁶, de la siguiente manera:

"Sobre este particular estima la Sala que la asociación de cuentas en participación nada tiene que ver con las sociedades de hecho o irregulares. Estas últimas dicen relación con la constitución de sociedades sin que cumplan con los requisitos formales que, para su constitución, exigen tanto el Código de Comercio como la Ley 32 de 1927, sobre sociedades anónimas. En tanto que la primera constituye una relación contractual, conocida de muy antigua data, y que consiste en manifestaciones de colaboración entre empresarios..." (El subrayado es nuestro).

Es decir: las sociedades accidentales o cuentas en participación, son formas de colaborar que tienen varios empresarios, que no hacen surgir una nueva persona jurídica, dado que cada empresario mantiene vigente la suya.

Como quiera que no estamos hablando de una persona jurídica, a las sociedades accidentales o cuentas en participación no les aplica el sistema de tributación previsto al inicio del artículo 733 del Código Fiscal, referido a las utilidades que correspondan a los socios o accionistas de personas jurídicas. Más bien, una vez recibidos los beneficios de la asociación, cada empresario que co-

⁵⁶ GUNTER STEPHAN HAMACHER *vs.* USHUAIA, S.A.

labora, debe proceder a tributar esa renta, conjuntamente con los otros ingresos de su operación en el año fiscal. Dentro de esa segunda etapa, las empresas que colaboraron y que tengan la forma de una persona jurídica- sociedad, deberán preceder a realizar cada una las retenciones que correspondan sobre las utilidades netas de sus respectivos accionistas o socios.

d. Cooperativas: Estas entidades están reguladas por la Ley 17 de 1997. El Derecho Cooperativo es un campo amplio, que no se limita al análisis concreto de esa normativa, sin embargo, para los efectos concretos de nuestra investigación, vamos a realizar solo algunas menciones puntuales que nos sirvan de referencia.

La definición conceptual de las Cooperativas está en el artículo 6 de la Ley 17 de 1997:

"Artículo 6. Las cooperativas son asociaciones privadas constituidas por personas naturales y jurídicas, las cuales constituyen empresas que, sin perseguir fines de lucro, tienen por objetivo planificar y realizar actividades de trabajo o de servicios de beneficio socioeconómico, encaminadas a la producción, distribución y consumo cooperativo de bienes y servicios, con la aportación económica, intelectual y moral de sus asociados." (El subrayado es nuestro).

Siguiendo la misma idea vale citar también parte de los artículos 14 y 18 de la Ley 17 de 1997:

"Artículo 14. Toda cooperativa se constituirá en asamblea que celebrarán los interesados, en la que se aprobará el estatuto, se suscribirán las aportaciones y se elegirán, en forma escalonada, los integrantes de la junta de directores, todo lo cual constará en el acta constitución.

El acta de asamblea constitutiva será firmada por los asociados fundadores, anotando el número de su cédula de identidad personal y el valor de sus aportaciones iniciales.

..." (El subrayado es nuestro).

"Artículo 18. El estatuto de la cooperativa debe estar firmado por el presidente y el secretario y contendrá:

...

- 8. La <u>especificación del</u> <u>porcentaje máximo de las</u> <u>aportaciones</u> que cada asociado debe poseer.
- 9. La forma de pago y reintegro de las **aportaciones**.
- 10. La manera de constituir e incrementar o reducir el capital social.
- 11. El modo de evaluar <u>los</u> <u>bienes o derechos que se hubieren aportado</u>.

...

13. La forma y regla de <u>distribución de los excedentes</u> o de las pérdidas resultantes del respectivo ejercicio social.

14. La forma de liquidar las aportaciones y las limitaciones que al efecto se estipulen." (El subrayado es nuestro)

Existen otras normas que le otorgan la personería jurídica a las Cooperativas.

Como se observa de las normas citadas hasta el momento, no hay duda que las Cooperativas son personas jurídicas donde los asociados hacen aportaciones de dinero para cumplir los objetivos sociales, uno de los cuales es la distribución de excedentes. Esta idea se ve todavía mejor reflejada en la siguiente norma:

"Artículo 70. Los excedentes que arroje el balance anual, después de descontados los gastos generales y las provisiones, serán distribuidos por acuerdo a la asamblea, en la siguiente forma y orden de prelación:

- 1. Por lo menos el diez por ciento (10%) para la reserva patrimonial; nueve y medio por ciento (9.5%) para el fondo de previsión social; diez por ciento (10%) para el fondo de educación; medio por ciento (0.5%) para el fondo de integración y cinco por ciento (5%) para constituir, en el IPACOOP, el fondo anual especial para el fomento y desarrollo cooperativo.
- 2. La suma que señale el estatuto o la asamblea para fines específicos.

- 3. <u>El interés que devenguen las aportaciones.</u>
- 4. La devolución a los asociados, en proporción a las operaciones que hubieran efectuado con la cooperativa o a su participación en el trabajo común." (El subrayado es nuestro).

Como se observa, tanto el interés como las devoluciones que se mencionan al final de la norma citada, podrían generar el debate sobre si dichos recursos son utilidades sujetas al impuesto regulado en la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal. Sin embargo, tal estudio resulta innecesario, por cuanto, en cualquier caso, dichos ingresos que reciba el asociado de una Cooperativa estarían exentos, según la siguiente disposición de la Ley 17 de 1997:

"Artículo 82. Los intereses y demás beneficios que provengan del capital invertido por los asociados, sus depósitos y los títulos-valores invertidos por los asociados y terceros, estarán exentos de toda clase de impuestos, derechos, contribuciones o gravámenes de carácter general."

En suma: la anterior norma está referida a exonerar de forma expresa los beneficios del capital invertido por los asociados de las Cooperativas. Esta exención expresa excluye tales beneficios del sistema de tributación previsto al inicio del artículo 733 del Código Fiscal, aplicable a las utilidades que correspondan a los socios o accionistas de personas jurídicas.

- III. Casos donde se dan exenciones expresas establecidas en la legislación respecto de la modalidad del impuesto sobre la renta regulada en la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal.
- 1. Introducción.
- a. Idea general de la sección: La enunciación principal de la modalidad del impuesto sobre la renta aplicable sobre los dividendos o cuotas de participación de las personas jurídicas, contenida en el párrafo inicial del artículo 733 del Código Fiscal, parte estableciendo de antemano una serie de "actividades" exentas. Veamos el texto:

"Artículo 733. Con excepción de los dividendos o cuotas de participación de utilidades derivadas de las actividades contempladas en el Parágrafo 2 del Artículo 694, en el literal b) del Artículo 702, en los literales e), f), l), m), o) del Artículo 708 y en el Artículo 699-A de este Código, las personas jurídicas retendrán..."

Por su parte, al momento de desarrollar la anterior norma, el artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta agrega como actividades exentas, el supuesto contenido en el artículo 733-A del Código Fiscal y "los casos previstos en leyes especiales".

El objetivo de esta sección es hacer mención de las actividades exentas listadas, incluyendo algunas referencias a casos contenidos en leyes especiales. b. Ámbito de las exenciones respecto a los llamados impuestos de dividendos y complementario: Conocida la lista de actividades exentas anteriormente mencionadas, la ocasión es propicia para plantear la siguiente interrogante: ¿Dichas actividades están exentas de las dos formas de retención del impuesto sobre la renta previstas en el primer párrafo del artículo 733 del Código Fiscal? Dicho de otra manera y usando las denominaciones propias del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, presentamos el mismo cuestionamiento así: ¿Aplican estas exenciones al llamado Impuesto de Dividendos y también al denominado Impuesto Complementario?

Consideramos que la interrogante es más que necesaria, sobro todo porque en el caso del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, la lista de actividades exentas aparece en el artículo 107, norma que lleva por título "Origen del Dividendo" y en la cual solamente se menciona el llamado "impuesto de dividendos o distribución de utilidades", sin ninguna alusión al denominado "Impuesto Complementario". Es decir, que si tomáramos partido por aquellos que sostienen que cada uno de ellos son impuestos diferentes⁵⁷, entonces se tendría que pensar que, salvo los

A manera de referencia recordamos que este tema ya fue abordado en la sección I, ocasión en la cual dejamos sentado que en nuestra opinión los dos supuestos contemplados en el primer párrafo del artículo 733 del Código Fiscal, no son más que formas interrelacionadas de retener el mismo impuesto sobre la renta sobre las utilidades netas distribuidas o por distribuir a los accionistas o socios de las personas jurídicas.

casos donde se menciona de forma expresa⁵⁸, las actividades referidas no estarían exentas del llamado Impuesto Complementario, porque no le serían extensivas las exenciones propias del llamado Impuesto de Dividendos. Sin embargo, en nuestra opinión, tal razonamiento no puede ser correcto. No solo porque consideramos que en el fondo estamos ante dos formas interrelacionadas de retener la misma modalidad del impuesto sobre la renta sobre las utilidades de las personas jurídicas, sino que la propia redacción de la norma legal, es decir, el artículo 733 del Código Fiscal, nos da la explicación. Veamos.

Para mayor claridad trascribamos de forma íntegra el primer párrafo del artículo 733 del Código Fiscal:

"Artículo 733. Con excepción de los dividendos o cuotas de participación de utilidades derivadas de las actividades contempladas en el Parágrafo 2 del Artículo 694, en el literal b) del Artículo 702, en los literales e), f), l), m), o) del Artículo 708 y en el Artículo 699-A de este Código, las personas jurídicas retendrán el diez por ciento (10%) de las sumas que distribuyan a sus accionistas

Como se observa, la presentación por parte del legislador del punto como un solo párrafo interrelacionado, donde se menciona cómo se regula el tema en caso de que se distribuyan los dividendos y cómo se trata cuando no se distribuyen o cuando se distribuyen en una proporción menor del 40%, nos demuestra que, en el fondo de todo, la intención del legislador es una: gravar las utilidades netas de las personas jurídicas, es decir, cobrarle un impuesto al rendimiento de los accionistas o socios, sea que se distribuyan o no. Por lo tanto, las actividades que desde el inicio del párrafo se dejan fuera de consideración, es decir, que quedan exentas, <u>lo</u> están respecto a todo el tema tratado en el párrafo. Esa fue la intención clara del legislador. El hecho que, con posterioridad, el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta haya de alguna forma separado un poco más

o socios como dividendos o cuotas de participación. En el caso de que no haya distribución de dividendos o de que la suma total distribuida como dividendo o cuota de participación sea menos del cuarenta por ciento (40%) del monto de las ganancias netas del período fiscal correspondiente, menos los impuestos pagados por la persona jurídica, ésta deberá cubrir el diez por ciento (10%) de la diferencia. Las sumas así retenidas serán remitidas al funcionario recaudador del impuesto dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de retención. Tales deducciones y retenciones serán definitivas."

De este análisis hipotético habría que excluir casos especiales de exención donde se menciona expresamente el llamado Impuesto Complementario, tales como los previstos en el artículo 699-A del Código Fiscal, sobre micro, pequeña y mediana empresa; en el artículo 269 del Decreto Ley 1 de 1999, sobre enajenación de valores a través de un mercado organizado; y el establecido en la Ley 41 de 2004 donde se crea la Zona Económica Especial Panamá Pacífico (Howard).

las retenciones, dándole nombres de impuestos diferentes a los dos supuestos de retención regulados en la norma legal, no puede cambiar esa realidad. Máxime cuando el propio artículo 110 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, norma que introduce el llamado Impuesto Complementario, desde su inicio "confiesa" actuar de conformidad con el artículo 733 del Código Fiscal, esto es: respetando la intención superior del legislador.

En suma, es nuestro criterio que, tanto para los casos listados en el artículo 733 del Código Fiscal, en el artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, como en los establecidos en leyes especiales, las actividades exentas del llamado Impuesto de Dividendos, también lo están del denominado Impuesto Complementario.

Ambito de las exenciones respecto al impuesto sobre la renta de la persona jurídica: Si bien este tema ya se abordó en la sección I, inmediatamente después de nuestra explicación del concepto de doble tributación económica. Consideramos prudente repasarlo someramente, dado que tiene relación directa con el tema específico de esta sección. El mismo se relaciona con la siguiente pregunta: Cuando la legislación declara exenta una actividad o un tipo de contribuyentes, personas jurídicas, del impuesto sobre la renta, ¿es jurídicamente viable sostener que ello lleva consigo la exención de la modalidad de impuesto sobre la renta aplicable sobre las utilidades de la persona jurídica, regulada por el artículo 733 del Código Fiscal?

En nuestra opinión y tal como ya se mencionó, la clave para responder la anterior interrogante parte por identificar la persona que tiene el carácter de "Contribuyente" en estricto sentido técnico. Si bien sostenemos que los supuestos de retención regulados en el primer párrafo del artículo 733 del Código Fiscal, se refieren a una modalidad del impuesto sobre la renta, también hemos expuesto que en nuestra opinión, en esos supuestos queda muy claramente dicho que quienes juegan el rol de Contribuyentes, son los accionistas o socios de las personas jurídicas. Por su parte, cuando la legislación establece exenciones del impuesto sobre la renta aplicable a las personas jurídicas, si no menciona expresamente el tema de la tributación de las utilidades, debemos entender que tales exenciones solamente se refieren al tributo donde el Contribuyente es la propia persona jurídica. No puede ni debe extenderse ese tipo de exención, hasta pretender cubrir con ellas la tributación de las utilidades por repartir (o repartidas), por cuanto el Contribuyente de esta otra modalidad del impuesto es diferente. Se requeriría que los accionistas o socios fueran expresamente excluidos del pago del impuesto.

Como hemos explicado, la persona jurídica solamente es el Responsable Fiscal de la forma del impuesto sobre la renta aplicable a los rendimientos de los accionistas o socios. Sin embargo, respecto a su propio impuesto sobre la renta, la persona jurídica es un Contribuyente. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, es necesario evitar confundir ambas dimensiones de su participación en la relación frente a la Administración Tributaria.

El anterior razonamiento, como también expusimos, también resulta aplicable a situaciones no necesariamente relacionadas con las exenciones, sino con la aplicación de tarifas diferenciadas del impuesto sobre la renta, con métodos de cobro y pago diferenciados, como es el caso, por ejemplo, de la tributación de la renta derivada de cierto tipo de enajenaciones de valores a través de una oferta pública⁵⁹. El establecimiento de tarifas diferenciadas y sistemas de cobro como este, que no incluyen ninguna mención especial sobre la situación de la tributación que tendrían los accionistas o socios de las personas jurídicas generadoras de renta, tiene como consecuencia que el tratamiento fiscal de los contribuyentes accionistas o socios de dichas personas jurídicas, no tendrá ninguna alteración del régimen general explicado en el Capítulo I. Para que ello fuese posible, sería necesario crear un tratamiento especial y expreso que declarara exento o modificase de alguna forma el tratamiento tributario de accionistas o socios.

2. Actividades contempladas en el Parágrafo 2 del Artículo 694 del Código Fiscal ("Triangulación" del proceso de facturación; dirigir desde Panamá actividades "Off Shore" y distribuir dividen-

dos de sociedades con fuente extranjera).

El parágrafo 2 del artículo 694 del Código Fiscal contempla tres conocidos supuestos de actividades que por mandato legal se entiende que no son de fuente panameña y que, por tanto, no configuran el hecho gravado del impuesto sobre la renta en Panamá. La primera actividad es "facturar desde una oficina en Panamá, la venta de mercancías o productos por una suma mayor de aquella por la cual dichas mercancías o productos han sido facturados contra la oficina establecida en Panamá, siempre que dichas mercancías o productos se muevan únicamente en el exterior". El segundo caso es: "Dirigir, desde una oficina establecida en Panamá, transacciones que se perfeccionen, consuman o surtan sus efectos en el exterior." Y el tercer caso es. "Distribuir dividendos o participaciones de personas jurídicas, cuando tales dividendos o participaciones provienen de rentas no producidas dentro del territorio de la República de Panamá, incluyendo las rentas provenientes de las actividades en los literales a y b de este Parágrafo".

Tanto por mandato del artículo 733 del Código Fiscal, como del artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, las actividades descritas en el párrafo anterior se consideran "exentas".

Aunque no cuestionamos el interés del legislador de tener un "doble cerrojo" legal para el no pago del impuesto en estos casos, como en páginas anteriores comentamos, esta exención nos parece técnicamente innecesaria. En efecto, el citado literal "c." del PARÁGRAFO 2

⁵⁹ El asunto está regulado por el artículo 701, literal "e", del Código Fiscal.

del artículo 694 del Código Fiscal ya se había encargado de establecer de forma genérica que "no se considerará producida dentro del territorio de la República de Panamá", la actividad de: "Distribuir dividendos o participaciones de personas jurídicas, cuando tales dividendos o participaciones provienen de rentas no producidas dentro del territorio de la República de Panamá". Este mandato legal significa que los dividendos o cuotas de participación de sociedades serán considerados no producidos dentro del territorio de la República de Panamá, cuando las rentas en cabeza de la sociedad que los distribuye, a su vez, fueron generadas fuera del territorio de Panamá, o sea, en atención a la realidad material o si la ley los invistió ficticiamente de ese carácter. Como consecuencia de esa situación, tales utilidades ni siquiera configuran el hecho gravado del impuesto sobre la renta, por tratarse de rentas de fuente extranjera y no necesitaban exención alguna para evitar el pago del impuesto.

3. <u>Operaciones exteriores de personas jurídicas que actúan en</u> Zonas Libres.

El tema se sustenta en lo ordenado por al artículo 733 del Código Fiscal, a su inicio, por los artículos 702, literal "b.", y 701, literal "d.", del mismo Código; leídos de forma conjunta con el segundo párrafo del artículo 107 y el artículo 113 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta.

En pocas palabras tenemos que las empresas ubicadas en Zonas Libres, realizan dos tipos de operaciones. Por un lado están las operaciones exteriores, las que se hacen con mercancías nacionales o extranjeras que salen desde estas zonas con destino al exterior; con destino a otras zonas libres y, en el caso de las zonas libres de petróleo, incluye las ventas que se destinen a naves de tráfico internacional, marítimas o aéreas, que utilicen nuestros puertos o aeropuertos o crucen el Canal de Panamá. Contrario sensu, las operaciones interiores son las ventas al territorio fiscal que se hacen desde esas zonas especiales. Como quiera que las operaciones exteriores están exentas del impuesto sobre la renta de las personas jurídicas, las normas citadas en el párrafo anterior, interpretadas de forma conjunta, lo que dejan claro es que las utilidades de las personas jurídicas ubicadas en zonas libres, siempre que esas utilidades sean producto de las operaciones exteriores, también están totalmente exentas para los contribuyentes, accionistas o socios, de dichas personas jurídicas. Este método es consistente con el criterio que hemos venido exponiendo, es decir, que se hace necesario que el propio legislador exonere por separado los ingresos obtenidos por la persona jurídica y por otro lado, la distribución de las utilidades a los socios o accionistas de esa persona jurídica.

 Rentas provenientes del comercio marítimo internacional de naves de registro panameño.

Esta exención se configura con lo dispuesto en los artículos 733 y 708, literal "e." del Código Fiscal, desarrollado por el artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta. En síntesis se establece que así como se considera que las rentas derivadas del comercio marítimo internacional de naves registradas en Panamá, no causan impuesto sobre la renta, las utilidades que se generen en una persona jurídica, producto de esa actividad, estarán exentas para los accionistas o socios de la persona jurídica. Obsérvese que la redacción de la norma no permite hacer extensiva la exención a una actividad de navegación de cabotaje operada por una persona jurídica, respecto de una nave registrada en Panamá.

5. <u>Rentas provenientes de intereses</u> y de la enajenación de valores emitidos por el Estado.

Un análisis conjunto del artículo 708, literal "f.", del artículo 701, literal "e", primer párrafo, del Código Fiscal y del artículo 269 del Decreto Ley 1 de 1999, nos permiten afirmar que no causan impuesto sobre la renta o no son gravables los ingresos que se generan en cabeza de las personas jurídicas, en calidad de intereses pagados o acreditados sobre valores emitidos por el Estado y tampoco los ingresos que sean producto de la enajenación de valores emitidos o garantizados por el Estado.

Ahora bien, con base en el artículo 733 del Código Fiscal, el artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta y el artículo 269 del Decreto Ley 1 de 1999, las utilidades que reciban los accionistas o socios de las personas jurídicas, provenientes del tipo de rentas descritas en el párrafo anterior, tampoco son gravables, es decir, que no están sujetas a los llamados impuestos de dividendos y complementario.

6. Rentas provenientes de intereses por depósitos en bancos panameños. Rentas pagadas por bancos panameños a bancos extranjeros.

El artículo 708, literal "l." del Código Fiscal, establece que no causará el impuesto sobre la renta el ingreso recibido en calidad de intereses generados por los depositantes en bancos establecidos en Panamá y que tendrán igual tratamiento las rentas por intereses generadas por los bancos extranjeros que le otorguen préstamos a los bancos panameños, incluso en el caso que el banco panameño destine esos recursos a la generación de activos productivos en Panamá. Pues bien, con base en lo dispuesto en el artículo 733 del Código Fiscal y en al artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, las utilidades que una persona jurídica genere sobre las rentas antes mencionadas, están exentas para los accionistas o socios de las retenciones llamadas impuesto de dividendo y complementario.

7. Rentas provenientes de intereses que se paguen a organismos internacionales y gobiernos extranjeros. Intereses pagados a inversionistas extranjeros sobre viviendas de escasos recursos, garantizados por gobiernos extranjeros.

El artículo 708, literal "m." del Código Fiscal, establece que no causará el impuesto sobre la renta el ingreso recibido en calidad de intereses pagados a organismos internacionales y gobiernos extranjeros. Igual tratamiento reciben intereses pagados a inversionistas extranjeros sobre viviendas de escasos recursos,

garantizados por gobiernos extranjeros. Tenemos entonces que, con base en lo dispuesto en el artículo 733 del Código Fiscal y en al artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, las utilidades que una persona jurídica genere sobre las rentas antes mencionadas, están exentas para los accionistas o socios de las retenciones llamadas impuesto de dividendos y complementario.

Aunque las normas no hacen distinción, resulta evidente que el caso concreto donde tendría algún efecto esta exención, es en el segundo supuesto referido, es decir, en el caso de los inversionistas extranjeros sobre viviendas de escasos recursos, por cuanto tales inversionistas serían los que probablemente estarían organizados en personas jurídicas con la potencialidad de distribuir utilidades entre accionistas o socios. Lo cual claramente no sería el caso más común cuando hablamos de organismos internacionales y gobiernos extranjeros, a menos que actuaran por conducto de entidades con forma corporativa, con participación mayoritaria o total del Estado⁶⁰.

8. <u>Las sumas que reciban los beneficiarios de fondos de jubilación y pensión conforme a la Ley 10 de 1993.</u>

Como es conocido, la Ley 10 de 1993 regula la creación de planes o fondos para pagar jubilaciones, pensiones y otros beneficios privados de los empleados de las empresas, los cuales son complementarios a los beneficios que concede el sistema de la Caja de Seguro Social. Estos planes no se constituyen bajo una sola forma jurídica ni tampoco son administrados por un solo tipo de entidad. Por ejemplo, algunos pueden ser constituidos por la vía de Fideicomisos amparados por la Ley 1 de 1984, aunque no es obligación usar esa figura. Por otro lado, tales planes pueden ser administrados por bancos de licencia general, por empresas con licencia fiduciaria, por administradores de inversión registrados en la Comisión Nacional de Valores o por compañías de seguros. En relación con tales planes, el literal "o" del artículo 708 del Código Fiscal, dispone que no causarán impuesto sobre la renta las sumas que reciban los beneficiarios de dichos fondos, al momento en que se comiencen a recibir los pagos periódicos.

De acuerdo al artículo 733 del Código Fiscal, reiterado por el artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, los beneficios mencionados en el párrafo anterior están exentos de las retenciones sobre las utilidades netas establecidas en el artículo 733 del Código Fiscal.

La anterior exención genera algunas interrogantes de orden técnico, por cuanto el solo hecho de que la ley se ocupe de declarar exentos estos beneficios, podría ser interpretado en el sentido de que los mismos son rendimientos que se reciben de aportes que los beneficiarios hacen a personas jurídicas. En nuestra

Para una referencia de nuestro medio, podemos mencionar TOCUMEN, S.A., que es una empresa 100% del Estado, con forma de Sociedad Anónima, de acuerdo al mandato de la Ley 23 de 2003, y por lo tanto organizada y operada bajo el esquema privado.

opinión, tales aportes no tienen tal característica. Claro está, que la opinión definitiva dependería del análisis de cada caso en el cual se tendría que estudiar la forma jurídica utilizada para organizar un fondo determinado. Sin embargo, insistimos en que consideramos que la redacción actual de la norma no está del todo correcta, porque hasta parece indicar que los dividendos que repartan los administradores de estos fondos a sus accionistas, estarían exentos del impuesto, aún cuando esos accionistas no son los afiliados a los planes, sino los dueños de las empresas que administran dichos fondos.

Ahora bien, para los efectos del objeto de esta sección, nos parece suficiente mencionar que esta exención se constituye en una especie de "seguro de todo riesgo" que garantiza que, cualquiera sea la forma en que se organicen jurídicamente estos planes creados con base la Ley 10 de 1993, los pagos que reciban los beneficiarios del fondo, de ninguna manera estarán sujetos a los llamados impuestos de dividendo y complementario. Esta salvaguarda tiene utilidad en el evento de que alguien intentara catalogar estos beneficios como "dividendos" o "cuotas de participación".

 Rendimientos de la pequeña empresa que tributa como persona jurídica.

El artículo 699-A del Código Fiscal establece un régimen de incentivos especiales para la micro, pequeña y mediana empresa, en materia del impuesto sobre la renta. En síntesis,

el mencionado sistema permite que los primeros B/.100,000.00 de ingresos brutos anuales de la empresa, tributen como si se tratase de personas naturales. Por su parte, las sumas de ingresos brutos superiores a B/.100,000.00, pero que no excedan de B/.200,000.00, computarán el impuesto como persona jurídica. Un análisis de la norma mencionada, en conjunto con el artículo 733 del Código Fiscal y el artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, deja claro que esta segunda parte del ingreso bruto de la pequeña empresa, está plenamente exento de la modalidad del impuesto sobre la renta que grava las utilidades de los accionistas o socios de las personas jurídicas.

10. <u>Casos previstos en leyes especiales.</u>

El artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta deja abierta para que esta modalidad del impuesto sobre la renta esté exenta en casos previstos por leyes especiales. Desde el punto de vista técnico, esta mención es irrelevante, por cuanto, aunque no se hubiese establecido, de todos modos es válido que por ley se establezcan exenciones en los casos que así lo decida el legislador. Para ello no es necesaria la previa autorización de un reglamento emitido por el Órgano Ejecutivo.

Hemos considerado incluir en esta sección solamente dos casos, a manera de simple ilustración de la forma cómo pueden operar en leyes especiales, las exenciones de esta forma del impuesto sobre la renta. Veamos. a. <u>Utilidades netas por la enajenación de valores que no son estatales, registrados en la Comisión Nacional de Valores</u>: La explicación del tema gira en torno al estudio de la siguiente parte del artículo 269 del Decreto Ley 1 de 1999:

"Artículo 269. Impuesto sobre la renta con respecto a ganancia de capital.

Para los efectos del impuesto sobre la renta, del impuesto sobre dividendos y del impuesto complementario, no se considerarán gravables las ganancias ni deducibles las pérdidas que dimanen de la enajenación de valores emitidos o garantizados por el Estado.

Igual tratamiento tendrán las ganancias y las pérdidas provenientes de la enajenación de valores registrados en la Comisión, siempre que dicha enajenación se de:

(1)A través de una bolsa de valores u otro mercado organizado;

... ..." (El subrayado es nuestro).

Lo primero que anotamos es que esta norma, como muchas otras de rango legal, le reconocen la existencia separada a los llamados impuestos de dividendos y complementario. En nuestra opinión, en todos esos casos lo que tenemos no es más que el reflejo de la confusión que sobre este tema introdujo el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, por cuanto la norma legal

que crea el tributo, es decir, el artículo 733 del Código Fiscal, no usó esas denominaciones. Ya ese tema fue analizado.

Independientemente de los nombres usados para la figura tributaria, lo relevante es que los redactores de la disposición, introdujeron un lenguaje que deja muy claro que la exención no solo se limita al impuesto sobre la renta de la persona jurídica, sino que también se extiende a las modalidades de gravar las utilidades netas "en cabeza" de los accionistas o socios de las personas jurídicas, que inicialmente regula el artículo 733 del Código Fiscal y que el Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, en ejercicio del declarado propósito de desarrollar dicha norma del Código Fiscal, amplió y hasta "rebautizó" con los nombres de "impuesto de dividendos y complementario."

La redacción del primer párrafo del citado artículo 269 del Decreto Ley 1 de 1999, se refiere a la enajenación de valores emitidos o garantizados por el Estado. Sin embargo, la lectura conjunta del segundo párrafo y del numeral (1) de dicha norma, permite afirmar que igual tratamiento tendrá la enajenación de valores registrados en la Comisión Nacional de Valores, siempre que dicha enajenación se realice a través de una bolsa de valores u otro mercado organizado. Lo cual significa que si una persona jurídica obtiene ingresos de la enajenación en bolsa de unos valores registrados en la Comisión, tales ganancias están exentas para la persona jurídica, pero también están exentas para los

accionistas o socios, en caso de que resulten utilidades netas por distribuir. Sin embargo, en el supuesto de las Ofertas Públicas de compras de Acciones (OPA), el sistema es diferente. Ese tema será estudiado en la sección IV.

b. Utilidades exentas en el Contrato-Lev celebrado entre el Estado y PANAMA PORTS COMPANY, S.A.: Veamos ahora un ejemplo de exención expresa del impuesto regulado en la primera parte del artículo 733 del Código Fiscal, contenida en un Contrato-Ley, concretamente nos referimos al contrato contenido en la Ley No. 5 de 16 de enero de 1997⁶¹. En dicho contrato encontramos lo que nosotros consideramos una exención expresa del tributo en estudio y que no deja dudas para los accionistas o socios. La misma está recogida en la cláusula 3.1, de la cual transcribimos la parte pertinente:

"3.1 Exoneraciones Fiscales

EL ESTADO otorga a LA EMPRESA, sus subsidiarias, afiliadas y cesionarias, durante la vigencia de este contrato y su prórroga, las siguientes exoneraciones, derechos y privilegios:

...

b. Exoneración del impuesto sobre la renta sobre los ingresos que LA EMPRESA, sus subsidiarias, afiliadas y cesionarias perciban por todas las actividades que realicen, tales como.... d. Exoneración de todo impuesto de dividendos provenientes de las actividades de las actividades contempladas en el contrato.

..."

Como se observa, los redactores tenían muy claro que una cosa era la exención del impuesto en cabeza de las personas jurídicas, supuesto contemplado en el literal "b", y que otra cosa es la exención de los impuestos que aplican sobre las utilidades correspondientes a los accionistas, caso contemplado en el literal "d.".

Por otra parte, aunque la norma no haya mencionado al llamado Impuesto Complementario, no tenemos duda que la redacción de literal "d" citado lo contempla, por cuanto allí queda claro que está exento "todo impuesto" relacionado con las modalidades del tributo que grava las utilidades netas que correspondan a los accionistas.

La ocasión es propicia para mencionar un dato histórico relacionado con los Contratos Leyes, que demuestra que desde la instauración de las bases de nuestro actual sistema tributario, el legislador siempre entendió que la exención otorgada a las personas jurídicas por esta vía, no se extendía a sus accionistas o socios. En efecto, el párrafo segundo del artículo 706 del Código Fiscal, tal como fue aprobado en su versión original mediante Ley No. 8 de 1956⁶², establecía lo siguiente.

^{...}

⁶¹ G.O. 23,208 de 21 de enero de 1997.

⁶² G.O. 12,995 de 29 de junio de 1956.

"El impuesto sobre los dividendos, intereses o cuotas de participación que deban recibir los accionistas, socios o tenedores de bonos de personas jurídicas exentas del impuesto sobre la renta en virtud de contratos autorizados o aprobados por Ley, será liquidado y cobrado a cada accionista, socio o tenedor de bonos sobre la suma que reciba en concepto de dividendos, intereses o cuotas de participación y será pagado por dichas compañías a nombre de sus accionistas o socios. En estos casos, el impuesto liquidado y pagado sobre los dividendos o cuotas de participación no se liquidará o cobrará nuevamente a nombre del accionista o socio que lo reciba o deba recibir."

Como se observa en esta norma, no había duda que el redactor original del Código Fiscal entendía que si la persona jurídica estaba exenta por Contrato Ley, ello no hacía extensiva esa exención a sus accionistas o socios, tanto es así que se ocupó de regular la forma de recaudar el impuesto, mediante retención. Si bien esta norma fue derogada mediante Ley 9 de 1964⁶³, ello no significa que el tratamiento haya cambiado, por cuanto la propia Ley 9 de 1964, también modificó el artículo 733 del Código Fiscal, incluyendo la mecánica de retención del impuesto sustancialmente vigente hoy en día, aunque actualizada con legislación posterior. Si la misma Ley 9 de 1964 aclaró el sistema de retención del Por lo demás, incluso durante la vigencia de la norma citada, nada impedía que también se declararan exentos los tributos de los accionistas o socios, siempre y cuando se incluyera en el Contrato Ley especial, dado que dicha norma legal sería posterior y de igual rango que el párrafo en comento del Código Fiscal. Quizás ese motivo práctico también pudo ser una razón de su derogación. No obstante, el referente es importante para respaldar el punto que hemos venido sustentando en este ensayo, en cuanto a que las exenciones en cabeza de la persona jurídica no se extienden de forma automática hasta el accionista o socio, a menos que se mencione de forma expresa en la legislación.

IV. Casos especiales y su relación con el impuesto sobre la renta aplicable a las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas.

1. <u>Idea general de la sección</u>.

En este capítulo vamos a realizar una revisión de algunos temas específicos que merecen atención, dentro de los cuales contemplamos dos situaciones muy concretas en que nuestra legislación busca soluciones a la doble imposición económica en

impuesto aplicable a las utilidades de accionistas o socios de las personas jurídicas, tenía sentido que se eliminara el citado párrafo segundo del artículo 706 original del Código Fiscal, por cuanto las retenciones sobre los accionistas o socios de las personas jurídicas allí mencionadas, debían ceñirse al régimen general.

⁶³ G.O. 15,275 de 28 de diciembre de 1964.

el tributo estudiado en este ensayo y casos especiales relacionados con la tributación de la persona jurídica que tiene ganancias por la venta no habitual de inmuebles y los efectos que tiene para la tributación de utilidades netas, las diferencias de cálculo entre la contabilidad financiera y la fiscal. Estos elementos de juicio buscan completar las explicaciones precedentes.

2. Relación entre la tributación aplicable a las utilidades netas correspondientes a accionistas o socios de las personas jurídicas y el impuesto sobre la renta aplicable a la venta de inmuebles por parte de personas jurídicas no dedicadas habitualmente al negocio de bienes raíces.

De acuerdo al artículo 701, literal "a." y al artículo 766-A del Código Fiscal, las personas que no tienen dentro de su giro ordinario de negocios la venta de bienes inmuebles, deben pagar el impuesto por la ganancia de capital a una tarifa definitiva de 10% que se calcula sobre la diferencia entre el costo básico y el precio de venta, con la oportunidad de descontarse algunos gastos específicos. La regla general es que el costo básico del bien será el valor catastral o el valor en libros, cualquiera que sea menor. Sin embargo, transitoriamente se estableció que los propietarios-vendedores de bienes, hasta diciembre de 2007, tivieron la oportunidad de presentar avalúos privados que cumplan con ciertos requisitos. Una vez aceptado este avalúo por parte de la Administración, el mismo podrá servir como costo básico para calcular el impuesto sobre la renta de la venta del bien inmueble.

El tema de esta sección se relaciona con el efecto de estos avalúos en cuanto al cálculo de la tributación de las utilidades de los accionistas o socios del vendedor-persona jurídica, con énfasis en lo relativo a la reforma introducida en febrero de 2007 al Reglamento del Impuesto Sobre la Renta⁶⁴ que precisó las reglas aplicables a la enajenación de inmuebles sometidos a la tasa de 10% y la forma de calcular el llamado Impuesto Complementario.

Para mayor claridad del tema pongamos de referencia un ejemplo: un bien inmueble con valor catastral de 10 se avalúa en 100 y se vende en 100. La aceptación del avalúo para el impuesto sobre la renta de la ganancia de capital está expresa en el artículo 701, literal "a." del Código Fiscal, por lo tanto, con un costo básico de 100 y un precio de venta de 100 ó menor de 100, es un hecho que la persona jurídica vendedora no debe pagar impuesto sobre la renta. Sin embargo, ¿qué ocurre con las utilidades de los accionistas o socios de la persona jurídica vendedora?

A nuestro juicio la Dirección General de Ingresos nos dio un adelanto de lo que pasaría con el tema, dentro de la opinión de 25 de noviembre de 2005, ya analizada en la sección I. En efecto, allí se dijo que no existía una exención para la tributación de las utilidades generadas por la enajenación de bienes avaluados y que, por tanto, en el ejemplo ante-

⁶⁴ Ver Decreto Ejecutivo No. 8 de 2007, G.O. 25,723 de 1 de febrero de 2007.

rior, la utilidad de 90 obtenida en la venta del inmueble -es decir, la diferencia entre 10 y 100-- sería una utilidad gravable para el accionista o socio. Esta afirmación es en nuestra opinión válida para el llamado impuesto de dividendos como para el denominado complementario. A nuestro juicio este criterio obedece a la realidad económica concreta que ya se estaba viviendo en Panamá en noviembre de 2005, con cientos de transacciones de ventas de inmuebles avaluados, que no pagaron la ganancia de capital amparados en la ley, escenario en el cual la Administración Tributaria probablemente buscó limitar esa pérdida de ingresos, manifestando que las utilidades sí pagaban el impuesto, dado que no estaban exentas de forma expresa y dado que se trataban de impuestos diferentes, por tener contribuyentes diferentes.

Fuera de las consideraciones recaudatorias, y tal como expusimos en la sección I, estamos de acuerdo con este criterio de la Administración Tributaria, por cuanto es un hecho que la norma que, dentro del impuesto sobre la renta, le reconoce validez al avalúo (artículo 701, literal "a." del Código Fiscal), solamente lo hace en relación con el tributo donde el contribuyente es la persona jurídica y no hay en ninguna norma referencia expresa a la aplicación de ese valor para el cálculo de la tributación de las utilidades netas donde los contribuyentes son los accionistas o socios.

Con ese antecedente veamos ahora la reforma reciente del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, introducida por el Decreto Ejecutivo No. 8 de 2007, cuyas normas relevantes son:

"Artículo 93. Determinación de la renta gravable.

...

Cuando el contribuyente deba pagar la tasa del diez por ciento (10%) calculada sobre la ganancia del capital obtenida conforma a lo indicado en el Literal "a." del artículo 701 del Código Fiscal, tendrá que seguir las siguientes reglas:

...

b. El resultado de la enajenación de bienes inmuebles se acumulará en las respectivas declaraciones juradas de rentas, para los propósitos del Impuesto Complementario en el caso de personas jurídicas y de seguro educativo en el caso de personas naturales. De igual forma, tales sumas causarán el impuesto sobre dividendos al que se refiere el artículo 733 del Código Fiscal, al momento en que ocurra su distribución, ya sea cuando las ganancias reales se distribuyan a los accionistas, así sean pagadas o acreditadas, lo que ocurra primero." (El subrayado es nuestro).

"Artículo 110. Determinación del Impuesto Complementario.

...

A los efectos de la determinación del impuesto complementario, la persona jurídica procederá de acuerdo a la siguiente forma: a. A la renta neta gravable se la adicionarán, los ingresos de las enajenaciones sujetas al régimen de ganancias del capital a las que se refieren los literales "a." y "e." del artículo 701 del Código Fiscal y se le restará tanto el impuesto sobre la renta causado, así como el impuesto sobre la renta producido de las operaciones sujetas al régimen de ganancias de capital la diferencia se denominará saldo resultante.

De acuerdo a nuestro punto de vista, estas disposiciones, sobre todo la citada del artículo 93, reflejan una continuidad del mismo pensamiento que ya había sido adelantado por la Administración Tributaria en la opinión ya comentada de 25 de noviembre de 2005. El escenario de múltiples ventas de inmuebles continuó y por ello interpretamos que con esta reforma introducida en enero de 2007, se buscó darle mayor certeza al criterio ya explicado, en cuanto a que la utilidad efectivamente recibida de parte de los accionistas o socios es la base imponible del tributo, desconociendo la ficticia "falta de utilidad" que resulta de tomar como costo básico el valor de los bienes avaluados.

El meollo del asunto está en el uso de la expresión "ganancias reales" en el literal "b." del artículo 93 citado. Sin dejar de reconocer que la redacción de la norma no es del todo clara, somos del criterio de que el simple hecho de referirse a unas "ganancias reales", deja entrever que en estas ventas de inmuebles

hay dos tipos de ganancias, unas reales, y otras que no se mencionan, pero que por oposición serían las "ficticias". Con ello se insinúa que el reconocimiento del costo básico producto del avalúo, produce ese doble estándar de las ganancias. Sin embargo, dentro de ambos, la legislación toma partido por las "ganancias reales", para los efectos de la tributación de utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios.

¿Habría alguna diferencia entre el tratamiento del llamado Impuesto Complementario y el del denominado Impuesto de Dividendo? En nuestra opinión no. Por tres motivos:

1. En primer lugar porque resulta evidente que el tema sobre el cual se busca legislar es lo que ocurre con bienes inmuebles avaluados, cuyo avalúo aceptó el fisco y que se venden al mismo precio del avalúo o menos. Si ese es el escenario polémico y si se aplicara el reconocimiento del valor del avalúo al llamado Impuesto Complementario, entonces no habría ganancia, sin embargo, la sección citada del artículo 93 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, parte de la premisa de que <u>hay ganancias</u> cuando dice: "El resultado de la enajenación de bienes inmuebles se acumulará en las respectivas declaraciones juradas de rentas, para los propósitos del Impuesto Complementario en el caso de personas jurídicas". Conside-

- ramos que se entiende que en la venta de bienes avaluados al precio de avalúo o menor, sí existen ganancias, porque sino, no hubiese nada que "acumular".
- 2. Por otra parte, en ese inciso la disposición afirma que esa acumulación se da "para los propósitos del Impuesto Complementario", lo cual debe ser entendido en el sentido de que, nada de lo aquí dispuesto alterará el derecho de que el costo básico producto de avalúo, hasta diciembre de 2007, se deberá seguir considerando dentro del impuesto sobre la renta de la persona jurídica, por la enajenación del bien, porque ese derecho lo reconoce el literal "a." del artículo 701 del Código Fiscal. En otras palabras, en materia de los avalúos privados, la norma está poniendo distancia del tratamiento brindado a la tributación en cabeza de la sociedad vendedora, desconociendo el efecto de dicho avalúo para la tributación de utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios.
- 3. Por otra parte, el segundo inciso de la parte citada del artículo 93 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, indica que "de igual forma" que el llamado Complementario será tratado el denominado Impuesto de Dividendos. Lo cual es lógico, por cuanto que, como

ya hemos explicado, ambos son modalidades de cobro distintas del mismo tipo de impuesto sobre la renta regulado en el artículo 733 del Código Fiscal, cuya base imponible son las utilidades netas y cuyos contribuyentes son los accionistas o socios de las personas jurídicas. Dicho sea de paso, la cita que se hace del artículo 733 del Código Fiscal, dentro de la parte transcrita del artículo 93 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, no puede ser entendida como una simple alusión al llamado Impuesto de Dividendos, sino que también debe involucrar al denominado Complementario, porque en esa norma del Código Fiscal es la base legal de todo el sistema y en ella no se hacen tales diferencias de nombre. Lo mismo ocurre en cuanto al impuesto que debe ser retenido a los accionistas o socios de sucursales de personas jurídicas extranjeras.

Dicho lo anterior y pasando al citado artículo 110, literal "a." del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, tenemos que, en nuestra opinión, el "saldo resultante" se obtiene de la siguiente operación: se toma la renta neta gravable incluida en la declaración jurada de rentas de la persona jurídica, a la cual se le suman los ingresos reales (sin considerar el costo básico producto del avalúo de los inmuebles) recibidos por dicha persona como producto de las

enajenaciones de bienes inmuebles sometidas al régimen especial de ganancia de capital bajo tarifa de 10%. También se le suman los ingresos de venta de valores sometidos al régimen especial de ganancia de capital regulado por el artículo 701, literal "e.", del Código Fiscal. Al resultado de la suma anterior se le debe restar el impuesto sobre la renta causado en la declaración de renta de la persona jurídica y las sumas de impuesto pagadas por dicha entidad, dentro de los regímenes especiales de ganancia de capital mencionados.

3. Cálculo del impuesto aplicable a las utilidades correspondientes a accionistas o socios de las personas jurídicas en los casos en que la contabilidad fiscal muestra utilidades menores que la contabilidad financiera.

El 6 de enero de 200665, la Dirección General de Ingresos absolvió una consulta interesante que parte de la premisa de la diferencias que muchas veces se producen entre los criterios aplicables por la contabilidad financiera regidas por las Normas Internacionales de Información Financiera y la contabilidad fiscal en temas tales como la depreciación. El consultante planteó el caso de que por motivos científicamente explicables, resultaran montos de utilidades superiores desde el punto de vista financiero comparados con el fiscal, concretamente se solicitó el punto de vista sobre si había algún inconveniente legal en realizar la En el escenario anterior nos preguntamos, si se distribuyen las utilidades más altas resultado de la contabilidad financiera: ¿Bajo qué base se calcula el impuesto aplicable a las utilidades correspondientes a accionistas o socios de las personas jurídicas?

En nuestra opinión, como quiera que el llamado Impuesto Complementario se calcula dentro de la Declaración Jurada de Rentas de la persona jurídica, está en gran forma ligado a la contabilidad fiscal y sobre esa base debe calcularse, aún cuando la contabilidad financiera muestre un resultado mayor. Sin embargo, una vez se realice la distribución del 40% o más de las utilidades, como quiera que el impuesto se calcula sobre las utilidades efectivamente distribuidas a los accionistas o socios y dado que esos recursos no están exentos, el cálculo del impuesto debe realizarse sobre la base de la contabilidad financiera, mediante las liquidaciones que se presentan de forma separada a la declaración de rentas, dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de la retención. De esta forma, gran parte de la citada utilidad que no fue objeto de retención por la vía del Complementario, procederá a tributar como corresponde.

distribución de las utilidades con base a la contabilidad financiera. La respuesta de la Administración Tributaria fue que no había inconveniente legal, siempre que las diferencias fueran explicables mediante una correcta conciliación.

⁶⁵ Ver nota 201-01-235.

4. Sociedad Civil Particular que tiene por objeto el ejercicio de la profesión de abogado, cuando la sociedad tiene una totalidad de ingresos gravables que no superan la suma de B/.150,000.00 anual.

Al momento de explicar el concepto de doble tributación económica en la sección I, expusimos la regla general contenida en el artículo 706 del Código Fiscal, según el cual la tributación de las personas jurídicas se hace sin deducir de ellas los pagos de utilidades que se deben hacer a accionistas o socios. Ahora bien, dicha norma tiene una excepción contenida en su Parágrafo y desarrollada en el artículo 120 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, que a continuación transcribimos:

"Parágrafo. Para los efectos de este artículo, se excluyen las sociedades mencionadas en el artículo 41766 del Código Judicial en cuyo caso los socios

pagarán el impuesto sobre dichas cuotas de participación de acuerdo con la tabla establecida en el artículo 700."

"Artículo 120. <u>Forma de determinar y pagar el impuesto sobre la renta</u>.

Conforme a lo establecido en el artículo 706 del Código Fiscal, las sociedades constituidas por abogados para el ejercicio de la abogacía, podrán deducir de su renta gravable el importe de las utilidades o ganancias distribuidas a sus socios por su participación en dichas sociedades.

Los socios pagarán el impuesto sobre las utilidades o ganancias recibidas y las rentas de otras fuentes, a la tarifa del artículo 700 del Código Fiscal."

Hasta la Ley 6 de 2005, este era el único sistema de alivio a la doble tributación económica que se produce en la figura tributaria estudiada en este trabajo, válido exclusivamente para las sociedades de abogados, permitiendo que la tributación pu-<u>diese</u> (porque no es obligatorio), traspasarse a los socios, quienes tributarían dicha renta como persona natural, liberando a la sociedad de esa carga mediante el sistema de deducción aplicable únicamente sobre las utilidades distribuidas. No existe autorización de la norma para que opere la deducción de las utilidades que no se distribuyeron, lo cual se confirma con el hecho de que la norma reglamentaria permite que los socios tributen como perso-

Esa norma ya no corresponde a la numeración del Código Judicial actual, pero de su origen histórico y del texto del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta se sabe que se refiere a las sociedades civiles constituidas por abogados para el ejercicio de la abogacía. En el Código Judicial vigente la norma correspondiente es el artículo 620 que dispone. "Sólo puede ser apoderado judicial la persona que posea certificado de idoneidad para ejercer la abogacía expedido por la Corte Suprema de Justicia. Ninguna sociedad, comunidad o compañía puede ser apoderado judicial. Se exceptúan <u>las</u> sociedades civiles integradas por abogados idóneos para el ejercicio de la abogacía, las cuales pueden ejercer poderes, una vez registradas en el juzgado en que deban ejercerlos, previa inscripción en el Registro Público." (El subrayado es nuestro).

nas naturales, únicamente sobre las utilidades "recibidas".

Sobre el particular es importante recordar que la versión clásica de dicho sistema no impide que tanto la sociedad como sus socios, presenten sus respectivas declaraciones de renta. Como bien dijo la Sala Tercera de la Corte en fallo de 21 de julio de 1999, donde, luego de reconocer el funcionamiento del sistema que venimos explicando, expresó: "No obstante lo anterior, es necesario advertir que no existe ninguna disposición legal en el Código Fiscal que exonere a las sociedades de abogados de presentar su declaración de renta."67

Antes de la Ley 6 de 2005, este era el régimen aplicable a toda sociedad establecida para el ejercicio de la profesión de abogados⁶⁸, no importa su nivel de ingresos. Sin embargo, a pesar de la vigencia de las normas citadas, consideramos que se ha producido una novedad en cuanto al tratamiento de las mismas, estableciéndose que la aplicación de esta fórmula, también debe considerar el tope de ingresos anual de

B/.150,000.00 de la sociedad de abogados, luego del cual el sistema debe tomar en cuenta la lógica propia del Cálculo Alterno del Impuesto Sobre la Renta (CAIR).

La modificación tácita vino a producirse por las normas que crearon el CAIR, en especial por las siguientes:

"Artículo 699. Las personas jurídicas pagarán el Impuesto sobre la Renta a una tasa de treinta por ciento (30%)... ...

PARÁGRAFO 4. Las microempresas, tal como se definen en el artículo 2 de la Ley 33 de 2000; es decir, aquellas empresas que facturan hasta ciento cincuenta mil balboas (B/.150,000.00) anuales, no estarán sujetas a la aplicación del cálculo alterno.

PARÁGRAFO 5. El cálculo alterno para las sociedades civiles integradas por profesionales idóneos, se realizará aplicando a la sociedad el método establecido en el presente artículo o únicamente a los socios sobre el importe de las utilidades o ganancias gravables distribuidas a éstos por su participación de dicha sociedad a una tasa de seis por ciento (6%)."

"Artículo 700. Después de aplicar las deducciones establecidas en el artículo 709, las personas naturales pagarán por su renta neta gravable el Impuesto sobe la Renta... ...

AROSEMENA, DÍAZ & MOLINA vs. ADMI-NISTRACIÓN REGIONAL DE INGRESOS DE LA PROVINCIA DE PANAMÁ.

⁶⁸ Vale recordar aquí el precedente judicial ya citado en este ensayo, en el cual se sostuvo que la forma de la sociedad no es lo determinante para conocer su naturaleza civil o mercantil. Basta solamente que el objeto sea el ejercicio de una profesión, por ejemplo la de abogados, para que se entienda sociedad civil, aunque se organice bajo la forma de una sociedad mercantil. Ver sentencia de 6 de noviembre de 1992 de la Sala Tercera de la Corte, CLÍNICA ARANGO ORILLAC, S.A. (CLARO, S.A.) vs. ADMINISTRACIÓN RE-GIONAL DE INGRESOS DE LA PROVINCIA DE PANAMÁ.

El cálculo alterno para las sociedades civiles integradas por profesionales idóneos, se realizará aplicando a la sociedad el método establecido en el artículo 699 de este Código o únicamente a los socios sobre el importe de las utilidades o ganancias gravables distribuidas a éstos por su participación en dicha sociedad a una tasa del seis por ciento (6%)."

De acuerdo a nuestra interpretación, las normas citadas, comprendidas dentro del CAIR, fijaron unos nuevos parámetros legales para abordar el tema de la tributación de las sociedades y de los socios formada por profesionales idóneos, lo cual incluye a los abogados. El detalle de este nuevo régimen se analiza en el apartado siguiente. Sin embargo, por lo pronto nos resulta fundamental destacar lo establecido en el PARAGRAFO 4 del artículo 699 del Código Fiscal, en cuanto a que las personas jurídicas cuya facturación no pase de B/.150,000.00 al año, no están obligadas a presentar el CAIR, por lo tanto no pueden verse afectadas por dicho régimen. Debido a ello concluimos que las sociedades de abogados idóneos que no sobrepasen el límite de facturación anual mencionado, estarán sujetas al sistema previsto en el Parágrafo del artículo 706 del Código Fiscal y del artículo 120 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, que hemos explicado en esta sección, sin tomar en consideración el Cálculo Alterno del Impuesto sobre la Renta (CAIR).

5. Sociedad Civil Particular que tiene por objeto el ejercicio de una profesión, integrada por profesionales idóneos (incluye abogados) con facturación anual superior a B/.150,000.00.

A las entidades mencionadas en el título de esta sección, y de conformidad con lo explicado en la sección precedente, les aplica el régimen especial contenido en la norma que a continuación volvemos a transcribir y que está incluida tanto en el artículo 699 como en el artículo 700 del Código Fiscal:

"El cálculo alterno para las sociedades civiles integradas por profesionales idóneos, se realizará aplicando a la sociedad el método establecido en el artículo 699 de este Código o únicamente a los socios sobre el importe de las utilidades o ganancias gravables distribuidas a éstos por su participación en dicha sociedad a una tasa del seis por ciento (6%)."

Aquí se observa un régimen de alivio de la doble tributación económica que incluye a las sociedades de abogados idóneos, pero que se amplía para beneficiar a todas las otras sociedades civiles conformadas por profesionales que tengan una idoneidad y que se organicen para el ejercicio de una profesión. El alivio consiste en que se puede tributar el Cálculo Alterno del Impuesto sobre la Renta (CAIR) en cabeza de la sociedad o en manos de los socios, pero no los dos a la vez. Hay que escoger. Con ello, consideramos que se pretende sustraer a estas sociedades del "sistema principal" de tributación de las utilidades netas de los socios que se explicó en la sección I y que conlleva la obligación de tributar en la sociedad y luego en el nivel de los socios. En otras palabras, se pretende obviar la aplicación del artículo 706 del Código Fiscal a las sociedades civiles conformadas por profesionales idóneos, pero esta "intención" a nuestro criterio requería una modificación del citado artículo 706 del Código Fiscal y dicha modificación no se ha producido a esta fecha.

En otras palabras, el artículo 699 del Código Fiscal confiere esta opción a las sociedades civiles integradas por profesionales idóneos, pero exclusivamente en lo que se refiere al "cálculo alterno". El que se permita esta opción a las sociedades civiles conformadas por profesionales idóneos, no lleva implícito que los socios efectivamente tributarán <u>de acuerdo al</u> CAIR, porque, tanto por la vía de la sociedad, como por la de los socios, existe la posibilidad que el método tradicional de calcular la renta arroje más impuesto a pagar o de que se pida y logre la desaplicación del CAIR. Si fuere el caso que resultara aplicable el método tradicional, en el caso de la vía de la sociedad de profesionales idóneos, se tributa por el método tradicional aplicable a la persona jurídica, y si se tributa por la vía de los socios, cada uno de ellos tributará de acuerdo al sistema tradicional de la persona natural. No obstante lo anterior, entendemos que para que el mencionado beneficio pueda aplicarse en la práctica, todas las sociedades civiles integradas por profesionales idóneos que no sean abogados, estarían tomando como gastos deducibles las utilidades distribuidas a sus socios bajo el método tradicional, cuando el artículo 706 del Código Fiscal prohíbe claramente dicha deducción.

En el caso muy concreto de las sociedades civiles conformada por profesionales idóneos de la abogacía, si se escoge la tributación en cabeza de la sociedad, se presentan ambos cálculos. Ahora bien, es importante tomar en cuenta que dentro del cálculo "tradicional" de las sociedades civiles de abogados, se entiende comprendido el trato especial dispensado por el Parágrafo del artículo 706 del Código Fiscal y el artículo 120 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, de acuerdo a lo explicado en la sección anterior, permitiendo opcionalmente la deducción de las utilidades distribuidas a los socios, correspondiéndole a éstos tributar conforme personas naturales. De aplicarse estas deducciones en el cálculo tradicional de la tributación de las sociedades de abogados, quizás se colocaría más en la línea del pago bajo CAIR. Más allá de las conveniencias para el contribuyente de uno u otro método, lo importante a destacar es que, a pesar de las reformas, sigue operando un sistema que permite el alivio de la doble tributación económica.

Siguiendo con el caso de las sociedades civiles conformada por abogados idóneos, si se escoge la tributación en cabeza de los socios, cada socio debe presentar ambos

los socios: gravar solo la sociedad; el

sistema clásico y el sistema de crédi-

cálculos y no necesariamente los resultados serán iguales. Podría darse el caso que unos tributen con el CAIR de la persona natural y otros con el método tradicional de la persona natural. Pero como quiera que ya la tributación estará en el campo de la persona natural, no habría consecuencias fiscales para la sociedad, lo cual confirma la existencia de un alivio de la doble tributación económica.

- V. Análisis crítico del sistema panameño de gravar las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas.
- 1. Revisión de los diversos sistemas de gravar las utilidades de las sociedades y de los socios, a la luz de la doctrina.

Tanto a nivel de los estudios académicos como en la realidad de la legislación de diversos países, existen múltiples fórmulas de tratamiento tributario a la situación que venimos estudiando en este ensayo. La solución escogida por Panamá en el "sistema principal" del tributo analizado en la sección I, en la cual se ha decidido gravar a la sociedad por sus ingresos y posteriormente a los accionistas o socios, mediante una tasa diferencial, no es más que una de varias opciones. Revisemos a continuación algunas referencias doctrinales para tener un mejor marco de referencia sobre el tema.

Edison Gnazzo⁶⁹ nos habla de la existencia de tres sistemas para gravar la renta de las sociedades y de

to o imputación. El primero de ellos "responde al fundamento económico, de modo que siendo una y única la renta, sólo se debe gravar la misma en cabeza de la sociedad o en cabeza de los socios y accionistas"⁷⁰. Por su parte, el <u>sistema</u> clásico "... consiste en gravar simultáneamente la renta de las sociedades y la que reciban los accionistas o socios como dividendos o distribución de utilidades." Añadiendo que este sistema se puede aplicar de varias formas, siendo una de ellas que la sociedad paga su impuesto y el accionista el suyo mediante una retención definitiva, aplicándose tasas proporcionales a cada impuesto. Finalmente nos explica el sistema de crédito o imputación de la siguiente manera: "la sociedad paga el impuesto que le corresponde sobre su renta gravable anual y cada accionista debe computar en su declaración personal la renta líquida recibida de la sociedad en forma de dividendos o utilidades, agregándolos a sus otras rentas que deba declarar. Una vez determinado el impuesto que le corresponde por todas sus rentas, el accionista tiene derecho a acreditar todo o parte del impuesto que la sociedad haya pagado sobre las rentas que han sido computadas en su declaración como dividendos o utilidades recibidas de la sociedad. Este sistema requiere que las acciones se emitan nominativamente o que exista la posibilidad de que el accionista se identifique al momento de percibir el di*videndo.*"⁷¹ En adición menciona que si el crédito resulta mayor que el impuesto personal a pagar, el sistema no permite darle crédito por el saldo

⁶⁹ GNAZZO, Edison, PRINCIPIOS FUNDA-MENTALES DE FINANZAS PÚBLICAS, Ciudad de Panamá, 1997, página 125 y ss.

⁷⁰ Ibidem, página 128.

⁷¹ Ibidem, página 131.

al accionista y tampoco que pueda ser trasladado a años posteriores.

Hugh J. Ault⁷² y otros autores realizan un estudio de la tributación de las organizaciones de negocios que resulta sumamente valioso, por cuanto presentan múltiples ejemplos de legislaciones que están o han estado en vigencia en países con sistemas de tributación más evolucionados que el nuestro. El "árbol genealógico" del tema lo dividen en dos grandes ramas: la tributación corporativa y la tributación de los "partnerships" ⁷³ o tributación "flow-thru" En una

AULT, Hugh J. (Principal Author), COMPA-RATIVE INCOME TAXATION, Kluwer Law International, Den Haag, The Netherlands, 1997, p. 285.

⁷³ Reyes Villamizar traduce la figura "Partnership" como "Sociedad de Personas". Ver REYES VILLAMIZAR, Francisco, DERECHO SOCIETARIO EN ESTADOS UNIDOS, Legis Editores, S.A., Santa Fe de Bogotá, 2006. página 91. Más allá del nombre y de toda la doctrina sustantiva del "Partnership", lo relevante para nosotros es la característica tributaria esencial de este tipo de organización asociativa, tal como ha sido descrita con claridad por O'Kelley y Thompson: "Los "partnerships" generales y limitados ordinariamente son tratados como conductos tributarios y no como entidades objeto de tributos." Ver O' KELLEY, Jr., Charles y THOMPSON, Robert B., CORPORATIONS AND OTHER **BUSINESS ASSOCIATIONS**, Little, Brown and Co., Boston, 1992, p.54

Una traducción literal de la frase "flow-thru" sería: "flujo-a través", lo cual no es más que una forma simplificada de referirse a la característica tributaria del "Partnership" explicada en la cita anterior, por cuanto la responsabilidad tributaria "fluye a través" de la entidad jurídica y recae finalmente en los socios. Otra fórmula similar utilizada en inglés para expresar la misma idea es "pass-thru", cuya traducción literal sería "paso-a través" o "cruce-a través", con lo cual se simboliza que la sociedad no es más que un "puente", un "cruce" para llegar al destino final de la obligación tributaria, es decir, el socio.

primera aproximación al tema definen la <u>tributación corporativa</u>, como aquella que "típicamente impone un impuesto sobre la renta de cierto tipo de organizaciones comerciales, usualmente formadas bajo una legislación especial que las habilita, y también grava las ganancias distribuidas a los titulares de intereses sobre la propiedad de la entidad, a veces ajustando la tributación en las manos de estos propietarios para reflejar el hecho que el ingreso ha sido gravado en la organización"75. Luego, en cuanto a la tributación de los "partnership" o tributación "flow-thru" establecen que es aquella que "grava el ingreso derivado de la organización directamente sobre los propietarios, se haya distribuido o no, y realiza ciertos ajustes para reflejar el caso en que el ingreso ha sido efectivamente distribuido"76. Dicho esto aclaran que estos dos modelos no agotan los posibles patrones de tributación de las organizaciones de negocios, lo cual comprueban con los múltiples casos de legislaciones de diversos países que se analizan en un extenso capítulo pletórico de soluciones diversas para los mismos problemas, pero cuyo entendimiento se hace más fácil por la vía de tener en mente los modelos generales arriba expuestos.

Veamos a continuación algunos elementos adicionales de los comentarios de esta obra, sin hacer aquí una repetición de todo el material, entendiendo que las referencias a las legislaciones específicas de cada país deben verse como ejemplos útiles

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁵ AULT, Hugh J. Op. Cit. página 285.

para nuestro ensayo, bajo la perspectiva de que estamos hablando del estado de la cuestión a la fecha de la edición del libro (1997) y sin que pretendamos con ello ofrecer un estudio actualizado de Derecho Comparado.

Al adentrarse un poco más en la tributación corporativa nos dicen estos autores que los sistemas de los países allí estudiados oscilan en un rango que va "desde los sistemas "clásicos" de completa tributación a nivel corporativo y a nivel individual sobre el ingreso distribuido (Estados Unidos, Holanda y Suecia) hasta la completa integración de la tributación de la corporación y de los individuos sobre las ganancias distribuidas (Alemania, Francia, Australia). Todos los demás países tienen formas limitadas de integración."77 Veamos solo algunos datos sobresalientes de algunos de los ejemplos citados por estos autores.

En <u>Estados Unidos</u> se aplica el sistema "clásico": las ganancias de la corporación están gravadas a una tasa específica de 34-35%. Las ganancias distribuidas a los socios tributan a una tasa progresiva (de 15% a 39.6%).

En <u>Suecia</u> se menciona que por un periodo en 1994 los dividendos de los accionistas estuvieron exentos de tributación individual, pero fuera de ese lapso, aplican, como Estados Unidos, de forma similar un sistema clásico, donde la tasa básica de la compañía es de 28%, mientras que los dividendos individuales están gravados a una tasa de 30%.

En <u>Holanda</u> se habla también de un sistema clásico, donde la renta de la corporación paga una tarifa de 35% (hay otras tarifas), mientras que el impuesto del accionista individual se le aplica una tasa progresiva que va desde 37.5% a 60%.

Luego los autores comentados hacen una revisión de sistemas de completo remedio a la doble imposición económica:

En Alemania se combina una tasa totalmente separada para el impuesto en la compañía y en los socios, con un sistema de imputación de crédito que elimina completamente el impacto del impuesto corporativo sobre las ganancias distribuidas a los accionistas individuales domésticos. Las ganancias retenidas son tasadas a 45%, pero cuando se distribuyen la tasa se reduce a 30%. El accionista doméstico recibe el dividendo, lo incrementa a su renta, pero tiene derecho a imputarse el crédito de 30% de impuesto que ya se pagó en la compañía. No se le otorgan créditos a los accionistas de empresas locales que están exentas ni tampoco a socios extranjeros.

En <u>Australia</u> el sistema también ofrece un completo remedio al accionista del impuesto del nivel corporativo con una técnica de alguna forma diferente. La tasa básica de impuesto sobre la renta a nivel corporativo es de 36%. Cuando las ganancias que ya han sido totalmente gravadas a nivel corporativo se distribuyen, los accionistas domésticos reciben un crédito no reembolsable por la totalidad del impuesto pagado en la sociedad. La corporación que distribuye el dividendo adjunta al

⁷⁷ Ibidem.

dividendo distribuido una proporción del impuesto pagado respecto de ese dividendo a nivel corporativo. La corporación debe informar al accionista de la cantidad de crédito vinculada y adjunta a cada pago de dividendo.

También se explican las diferentes modalidades de sistemas de imputación existentes en Reino Unido, Francia, Canadá y Japón, de lo cual destacamos que en este último país se habla solamente de la existencia de un modesto grado de integración del sistema de tributación de la renta de la corporación y del accionista, donde el crédito otorgado solamente corresponde a un porcentaje bajo del dividendo distribuido.

En cuanto a la tributación de los "partnership" o tributación "flowthru" los autores cuya opinión estamos revisando analizan al detalle diversos métodos, pero, para los efectos de nuestro ensayo, destacamos la explicación que nos dan al inicio de la sub sección donde realizan dicho estudio: "Los patrones impositivos en consideración aquí están todos basados en el principio de que el ingreso del "partnership" debe ser gravado sobre los socios individuales en gran medida bajo la misma forma en que serían gravados en caso de que cada socio hubiese ganado esa renta directamente. Dentro de esa estructura, sin embargo, las técnicas y mecanismos usados para alcanzar el tratamiento "pass-thru" y los resultados reales varían considerablemente tal como lo hacen la sofisticación de los sistemas"⁷⁸.

Veamos ahora los comentarios que sobre este tema nos hace la autora española Velarde Aramayo⁷⁹. Para ella existen tres sistemas: el sistema <u>integral; sistemas de integración</u> total (de unidad o de transparencia fiscal) y el <u>sistema de integración</u> parcial. Sobre el sistema integral nos dice que es el que "considera que el ISS [impuesto sobre sociedades] es absolutamente independiente del *IRPF*⁸⁰ [impuesto sobre la renta de las personas físicas] (Suiza o Luxemburgo), pues entiende que Sociedad y accionistas cuentan con personalidad propia"81. En los sistemas de integración total "se considera en realidad una sola figura impositiva, toda vez que el ISS [impuesto sobre sociedades] se convierte en una especie de impuesto a cuenta del IRPF [impuesto sobre la renta de las personas físicas]. Tales mecanismos hacen abstracción total de la personalidad jurídica de la Sociedad, al considerarlas simples vehículos de conexión de rendimientos"82. En la versión "de unidad" del sistema de integración total "se gravan en el IRPF [impuesto sobre la renta de las personas físicas] los beneficios distribuidos en el momento en que se

VELARDE ARAMAYO, María Silvia, ENA-JENACIÓN DE ACCIONES Y BENEFICIOS NO DISTRIBUIDOS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2003, página 25. Ver en especial el CAPÍTULO III titulado: Beneficios Societarios y Mecanismos Tributarios de Integración.

Se observa que dentro de la explicación de esta autora, se tiene en mente un esquema donde los accionistas o socios son fiscalmente tratados como "personas físicas", es decir, lo que en Panamá llamamos "personas naturales".

⁸¹ Ibidem.

⁸² Ibidem, página 26.

⁷⁸ Ibidem, página 354.

reparten, en tanto que los beneficios no distribuidos se incorporan al valor de las acciones de la Sociedad, y por tanto se gravan como ganancias de capital al enajenarse los correspondientes títulos, es decir, al enajenarse la plusvalía latente"83. Por su parte, en la versión de "transparencia fiscal" del <u>sistema</u> de integración total, "se tributa en el *IRPF* [impuesto sobre la renta de las personas físicas], tanto por los beneficios formalmente distribuidos, como por aquellos que no han sido formalmente distribuidos, de manera que se realiza una absoluta neutralidad respecto a la política de dividendos de una entidad"84.

Al hablarnos de los llamados sistemas de integración parcial, la autora comentada se ocupa de aquellas fórmulas que buscan resolver el problema de la doble imposición económica exclusivamente de los beneficios distribuidos, sea a nivel de la sociedad o a nivel del socio. En cuanto el nivel de la sociedad se mencionan dos posibles opciones: "a) Gravar a la Sociedad tan solo por los beneficios no distribuidos, a cuyo efecto no se incluyen en su base imponible aquellos beneficios distribuidos a los accionistas -- que se reconducen directamente al IRPF [impuesto sobre la renta de las personas físicas]—..., o, b) Acudir al sistema del doble tipo, y en consecuencia gravar los beneficios distribuidos a un tipo mucho menor que los no distribuidos por la Sociedad..."85 Finalmente, expone que el sistema de la integración parcial a nivel de los socios, permite escoger entre cuatro opciones: "1) Gravar los beneficios distribuidos y no distribuidos en el ISS [impuesto sobre sociedades] y conseguir una exención plena al socio en el IRPF [impuesto sobre la renta de las personas físicas]; 2) Imputar al socio el dividendo distribuido y concederle una deducción, proporcional, a la cuota que tales rendimientos soportaron en el ISS [impuesto sobre sociedades]; 3) Utilizar el **avoir fiscal**, modalidad parecida a la imputación ordinaria, con la salvedad que permite deducir solo una parte y no la totalidad del ISS [impuesto sobre sociedades] soportado por los dividendos y, 4) No gravar los dividendos en el IRPF [impuesto sobre la renta de las personas físicas] sino en un impuesto complementario o surtax."86

Finalmente es interesante mencionar que los autores Kahn y Lehman⁸⁷ realizan un análisis en perspectiva general de la tributación de la renta de la sociedad y de los accionistas, bastante concentrado en la situación concreta de los Estados Unidos de América, donde también se hace alusión a los múltiples sistemas existentes en otros países, dentro del cual se reiteran muchas de las explicaciones ya citadas de los autores anteriores, con los valores agregados previsibles del aporte personal de De ellos es la siguiente cada autor. reflexión sobre el impuesto sobre la renta de las corporaciones, que sirve de marco a su análisis y con la cual nos quedamos, para los efectos de este trabajo:

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ Ibidem, página 27.

KAHAN, Douglas A. y LEHMAN, Jeffrey S. CORPORATE INCOME TAXATION, Fifth Edition, WEST Group, St. Paul, MINN., 2001. p.17.

"El debate sobre la integración [del impuesto de la corporación y del accionista] ha sido resuelto de forma diferente en los Estados Unidos y en otras partes del mundo. Mientras **la** mayoría de los otros países industrializados han adoptado alguna forma de integración, los experimentos con la integración en los Estados Unidos han sido bastante limitados. Los diversos mecanismos que han sido empleados en diferentes momentos y lugares pueden ser agrupados en tres grupos fundamentales: respuestas a nivel del accionista en la recepción de dividendos; repuestas a nivel de la corporación sobre la distribución de dividendos; esfuerzos comprensivos para asignar todas las ganancias corporativas (retenidas así como distribuidas) entre los accionistas"88. (El subrayado es nuestro).

2. <u>Ubicación dentro de los esquemas doctrinales del sistema panameño de gravar las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas.</u>

Como hemos visto, las clasificaciones académicas de los sistemas de gravar las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas, son una gran herramienta de trabajo para entender mejor nuestro sistema, sin embargo, no necesariamente esa organización del estudio es absoluta e inamovible, dado que no hay

dos sistemas exactamente iguales, en vista de que cada uno responde a las situaciones propias de la economía y la política fiscal de cada jurisdicción. Pese a ello haremos el ejercicio de clasificar el "sistema principal" panameño explicado en el sección I, sin dejar de reconocer que nuestras opiniones pueden ser debatibles, de acuerdo a otros puntos de vista, igualmente respetables. Solo en la parte final de esta sección nos ocuparemos de la situación muy especial de las sociedades civiles de abogados y de profesionales idóneos en otras profesiones.

Lo primero que tenemos que decir es que, tal como ya se explicó, en nuestro sistema existe doble tributación económica, por lo tanto creo que ello permite afirmar que en Panamá, como regla general, no existe un sistema de tributación exclusiva en la sociedad, ni tampoco un sistema que grava de forma exclusiva en cabeza de los socios las utilidades que les corresponden por su participación en la sociedad.

La existencia de doble tributación económica y la estructura y funcionamiento del sistema, descarta también la presencia en Panamá de un sistema de imputación de crédito, por cuanto no es posible para el accionista o socio, aplicar como crédito en su declaración de rentas, el impuesto que le retuvieron por las utilidades distribuidas, ni tampoco la porción adelantada del mismo tributo que le corresponde, aplicable sobre esa misma clase de renta no distribuida y que se recauda por la vía del llamado impuesto complementario. Es más, en Pana-

⁸⁸ Ibidem, página 29.

nómica, pero con tarifa diferenciada menor, que podría ser vista como

una cierta consideración especial

má el impuesto es definitivo, por lo tanto, ni dicha utilidad se suma a las demás rentas del socio en el período, no son deducibles los gastos o erogaciones relacionadas con ese ingreso.

Por otra parte, pese a la existencia de doble tributación económica, no consideramos que en Panamá exista un sistema clásico puro, porque la tributación de la renta por la utilidad del socio no se acumula a las demás rentas del socio, para darle el tratamiento "ideal" de dicho sistema, el cual iría de la mano con lo que Gnazzo llama el "fundamento jurídico"89 que lo sustenta, y que parte de la premisa que al ser la sociedad una persona diferente de los socios, cada una debe tributar separadamente. Igualmente la aplicación de una tarifa diferencial de 10% en el caso de las acciones nominales, siendo una tarifa menor que todas las tarifas de personas naturales y que la tarifa de la persona jurídica, podría ser interpretado como un tratamiento especial, destinado a atenuar la doble tributación económica.

En definitiva, somos de la opinión que el sistema panameño de gravar las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas, es un sistema fundamentalmente clásico, que bien podría ser llamado sistema clásico "matizado o mitigado", dado que está dominado por las características de tener una doble tributación eco-

con la idea de morigerar dicha doble tributación. Sin dejar de reconocer que dicho tratamiento no deja de ser bastante gravoso e injusto para el accionista, que llega a representar una tasa efectiva del treinta y siete por ciento (37%) de Impuesto sobre la Renta en el caso de los dividendos o utilidades distribuidas a los accionistas o socios de las personas jurídicas, dado el hecho de que le resulta vedado el derecho a deducirse gastos o erogaciones de cualquier tipo, lo cual en muchos casos produce que la tarifa diferenciada de 10%, no necesariamente genere un impuesto a pagar menor que el que pagaría el accionista o socio si se acumulara ese ingreso a las demás rentas. Tanto peor en el caso de las acciones al portador con su tarifa de 20%.

Un comentario especial merece la situación diferenciada que tienen las sociedades civiles formadas por abogados idóneos. Tal como se explicó en la sección anterior, el Parágrafo del artículo 706 del Código Fiscal desde ese año permite que la sociedad civil de abogados deduzca de la renta gravable las utilidades pagadas a sus accionistas o socios, para que el socio tribute esa renta de acuerdo al sistema aplicable a la persona natural, permitiendo con ello un alivio a la doble tributación económica. Este sistema no constituye un sistema de imputación porque no es el socio el que se aplica el beneficio y tampoco estamos hablando de un crédito fiscal, sino

⁸⁹ GNAZZO, Edison, PRINCIPIOS FUNDA-MENTALES DE FINANZAS PÚBLICAS, Ciudad de Panamá, 1997, página 127.

de una deducción aplicable sobre la renta gravable de la sociedad. Sin embargo es una modalidad que constituye una forma de eliminar la doble tributación en estos casos especiales, apartándose totalmente del "sistema principal" explicado en la sección I.

Algo similar ocurre con la forma de hacer el Cálculo Alterno del Impuesto Sobre la Renta (CAIR) de parte de las sociedades civiles formadas por profesionales idóneos, luego de la Ley 6 de 2005, tal como se explicó en el Capítulo anterior, es decir, que dicho cálculo se hace en la sociedad como persona jurídica o a nivel de los socios como persona natural, permitiendo que la aplicación de dicho impuesto sobre la renta presunto, no se haga efectivo simultáneamente sobre ambos contribuyentes.

3. <u>Críticas y recomendaciones al</u> <u>sistema panameño de gravar las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas.</u>

Como hemos visto, el hecho de aplicar la doble tributación económica de la sociedad y sus socios, o de –por el contrario – considerar que esa doble tributación es un problema que debe ser atenuado o eliminado con alguna fórmula de técnica tributaria, son posiciones que se adoptan en cada jurisdicción fiscal, dependiendo del criterio que se quiera escoger. No hay, en consecuencia, ningún mandato superior o alguna consideración técnica o académica que obligue a una jurisdicción determinada a aceptar como un elemento necesario de su sistema.

la existencia de doble tributación económica al momento de atender la forma de gravar con el impuesto sobre la renta las utilidades de las organizaciones empresariales. De hecho, como lo mencionan los autores Kahn y Lehman⁹⁰ en la cita que consta en la sección anterior, la solución de doble tributación económica primordialmente adoptada por los Estados Unidos de América en el caso de las corporaciones, no es una postura mayoritaria dentro de los países industrializados. Por lo que consideramos que Panamá no se debe considerar eternamente atado a la existencia de doble tributación económica en su sistema principal de tributación de la renta de sociedades y socios, sobre todo considerando que las recaudaciones sobre este tipo de rentas no constituyen una parte importante de los ingresos tributarios del Estado⁹¹.

En nuestra opinión, ha llegado el momento de hacerse la pregunta si es conveniente o no mantener este sistema de doble tributación. Cincuenta y un años después de la aprobación del Código Fiscal, mediante Ley 8 de 1956⁹², es buen

⁹⁰ Para mayores señas mencionamos que ambos autores son Profesores de Derecho en la UNI-VERSITY OF MICHIGAN.

Por ejemplo, según cifras de la Dirección General de Ingresos, en el año fiscal 2006, en el cual se aplicó el CAIR, entre el llamado impuesto de dividendos y de complementario, se recaudaron B/.59,932,681.00, lo cual, comparado con la totalidad de ingresos tributarios del año (B/.1,813,549,635.00), nos demuestra que la recaudación para ese año en cuanto a la tributación de socios y accionistas de las personas jurídicas, representó aproximadamente el 3.3% del total de ingresos tributarios.

⁹² G.O. 12,995 de 29 de junio de 1956.

momento para plantearse si debemos seguir por el mismo camino. Nosotros personalmente pensamos que no se debe seguir la misma ruta y que debemos tomar una nueva decisión de política fiscal: eliminar esta doble tributación económica, mediante la tributación de las utilidades únicamente en cabeza de la persona jurídica, sin alterar su tarifa normal. Son varios los motivos que consideramos que justifican esa medida. Vamos a revisarlos rápidamente.

Analicemos primero dos hitos históricos que nos parecen interesantes. Haciendo abstracción de lo ocurrido antes de 1956, en la época de la legislación tributaria de Panamá que todavía vivimos, marcada por la existencia del Código Fiscal, la doble tributación económica de sociedades y socios fue plasmada desde los textos originales de los artículos 733 y 706 del Código Fiscal que decían:

"Artículo 733.- Las persona jurídicas reducirán y retendrán el impuesto que corresponda a los dividendos o cuotas de participación de sus accionistas o socios."

"Artículo 706.- El impuesto sobre la renta gravable de las personas jurídicas será liquidado, cobrado y pagado sobre las utilidades que obtenga del año gravable, sin deducir de ellas lo que por concepto de dividendos o cuotas de participación deban distribuir entre sus accionistas socios.

El impuesto sobre los dividendos, intereses o cuotas de participación que deban recibir los accionistas, socios o tenedores de bonos de personas jurídicas exentas del impuesto sobre la renta en virtud de contratos autorizados o aprobados por Ley, será liquidado y cobrado a cada accionista, socio o tenedor de bonos sobre la suma que reciba en concepto de dividendos, intereses o cuotas de participación y será pagado por dichas compañías a nombre de sus accionistas o socios. En estos casos, el impuesto liquidado y pagado sobre los dividendos o cuotas de participación no se liquidará o cobrará nuevamente a nombre del accionista o socio que lo reciba o deba recibir."

Si hacer énfasis en las deficiencias técnicas de la norma93, nos llama la atención que en el sistema inicial se establecía una fórmula de doble imposición económica que aplicaba para todas las entidades jurídicas y sus socios y accionistas, sin excepción. Es más, el segundo párrafo del artículo 706 original destacaba que las personas jurídicas que tenían Contrato Ley que las declaraba exentas del impuesto en cabeza de la sociedad, de todos modos estaban obligadas a hacer la retención del impuesto del accionista o socio. Panamá optaba claramente por la aplicación general de la doble tributación económica.

Ocho años después, el legislador patrio repensó el sistema general

Para la tributación de los dividendos o cuotas de participación no se mencionan tarifas del impuesto, ni tampoco hay una regla general de retención.

del Código Fiscal y le realizó varias reformas a su articulado, entre ellas afectando las dos normas antes citadas. Así tenemos que mediante Ley 9 de 1964, la parte pertinente de las citadas normas quedaron así:

"Artículo 733. Las siguientes personas deberán también hacer la retención establecida en el artículo 731:

a) Con excepción de los casos contemplados en el acápite b) del artículo 702, las personas jurídicas retendrán el 8% de las sumas que distribuyan a sus accionistas o socios como dividendos o cuotas de participación. En caso de que la suma total distribuida como dividendo o cuota de participación sea menor del 40% del monto de las ganancias netas del periodo fiscal correspondiente menos los impuestos pagados por la persona jurídica, {esta deberá cubrir el 8% de la diferencia. Las sumas así retenidas serán remitidas al funcionario recaudador del impuesto dentro de diez (10) días siguientes a la fecha de retención. Tales deducciones y retenciones serán definitivas.

Las personas no estarán obligadas a hacer la retención de que trata este ordinal sobre aquella parte de sus rentas que provengan de dividendos, siempre que la sociedad anónima que distribuya tales dividendos haya pagado el impuesto de acuerdo con la tabla del impuesto corres-

pondiente y haya hecho la retención de que trata este ordinal.

Tampoco estarán obligadas las personas jurídicas a hacer la retención de que trata este ordinal sobre aquella parte de sus rentas que provengan de dividendos, siempre que la sociedad anónima que distribuya tales dividendos haya estado a su vez exenta de hacer la retención.

b)"

"Artículo 706. El impuesto sobre la renta gravable de las personas jurídicas recaerá sobre lo que obtengan en el año gravable sin deducir de ella lo que por concepto dividendos o cuotas de participación deben distribuir entre sus accionistas o socios.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo se excluyen las sociedades mencionadas en el artículo 417 del Código Judicial en cuyo caso los socios pagarán el impuesto sobre dichas cuotas de participación de acuerdo con la tasa establecida en el artículo 700."

Varios comentarios. Uno de ellos es que en la redacción del artículo 733 del Código Fiscal, literal a), se observa con toda claridad el tronco fundamental del sistema vigente hoy en día, salvedad hecha de las adaptaciones que la legislación posterior le realizó, pero podemos decir que el diseño fundamental del sistema actual de tribulación de las

utilidades correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas se hizo en 1964, hace cuarenta y tres años.

Pero lo más importante que queremos destacar, es que por primera vez en 1964, ocho años después de la aprobación del Código Fiscal, el legislador abordó el tema de la posibilidad de eliminar la doble tributación económica y lo hizo a través del Parágrafo del artículo 706 del Código Fiscal, todavía vigente, donde se crea una especie de "Pass-Thru", que beneficia de forma exclusiva a las sociedades civiles para el ejercicio de la profesión de abogados. <u>Únicamente</u> en ese caso el legislador estimó que resultaba necesario evitar que las utilidades solamente se tributaran a nivel de los socios y que la sociedad, por el mecanismo de la deducción contra la renta gravable, se beneficiara de una salida técnica para no tributar.

Salvo algún caso muy especial, como muchas veces ocurre con los Contratos Leyes, desde 1964 no se tenía una nueva iniciativa legislativa que de alguna forma alterara la regla general de la doble tributación económica de las entidades jurídicas y sus socios, hasta la Ley 6 de 2005, donde se establece la fórmula ya explicada en la sección anterior, aplicable de forma exclusiva para las sociedades conformadas por profesionales idóneos, incluyendo a los abogados, a quienes se les permite hacer el Cálculo Alterno del Impuesto Sobre la Renta (CAIR), ya sea en cabeza de la sociedad, como persona jurídica, o a través de los socios, como persona natural. Lo cual no significa que el Parágrafo citado del artículo 706 del Código Fiscal le sea aplicable a sociedades civiles distintas a aquellas dedicadas al ejercicio de la profesión de abogado.

En suma tenemos que en Panamá solamente las sociedades civiles de abogados de forma clara desde 1964 han recibido una solución para la doble tributación económica. Por otra parte, solo para el cálculo del CAIR, desde 2005, el resto de las sociedades de profesionales idóneos, han merecido una especie de trato especial frente a la doble tributación económica. Pero el resto de las personas jurídicas, que son la mayoría, siguen por el régimen ya explicado en la sección I, dentro del cual se mantiene la doble tributación económica de la sociedad y el socio. Este doble estándar nos parece totalmente alejado de del principio de justicia tributaria, sobre todo cuando comparamos la situación, por ejemplo, de una de las varias grandes firmas de abogados de Panamá, con altas facturaciones de servicios prestados a panameños y a residentes en el extranjero; respecto del caso de una pequeña cadena de lavanderías, que opere tres locales, organizada bajo la forma de una sociedad anónima de cuatro accionistas, donde dos son nominativas a nombre de persona natural, una al portador y la cuarta a nombre de otra sociedad anónima. La gran multinacional de abogados tiene un remedio total para la doble tributación económica, pero la empresa de lavandería y sus accionistas no lo tiene. Consideramos que este grave desequilibrio debe ser resuelto en el sentido de eliminar la doble

tributación económica para todos, mediante la tributación exclusiva en cabeza de la sociedad, sin alterar las tarifas vigentes.

El otro factor que proponemos se tome en cuenta para eliminar la doble tributación de la sociedad y los socios de las personas jurídicas, es la consecuencia producida por la instauración del Cálculo Alterno del Impuesto Sobre la Renta (CAIR) para las personas jurídicas, mediante Ley 6 de 2005 y el sistema de desaplicación que lleva aparejado. El poco tiempo transcurrido desde 2005 ha demostrado que la gran mayoría de las empresas no están solicitando la desaplicación del CAIR, entre otros motivos, por la natural actitud del contribuyente que prefiere evitar aquellos procedimientos que pueden involucrar mayores revisiones fiscales, pero también debido a algunas experiencias no muy gratas ocurridas durante la puesta en práctica inicial del proceso de desaplicación del CAIR. Lo cierto es que estamos ante una situación de hecho donde gran parte de las personas jurídicas están tributando de acuerdo al CAIR y no piden la desaplicación. Una de las causales de autorización de desaplicación del CAIR es cuando la tasa efectiva del Impuesto Sobre la Renta de la persona jurídica excede el 30%, ello significa que quienes diseñaron el tributo presunto, sabían que la aplicación de ese sistema podría tener en muchos casos como consecuencia la superación de esa tasa. Dado que una gran cantidad de personas jurídicas que pagan con al CAIR no están siquiera solicitando

la desaplicación del CAIR, el resultado práctico para muchos de esos contribuyentes es que se produjo un aumento de la tasa efectiva del Impuesto Sobre la Renta de la persona jurídica, si a ello le sumamos la doble tributación económica producida por la tributación adicional del socio, el impuesto sobre la renta de la persona jurídica se presenta bastante fortalecido y consideramos que ya se comienza a superar la situación planteada cuando se afirmaba que la tasa efectiva real que pagaban las empresas era bastante menor al 30%, lo cual se ve reflejado en los aumentos de recaudación. Muchos dirán que dichas personas jurídicas tienen a disposición el mecanismo para pedir la desaplicación del CAIR, lo cual es cierto, pero también debe decirse que al Fisco tampoco le parece del todo mal que no lo hagan, porque la recaudación está aumentando, sin tantos esfuerzos de auditoría por parte de la Administración Tributaria. Tenemos pues, una especie de "pacto de hecho" donde la tasa efectiva del impuesto sobre la renta de la persona jurídica, se ha elevado de forma considerable y en muchos casos ha excedido el 30% de las utilidades netas de las personas jurídicas.

Lo dicho en cuanto al CAIR nos parece un argumento adicional y complementario pero, independientemente de ello, la decisión de Política Fiscal que permitiría eliminar la tributación a nivel del accionista o socio de la persona jurídica, se sustenta simplemente en un principio de justicia tributaria: se trata de la misma renta que ya pagó

su impuesto, muchas veces con el CAIR, a nivel de la sociedad. No debe ser gravada nuevamente a nivel del socio.

Nos complace decir que en este tema coincidimos plenamente con Edison Gnazzo, respecto a las siguientes afirmaciones expuestas en el año 2006:

"El sistema de tributación de las sociedades determina un doble gravamen sobre la renta, primero en cabeza de la sociedad y luego sobre la recibida por los socios y accionistas. A los fines de promover la inversión, es importante explorar la posibilidad de reducir o aun eliminar esa doble tributación, tomando como ejemplo las legislaciones de Argentina, Colombia y México, en las que se grava sólo la renta fiscal societaria y adicionalmente las rentas contables distribuidas que excedan la utilidad fiscal.

...

Según se señaló, el sistema de gravar la renta de la sociedad y de los socios y accionistas, es discriminatorio contra la forma jurídica societaria y además viola el principio de justicia vertical, en cuanto grava igual a personas con distinta capacidad económica. Adicionalmente, el sistema vigente desestimula la inversión y afecta la competitividad del país. Siguiendo la tendencia actual, dirigida

a atenuar o eliminar la doble tributación de la renta social y en vista que la aplicación del sistema de imputación se dificulta por la existencia de acciones al portador, es conveniente explorar fórmulas a fin de obviar este inconveniente, para lo cual se puede estudiar la aplicación de los sistemas vigentes por ej. en Argentina, Colombia y México, a través de los cuales se grava solo la renta fiscal de la sociedad y adicionalmente la renta efectivamente distribuida que exceda dicha renta fiscal o los sistemas de EE UU y otros países, en los que se elimina o se reduce las alícuotas aplicables a los dividendos y utilidades distribuidas."94

La línea expuesta por Gnazzo, en cuanto a la necesidad de que la renta contable que no fue gravada en la sociedad, sea gravada en el socio, consideramos que es correcta, porque se trata de renta que no ha tributado en cabeza de la persona jurídica y quedaría también libre de impuestos en cabeza de los accionistas. También somos de la opinión que si alguna ley declara exenta la renta de la persona jurídica, el mismo principio de justicia que venimos invocando, justificaría que

⁹⁴ GNAZZO, Edison, EL SISTEMA TRIBUTA-RIO DE PANAMÁ, conferencia dictada en el Primer Congreso Nacional Tributario organizado por el Colegio de Contadores Públicos Autorizados de Panamá y la Universidad del Contador Público Autorizado, 12, 13 y 14 de octubre de 2006.

se cobre el impuesto al socio, por cuanto de lo que se trata es de evitar la doble imposición, no de generar escenarios que permitan que la renta quede sin tributar. Claro está, si ambas rentas están exentas por la Ley, entonces no habría tributación, aún cuando este resultado no parezca tener sentido desde el punto de vista de una política fiscal responsable.

Finalmente también creemos que en un sistema que fundamentalmente grave la renta en la sociedad, se debiera permitir que los socios y accionistas tengan la <u>opción</u> de pedir que en su caso particular, previa identificación del accionista, se permita tributar directamente y de forma exclusiva por la vía de los socios, creando una especie de "Pass-Thru". Con ello estaríamos creando un mecanismo voluntario que facilitaría el proceso mediante el cual algunos inversionistas extranjeros, provenientes de determinadas jurisdicciones, pudiesen obtener el reconocimiento del crédito fiscal del impuesto pagado en Panamá, lo cual no es imposible al día de hoy, pero sería mucho más fácil en casos en los cuales los propios accionistas o socios directamente mostraran el rol de contribuyentes, mediante declaraciones-liquidaciones propias.

- VI. Análisis de la tributación de las utilidades netas correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas y su relación con el criterio de vinculación exclusivamente territorial del impuesto sobre la renta en Panamá
- 1. <u>Situaciones con tratamiento claro</u> <u>en la legislación</u>.

Hay tres supuestos en los cuales el tema está muy bien definido en nuestra legislación y son los siguientes.

En <u>primer lugar</u> veamos lo que ocurre cuando una persona jurídica, constituida en Panamá o en cualquier otro país, genera <u>todo</u> su ingreso de actividades que no han ocurrido dentro del territorio de Panamá. En ese caso resulta plenamente aplicable el principio general establecido en el artículo 694, PARÁGRAFO 2, literal "c." del Código Fiscal, según el cual, al no ser la renta de la sociedad de fuente panameña, tampoco lo es la utilidad que corresponda a los socios y accionistas.

El <u>segundo caso</u> está muy vinculado al anterior y se refiere a aquellas empresas que, aunque se encuentren dentro de territorio de Panamá, todas las actividades generadoras de renta que llevan acabo, por orden legal, "se consideran" como no producidas dentro del territorio panameño. Si bien se trata en este caso de una ficción legal, el tratamiento es el mismo al que se menciona en el artículo anterior y también está basada esta afirmación en lo regulado en el literal "c." del PARÁGRAFO 2 del artículo 694 del Código Fiscal. Así como advertimos en la sección I, esta regla general no aplica a los casos en que la renta de la sociedad está exenta, porque la exención no es lo mismo que la ficción legal que considera ciertas rentas como no producidas dentro de Panamá. En el caso de la exención se necesita que en cada supuesto la legislación establezca una exención expresa

para la tributación de las utilidades que corresponden a los accionistas o socios de las personas jurídicas.

El <u>tercer</u> supuesto que queremos analizar en esta sección, se refiere a la tributación de las sucursales de sociedades extranjeras que hacen negocios en Panamá. Los detalles de la forma de su tributación de dividendos y cuotas de participación ya fueron explicados en la sección II, sin embargo, en lo que a esta sección respecta, nos interesa destacar que una lectura conjunta del párrafo segundo del artículo 733 del Código Fiscal y del artículo 109 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, permite afirmar que para la determinación del impuesto sobre utilidades o cuotas de participación del socio de una persona jurídica extranjera con sucursal en Panamá, solamente se toma en cuenta la renta gravable obtenida en Panamá por la sucursal panameña. Ello significa que las normas prevén que no pueden cobrar en Panamá los impuestos sobre dividendos o cuotas de participación, que se derivan de la renta generada en otro territorio o país, por la casa matriz en el extranjero de la sucursal panameña o por otras sucursales de la misma.

2. <u>Caso en el cual la legislación no presenta una solución expresa.</u>

Teniendo en mente los supuestos vistos en la sección anterior, analicemos ahora lo que ocurriría ante una persona jurídica, panameña o extranjera, pero domiciliada en Panamá, que lleva adelante solamente una parte de las actividades que le producen renta dentro de territorio panameño, siendo que el resto lo

produce de negocios que se consuman y sus pagos se perciben en territorio fuera de Panamá.

En el ejemplo anterior, la renta de la persona jurídica sería claramente de fuente extranjera, basado en el criterio de renta exclusivamente territorial consagrado en el artículo 694 del Código Fiscal. Hasta allí no hay discusión. Sin embargo, ¿Qué ocurre cuando la persona jurídica distribuye sus dividendos o cuotas de participación a sus accionistas o socios, siendo que la renta original de la persona jurídica es producto de una mezcla de fuente panameña y de fuente extranjera? ¿Qué ocurre cuando se genera ese tipo de utilidad de ambas fuentes, pero se decide no distribuir la parte que le corresponde a los socios o accionistas?

Varias respuestas se van generando. Pero antes de proseguir es necesario hacer referencia a dos elementos de juicio que deben tomarse en cuenta. El primero es el texto del primer párrafo del artículo 107 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta:

"Con excepción de los dividendos o distribución de utilidades a accionistas o socios derivadas de las actividades contempladas en el parágrafo 2 del artículo 694, en el artículo 699-a, en el literal b) del artículo 702, en los literales e), f), l), m) y o) del artículo 708, en el artículo 733-a del Código Fiscal y de los casos previstos en leyes especiales, <u>la retención</u> definitiva del impuesto de dividendos o distribución de

utilidades procede cualquiera sea el origen de la renta que obtuvo la persona jurídica, o que se trata de liquidación o de distribución de reservas y cualquiera sea la forma de pago, en efectivo, en especie, en acciones de otras sociedades, en valores públicos o privados de cualquier naturaleza o en acreditamientos".(El subrayado es nuestro).

Como se podrá observar, la norma afirma que la retención procede <u>cualquiera sea el origen de la renta</u> que obtuvo la persona jurídica. Esta frase le incluye un gran elemento de confusión al sistema, porque la misma permite dos interpretaciones. Una podría ser que lo que la norma en estudio quiere decir, es que el tipo de actividad a la cual se dedica la persona jurídica no es lo determinante, después que tenga renta generada dentro de territorio de Panamá, y siempre que no haya una exención expresa para los accionistas o socios, al momento de distribuir utilidades se debe hacer la retención. Esta es la interpretación que consideramos válida. Sin embargo, una segunda interpretación podría ser que si la persona jurídica genera rentas, no importa si es de fuente panameña o de fuente extranjera, al momento de distribuir las utilidades a los accionistas o socios, de todos modos debe hacerse la retención sobre la totalidad. Esta segunda interpretación nos parecería ilegal. Pero ahora volveremos sobre el punto.

Antes de responder las interrogantes planteadas dos párrafos atrás, tam-

bién hay que tomar en cuenta otro elemento de juicio y el mismo consiste en que el cálculo del llamado Impuesto Complementario, regulado en el artículo 110 del Reglamento del Impuesto Sobre la Renta, no especifica que la renta de la persona jurídica que se debe tomar en cuenta, es solamente aquella generada dentro de territorio de Panamá.

Pues bien, vistos estos dos elementos de referencia, procedamos a responder las interrogantes arriba planteadas.

De acuerdo a nuestro estudio realizado a lo largo de todo este ensayo, las formas de tributar, mediante retención, el impuesto sobre la renta de las utilidades que le corresponden a los accionistas o socios de las personas jurídicas, reguladas en la parte inicial del artículo 733 del Código Fiscal, no son más que modalidades del Impuesto Sobre la Renta. Ello es así, tal como se explica en la sección I, por varios motivos, pero quizás lo fundamental es la naturaleza misma de la base imponible (rendimiento por la condición de socio) y la ubicación sistémica dentro del Código Fiscal, como parte fundamental del Impuesto Sobre la Renta. Ese hecho nada más justifica que podamos afirmar que estos supuestos impositivos, en forma de retención, deben participar de los mismos principios aplicables al Impuesto Sobre la Renta y en especial al hecho gravable de las diversas formas del impuesto, el cual necesariamente debe estar ligado al territorio de Panamá, por tratarse de que en efecto ha ocurrido en Panamá o por ficción jurídica. Por lo tanto, nos parece una verdad inobjetable que la tributación de las utilidades que corresponden a los accionistas o socios de una persona jurídica, deben estar directamente relacionadas exclusivamente con la renta de fuente panameña de la persona jurídica.

Lo anterior no es solamente lógico, sino también que es lo legal, dado que así lo ordena el literal "c.", del PARÁGRAFO 2 del artículo 694 del Código Fiscal cuando dispone que "no se considerá producida dentro del territorio de la República de Panamá... Distribuir dividendos o participaciones de personas jurídicas, cuando tales dividendos o participaciones provienen de renta no producida dentro del territorio de la República de Panamá." Este concepto debe aplicar, no importa que la persona jurídica tenga toda su renta de fuente extranjera o si tiene ese tipo de renta mezclada con renta de fuente panameña. Por lo tanto, es nuestro criterio que en caso de que una persona jurídica tenga ambos tipos de rentas, para el cálculo del impuesto aplicable a las utilidades distribuidas a los accionistas o socios, solamente se debe tomar en cuenta la renta de fuente panameña de la persona jurídica. Sería prudente que se hiciera una reforma legislativa para que este concepto quedara aclarado en las normas aplicables. No obstante, nos parece que con las normas vigentes existen bases para interpretar el asunto de la manera que hemos sugerido.

En el caso de que no se distribuyera la utilidad entre accionista o socios, la naturaleza del debate es exactamente igual, porque estamos hablando de la misma base imponible: la utilidad que corresponde a los accionistas o socios de las personas jurídicas. Por lo tanto, ante una persona jurídica con rentas de fuente panameña y otras que no lo son, al momento de calcular el impuesto llamado Complementario, se debiera tomar en cuenta solamente la parte de la utilidad que es consecuencia de actividades de fuente panameña. Las normas que establecen este cálculo merecen también una reforma para que este concepto no quede en duda.

Finalmente es importante mencionar que una interpretación contraria, que buscara sustentar que la retención debiera proceder incluso sobre la parte de la renta que no es de fuente panameña, sería, en nuestra opinión, un planteamiento ilegal, contrario al texto del citado literal "c.", del PARÁGRAFO 2 del artículo 694 del Código Fiscal, que está vigente desde 1964. Cualquier norma reglamentaria que establezca un concepto contrario a esa disposición legal, podría ser exitosamente demandada por ilegal.

CONCLUSIONES

1. Las modalidades de retención establecidas en la primera parte del artículo 733 del Código Fiscal, referidas a las utilidades correspondientes a los accionistas y socios de las personas jurídicas, no son más que formas del Impuesto Sobre la Renta donde la base imponible es la utilidad del

- accionista o socio, después de pagado el impuesto de la sociedad, el Responsable Fiscal es la Sociedad y el Contribuyente es el accionista o socio.
- 2. La ley no crea un Impuesto de Dividendos y un Impuesto Complementario. Desde 1964 la ley lo que estableció fueron dos formas de hacer retención del Impuesto Sobre la Renta de los Contribuventes-socios o accionistas, sobre la base imponible consistente en las utilidades correspondientes a dichos accionistas y socios de las personas jurídicas, sea que se repartan o no. A nivel reglamentario se estableció el nombre de los llamados Impuesto de Dividendo y Complementario. Esa dicotomía formal ha producido confusión en la aplicación del tributo.
- 3. Ni las exenciones ni los regímenes especiales de tributación aplicables a las personas jurídicas se extienden de forma automática a la tributación de accionistas y socios. Pare ello se requiere una mención expresa de la ley.
- 4. En el caso de las personas jurídicas que tienen rentas que son o se consideran renta generada fuera del territorio de Panamá, por disposición de la ley los dividendos o cuotas de participación también son de fuente extranjera.
- 5. El Impuesto Sobre la Renta de las utilidades correspondientes a los accionistas o socios de las personas jurídicas, aplica a las personas jurídicas, sean civiles o mercantiles.

- 6. El Impuesto Sobre la Renta de las utilidades correspondientes a los accionistas y socios de las personas jurídicas, no aplica a figuras especiales como las Fundaciones de Interés Privado; los Fideicomisos, las Asociaciones Accidentales o Cuentas en Participación y las Cooperativas.
- Es recomendable que Panamá se ponga a tono con la tendencia mundial y tome una decisión de Política Fiscal para eliminar la doble tributación económica producida por el Impuesto Sobre la Renta de las sociedades y de las utilidades correspondientes a los accionistas y socios de las personas jurídicas. Sugerimos que se establezca un sistema en el cual solo se tribute en la sociedad, permitiendo que se tribute en los socios, solo la parte de la renta contable que no ha tributado en la sociedad y creando la posibilidad que voluntariamente los accionistas o socios de las personas jurídicas puedan, en ciertos casos, solicitar que se grave la renta solamente a nivel de los socios.
- 8. En el caso de personas jurídicas con rentas de fuente panameña y de fuente extranjera, el cálculo del Impuesto Sobre la Renta de las sociedades y de las utilidades correspondientes a los accionistas y socios de las personas jurídicas, debiera calcularse solamente sobre la parte de la renta que es de fuente panameña. Deben hacerse cambios legislativos para que este concepto quede mucho más claro.

BIBLIOGRAFÍA

- AULT, Hugh J. (Principal Author), COMPARATIVE INCOME TAXATION, Kluwer Law International, Den Haag, The Netherlands, 1997.
- BRAVO ARTEAGA, Juan Rafael *El* tratamiento tributario del fideicomiso en Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Perú, en la REVISTA No.53-2003, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Santa Fe de Bogotá, Julio de 2002 a Junio 2003.
- CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPÉ-DICO DE DERECHO USUAL, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Tomo V, 1986.
- CHECA GONZÁLEZ, Clemente, COMENTARIOS A LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SO-CIEDADES, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2000.
- DURLING A., Ricardo, LA SO-CIEDAD ANÓNIMA EN PANAMÁ, Litografía e Imprenta LIL, S.A. Ciudad de Panamá, 1986.
- De ARESPACOCHAGA, Joaquín, El *TRUST*, LA FIDUCIA Y FIGURAS AFINES, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000.
- FÁBREGA, Juan Pablo, **TRATADO SOBRE LA LEY DE SOCIEDA- DES ANÓNIMAS**, Sistemas Jurídicos, S.A., Ira. Edición, 2008, Ciudad de Panamá.

- GNAZZO, Edison, **IMPUESTOS Y GASTOS PÚBLICOS EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ**,
 Editora Sibauste, Ciudad de Panamá, 2003.
- GNAZZO, Edison, **PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE FI- NANZAS PÚBLICAS**, Ciudad de Panamá, 1997.
- GNAZZO, Edison, EL SISTE-MA TRIBUTARIO DE PANAMÁ, conferencia dictada en el Primer Congreso Nacional Tributario organizado por el Colegio de Contadores Públicos Autorizados de Panamá y la Universidad del Contador Público Autorizado, 12, 13 y 14 de octubre de 2006.
- KAHAN, Douglas A. y LEHMAN, Jeffrey S. **CORPORATE INCO-ME TAXATION**, Fifth Edition, WEST Group, St. Paul, MINN., 2001.
- LEYVA ZAMBRANO, Álvaro; MÚÑERA CABAS, Alberto y De LA TORRE, Alfonso Ángel, Elementos de la Obligación Tributaria, en DERECHO TRIBUTARIO, 2da. Edición Actualizada, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Santa Fe de Bogotá, 1999.
- LOJENDO OSBORNE, Ignacio, *Las Sociedades Mercantiles*, en **DE-RECHO MERCANTIL**, Tomo I, 2ª. Edición, Coordinada por Guillermo J. Jiménez Sánchez, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1992.

- LEAL PÉREZ, Hildebrando, **DE-RECHO DE SOCIEDADES COMERCIALES**, Grupo Editorial Leyer, Santa Fe de Bogotá, 2001.
- O' KELLEY, Jr., Charles y THOMPSON, Robert B., COR-PORATIONS AND OTHER BUSINESS ASSOCIATIONS, Little, Brown and Co., Boston, 1992.
- PLAZAS VEGA, Mauricio A., EL LIBERALISMO Y LA TEORÍA DE LOS TRIBUTOS, Editorial TEMIS, Santa Fe de Bogotá, 1995.
- PERDOMO MORENO, Abraham, CONTABILIDAD DE SO-CIEDADES MERCANTILES, Decimacuarta edición, THOMSON Editores, S.A., Ciudad de México, 2002.
- QUERALT, LOZANO, TEJERI-ZO y CASADO, **CURSO DE DERECHO TRIBUTARIO**, Decimosexta Edición, Editorial TECNOS, Madrid, 2005.
- QUERALT, LOZANO SERRANO y POVEDA BLANCO, **DERE-CHO TRIBUTARIO**, Aranzadi Editorial, Navarra, 2000.

- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, NEGOCIOS FIDUCIARIOS, Su significación en América Latina, Primera Edición, Editorial LEGIS, Santa Fe de Bogotá, 2005.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco, **DERECHO SOCIETARIO EN ESTADOS UNIDOS**, Legis Editores, S.A., Santa Fe de Bogotá, 2006.
- SOL GIL, Jesús, Alcance general, impuestos cubiertos y definiciones en los convenios de doble imposición, en ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO, Primera Edición, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Editorial LEGIS, Santa Fe de Bogotá, 2006.
- VALDÉS COSTA, Ramón, **CURSO DE DERECHO TRIBUTARIO**,
 Tercera Edición, TEMIS, Santa
 Fe de Bogotá, 2001.
- VELARDE ARAMAYO, María Silvia, ENAJENACIÓN DE ACCIONES Y BENEFICIOS NO DISTRIBUIDOS EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2003.