

APADEft

Asociación Panameña de
Derecho Financiero y Tributario

Nº 1 AÑO 1

AUTORES

ALBERTO JAVIER TAPIA HERMIDA

JUAN SÁNCHEZ CALERO GUILARTE

FRANCISCO J. ZAMBRANO BORRERO

CARLOS A. BARSALLO P.

GUSTAVO J. NAVEIRA DE CASANOVA

CAMILO A. VALDÉS MORA

RAFAEL RIVERA CASTILLO

JAVIER JOSÉ VALLARINO

MIEMBRO Y CAPÍTULO PANAMEÑO DEL INSTITUTO
LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO (ILADT)

Revista Jurídica Panameña

**ASOCIACIÓN PANAMEÑA DE DERECHO
FINANCIERO Y TRIBUTARIO
(APADEFT)**

Panamá, 2009

Revista Jurídica Panameña
Asociación Panameña de Derecho Financiero
y Tributario
(APADEFT)

ISSN: 2073-2805

Director: Dr. Carlos A. Barsallo P.

Consejo de Redacción: Dr. Carlos A. Barsallo P.
Dr. Camilo A. Valdés Mora
Dr. Francisco J. Zambrano B.

Portada de la revista por
Arlene Cárdenas de ARTEfacto Estudio Gráfico

Las opiniones contenidas en la presente publicación son responsabilidad única de sus autores y no representan necesariamente la opinión de la Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario (APADEFT).

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluida la fotocopia, de acuerdo con las leyes vigentes en la República, salvo autorización expresa del Autor o el Editor.

Impreso en
Universal Books
Condominio Vía Argentina No. 52 - Planta Baja
www.universalbooks.net
ventas@universalbooks.net
Teléfono: 265-4852
Telefax: 265-5990

NOTA DEL PRESIDENTE

Nos sentimos sumamente complacidos y orgullosos de presentar a la academia y a toda la comunidad jurídica, la primera edición de la Revista Jurídica Panameña de la Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario (APADEFT), asociación que nace el pasado 6 de febrero de 2006, para promover y fortalecer el estudio del Derecho Financiero, tanto en su vertiente macroeconómica, como microeconómica y de la tributación en general, mediante investigaciones, publicaciones y actividades académicas encaminadas a dicha finalidad.

Deseo manifestar mi gratitud por el voto de confianza dado por nuestros amigos y colegas que conforman la APADEFT, por su determinación y compromiso por la investigación jurídica en nuestro país, lo que ha traído nuestra incorporación como miembro y por ende, ser el capítulo panameño del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT).

Quiero terminar agradeciendo a las firmas forenses de abogados Arias, Fábrega & Fábrega y Tapia, Linares & Alfaro, por sus decididos apoyos en la publicación de nuestra primera revista, y que sin respaldo no hubiese sido posible.

Panamá, 29 de diciembre de 2008

Dr. Camilo A. Valdés M.

Abogado – Socio de Valdés Mora & Asociados
Director de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Católica Santa María La Antigua

NOTA DEL DIRECTOR

Investigar, analizar, escribir y lograr la publicación de artículos académicos en Panamá es algo harto difícil. Se dice, con acierto, que no se dan las condiciones necesarias, ni se fomenta la labor. Esta es una dura realidad en muchos campos y de la cual no escapa el derecho. Ante dicha situación, todo decidido esfuerzo, individual o colectivo, de personas por estudiar y aportar a su comunidad el resultado de sus estudios, debe ser apoyado de todas las formas al alcance del público.

Hay muchas formas de cooperar para cambiar lo que no nos parece bien en materia de investigaciones y publicaciones jurídicas en Panamá. Algunos han dispuesto colaborar produciendo trabajos para su publicación en la primera edición de la *Revista Jurídica Panameña*, de la Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario, por lo cual les estamos muy agradecidos. Otros, quienes merecen nuestro reconocimiento, han dispuesto colaborar con apoyo económico, sin el cual no sería posible que los trabajos fueran publicados, y finalmente esperamos contar con el apoyo decidido del futuro lector el cual se concretaría al adquirir, leer y sobre todo, comentar los artículos que son el producto intelectual de insignes profesionales del derecho de varios países.

Solo así se logra el progreso. Solo así podemos romper la nada noble tradición de que en Panamá no existe ambiente propicio para la investigación y el trabajo académico. Aceptar la situación nos condena al fracaso como sociedad, lo cual muchos nos estamos dispuestos ni siquiera a considerar como una posibilidad.

Panamá, 29 de febrero de 2008

Dr. Carlos A. Barsallo P.

Abogado

Comisionado Presidente Comisión Nacional de Valores de Panamá (CNV)

Presidente Consejo de Autoridades del Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores (IIMV)

MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN PANAMEÑA DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO (APADEFT)

FUNDADORES

Estif Aparicio
Carlos A. Barsallo P.
Carlos A. Berguido G.
Publio Cortés Carvajal
Jorge Kosmas Sifaki
Adolfo E. Linares Franco
Alexis Medina Achón
Jair Montúfar Barrera
Janeth A. Morhaim O.
Gregorio Ordóñez Huete
Camilo A. Valdés Mora
Francisco J. Zambrano B.

Marta Achurra
Leticia Arias
Annette Bárcenas O.
Adolfo J. Campos B.
Rafael Rivera Castillo
Edgar Iván Herrera
Kathia L. Tejera

INDICE

SECCIÓN DE DERECHO FINANCIERO	9
I. LA DISTRIBUCIÓN DE LOS SEGUROS EN EL MERCADO FINANCIERO ESPAÑOL	
<i>Por Prof. Dr. Alberto Javier Tapia Hermida.....</i>	11
II. APUNTES ANTE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LAS OPAS EN ESPAÑA	
<i>Por Juan Sánchez-Calero Guilarte.....</i>	23
III. EL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN	
<i>Por Francisco Zambrano Borrero.....</i>	31
IV. ASPECTOS JURÍDICOS DEL REGISTRO DE VALORES ANTE LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES (CNV)	
<i>Por Carlos A. Barsallo P.....</i>	41
SECCIÓN DE DERECHO TRIBUTARIO	89
I. LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS	
<i>Por Dr. Gustavo Naveira de Casanova</i>	91
II. DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CONTRIBUYENTES	
<i>Por Camilo A. Valdés M.....</i>	167
III. CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL: EL CONFLICTO DEL DÉCIMO TERCER MES VS. LOS GASTOS DE REPRESENTACIÓN	
<i>Por Rafael Rivera Castillo y Javier José Vallarino.....</i>	191

**SECCIÓN DE
DERECHO FINANCIERO**

LA DISTRIBUCIÓN DE LOS SEGUROS EN EL MERCADO FINANCIERO ESPAÑOL

Prof. Dr. Alberto Javier Tapia Hermida
Profesor titular de Derecho Mercantil en la
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I.	LA ESTRUCTURA DE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS SEGUROS EN EL MERCADO FINANCIERO ESPAÑOL	11
II.	LA NUEVA LEY ESPAÑOLA DE 17 DE JULIO DE 2006, DE MEDIACIÓN DE SEGUROS Y REASEGUROS PRIVADOS	13
III.	NOCIÓN DE MEDIACIÓN DE SEGUROS Y REASEGUROS PRIVADOS	14
IV.	NOCIÓN Y CLASES DE MEDIADORES DE SEGUROS Y REASEGUROS PRIVADOS.....	15
V.	CONCLUSIONES	22

I. LA ESTRUCTURA DE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS SEGUROS EN EL MERCADO FINANCIERO ESPAÑOL.

En el Derecho comunitario europeo y, por consiguiente, en el Derecho español, el mercado financiero se divide, a efectos de su regulación, en tres sectores fundamentales que son: el mercado bancario, el mercado de valores y el mercado asegurador.

En cada uno de estos tres sectores, la distribución de los productos financieros respectivos -ya sean bancarios, de valores o instrumentos financieros o de seguros y reaseguros- se realiza de dos formas: bien directamente, por los propios intermediarios utilizando sus redes de distribución a través de sus oficinas o sucursales; o bien indirectamente, sirviéndose de agentes que tienen la condición de colaboradores externos independientes.

En este último sentido, la utilización de agentes externos para distribuir los productos financieros se regula, por el Derecho español, en los tres mercados antes indicados. Así ocurre, en el mercado bancario, con los agentes de las entidades de crédito,

que son aquellas personas físicas o jurídicas a las que una entidad de crédito otorgue poderes para actuar habitualmente frente a la clientela, en nombre y por cuenta de la entidad mandante, en la negociación o formalización de operaciones típicas bancarias¹; y, en el mercado de valores, con los agentes de las empresas de servicios de inversión, que son aquellas personas físicas o jurídicas a las que una empresa de servicios de inversión otorgue poderes para actuar habitualmente frente a la clientela, en nombre y por cuenta de la empresa, en la promoción y comercialización de los servicios de inversión².

En el mercado asegurador, la estructura de distribución resulta más compleja porque conviven mediadores que dependen de una o varias entidades aseguradoras y, por lo tanto, distribuyen únicamente sus seguros (son los denominados agentes de seguros); con mediadores independientes que deben ofrecer a su clientela el seguro que mejor se adapte a sus necesidades de cobertura, previo análisis objetivo de las pólizas que ofrecen las distintas aseguradoras al mercado (son los denominados corredores de seguros).

Por último, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la integración típica de los distintos sectores del mercado financiero³ se produce también en el ámbito de la distribución y, así, observamos cómo las aseguradoras utilizan principalmente las redes bancarias para distribuir sus productos⁴, de tal manera que, en el primer semestre de 2006, los bancos y cajas de ahorros españoles captaron, dentro y fuera del territorio español, 7.718 millones de euros en primas de seguros, de modo tal que este negocio aportó 987 millones de euros a la cuenta de resultados de dichas entidades de crédito⁵.

¹ Art. 22 del Real Decreto 1245/1995, de 14 de julio.

² Art. 23 del Real Decreto 867/2001, de 20 de julio.

³ Ver nuestro estudio sobre "La integración y el control público de los mercados financieros" en la Revista Iberoamericana de Mercados de Valores, nº 4, noviembre 2001, págs. 61 y ss.

⁴ V. Iglesias Prada, J. L., "Las entidades bancarias y la distribución del seguro (algunas reflexiones sobre la nueva disciplina de la mediación en seguros)", en Est. Verdera, t. II, pág. 1249 y ss.

⁵ Ver Expansión, martes 29 de agosto de 2006, pág. 11.

II. LA NUEVA LEY ESPAÑOLA DE 17 DE JULIO DE 2006, DE MEDIACIÓN DE SEGUROS Y REASEGUROS PRIVADOS.

En España se ha promulgado recientemente la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados (en adelante, LMSRP)⁶ que tiene dos finalidades: por una parte, incorporar la Directiva 2002/92/CE y, por otra, adaptar la legislación a la realidad del mercado de la mediación en seguros que, desde la promulgación de la anterior Ley de Mediación en Seguros Privados en 1992, ha mostrado tanto lagunas relevantes como la aparición de nuevas formas de mediación que deben ser reguladas. En el primer sentido, conviene recordar que la Directiva 2002/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros establece las normas sobre el acceso y ejercicio de las actividades de mediación de seguros y reaseguros por las personas físicas o jurídicas establecidas en un Estado Miembro. Esta Directiva tiene una doble finalidad: por una parte, permitir que los mediadores de seguros ejerzan libremente su actividad en toda la Unión Europea, para contribuir al correcto funcionamiento del mercado común de seguros. Para ello, el acceso a la actividad de los mediadores se condiciona al registro de los mismos por una autoridad competente de su Estado Miembro de origen, que deberá comprobar que aquellos poseen unos requisitos profesionales mínimos, referidos a su competencia profesional, honorabilidad, existencia de un seguro de responsabilidad civil y capacidad financiera. La segunda finalidad de la Directiva consiste en garantizar la protección de los consumidores en este ámbito. Para ello, se imponen a los intermediarios de seguros unos

⁶ V. Quintans Eiras, R., "Proyecto de Ley de Mediación en Seguros y Reaseguros Privados", RES 122, 2005, pág.287 y ss.; Tejero Ortego, E., "La nueva regulación de la mediación de seguros y reaseguros privados en España", Noticias de la Unión Europea nº.256, 2006, Número monográfico sobre el Derecho de Seguros y la Unión Europea, pág. 127 y ss.; Villarubia García, M., "Horizonte legal en materia de mediación en seguros privados", en Ruiz Echauri, J. (Coord.), "Comentarios a la reforma de la normativa de ordenación y supervisión de los seguros privados", Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 547 y ss.. Sobre la anterior Ley de Mediación en Seguros Privados de 1992, v. Tirado Suárez, F.J., "Comentarios a la nueva Ley de Mediación en seguros privados", Madrid 1992.

deberes de información previa a la suscripción de los contratos de seguro, la necesidad de establecer mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos y mecanismos sancionadores de las infracciones de aquellas obligaciones.

¡En consecuencia, la nueva LMSRP se basa en tres principios: la regulación de nuevas formas de mediación, como el agente vinculado a varias entidades aseguradoras que convivirá con el agente exclusivo o el corredor de reaseguros; la igualdad de trato entre los distintos mediadores, con exigencias homogéneas de ciertos requisitos de profesionalidad, honorabilidad, capacidad financiera y aseguramiento de su responsabilidad civil; y la introducción de nuevas normas de transparencia que protejan al consumidor de seguros, tales como la creación de un registro único de mediadores en la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (en adelante, DGSFP) la regulación de disposiciones sobre las modalidades de transmisión de la información, etc.. Para ello, la LMSRP tiene tres objetivos: regular las condiciones de ordenación y desarrollo de las actividades mercantiles de mediación en seguros y reaseguros privados, establecer las normas de acceso y ejercicio de las personas físicas y jurídicas a dichas actividades y fijar el régimen de supervisión y disciplina administrativa pertinente (art.1 LMSRP).

III. NOCIÓN DE MEDIACIÓN DE SEGUROS Y REASEGUROS PRIVADOS.

La delimitación legal de la noción de mediación se realiza por inclusión y por exclusión. Por inclusión, la mediación, como su propio nombre indica, es una actividad de puesta en contacto entre las partes de los contratos de seguro y de reaseguro (tomadores y entidades aseguradoras y reaseguradoras) que se desarrolla en las sucesivas fases de la vida de tales contratos: de presentación, propuesta o realización de trabajos previos a la celebración, de celebración de aquellos o de asistencia en la gestión y ejecución de los mismos, en particular en caso de siniestro (art.2.1 LMSRP). Por exclusión, no se considera mediación la actividad de las entidades aseguradoras como abridoras en las operaciones de coaseguro, las actividades propias de la mediación cuando se desarrollen por una entidad aseguradora o reaseguradora o por sus empleados ni la información prestada con carácter accesorio

de otra actividad profesional, siempre que no tenga por finalidad ayudar a celebrar un contrato de seguro o la gestión, el peritaje o la liquidación de siniestros (art.3.1 LMSRP).

En relación con lo anterior, hay que tener en cuenta que las entidades aseguradoras podrán aceptar la cobertura de riesgos sin intervención de mediador. Esta distribución sin mediación puede realizarse de dos maneras fundamentales: bien a través de sus propios empleados, que podrán promover la celebración de contratos de seguro a favor de su entidad, tanto en las oficinas de la misma como mediante técnicas de comunicación o contratación a distancia; o bien celebrando contratos de distribución, bajo su responsabilidad civil y administrativa, de sus pólizas por medios de las redes de distribución de otras entidades aseguradoras (art.4 LMSRP).

IV. NOCIÓN Y CLASES DE MEDIADORES DE SEGUROS Y REASEGUROS PRIVADOS.

Son mediadores de seguros y reaseguros las personas físicas o jurídicas que desarrollen la actividad de mediación señalada anteriormente y a ellos se aplica la LMSRP, salvo cuando concurren ciertas circunstancias excepcionales previstas en la Ley. También se aplica la LMSRP a los administradores y directivos de las personas jurídicas que desarrollen dicha actividad, a las entidades aseguradoras y reaseguradoras, a las entidades que suscriban los documentos previstos en la Ley y a todas las personas para las que dicha Ley establezca un mandato o una prohibición (arts.2.2 y 3.2 LMSRP).

La Ley regula, por una parte, la actividad de los mediadores de seguros, que pueden ser agentes -exclusivos o vinculados- o corredores de seguros; y, por otra parte, la de los mediadores de reaseguros, categoría integrada únicamente por los corredores de reaseguros⁷. A su vez, la actividad de agente de seguros puede desarrollarse como operador de banca-seguros. Estas diversas

⁷ V. Tirado Suárez, F.J., "El régimen jurídico del corredor de reaseguros en el Derecho español", RDSP 1997/2, pág. 7 y ss.

clases de mediadores son incompatibles entre sí y los mediadores deben identificarse ante el mercado con sus denominaciones respectivas, que están reservadas a ellos (art.7 LMSRP).

Procede ocuparse del nuevo estatuto jurídico de los dos tipos fundamentales de mediadores de seguros que son los agentes y los corredores de seguros:

1. Los agentes de seguros.

Los agentes de seguros son las personas físicas o jurídicas que, estando inscritas como tales en el Registro de la DGSFP, desarrollan la actividad de mediación de forma dependiente respecto de una o varias entidades aseguradoras⁸, con las que están vinculados mediante un contrato de agencia de seguros (art.9.1 LMSRP). El contrato de agencia de seguros –que se consignará por escrito- tendrá siempre carácter mercantil y personal, sin perjuicio de la posible utilización por el agente de auxiliares externos. Su contenido será el que libremente establezcan las partes, aplicándose supletoriamente la Ley 12/1992 de contrato de agencia; debiéndose especificar, en todo caso, la comisión u otros derechos económicos debidos por la aseguradora al agente tanto durante la vigencia del contrato como, en su caso, una vez extinguido el mismo⁹.

Los agentes de seguros se clasifican atendiendo a dos criterios: 1º. Según el número de aseguradoras de las que dependan, se distingue entre agentes exclusivos, ligados a una sola entidad (sin perjuicio de su posible actuación por cuenta de otras aseguradoras); y agentes vinculados, ligados a varias entidades

⁸ La dependencia del agente respecto de la aseguradora tiene efectos en la valoración del cumplimiento de los deberes informativos por los tomadores de los seguros y así, por ejemplo, se ha desestimado la negativa de una aseguradora a pagar la indemnización so pretexto de que el riesgo era distinto y más grave que el asegurado por la póliza en un caso en el que en ésta se indicaba que el objeto asegurado era una industria de bar, cuando el inmueble incendiado estaba destinado a “club de alterne”, valorándose especialmente que el agente de la aseguradora que contrató por ella podía haberse dado cuenta perfectamente de la situación con solo una observación del bar y su situación geográfica al borde de una carretera local (STS 31.01.2005).

⁹ V. Navarro, M., “El contrato de agencia de seguros”, Barcelona 1992; Id., “El contrato de correduría de seguros”, Barcelona 1993.

aseguradoras. 2º. Según la forma de ejercicio de la actividad de agencia de seguros, se distingue entre agentes de seguros –exclusivos o vinculados- extrabancarios y agentes de seguros bancarios u operadores de banca-seguros (art.9.2 LMSRP).

Los agentes de seguros exclusivos¹⁰ se caracterizan por estar ligados a una sola entidad aseguradora, con la que celebran el contrato de agencia y en cuyo Registro de agentes exclusivos deberán figurar inscritos. Esta nota esencial de dependencia única de una entidad aseguradora se proyecta en los diversos aspectos de su estatuto jurídico y, así: La entidad aseguradora deberá comprobar que sus agentes exclusivos están en posesión de los conocimientos necesarios para el desarrollo de su actividad, en función de los seguros que medien y que reúnen los requisitos generales de honorabilidad comercial y profesional; adoptará las medidas precisas para la formación continua de sus agentes exclusivos y para los auxiliares externos de éstos, estableciendo los programas de formación pertinentes; y responderá, tanto civil como administrativamente, de las actuaciones de sus agentes exclusivos y de los auxiliares externos de los mismos¹¹. Esta misma dependencia hace que los importes abonados por el cliente al agente se considerarán abonados a la aseguradora; sin embargo, las cantidades abonadas por la aseguradora al agente no se considerarán percibidos por el cliente hasta su recepción efectiva.

Los agentes de seguros vinculados¹² se caracterizan por estar ligados a varias entidades aseguradoras, con las que celebran los contratos de agencia respectivos; debiendo figurar inscritos en el Registro de la DGSFP. La dependencia múltiple de varias entidades aseguradoras que caracteriza a este tipo de agentes se refleja en un estatuto jurídico autónomo que se refleja en los aspectos siguientes: Deberán inscribirse en el Registro

¹⁰ Regulados en la subsección 2ª de la sección 2ª del capítulo I del título II de la LMSRP (arts.13 a 19).

¹¹ V. Rodríguez Rodero, P./De León Miranda, F., “La responsabilidad de las entidades aseguradoras por deudas de sus agentes”, RES 119, 2004, pág. 379 y ss.

¹² Regulados en la subsección 3ª de la sección 2ª del capítulo I del título II de la LMSRP (arts.20 a 24).

de la DGSFP acreditando, para ello, el cumplimiento de los requisitos de capacidad legal, formación adecuada en materias financieras y de seguro privado, honorabilidad comercial y profesional, organización, compatibilidad, capacidad financiera y cobertura de su responsabilidad civil profesional mediante el seguro correspondiente. Deberán identificarse como agente de seguros vinculado o sociedad de agencia de seguros vinculada en toda su documentación y publicidad mercantil, identificando las entidades aseguradoras con las que haya celebrado contrato de agencia. Responderán directa y personalmente –tanto los agentes de seguros vinculados como las sociedades de agencia de seguros vinculadas y sus administradores y directivos- frente a la Administración de las infracciones legalmente tipificadas que hayan cometido, tanto ellos como sus auxiliares externos, en el ejercicio de su actividad de mediación en seguros privados.

Los operadores de banca-seguros¹³ son las entidades de crédito o las sociedades mercantiles controladas o participadas por éstas que, mediante la celebración de uno o varios contratos de agencia de seguros con una o varias entidades aseguradoras y la inscripción en el Registro de la DGSFP, actúen como agente de seguros utilizando las redes de distribución de una entidad de crédito. Estas redes de distribución no podrán actuar simultáneamente como auxiliares de más de un mediador. Por lo tanto, no se trata de un tipo especial de agente de seguros sino de una forma de ejercer la actividad de agente de seguros mediante las redes bancarias. Por lo que estos operadores pueden actuar como agentes exclusivos o como agentes vinculados y se les aplicarán, además de las normas generales sobre los agentes de seguros; las normas especiales sobre el tipo de agencia –exclusiva o vinculada- a la que se acomoden. Junto a los requisitos anteriores, los operadores de banca-seguros deberán cumplir otros adicionales para poder inscribirse en el Registro de la DGSFP, tales como ser entidad de crédito o sociedad mercantil controlada o participada por una entidad de crédito, designar un órgano de dirección responsable de la mediación en seguros, establecer programas de formación para las personas empleadas

¹³ Regulados en la subsección 4ª de la sección 2ª del capítulo I del título II de la LMSRP (art.25).

en la red de distribución de seguros, etc. En todo caso, deberán identificarse como operador de banca-seguros exclusivo o vinculado en toda su documentación o publicidad mercantil.

2. Los corredores de seguros.

Los corredores de seguros son aquellas personas físicas o jurídicas que, previa inscripción en el Registro de la DGSFP, desarrollan la actividad de mediación con independencia de cualquier entidad aseguradora¹⁴. Esta nota esencial de independencia se proyecta hacia las dos partes de los contratos de seguro: frente a las entidades aseguradoras, con las que el corredor no puede mantener ningún vínculo contractual que suponga afección; y frente a los potenciales tomadores de seguros, a quienes el corredor deberá ofrecer asesoramiento independiente, profesional e imparcial -mediante el análisis objetivo de un número suficiente de contratos de seguro (art.42.4 LMSRP)- sobre la cobertura de los riesgos a que se encuentren expuestas sus personas, sus patrimonios, sus intereses o sus responsabilidades (art.26 LMSRP).

Es por ello por lo que resulta incompatible con la actividad de corredor, en general, cualquier circunstancia que pueda limitar su capacidad para ofrecer el asesoramiento objetivo señalado y, en particular, las condiciones de administrador, directivo o empleado de entidad aseguradora, de agente de seguros, exclusivo o vinculado, de administrador o directivo de sociedad de agencia de seguros, de empleado o auxiliar externo de agente o sociedad de agencia de seguros, de perito de seguros, comisario o liquidador de averías, y de administrador, directivo o empleado de entidad de crédito u operador de banca-seguros (art.31 LMSRP). Estas incompatibilidades se extienden a los administradores y directivos de las sociedades de correduría, las cuales no pueden simultanear su actividad con las actividades propias de las entidades aseguradoras o reaseguradoras, de las agencias de suscripción, de agente de seguros, de operador de banca-seguros, etc. (art.32 LMSRP).

¹⁴ V. Martí Sanchez, J.N., "Sobre la regulación de los corredores de seguros en el Derecho positivo español", en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Manuel Broseta Pont", Valencia 1995, pág. 2147 y ss.

Por otro lado, esta independencia respecto de las aseguradoras hace que el pago de la prima efectuado por el tomador al corredor no se entenderá realizado a la aseguradora, salvo que el corredor entregue al tomador, a cambio, el recibo de la prima de la entidad aseguradora (art.26.4 LMSRP).

La independencia esencial al corredor de seguros se traduce en un estatuto jurídico autónomo que, de forma semejante a cualquier otro intermediario financiero, pasa por establecer, primero, las condiciones de acceso a dicha actividad; para, después, concretar sus condiciones de ejercicio. Dado que el acceso a la actividad se plasma en la inscripción en el Registro de la DGSFP, las condiciones de acceso se formulan como requisitos necesarios para tal inscripción y son los siguientes (art.27 LMSRP): Capacidad legal para ejercer el comercio, formación en materias financieras y de seguros privados, honorabilidad comercial y profesional, cobertura de la responsabilidad civil profesional mediante un seguro o cualquier otra garantía que cubra en el territorio del Espacio Económico Europeo las responsabilidades que pudieran surgir por negligencia profesional¹⁵; capacidad financiera que deberá alcanzar el 4% del total de las primas anuales percibidas, salvo que el corredor se mantenga al margen de los flujos dinerarios derivados de los contratos de seguro, y organización.

En segundo término, los corredores deben cumplir una serie de condiciones legales en el ejercicio de su actividad que pueden ordenarse por referencia a las distintas relaciones que el corredor o sociedad de correduría puede mantener con otras tantas personas o entidades: Respecto de otras personas físicas o jurídicas que participen o proyecten participar en su capital social o vincularse con las sociedades de correduría de seguros, deberán respetar las normas sobre vínculos estrechos y transparencia de participaciones significativas (art.28 LMSRP).

Respecto de las entidades aseguradoras, las relaciones se registrarán por los pactos que libremente acuerden, sin que

¹⁵ V. Tirado Suárez, F.J., "La responsabilidad civil de los mediadores de seguros y reaseguros ante las entidades aseguradoras", RDSP 1998/2, pág. 7 y ss.

puedan afectar a su independencia (art.29.1 LMSRP). La Ley impone que la retribución revista, únicamente, la forma de comisiones (art.29.2 LMSRP). Respecto de la clientela (potenciales tomadores de seguros), las relaciones se regirán por los pactos que libremente acuerden; estableciéndose algunas reglas legales sobre su retribución según dependa o no del recibo de la prima del seguro correspondiente: en el primer caso, deberá figurar en el recibo de prima el importe de la retribución y el nombre del corredor, mientras que si se facturan honorarios profesionales directamente al cliente, deberá emitirse factura independiente. Supletoriamente, se aplicarán los preceptos que el Cdec dedica al contrato de comisión mercantil (art.244 y ss.) (art.29.2 LMSRP). Respecto de la Administración, los corredores, las sociedades de correduría y sus administradores y directivos incurrirán en responsabilidad administrativa cuando ellos o los auxiliares externos que utilicen infrinjan normas sobre mediación en seguros privados (art.30 LMSRP).

Por último, respecto del mercado financiero en general, los corredores están vinculados por un deber de transparencia que se traduce en la obligación de reflejar, en toda su publicidad o documentación, su condición de corredor o correduría de seguros; de hacer constar que, en su caso, ejerce su actividad en determinados productos bajo la dirección de otro corredor; y de reflejar las vinculaciones financieras y las participaciones significativas en su capital (art.33 LMSRP).

3. Los auxiliares externos de los mediadores de seguros y las agencias de suscripción.

La Ley se ocupa también de los auxiliares externos de los mediadores, vinculados con estos por medio de contratos mercantiles de colaboración auxiliar en la distribución de productos de seguros por cuenta de los mediadores; sin que lleguen a tener la condición de mediadores ni puedan asumir funciones propias de los mismos, tales como la asistencia en la gestión, ejecución y formalización de contratos de seguro ni de siniestros (art.8 LMSRP). Con esta figura, la LMSRP pretende

aclarar la confusión generada en el mercado en los últimos años por la actuación de los denominados subagentes¹⁶.

Por último, la Ley se ocupa de las agencias de suscripción que son entidades que desarrollan la actividad de suscripción de riesgos por cuenta y en representación de entidades aseguradoras y reaseguradoras, quienes responderán frente a la Administración de las infracciones cometidas por dichas agencias. Su actividad no se identifica como de mediación de seguros y reaseguros, deberán identificarse como tales con mención de las entidades aseguradoras o reaseguradoras por cuya cuenta actúen y, antes de empezar a actuar en España, deberán comunicar a la DGSFP los poderes de representación que tienen concedidos, así como su revocación (Disp. adic. Tercera LMSRP).

V. CONCLUSIONES.

1ª. La nueva LMSRP de 17 de julio de 2006 armoniza la regulación española de la distribución de los seguros y reaseguros con la normativa comunitaria europea; lo que facilitará la actividad transfronteriza de los mediadores de seguro españoles en otros Estados miembros del Espacio Económico Europeo así como la actividad en España de los mediadores domiciliados en aquellos Estados. Ello resulta especialmente relevante en un mercado de seguros crecientemente globalizado.

2ª. La nueva LMSRP de 17 de julio de 2006 parte de una distinción esencial entre los agentes de seguros, como mediadores que dependen de una o varias entidades aseguradoras y distribuyen entre la clientela las pólizas de seguros creadas por éstas; y los corredores de seguros, como mediadores que deben actuar sin vinculación con las entidades aseguradoras, ofreciendo un asesoramiento independiente a su clientela. Ambos tipos de mediadores son necesarios para conseguir una distribución eficiente de los productos de seguro del mercado asegurador.

3ª. La nueva LMSRP de 17 de julio de 2006 presta una atención especial a los operadores de banca-seguros que está plenamente justificada a la vista de la importancia que las redes bancarias han adquirido en la distribución de los seguros.

¹⁶ Sobre la distinción entre las posiciones de los agentes de seguros y de los subagentes en la anterior legislación, ver STS (4ª) 02.07.2001, RJ 2001/ 6849, 6850 y 7303 y 11.17.2001, RJ 2001/5920, etc. V. Quintans Eiras, R., "Naturaleza jurídica de la relación de subagencia de seguros (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2002, RJ 5286)", RES 118, 2004, pág. 251 y ss.

APUNTES ANTE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE LAS OPAS EN ESPAÑA

Juan Sánchez-Calero Guilarte

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

1.	OPAS Y LEGISLACIÓN	23
2.	DE LA REGULACIÓN Y SU REFORMA A PARTIR DE LA EXPERIENCIA	25
3.	LA POSICIÓN DE LA CNMV	26
4.	LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA	27
5.	OPAS PARCIALES Y COMPETIDORAS	28

1. OPAS Y LEGISLACIÓN

Hace pocos meses el Gobierno español aprobó un Proyecto de Ley por el que se procedía a una nueva reforma de la Ley del Mercado de Valores (LMV) motivada principalmente por la incorporación de varias Directivas europeas aprobadas en los últimos. Una de esas Directivas, quizás la más importante desde el punto de vista de la política legislativa, es la Directiva 2004/25/CE, de 21 de abril de 2004, relativa a las Ofertas Públicas de Adquisición -OPAs- (DOUE L, 142, de 30 de abril de 2006, p. 12 y ss.). Se trata de una Directiva que ha sido objeto de una muy larga discusión en el seno del Parlamento Europeo, cuyo resultado ha tenido que ajustarse a un complejo equilibrio entre las distintas posiciones impuestas por los Estados miembros. Es una Directiva de mínima armonización y que deja amplios ámbitos de decisión a las legislaciones nacionales. A partir de esa nota de actualidad legislativa, las que siguen son algunas breves reflexiones sobre el papel que la regulación puede jugar con respecto a las OPAs.

La aproximación más extendida a las OPAs como operaciones empresariales y bursátiles (al ser operaciones de mercado que se proyectan sobre el control de grandes empresas) suele subrayar la conveniencia de que proliferen. Las OPAs ponen de manifiesto que las Bolsas son genuinos mercados de control corporativo y que una abundancia de este tipo de operaciones atraerá a un mayor número de inversores.

Es también un lugar común aquél que afirma que la utilización de las OPAs guarda alguna relación con las condiciones que a estas operaciones impone la legislación respectiva de cada país. Frente a ello, lo cierto es que asistimos en estos últimos años a una presentación creciente de OPAs sobre distintas sociedades, sin que se hayan producido cambios sustanciales en el ordenamiento español aplicable. Este hecho incuestionable podría significar que la pretendida influencia decisiva de la legislación en el desarrollo de las OPAs es relativa. Puede pensarse que el crecimiento de operaciones de esta naturaleza está relacionado en mayor medida con los cambios que se producen en la estructura de propiedad de las sociedades cotizadas. Cambios que tuvieron su origen en la mayoría de los casos en el abandono por los grandes bancos privados españoles de sus participaciones significativas en sociedades cotizadas, de tal manera que en el lugar que ocupaban tradicionalmente como accionistas de control se han introducido nuevos accionistas. Estos nuevos accionistas son los autores de buena parte de las OPAs, y suelen a su vez llevar a cabo esas operaciones en el marco de estrategias sectoriales relativamente previsibles.

En primer lugar, nos encontramos con OPAs formuladas por sociedades extranjeras europeas al amparo de la libre circulación de capitales. En segundo término, también es frecuente ver como algunas de esas OPAs están motivadas por políticas de crecimiento de empresas constructoras o de servicios, que a través de estas operaciones lo que están buscando es llevar a cabo una diversificación de su actividad en sectores distintos del estrictamente inmobiliario o de la construcción.

Pero volviendo al debate legislativo, persiste el enfoque a favor o en contra de endurecer o flexibilizar la legislación de

OPAs como si éste fuera el factor decisivo a la hora de impulsar u obstaculizar este tiempo de ofertas. Se han cumplido más de quince años ya de vigencia del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, que regula las OPAs. Se trata del desarrollo reglamentario de los principios que en relación con estas operaciones establecía el art. 60 LMV. Principios que son sencillos y que no deben perderse de vista: se trata de obligar a quien quiere adquirir el control de una sociedad y está dispuesto a pagar una prima por ello, a dirigir su oferta al conjunto de los accionistas y no sólo a los accionistas mayoritarios. Las OPAs son, ante todo, un instrumento de igualdad de trato de los accionistas.

2. DE LA REGULACIÓN Y SU REFORMA A PARTIR DE LA EXPERIENCIA

La regulación de las OPAs resulta compleja en su planteamiento y en su reforma. Se trata de una normativa que mejora en función de la experiencia, en especial a la vista de las situaciones imprevistas que, en no pocas ocasiones, acompañan al lanzamiento de una determinada OPA. Buena parte de las reformas reglamentarias han tenido su origen en casos concretos de operaciones frustradas o realizadas en condiciones poco satisfactorias (por el precio o el alcance) o polémicas.

También se trata de una normativa que muchas veces reproduce el debate propio de los mercados de valores entre la conveniencia de una mayor o menor regulación. Creo que al respecto no puede ignorarse que estamos ante la regulación de un deber legal. Se trata de imponer el deber de ofrecer públicamente la compra de valores a quién, si no fuera por esa imposición legislativa, no lo haría. Se quiere que el cambio de control en una sociedad cotizada no sea sencillamente la ejecución de un pacto bilateral, sino el resultado de un procedimiento en el que, al menos parcialmente, puedan participar todos los accionistas de esa sociedad beneficiándose en términos paritarios y proporcionales de la conocida como "prima de control". Pienso, en suma, que el Real Decreto de 1991 que será reformado una vez que se apruebe la Ley actualmente discutida en nuestro Parlamento, ha mejorado y lo seguirá haciendo de forma particular a partir de

la experiencia en cuanto a determinados aspectos de las OPAs, pero mantendrá siempre el mismo principio: se trata de una normativa imperativa que limita la posibilidad de transmisión de participaciones significativas en sociedades cotizadas al margen de la oferta pública.

Precisamente porque las OPAs son operaciones complejas, en su preparación y en su ejecución no sólo intervienen empresas, sino que éstas van acompañadas por equipos de asesores más o menos numerosos pero siempre cualificados. Se trata de asesores financieros y jurídicos que buscan siempre la forma idónea para que el objetivo de adquirir el control de una sociedad cotizada conlleve las menos cargas financieras para su cliente, se realice con el mejor precio posible y, además, se consiga ejecutar de acuerdo con la menor onerosidad posible dentro de la legislación aplicable, incluso eludiendo la formulación obligatoria de una OPA. De forma que estamos ante la repetición de operaciones en las que muchas veces lo que se busca no es tanto cumplir la Ley conforme a sus principios, sino cumplirla en su literalidad y no ir más allá. Esto hace que muchas situaciones no habían sido previstas por el legislador al redactar el Reglamento de las OPAs. Sólo la experiencia aislada o repetida será la que denuncie la existencia de una laguna o de un error de planteamiento del legislador que debe de ser corregida.

3. LA POSICIÓN DE LA CNMV

Las reformas esperadas obedecen a esta causa. Pero creo que es una pretensión vana la de quien espere que en un momento determinado exista una reglamentación suficientemente detallada como para contemplar todas las hipótesis que pueden darse en relación con el lanzamiento de una OPA. Es ante el reconocimiento de esa limitación de la legislación donde cobra toda su importancia el papel de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) como organismo encargado de aplicar y de interpretar ese Reglamento. En este aspecto la actuación de la CNMV ha mejorado en los últimos años en una característica determinante como es la de la transparencia.

En los mercados más desarrollados, precisamente por la variedad y complejidad de situaciones que cabe imaginar y que

no han sido previstas por el legislador, conocer los criterios de la autoridad encargada de supervisar el mercado de las OPAs es un elemento decisivo de seguridad jurídica para todos los implicados. Por eso es tan importante que el criterio que se ha manejado con una determinada OPA a la hora de autorizarla o de rechazarla sea conocido por quienes pudieran en un momento posterior plantearse otra OPA de idéntica o similar naturaleza. La CNMV no ha sido siempre partidaria de dar publicidad a la motivación de sus decisiones, pero en los últimos años ha optado por facilitar con todo detalle la motivación jurídica de sus decisiones en relación con determinadas OPAs. Iniciativa que no puede sino ser elogiada y que, además es coherente. La exigencia de transparencia a las sociedades cotizadas cobra autoridad cuando el propio órgano supervisor es el que predica con el ejemplo.

4. LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA

El régimen de las OPAs tiene como su fundamento principal la determinación de lo que se entiende por participación significativa. Es notorio que una norma que pretende establecer un deber de especial importancia y que lo hace en relación con mercados muy activos tiene que buscar criterios objetivos a la hora de perfilar el presupuesto básico del deber de lanzar una OPA con carácter obligatorio. Por eso la legislación de las OPAs ha prestado gran atención a cómo se definía la participación significativa. Tradicionalmente, esta participación se cifraba a partir de un determinado porcentaje del capital social o de los derechos de voto, y la norma luego se iba desarrollando de tal manera que contemplara todas las hipótesis de titularidad o control de esos derechos de voto, de manera que no se permitiera eludir el deber de formular una OPA a quienes sin ser aparentemente los titulares de esa participación significativa, lo eran desde un punto de vista material.

Lo que provocó una profunda reforma de la definición de la participación significativa en el Real Decreto 1197/1991 fue la sucesión de operaciones corporativas que compartían una

característica común: servían para la desinversión por parte de entidades de crédito de participaciones que se quedaban al borde del límite porcentual establecido como presupuesto para el lanzamiento de una OPA, pero de las que resultaba indudable que conllevaban la adquisición del control. Así, en el año 2003, varias empresas cambiaron de manos desde sus antiguos propietarios –bancos privados– a sus nuevos titulares, sustancialmente compañías inmobiliarias. Por eso la reforma que se inició en aquel momento se inspiraba en la consideración del control de una sociedad cotizada no simplemente sobre la base del porcentaje de capital o derechos de voto poseídos, sino también tomando en consideración la capacidad de designar a un determinado número de miembros del Consejo de Administración. De esta manera, ya no sólo el capital o los derechos de voto derivados de la tenencia de acciones resultaban el criterio decisivo sino que lo era el poder efectivo, aquél que se vislumbra en la composición del órgano encargado de la gestión y representación de la sociedad y en el establecimiento de mayorías en su seno.

5. OPAS PARCIALES Y COMPETIDORAS

El sistema español ha venido tolerando hasta ahora OPAs parciales, es decir aquéllas en las que se autoriza que el oferente limite el porcentaje de valores que pretende adquirir. Esta limitación tiene siempre su origen en el hecho de que no se quiera pasar por medio de la OPA más allá de un determinado porcentaje en el capital de la sociedad afectada, mientras que si por ejemplo se fuera a superar el 50% del capital como resultado de la OPA, ésta tendría que lanzarse sobre el 100% del capital.

La experiencia ha demostrado que las OPAs parciales tienen un aspecto positivo y otro negativo. El primero pasa por el hecho de que en un mercado de capitales en el que no abundan los grandes inversores capaces de llevar a cabo operaciones corporativas de cierta dimensión, la formulación de una OPA parcial sobre un porcentaje limitado en el capital de la sociedad cotizada aparece como una solución razonable para fomentar que se produzcan intentos de adquisición del control, toda vez que es dudoso que pudiera darse igual número de éstas si se exigiera que se formularan sobre la totalidad del capital social.

El aspecto negativo es el que ha provocado que a través de las OPAs parciales se iniciará una pugna entre posibles oferentes a través de las ofertas competidoras, dando lugar a una confusión en los mercados y a una realización de OPAs en donde se estaba ante una suerte de juego en el que se vigilaban atentamente los competidores, pero con limitados beneficios para los inversores.

Como consecuencia, entre otras causas de la insatisfacción que provocaban las ofertas parciales, nos encontramos con que se produjo en nuestro ordenamiento la reforma también del régimen de las ofertas competidoras. En lugar del sistema anterior que favorecía de una manera notable a quien era el primer oferente entre las varias ofertas competidoras, el actual sistema ha buscado un método objetivo y contundente en el que a todos los oferentes se les ofrece una igual posibilidad de mejora de su OPA. Este sistema, conocido como el del sobre cerrado, consiste en algo tan sencillo como en que, habiéndose producido varias OPAs que hubieren sido autorizadas por la CNMV, se convoca entonces a todos los oferentes para que en una misma fecha presenten en un sobre cerrado, es decir, sin conocer los términos de las ofertas mejoradas de los competidores, su mejora. En algunas OPAs recientes en las que se ha acreditado la utilidad del nuevo sistema adoptado.

Las deficiencias del sistema español en virtud de estas OPAs parciales que antes he explicado van a desaparecer en todo caso una vez que la incorporación de la Directiva comunitaria provoque que sólo puedan presentarse OPAs sobre la totalidad del capital de la sociedad afectada. Esto va a tener como principal consecuencia la de limitar la capacidad de actuar como oferentes a aquellos inversores con una especial capacidad financiera, pero al propio tiempo va a beneficiar a todos los accionistas de una misma sociedad.

En todo caso, lo que será evidente es que con la regulación prevista se inicia una nueva etapa en el mercado español de OPAs.

Septiembre 2006

EL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN

Francisco Zambrano Borrero

**El autor es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la
Universidad de Panamá, posee una Maestría en Derecho
Privado de la Universidad de Chile y un Doctorado en
Derecho de la Universidad Católica Santa María La Antigua**

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	31
I. EL CONTRATO DE ADHESIÓN.....	32
II. EL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO CONTRATO DE ADHESIÓN	34
CONCLUSIONES.....	39

INTRODUCCIÓN:

El panameño es un consumidor por naturaleza. Hoy por hoy vivimos en un mundo moderno en donde se necesita de artículos esenciales para la vida diaria, ya sea, para la alimentación, vestimenta, etc., lo que se conoce como materias primas. Debido a dichas necesidades, se han creado los grandes monopolios empresariales dedicados a vender sus productos en una forma desequilibrada, trayendo más beneficios para los empresarios que para los consumidores. Así las empresas, que son las económicamente más fuertes, se aprovechan de esto para someter sus artículos a los débiles que son los consumidores. Aquí es donde surgen los contratos de adhesión que se encuentran vinculados con la denominada sociedad de consumo y ésta se relaciona a su vez, estrechamente, con la gran empresa y la constante tendencia a la producción de bienes y servicios.

La especialización del trabajo hace que día tras día los individuos y los diferentes sectores de la población generen nuevas necesidades de producción, distribución y consumo, tecnificando en máximo grado a la economía, lo cual elimina la singularización del mercado. Los fenómenos de la singularización o de la colectivización no obedecen al capricho de los individuos, sino a la absoluta necesidad de resolver sus problemas. De allí

surgen todas las actividades mercantiles y a ello no escapa el contrato de suministro.

Cuando las cosas objeto del contrato de suministro son cosas genéricas como la electricidad y el teléfono, dicho contrato pasa a ser un contrato de adhesión en donde los consumidores se van a ver desprotegidos en ciertas situaciones en que resultan afectados. Por eso, el Estado y el legislador no han podido ser indiferentes frente a los abusos de que son objeto los consumidores y han llegado a la creación de normas o leyes que les brinden la protección que tanto necesita la masa económicamente más débil (consumidores) frente a el sector económicamente más fuerte (empresarios).

I. EL CONTRATO DE ADHESIÓN

El contrato de adhesión es un contrato que ha surgido al mundo jurídico como consecuencia de las relaciones socioeconómicas, constituyendo una de las formas más importantes en la transformación de la técnica del contrato.

El contrato de adhesión es un contrato por medio del cual una de las partes, que es la económicamente más fuerte, favorece o impone sus condiciones, de manera técnica y compleja, a la otra parte que es la económicamente más débil. Esta parte que es la económicamente más débil tiene dos opciones, o se adhiere al contrato o no lo hace. Lo que se conoce en la doctrina norteamericana como *lo tomas o lo dejas, take it or leave it*. Es obvio que el más fuerte siempre va a imponer su voluntad y la ley del contrato al más débil, a su arbitrio y de forma unilateral, viéndose la parte débil en la necesidad de aceptar generalmente dicho contrato.

Así se ha dicho que el contrato de adhesión es:

"aquel en que la redacción de sus cláusulas corresponde a una sola de las partes, el predisponente, mientras que la otra debe concretarse a aceptarlas o rechazarlas, sin poder modificarlas"⁽¹⁷⁾.

¹⁷ Mosset, Jorge. "Contratos". Ediar S.A. de Editores, Buenos Aires, 1978.

El contrato de adhesión no tiene como finalidad la justicia contractual, al contrario, presenta el gran inconveniente que atenta peligrosamente contra la igualdad jurídica de los contratantes, ya que la mayoría de las modalidades que puede presentar afectan el principio de la libertad contractual debido a que es un contrato que se caracteriza por no ser un resultado de libre discusión entre las partes.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de adhesión, en la doctrina ha habido contraposiciones al respecto. Hay autores que consideran que el contrato de adhesión es un real y verdadero contrato, ya que en el mismo se da la concurrencia de la voluntad. Es la voluntad común la que da origen a la relación de derecho creado entre el oferente y el que se adhiere a dicha oferta.

Otros autores consideran que el contrato de adhesión, de contrato, sólo tiene el nombre porque es sólo una de las partes la que expresa su voluntad y la otra lo que hace es adherirse a la voluntad del oferente y no a la oferta.

Una tercera postura considera que el contrato de adhesión tiene una posición intermedia porque se trata de un negocio con base contractual y fondo reglamentario en donde una de las partes impone sus condiciones a la otra obligando al legislador a intervenir para asegurar la protección del débil.

Podemos afirmar que el contrato de adhesión es un contrato real, ya que si bien es cierto que la parte fuerte impone las condiciones del contrato, la parte débil expresa también su voluntad de llevar a cabo ese contrato por medio de la suscripción del mismo, lo que hace que surta efectos entre ellas, bajo la regulación jurídica por parte del Estado.

Ahora que conocemos el concepto como la naturaleza jurídica del contrato de adhesión, podemos deducir qué contratos se consideran como contratos de adhesión y así mencionamos los contratos de seguro, contratos de transporte, contratos bancarios y contratos de suministro (electricidad y teléfono), siendo este último el objeto de nuestra atención.

II. EL CONTRATO DE SUMINISTRO COMO CONTRATO DE ADHESION.

El contrato de suministro se caracteriza por estar dentro de una de las clasificaciones más grandes de los contratos en donde se habla de contratos sucesivos o ejecución sucesiva y contratos de ejecución instantánea.

Los contratos sucesivos se pueden ejecutar por medio de prestaciones sucesivas y continuas en cambio, los de ejecución instantánea se ejecutan de una vez y en forma global. Nuestro punto de interés, que son los contratos de suministros en cuanto a electricidad y teléfono, pertenecen a la categoría de contratos sucesivos en donde existe una creación continua y una ejecución también continua o sucesiva de las obligaciones derivadas del contrato.

Estos contratos que son conocidos como de duración, se caracterizan en que el interés de las partes recae en el hecho de que la prestación se prolongue en el tiempo debido a que esa prestación responde a una necesidad estable, además de que la causa en este tipo de contrato no consiste en asegurar a las partes una prestación única aunque realizada en momentos diversos, sino en asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continua.

A qué ámbito del derecho pertenece el contrato de suministro. Tomando en cuenta las características de continuidad y periodicidad, podemos llegar a la lógica deducción de que el contrato de suministro pertenece al ámbito del derecho mercantil. Si el suministrado busca la seguridad de que dispondrá de la cosa que requiere en un momento determinado por un precio determinado de antemano, para satisfacer esa necesidad con toda exactitud y puntualidad, se requiere de una organización adecuada en el que proporciona el suministro.

Mirando la otra cara de la moneda, las empresas comerciales también necesitan tener la seguridad de que los materiales y productos que requieren para poder operar, les serán proporcionados oportunamente. Debido a esto es que suponemos la necesidad evidente de la existencia de la empresa, tanto en el suministrador como en el suministrado por lo que el contrato se considera mercantil en ambos lados.

Nuestro Código de Comercio, en su artículo cuarto nos dice que:

“Art. 4: Si el acto es comercial para una de las partes, todos los contrayentes quedan sujetos a la ley mercantil en cuanto a las consecuencias y efectos del acto mismo”¹⁸.

El fundamento último del contrato de suministro es de carácter netamente económico desde el momento en que una de las partes, la oferente recibe una prestación económica por los servicios y el suministrado en la seguridad de recibir el servicio periódicamente.

Para Joaquín Garrigues:

"esa seguridad en la satisfacción de las necesidades del suministrado se consigue mediante la disponibilidad del objeto del suministro en forma parecida a lo que sucede en un contrato de apertura de crédito. La diferencia estriba en que en éste la disponibilidad se refiere al dinero o a los medios que permiten obtenerlo, mientras que en el suministro se refiere a cosas o energías inmateriales. En definitiva, el suministrador colabora económicamente con el suministrado, pero a diferencia de lo que ocurre en los contratos onerosos en general, en éste la colaboración económica se adapta elásticamente a las exigencias del momento y sólo las empresas están capacitadas para atender esta disponibilidad mediante una organización especial que les permita cumplir con las prestaciones en el momento preciso, dando así satisfacción a los deseos de seguridad en cuanto al momento, a la cuantía y al precio de las prestaciones" (¹⁹).

En cuanto a las necesidades constantes podemos decir que son aquellas que llegan a todos los sectores sociales dando la posibilidad de convertirse en servicio público el suministro destinado a satisfacerlos. Hablamos de suministros esenciales

¹⁸ Código de Comercio de Panamá. Mizrachi & Pujol, S.A., Panamá, 2001.

¹⁹ Garrigues, Joaquín. "Los Contratos Bancarios". Madrid 1958, pág. 418-419.

en el mundo moderno como son la electricidad y el teléfono. Otro aspecto económico del suministro es el que se refiere a las necesidades menos difundidas y más especializadas que son las que afectan a ciertas empresas con respecto a la obtención de materias primas o de otros elementos de fabricación o de venta.

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de suministro, algunos autores consideran que es un contrato aleatorio, sobre la base del elemento transcurso del tiempo, lo cual es considerado un elemento esencial del contrato.

Según Vivante:

"transcurso del tiempo que es esencial en el contrato y que puede ocasionar un distanciamiento de los precios del mercado frente al precio del contrato en el momento de su ejecución"⁽²⁰⁾.

Otra parte de la doctrina considera que:

"se trata de un contrato conmutativo y que el económico que puede ocasionar la oscilación del precio de las mercancías es inherente a todo contrato cuando las prestaciones están destinadas a sucederse en el tiempo"⁽²¹⁾.

La opinión anterior estima que el contrato puede convertirse en aleatorio en casos excepcionales por ejemplo si se acuerda que el precio permanecerá invariable, cualquiera que sean las circunstancias en que se realicen las entregas sucesivas.

Otra parte de la doctrina piensa que el contrato de suministro es un contrato fiduciario y ellos toman como base el elemento confianza que necesariamente ha de existir en todos los contratos de ejecución sucesiva. Esta posición no ha tenido gran acogida ya que en los contratos fiduciarios el elemento confianza es fundamental pero el acreedor no dispone de medios jurídicos para exigir el cumplimiento de la contraparte, en manos de quien se ha entregado totalmente confiado que cumplirá lo que no sucede en el contrato de suministro.

²⁰ Vivante, Cesare. "Tratado". Tomo I Milán, 1965 pág 104.

²¹ Corrado y Giannatasio, citados por Garriguez, pág. 415 (nota 58).

Con respecto a la forma, el contrato de suministro viene aparejado con el carácter general de la mayoría de los contratos mercantiles, en cuanto a que hay una libertad absoluta de forma, lo que tiene como significado que en el momento en que el suministro llegue a tener poca entidad económica, se podrá contratar de palabra y por escrito, en caso contrario.

El contrato de suministro viene a ser un contrato de adhesión cuando los suministrados son muy numerosos y dicho contrato está impreso y con condiciones generales impuestas unilateralmente por la empresa suministradora como por ejemplo en los casos de suministro de energía eléctrica y teléfono. Si el suministro tiene el carácter de servicio público o constituye un monopolio legal, estas condiciones generales deberán previamente ser sometidas a la aprobación de la administración pública, la que decide la materia de las tarifas ofrecidas al público y el precio de cada una de ellas.

Esto nos lleva a la conclusión que el contrato de suministro lo podemos definir desde el punto de vista mercantil como aquel por el cual una de las partes se obliga a proveer o dar ciertas cosas muebles, de una vez o de manera periódica, a la otra parte que en este caso es la comunidad, o sea, el gran número de personas en la comunidad, que a su vez se obliga a pagarle en dinero a la parte proveedora.

Garrigues lo define:

“como el contrato por el que una empresa (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en épocas y cantidad fijada en el contrato o determinadas por el acreedor de acuerdo a sus necesidades. ⁽²²⁾”.

En los contratos de suministro se justifica la intervención del Estado, ya que es necesario proteger a los usuarios del servicio público concedido debido a que son servicios públicos

²² Garriguez, Joaquín. "Curso de Derecho Mercantil". 8 ° Ed. Madrid, España Aguirre, 1983, tomo 2, pág. 95.

indispensables para el individuo en su diario vivir, lo que hace que cada uno de los miembros de la colectividad pueda utilizar tales servicios en condiciones iguales y sin trabas de ninguna especie.

En estos contratos la autoridad pública establece las cláusulas contractuales que permitan la rapidez y la menos onerosidad del servicio público. Es así, que al otorgar la concesión de un servicio público, la autoridad estatal tiene el derecho y la obligación de reglamentar las condiciones en que se realice la explotación. Las tarifas también deben ser fijadas por el poder público y si no es en forma extrema, al menos debe, dicho poder, fijar algunas líneas o controles a los cuales deben ajustarse los concesionarios.

Los servicios de suministros de electricidad y teléfono se encuentran sometidos a las mismas reglas de fiscalización en las condiciones de explotación y de fijación de tarifas.

Los suministros de teléfono y energía eléctrica se encuentran reglamentados en Panamá por ley y fiscalizados por una institución estatal, la cual tiene dentro de sus obligaciones otorgar concesiones y permisos, velar por todo lo referente a la caducidad, transferencias, extinción, explotación de las concesiones, fijación de las tarifas, entre otras. La fiscalización corresponde a la Autoridad Nacional de Servicios Públicos, institución del Estado amparada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, el cual reorganiza la Estructura y Atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos y otras disposiciones creadas por la Ley 26 de 29 de enero de 1996, modificada por Ley 24 de 30 de junio de 1999 y Ley 15 de 2 de julio de 2001.

La intervención del Estado procura, en la mayoría de los casos, la conciliación de los intereses de la empresa y el de los usuarios, pensando en la necesidad de estimular por un lado los intereses de los empresarios para cuyo objeto no ha vacilado en resguardarlo asegurándole una utilidad mínima y de otro lado sometiendo las condiciones de explotación a su autoridad para asegurar el interés del usuario.

Finalmente podemos afirmar que en los casos en que los suministrados son numerosos, el contrato estará impreso o pre-redactado por las empresas concesionarias que se pondrán de

acuerdo en la adopción o fijación de las cláusulas fundamentales que posteriormente se repetirán en cada uno de los contratos individuales que se pacten con los usuarios a los cuales se les impondrán estas cláusulas por voluntad unilateral de la empresa concesionaria revirtiendo la forma de contratos de adhesión.

En cambio si el suministro tiene el carácter de un servicio público o de monopolio legal, las condiciones generales deberán ser aprobadas por el poder público, dando paso a una doble adhesión: de los suministradores a las condiciones generales establecidas o impuestas por el poder público y del suministrado a las indicadas condiciones generales que les son impuestas obligatoriamente y en forma unilateral por la empresa suministradora.

CONCLUSIONES

1. El contrato de adhesión es un contrato standard en donde la parte más fuerte siempre impone las condiciones y cláusulas del contrato sobre la parte débil quien va a aceptar o rechazar dicho contrato.
2. El contrato de adhesión es un contrato real ya que ambas partes expresan su voluntad de celebrar el contrato.
3. El contrato de suministro cuando se trata de cosas genéricas como la electricidad y el teléfono, es considerado con un contrato de adhesión.
4. Los contratos de suministros de electricidad y teléfono, pertenecen a la categoría de contratos sucesivos en donde existe una creación y ejecución continua de las obligaciones derivadas del contrato.
5. El contrato de suministro pertenece y se define dentro del ámbito del derecho Mercantil.
6. El contrato de suministro tiene como fundamento último un carácter netamente económico.
7. Los consumidores nacen a la vida jurídica en razón de un acto jurídico oneroso como el contrato de adhesión en donde pueden ser objeto de abusos.
8. El Estado y el legislador intervienen para crear leyes en materia de regulación de los contratos de suministro.

ASPECTOS JURÍDICOS DEL REGISTRO DE VALORES ANTE LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES (CNV)

Carlos A. Barsallo P.

Abogado

Comisionado Presidente

Comisión Nacional de Valores (CNV)²³

SUMARIO

LOS MERCADOS DE VALORES SON UNA PARTE IMPORTANTE DE UN SISTEMA FINANCIERO EFICIENTE.....	43
LA REGULACION DE LOS MERCADOS DE VALORES.....	44
ANTECEDENTES.....	44
PRINCIPIOS	44
IMPORTANCIA Y ALCANCE DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES.....	45
EL REGISTRO DE VALORES: COMPETENCIA CNV	46
NORMATIVA REGULADORA DEL REGISTRO DE VALORES E INFORMES DE EMISORES O PERSONAS REGISTRADAS.....	46
TIPOS DE REGISTROS	47
CONSECUENCIAS DE NO REGISTRAR LOS VALORES EN LA CNV	51
PROCEDIMIENTO DE REGISTRO	52
LA SOLICITUD DE REGISTRO Y EL PROSPECTO	53
EL PROSPECTO.....	53
PROSPECTO PRELIMINAR Y PROSPECTO DEFINITIVO	54
EL FORMULARIO RV-1	54
FUNCIÓN JURÍDICA DEL PROSPECTO.....	57

²³ Las opiniones vertidas son personales y no reflejan ni comprometen la posición de la Comisión Nacional de Valores de Panamá y ni del personal que en ella labora. Trabajo preparado en Noviembre de 2005 para presentación en seminario organizado por el Órgano Judicial de Panamá.

JURISPRUDENCIA PANAMEÑA	56
LA DEBIDA DILIGENCIA.....	60
PLAZO PARA ATENDER LA SOLICITUD.....	62
FIRMA DE LA SOLICITUD DE REGISTRO.....	64
CAUSALES PARA EL RECHAZO DE UN SOLICITUD DE REGISTRO DE UN VALOR	66
EFFECTOS JURIDICOS DEL REGISTRO: NEUTRALIDAD	66
TRABAJO DE LA CNV: JUICIO DE SUFICIENCIA, VEROSIMILITUD Y COHERENCIA.....	68
LA FUNCIÓN DE LA CNV EN MATERIA DE REGISTRO DE VALORES Y LA JURISPRUDENCIA PANAMEÑA.....	69
EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA	70
EMISORES EXTRANJEROS	75
JURISDICCION RECONOCIDA	76
OBLIGACIONES DE LOS EMISORES DE VALORES EN EL CASO DE JURSDICCION RECONOCIDA.....	78
DISEMINACIÓN DE LA INFORMACIÓN. LA CNV UN REGISTRO DE ACCESO PÚBLICO. DEBER DE LA CNV	78
OPINION DE ASESOR LEGAL INDEPENDIENTE.....	80
TERMINACIÓN DEL REGISTRO DE VALORES	82
CONDICIONES NECESARIAS PARA LA TERMINACION DEL REGISTRO	82
PROCEDIMIENTO	83
DEBERES DE LOS EMISORES	83
VALOR REGISTRADO IMPLICACIONES.....	86
MODIFICACION DE TERMINOS Y CONDICIONES DE VALORES REGISTRADOS	87

LOS MERCADOS DE VALORES SON UNA PARTE IMPORTANTE DE UN SISTEMA FINANCIERO EFICIENTE.

Sistemas financieros eficientes tienen un rol de suma importancia en promover el desarrollo de un país. Los mercados de valores son una parte importante de un sistema financiero eficiente. La lógica indica entonces que los mercados de valores juegan un rol importante en promover el desarrollo.

¿Por qué? Los mercados de valores ofrecen intermediación financiera para instrumentos de deuda y acciones asegurando la mayor competencia entre las fuentes de financiamiento y por lo tanto mayor eficiencia.

La tendencia mundial refleja que países con distintos niveles de desarrollo están promoviendo sus mercados de valores con la esperanza que esos esfuerzos se verán reflejados en términos de crecimiento económico más rápido.

¿Para que sirven los mercados de valores? Los mercados de valores son un medio para hacer inversiones a largo plazo y reconciliar las necesidades de los inversionistas con las de las compañías que se cotizan públicamente. Estas necesidades, en apariencia contradictorias, se reflejan, por ejemplo, en que las compañías necesitan grandes sumas de dinero para desarrollar sus proyectos, mientras que los inversionistas generalmente desean invertir sumas menores; las compañías necesitan capital a largo plazo, mientras que los inversionistas individuales desean la seguridad de una fácil salida y liquidez a su inversión y, la contradicción más interesante consiste en que las compañías requieren el menor costo de capital mientras que los inversionistas aspiran a los más altos retornos.

El mercado de valores permite la suma de un gran número de inversionistas con pequeñas inversiones convirtiéndolas en las sumas requeridas por las compañías. Las acciones pueden ser negociadas en el mercado secundario permitiendo la fácil salida y liquidez y el tema de bajo costo versus el alto retorno se resuelve en el mercado donde la compañía ofrece el retorno que la hace atractiva para los inversionistas.²⁴

²⁴ Carlos A. Barsallo P. ¿Qué tan importante es para el país el desarrollo del mercado de valores?, ¿Cuales son las ventajas para una empresa en ser pública? Y ¿Cuál es el rol de los contadores en el mercado de valores? Suplemento del Colegio de Contadores públicos autorizados de Panamá.

LA REGULACION DE LOS MERCADOS DE VALORES

Los objetivos de la regulación del mercado de valores de conformidad con la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO, por sus siglas en inglés) son: La protección a los inversionistas; el asegurar que los mercados de valores sean justos, eficientes y transparentes y la reducción del riesgo sistémico.

ANTECEDENTES

Mediante el Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999 se aprobó la legislación que crea la Comisión Nacional de Valores y regula el mercado de valores en Panamá.

PRINCIPIOS

Los principios fundamentales del derecho del mercado de valores son:

Principio de control del mercado. La CNV es directamente competente en cuanto a las normas de desarrollo sobre ofertas públicas de valores. A la CNV le corresponde el registro del prospecto informativo y demás requisitos de las ofertas públicas, pero sin que dicho control implique autorización de la emisión, ni garantía económica de la misma, dado que la CNV no efectúa un juicio de valor sobre la situación económica del emisor ni sobre las características económicas de los valores objeto de la oferta pública²⁵.

Principio de protección al inversionista: Los inversionistas deben quedar protegidos frente a actuaciones fraudulentas de cualquier persona que actúe en el mercado.

²⁵ **Hubert de Vauplane, Jean Pierre Bornet. Droit des marches financiers. Litec 1998.** Pagina 124 y 125 En el derecho francés la visa que otorga la COB (la *commission des operations de bourse*) constituye un acto de autorización y no una simple medida informativa. Es un acto indispensable en procedimiento del llamado al público, hace una parte integrante. El presidente de la COB puede requerir al presidente del tribunal de gran instancia de París la suspensión de suscripción y de pagos y la anulación de las operaciones efectuadas sin la obtención de esa visa. Para el derecho francés el otorgamiento de la visa no se limita a un simple control formal de la información por la COB, ésta certifica que han sido verificados la pertinencia y coherencia de la información, sin dar una apreciación sobre la oportunidad de la operación o sobre lo bien fundado de sus modalidades.

Principio de amplia información: Los inversionistas han de disponer, o tener al menos, disponibilidad de una amplia información sobre las entidades que pretendan emitir valores y sobre las características de estos con la finalidad de que puedan tomar sus decisiones sobre la base de datos contrastados y fiables. Los principios de la protección al inversionista y de información se ven reflejados en forma concreta y fundamental en el prospecto informativo.²⁶

Principio de igualdad: Los inversionistas que reúnan características análogas han de ser tratados de forma igualitaria, sin discriminaciones entre ellos²⁷

IMPORTANCIA Y ALCANCE DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE VALORES.

Como bien ha señalado el tratadista español Fernando Sánchez Calero: “Su innovación,...trasciende el ordenamiento de los mercados de valores y nos sitúa ante algunos problemas de particular interés desde una perspectiva más amplia..... por ejemplo, a la introducción de principios normativos con incidencia directa en el funcionamiento de las sociedades anónimas... Se legitima así la irrupción del Derecho administrativo en el ámbito de la legislación societaria, en lo que es una manifestación de la construcción del Derecho del mercado de valores como un ordenamiento específico, en que las normas mercantiles ceden ante el empuje de las disposiciones administrativas que se inspiran en la defensa de intereses generales.”²⁸

²⁶ Exposición de motivos del código de mercado de valores mobiliarios portugués de 1991: Es evidente que la ley no puede ni debe pretender que el mercado funcione como tutor del inversor, sea cual fuere su nivel de cultura y de conocimiento en materia de valores mobiliarios, a fin de evitar que tome equivocadas decisiones de inversión, pero puede y debe asegurarle la información necesaria para habilitar a un inversor de conocimientos y vigencia media a tomar por si mismo una decisión correcta.”.

²⁷ **José Enrique Cachón Blanco. Requisitos de la emisión de valores.** Régimen jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta (OPVs) de valores. Comentario sistemático del Real Decreto 291/1992. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, 1995, página 100.

²⁸ **Fernando Sánchez Calero Presentación de la obra Régimen jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta (OPVs) de valores.** Comentario sistemático del Real Decreto 291/1992. Centro de Documentación Bancaria y Bursátil. Editoriales de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, 1995, página 8.

EL REGISTRO DE VALORES: COMPETENCIA CNV

Las ofertas de valores al público son objeto de minuciosa regulación por los poderes públicos en todos los países. Se entiende que los intereses de los inversores son un bien jurídico a proteger, y que la mejor manera de hacerlo es estableciendo un procedimiento reglado para hacer llegar a los posibles compradores toda la información necesaria para que se forme un juicio acertado y para que se respeten las condiciones de la oferta. Pero no basta con que exista un procedimiento reglado, además debe existir un organismo encargado de verificar que se cumple con él y de sancionar administrativamente o remitir a la vía judicial, en caso de que se cometan infracciones.²⁹

NORMATIVA REGULADORA DEL REGISTRO DE VALORES E INFORMES DE EMISORES O PERSONAS REGISTRADAS³⁰

- Decreto Ley 1/1999 Artículos 69 a 90.
- Acuerdo 6-2000 y sus reformas. Registro de valores. Procedimiento para la presentación de solicitudes de registro de valores y de terminación de registro - **Modificado por Acuerdos 15-2000, 18-2003 y 8-2004** - Gaceta Oficial No. 24.059 - Fecha Gaceta Oficial 24 de Mayo de 2000
- Acuerdo 8-2000 y sus reformas. Forma y contenido de información financiera. Mediante el cual se adoptan las normas aplicables a la forma y contenido de los Estados Financieros y demás información financiera que deban presentar periódicamente a la Comisión las personas registradas o sujetas a reportes según el Decreto Ley 1 de

²⁹ Franciso Luis de Vera Santana. Guía para el Mercado de Valores en España. Mercados, valores y regulación. Biblioteca Civitas Economía y empresa. Colección Económica. Estudios y Monografías 2000. página 131.

³⁰ La normativa sobre el registro de valores, es decir el texto legal Decreto ley 1 de 8 de julio de 1999, los acuerdos reglamentarios y las opiniones emitidas por la CNV se encuentran disponibles en la página Web de la CNV www.conaval.gob.pa. Sección de la página Web denominada: Reglamentación. La CNV ha implementado una política de estandarización mediante el uso de formularios que ayudan al usuario a presentar sus solicitudes de forma completa para asegurar un trámite más expedito. Estas guías y formularios se encuentran en la Web para ser completadas por el propio usuario.

1999 - **Modificado por el Acuerdo 10-2001 de 17 de agosto de 2001, por el Acuerdo 7 de 2002 y por el Acuerdo 3-2005 de 31 de marzo de 2005** - Gaceta Oficial No. 24,059 - Fecha Gaceta 24 de Mayo de 2000.

- Acuerdo 10-2000. Se adoptan criterios para la imposición de multas administrativas por mora en la presentación de Estados Financieros e Informes - Gaceta Oficial No. 24.084 - Fecha Gaceta Oficial 28 de Junio de 2000 Modificado por los acuerdos 5-2001 de 9 de Marzo de 2001 y 10-2003 de 18 de Agosto de 2003. Acuerdo 8-2005 Por el cual se establecen criterios para la imposición de multas administrativas por mora en la presentación de Estados Financieros e Informes a la Comisión Nacional de Valores. Publicado en Gaceta Oficial No. 25,356 de 3 de agosto de 2005.
- Acuerdo 18-2000. Informes de actualización. Se adopta el reporte denominado Informe de Actualización, a cargo de emisores de valores registrados ante la CNV - Gaceta Oficial No. 24.169 - Fecha Gaceta Oficial 26-Oct-00. **Modificaciones introducidas por el Acuerdo 12-2003 y el Acuerdo 8-2004.**
- Acuerdo 12-2003. Gobierno corporativo y Opinión 11-2004 de 2 agosto 2004.
- Acuerdo 5 2005 Por el cual se adopta el Reglamento sobre comunicación y divulgación de hechos de importancia consistentes en convenios de fusión de los que sean parte emisores de valores registrados en la Comisión y se establecen los procedimientos de registro aplicables según cada caso. Publicado en Gaceta Oficial No. 25,307 de 26 de mayo de 2005.
- Acuerdo 10-2005 Por el cual se adoptan Criterios para el Cumplimiento de la Obligación de hacer Comunicados Públicos sobre Hechos de Importancia por parte de Emisores con Valores Registrados en la Comisión Nacional de Valores. Publicado en Gaceta Oficial No. 25,352 de 28 de julio de 2005.

TIPOS DE REGISTROS

De conformidad con el numeral 2 del artículo 8 del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999, es una función legal de la Comisión

Nacional de Valores resolver todas las solicitudes de registro que se presenten a su consideración.

La ley señala que deben registrarse en la CNV los **valores**:

- (1) Que sean objeto de una **oferta** pública que requiera autorización de la CNV;
- (2) las acciones de emisores domiciliados en Panamá que, el último día del año fiscal, tengan 50 o más accionistas que sean propietarios efectivos de no menos del 10% del capital pagado de dicho emisor excluyendo, para los efectos del cálculo, las sociedades afiliadas al emisor y los empleados, directores y dignatarios éste y
- (3) listados en una bolsa de valores en Panamá.

1. VALORES QUE SEAN OBJETO DE UNA OFERTA PÚBLICA QUE REQUIERA AUTORIZACIÓN DE LA CNV

Deberán registrarse en la Comisión las ofertas o ventas públicas de valores que haga un emisor o una persona afiliada a éste o un oferente a personas domiciliadas en la República de Panamá, a menos que estén exentas de dicho registro con arreglo a lo establecido en el Decreto ley 1 de 1999 (Artículo 82)

Las ofertas hechas desde Panamá a personas domiciliadas fuera de Panamá no se consideran como ofertas que deben registrarse en la CNV.

Por valor debe entenderse todo bono, valor comercial negociable u otro título de deuda, acción (incluyendo acciones en tesorería) derecho bursátil reconocido en una cuenta de custodia, cuota de participación, certificado de participación, certificado de titularización, certificado de depósito, cédula hipotecaria, opción y otro cualquier título, instrumento comúnmente reconocido como un valor o que la CNV determine que constituye un valor.

Por oferta se entiende toda declaración, propuesta o manifestación que se haga con el objeto de traspasar o enajenar valores contra el pago de una contraprestación, así como toda solicitud de inducir a una persona a hacer una oferta de compra de valores contra el pago de una contraprestación.

Oferente según la legislación es toda persona que:

- Ofrezca o venda valores de un emisor en representación de dicho emisor o de una persona afiliada a éste, como parte de una oferta sujeta a registro.
- Compre o adquiera de un emisor, o de una persona afiliada a éste, valores de dicho emisor con la **intención de ofrecer o revender** dichos valores o algunos de ellos como parte de una oferta sujeta a registro.
- Compre o adquiera de una emisor, o una persona afiliada a peste, o de otro oferente, valores emitidos por dicho emisor mediante una colocación privada u oferta a inversionistas institucionales que esté exenta de registro y revenda dichos valores, o parte de ellos, dentro de un periodo de 1 año desde la última compra.

Se trata de unos registros obligatorios por ley, aun cuando veremos que dicha obligatoriedad en el caso del numeral 2 antes citado, es, por decir algo, un tanto relativa.

2. REGISTRO DE ACCIONES DE EMISORES DOMICILIADOS EN PANAMÁ

El registro de acciones de emisores domiciliados en Panamá se tramita mediante abogado, suministrando toda la información y documentos requeridos en el Formulario RV-2.

No obstante la obligatoriedad de este registro es relativa. El mismo no será obligatorio si accionistas que representen un 75% o más del capital emitido y en circulación aprueban continuar como una entidad no registrada. Copia de dicha aprobación deberá ser remitida a la CNV.

Mediante Acuerdo 6- 2004 de 18 de agosto de 2004 ³¹se estableció una excepción al registro obligatorio de acciones a que se refiere el numeral 2 del artículo 69 del Decreto Ley 1 de 1999.

³¹ Gaceta Oficial de viernes 20 de agosto de 2004 número 25120. Derogado por el Acuerdo 5-2005 Por el cual se adopta el Reglamento sobre comunicación y divulgación de hechos de importancia consistentes en convenios de fusión de los que sean parte emisores de valores registrados en la Comisión y se establecen los procedimientos de registro aplicables según cada caso. Publicado en Gaceta Oficial No. 25,307 de 26 de mayo de 2005.

La normativa estableció la siguiente excepción dentro del trámite de solicitudes de registro de valores, aplicable a las solicitudes presentadas por sociedades que resulten con 50 o más accionistas domiciliados en Panamá en los términos dispuestos en el número 2 del artículo 69 del decreto ley 1 de 1999 cuando se hayan surtido y formalizado procesos de fusión en que resulten absorbidos emisores de acciones registrados en la CNV. La cantidad de accionistas a que se refiere el numeral 2 del artículo 69 del decreto ley 1 de 1999, corresponderá a la de la fecha efectiva del convenio de fusión y no a la del último día del año fiscal del solicitante.

3. EL REGISTRO DE VALORES LISTADOS EN UNA BOLSA DE VALORES EN PANAMÁ

Es obligatorio y se regula mediante el Acuerdo 15-2000 de 28 de agosto de 2000 por el cual se modifican algunos artículos del Acuerdo 6-2000. Se adiciona el artículo 17-A que dispone que queden comprendidos en esta categoría de registro:

1. Los valores que, bajo la vigencia del Decreto de gabinete 247 de 1970 y sus reglamentos, se listaron en la bolsa de valores de Panamá, S.A., sin estar registrados en la CNV.
2. Valores objeto de una colocación privada, respecto de los cuales el emisor de tales valores solicite su registro para negociación en mercado secundario. Será condición necesaria para solicitar este registro, que los valores hayan estado en circulación por un periodo no inferior a 1 año
3. La negociación del valor listado en una bolsa autorizada en Panamá estará condicionada al registro del mismo ante la CNV

Esta solicitud debe tramitarse mediante abogado, suministrando toda la información y documentos requeridos en el formulario RV-2.

CONSECUENCIAS DE NO REGISTRAR LOS VALORES EN LA CNV

El no registro de valores en la CNV existiendo la obligación legal de hacerlo, conlleva sanciones administrativas (ver artículo 208 Decreto ley 1 de 1999) y potencialmente sanciones penales (ley 45 de 2003 delitos financieros).³²

El artículo 208 del Decreto Ley 1 de 1999 referente a multas administrativas dispone que la Comisión podrá imponer multas administrativas hasta de un millón de balboas (B/.1,000,000.00) a cualquier persona que viole este Decreto Ley o sus reglamentos, por la realización de cualesquiera de las actividades prohibidas establecidas en el Título XII de este Decreto Ley, o hasta de trescientos mil balboas (B/.300,000.00) por violaciones a las demás disposiciones del Decreto Ley 1 de 1999.

Por su parte el Artículo 393-D del código penal dispone que quien capte de manera masiva y habitual recursos financieros del público, sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, será sancionado con prisión de 3 a 5 años.

Adicionalmente y como medida preventiva y de protección, la CNV tiene como atribución suspender aquellas ofertas publicas que violen el Decreto Ley 1 de 1999 o sus reglamentos, como lo es el ofrecimiento público de valores sin su previo registro en la CNV.

La facultad de suspensión se encuentra contenida en el artículo 266 del Decreto Ley 1 de 1999 que dispone que mediante resolución de comisionados, la CNV podrá ordenar la suspensión de cualquier acto, práctica o transacción, incluyendo la negociación de valores, cuando tenga razones fundadas para creer que dicho acto o dicha práctica o dicha transacción viola el

³² **Artículo 8 ley 45 de 2003. Ley 45 (De 4 de junio de 2003).** Que adiciona el Capítulo VII, denominado Delitos Financieros, al Título XII del Libro Segundo del Código Penal, modifica artículos de los Códigos Penal y Judicial y del Decreto Ley 1 de 1999 y dicta otra disposición.

decreto ley 1 de 1999 o sus reglamentos. El numeral 2 del artículo 8 hace referencia a la facultad de suspensión especial en materia de ofertas públicas.³³

PROCEDIMIENTO DE REGISTRO

El registro es un trámite administrativo que se surte ante la CNV. El régimen administrativo correspondiente se encuentra regulado en el Título V “Del registro de valores e informes de emisores”, artículos 69 a 81 del Decreto ley 1 de 8 de julio de 1999. Este Título ha sido desarrollado por la CNV mediante el Acuerdo 6- 2000.³⁴ El Acuerdo 6-2000 tiene como antecedente y fuente de inspiración el documento titulado: *International Disclosure Standards for Cross-Border Offerings and Initial Listings by Foreign Issuers*, Reporte de la Organización Internacional de Comisiones de valores (IOSCO) de fecha Septiembre 1998.

El emisor, definido en la ley como toda persona que tenga valores emitidos y en circulación o que se proponga emitir valores cuyos valores deban registrarse en la CNV debe presentar ante ésta una solicitud de registro.

El trámite por disposición legal se debe surtir mediante abogado. Es importante señalar que el requisito de que la solicitud de registro se tramite mediante abogado contemplado en la ley es distinto al requisito relativo a la necesidad de que un asesor legal independiente emita una opinión legal, sobre la oferta pública y su documentación, como veremos más adelante. Una vez los valores registrados, el emisor se convierte en emisor registrado (persona registrada) definido en la ley como toda persona natural o jurídica que esté registrada en la Comisión. Se entiende que un

³³ Por ejemplo, la resolución 203-04 de 19 de octubre de 2004 mediante la cual Ordenar la suspensión inmediata de la venta, negociación de acciones de la sociedad Canadian International School.

³⁴ Procedimiento para la presentación de solicitudes de registro de valores y de terminación de registro - **Modificado por Acuerdos 15-2000, 18-2003 y 8-2004** - Gaceta Oficial No. 24.059 24-May-00.

emisor está registrado en la CNV cuando tenga valores registrado en ésta.³⁵

LA SOLICITUD DE REGISTRO Y EL PROSPECTO

La solicitud de registro tiene una estructura que viene dada en la ley al señalar ésta que la misma consistirá en dos partes: una primera parte que contenga la información que deba constar en el prospecto, incluyendo la información financiera del emisor; y una segunda parte que contenga la información y los documentos adicionales que deban reposar en los archivos de la Comisión, pero que no sea necesario incluir en el prospecto, tales como documentos constitutivos, autorizaciones y contratos.

EL PROSPECTO.

La ley no contempla una definición de prospecto. En el derecho español se le conoce como el folleto informativo y la doctrina lo considera como el documento con contenido jurídico de la oferta pública de venta de valores (OPV), y por lo tanto, regulador de los derechos y obligaciones de las partes en la OPV.

Por disposición del Acuerdo 6-2000 el prospecto debe ser un documento elaborado en forma clara, conciso y comprensible, sin utilizar palabras técnicas innecesarias o irrelevantes, u ocultando información necesaria.

El Acuerdo 6-200 dispone en desarrollo de la norma legal que la solicitud de registro constará de dos partes:

- 1) El prospecto informativo y
- 2) El formulario RV-1 que es un Anexo del Acuerdo 6-200 publicado en la Gaceta Oficial 24,059.

³⁵ Al 31 de octubre de 2005 se han registrado valores, para oferta pública en mercado primario, por un monto total de B/.590MM, correspondiendo a Bonos la suma de B/.283MM, Acciones B/.25MM y a Valores Comerciales Negociables B/.282MM. Se encuentran en análisis siete (7) solicitudes de registro de valores por B/.154MM en Bonos. Concluido el trámite se alcanzará un total de B/.744MM, representado por B/.437MM en Bonos, B/.282MM en Valores Comerciales Negociables y B/.25MM en Acciones.

PROSPECTO PRELIMINAR Y PROSPECTO DEFINITIVO

Existe el prospecto preliminar y el prospecto definitivo. El prospecto preliminar debe contener en su primera página una leyenda con un resaltado en color rojo que diga:

“Estos valores se encuentran en proceso de registro ante la CNV y por consiguiente, la información contenida en este prospecto está sujeta a revisión y cambios que podrían variar sustancialmente los términos y condiciones de la oferta descrita. El documento se distribuye con carácter meramente informativo.”

El prospecto preliminar podrá omitir el monto total de los valores ofrecidos, el precio de oferta de los valores, la tasa de interés, las comisiones y los gastos relativos a la venta de los valores.

Puede ser utilizado a partir de la fecha en que se presente a la CNV la solicitud de registro y su uso debe ser discontinuado en la fecha en que quede ejecutoriada la resolución que autorice el registro de los valores.

El prospecto definitivo debe contener toda la información requerida por el Formulario RV-1. La información requerida puede variar en cuanto se trata de la oferta de valores accionarios o de valores de deuda.

EL FORMULARIO RV-1

La información que debe contener el Formulario RV-1 es al menos la siguiente: I) Factores de riesgo; II) Descripción de la oferta; III) Información de la Compañía; IV) Análisis de resultados financieros y operativos; V) Directores, Dignatarios, Ejecutivos, Administradores, Asesores y Empleados; VI) Accionistas; VII) Partes relacionadas, vínculos y afiliaciones; VIII) Tratamiento fiscal y IX) Emisores Extranjeros.

- I) Los factores de riesgo son las situaciones, circunstancias o eventos que puedan razonablemente suscitarse y que, a juicio del solicitante, puedan reducir o limitar el retorno, rendimientos o liquidez de los valores. Pueden ser relacionados a la oferta, el emisor, el entorno, la industria.

- II) Descripción de la oferta contempla la información sobre la oferta pública de los valores, el plan de distribución de los mismos, los mercados, los gastos de la emisión, el uso de los fondos, el impacto de la emisión, las garantías.

Se debe indicar el tipo de garantía, real o personal, así como el instrumento a través del cual se constituye. Si la garantía es real deben describirse los bienes objeto de la garantía con una indicación respecto al tipo y prelación de gravámenes constituidos sobre los bienes dados en garantía de la emisión.

Puede darse el caso que la garantía, no es una garantía constituida sino la promesa o compromiso de constituir garantías sobre determinados bienes, en cuyo supuesto deben describirse los términos y condiciones de la promesa o compromiso y, cuando sean conocidos, los bienes sobre los cuales se promete constituir los gravámenes.

Cuando los bienes dados en garantía han sido objeto de un avalúo, debe indicarse la identidad del avaluador, una breve reseña de sobre su experiencia y los resultados del avalúo.

La normativa dispone que cuando se incluya una declaración, reporte u opinión de una persona en calidad de experto, debe señalarse el nombre de la persona, la dirección, sus credenciales y una declaración en el sentido de que la opinión se incluye con el consentimiento de esa personal.

En caso de fianza debe suministrarse copia auténtica del documento en que conste la autorización para la constitución de la garantía, certificado de existencia y representación del fiador.

En caso de que se haya celebrado un contrato de fideicomiso se debe completar el Formulario F-1- el cual constituye un Anexo al Acuerdo 6-2000.

- III) Información de la compañía lo cual incluye historial y desarrollo del emisor, capital accionario, pacto social y estatutos, descripción del negocio; estructura organizativa; propiedad plantas y equipo, investigación, desarrollo, patentes, licencias e información sobre tendencias.

- IV) Análisis de resultados financieros y operativos debe referirse por lo menos a los siguientes tópicos: Liquidez; recursos de capital; resultados de las operaciones y análisis de perspectivas.
- V) Directores, dignatarios, ejecutivos, administradores, asesores y empleados que incluye: identidad, funciones y otra información relacionada incluyendo los asesores legales y los auditores; la compensación, las prácticas de la directiva; empleados, la propiedad accionaria.
- VI) Accionistas: Nombre, número de acciones y porcentaje de que sean propietarios efectivos, la persona o personas que ejerzan control sobre el emisor.
- VII) Partes relacionadas, vínculos y afiliaciones. Partes relacionadas del emisor para los propósito del registro de valores son las siguientes personas:
- Cualquier director, dignatario, ejecutivo o administrador del solicitante o de su persona controladora.
 - Todo propietario efectivo de acciones emitidas por la solicitante o su persona controladora, en proporción igual o mayor al 5%.
 - El cónyuge y todos los individuos vinculados hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el director, dignatario, ejecutivo o administrador de la solicitante o de su persona controlador
 - Toda sociedad que tenga directores o dignatarios comunes con la solicitante o su persona controladora.
 - Toda sociedad de cuyas acciones sea propietario efectivo- en proporción mayor del 20%- cualquier Director, Dignatario, Ejecutivo o administrador de la solicitante.
- VIII) Tratamiento Fiscal
- IX) Emisores Extranjeros.

El prospecto definitivo debe ser utilizado durante el periodo de oferta pública de los valores autorizado por la CNV. El

prospecto definitivo debe ser actualizado mediante un nuevo prospecto o mediante un suplemento en forma inmediata si durante el periodo de oferta ocurre un hecho que haga que alguna de declaración sobre un hecho de importancia contenida en el prospecto fuese falta o que deba ser divulgar para hacer que una declaración sobre un hecho de importancia, que éste contenida en el prospecto, no sea engañosa o tendenciosa a la luz de las circunstancias en que fue hecha.

El prospecto definitivo debe ser actualizado dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que el emisor presente su informe anual a la CNV.

FUNCIÓN JURÍDICA DEL PROSPECTO.

El prospecto informativo no solo contiene un conjunto de datos económicos relativos a la oferta pública de valores, al oferente y al emisor, sino que contiene todo el conjunto de datos e informaciones jurídicamente relevantes para ser considerado como el instrumento de la oferta negocial que implica la OPV (en su caso, invitación a la oferta)³⁶

En el derecho español, por ejemplo, la Resolución del Protector del Inversor de Bolsa de Madrid de 29 de abril de 1992 entiende el folleto como documento contractual y generador de derecho y obligaciones para todos los intervinientes en la operación, con objeto de hallar los criterios de interpretación aplicables.

El prospecto tiene varias funciones. Como bien ha señalado la doctrina. El prospecto existe como instrumento de información a los inversores, como resumen descriptivo de la emisión y como instrumento de atribución de responsabilidades.

Sobre este último punto se ha señalado con acierto: “El folleto tiene una segunda función, inextricablemente ligada a la del suministro de información: la de delimitación de responsabilidad. El Art. 29 LMV configura el folleto como

³⁶ José Enrique Cachon Blanco. Las ofertas públicas de venta de valores negociables. Dykinson, S.L. 1997. Páginas 248 y 249.

documento de exoneración de responsabilidad: El emisor no puede oponer al inversor de buena fe más hechos o derechos que los que consten recogidos en el folleto. Pero el emisor no es el único que responde de lo omitido o falseado en el folleto. Y ello pese a que no existe en nuestro derecho una delimitación legal de la específica responsabilidad derivada del folleto de emisión, como la resultante de la sección 11 del Securities Act de 1933 estadounidense, que declara la responsabilidad universal de todos cuantos participan en su preparación. De esta carencia resulta que la responsabilidad por el folleto debe construirse recurriendo a las categorías generales de la responsabilidad contractual y civil, lo que resulta con frecuencia insuficiente.”³⁷

JURISPRUDENCIA PANAMEÑA

En este tema la jurisprudencia panameña se ha manifestado, en un resultado distinto al que se observa en el derecho comparado.

Mediante fallo de la Sala III de la Corte Suprema de Justicia de fecha 28 de octubre de 2004³⁸ se señaló:

“En ese contexto, lo primero que advierta la Corte es que el señor Carlos de la Guardia no es Contador Público Autorizado, razón por la cual, no pudo suscribir los estados financieros falsos o engañosos presentados a la CNV.

En este sentido, la Sala ha determinado, de acuerdo a las constancias que reposan en autos, que los distintos informes financieros presentados a la CNV eran preparados y refrendados por una firma de auditores independientes.

³⁷ Mario Gracias Rubio de Casas Otros contenidos especiales del folleto Régimen jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta (OPVs) de valores. Comentario sistemático del Real Decreto 291/1992. Centro de Documentación bancaria y bursátil. Editoriales de Derecho reunidas, S.A. Madrid, 1995 página 395:

³⁸ Fallo que resuelve Demanda Contencioso Administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el Licenciado Carlos Carrillo en representación de Carlos Alfredo de la Guardia Romero, para que se declare nula, por ilegal, la resolución No. CNV 244-01 de 26 de junio de 2001, dictada por la CNV, acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones. Página 20.

En lo que atañe a la responsabilidad directa de Carlos de la Guardia en la presentación de informes financieros falsos o engañosos, ante la CNV, se observa que.. no aparece el nombre o la firma de Carlos de la Guardia, y que no existía relación entre éste, y los documentos sustentadores de los informes contables.

En síntesis, la conclusión del perito fue que Carlos de la Guardia no se manifestaba responsable en el área financiera de dichas empresas o en la presentación de documentos ante la CNV.

En cuanto a la posibilidad de que el señor Carlos de la Guardia hubiese aprobado en Junta Directiva la presentación ante la CNV de los estados financieros que se reputan falsos... no se había encontrado ningún acta que confirma que el señor Carlos de la Guardia había participado en la aprobación de los Estados Financieros al 30 de junio de 2000.”

El Fallo antes citado no fue unánime. Es un importante salvamento de voto el Magistrado Adán Arnulfo Arjona señaló:

“La posición que ocupa el señor de la Guardia. La representación forense del señor De la Guardia ha invocado el argumento, por demás deleznable, de que a pesar de haber remitido los estados financieros con información falsa, él supuestamente, no tiene ninguna responsabilidad porque nos los confeccionó.

Para ubicar en su adecuado contexto esta situación, es preciso hacer referencia al régimen jurídico que le es aplicable a las personas que ocupan cargos de director y dignatario en su sociedad anónima como es el caso del señor De La Guardia en relación con las empresas FINANCIERA EL ROBLE y ENAFIN INTERNACIONAL, S.A.

El sólo hecho de que el señor De la Guardia ocupara el cargo de director en las sociedades indicadas, exige la aplicación del artículo 444 del código de comercio que a la letra impone:

Artículo 444: Los directores no contraerán responsabilidad personal por las obligaciones de la sociedad, pero responderán personal o solidariamente según el caso para con ella y para con los terceros....del buen manejo de la contabilidad... Quedarán exentos de responsabilidad los directores que hubieren protestado en tiempo hábil contra la resolución de la mayoría o los que no hubieren asistido con causa justificada.

La única forma legal admisible para que el señor De La Guarida pudiera exonerarse de la responsabilidad que tiene como director por estos conceptos era que demostrara, cosa que en ningún momento alegó o acreditó, que él se opuso a la aprobación de dichos Estados financieros o que no asistió a las reuniones donde se trató el tema.”

LA DEBIDA DILIGENCIA.

La jurisprudencia panameña arriba citada obliga a referirnos al concepto de la debida diligencia, fundamental en materia de responsabilidad en el caso de ofertas públicas de valores.

Es el proceso de asegurarse que la información que contiene la solicitud de registro es correcta, que el documento no omite ninguna información requerida o que sea necesaria para prevenir que las declaraciones tomadas como un todo sean engañosas. Es un proceso de búsqueda de hechos. En el famoso caso *Escott v. BarChris Construction Corporation* (1968) se desarrolló la figura en los Estados Unidos.

La debida diligencia es una creación de la jurisprudencia. Existe como una defensa para los miembros del equipo de trabajo. Para poder establecer esta defensa y evitar responsabilidad por solicitudes de registro que contienen información engañosa, la parte debe demostrar que después de una investigación razonable, esa parte tiene motivos razonables para creer y creía que al momento de registrar la solicitud de registro, las declaraciones contenidas en dicho documento eran ciertas y que dichas declaraciones no contienen omisiones de hechos de importancia.

El estándar es definido como aquel requerido a un hombre prudente en el manejo de sus propios bienes. Barchris no reveló ciertas políticas de contabilidad poco usuales, transacciones con partes relacionadas, problemas con el cobro de cuentas y otras irregularidades financieras en su prospecto de oferta pública inicial.

Barchris fue declarada en quiebra al poco tiempo de la oferta pública. Un tenedor de un valor demandó a la compañía, los suscriptores, los dignatarios, directores y los auditores (el equipo de trabajo) El caso incluyó a 60 demandantes y 10 firmas de abogados y tomó cerca de 6 años tener un resultado final.

Barchris fue encontrada responsable en virtud de que su prospecto contenía información de importancia que era engañosa. Los miembros del equipo de trabajo invocaron la defensa de la debida diligencia. La corte falló a favor de los demandantes.

Quedó claro entonces que un director no puede cumplir sus obligaciones ojeando brevemente un prospecto.

- No puede excusarse por haberse incorporado a la compañía justo antes de la oferta.
- Un director no puede fundamentarse exclusivamente en abogados y auditores para determinar que debe contener el prospecto. Especialmente si es conocedor de errores y omisiones en el documento.
- No es excusa la falta de educación formal La persona debe hacer un esfuerzo e investigar lo que no entiende.
- Un director dignatario no puede fundamentarse en otros miembros de la administración
- El director debe insistir que las actas de las reuniones que no asistió estén disponibles para revisión.
- Debe tener discusiones con los auditores si tiene conocimiento que la compañía en el pasado ha entrado en arreglos financieros poco usuales con dignatarios de la compañía.

PLAZO PARA ATENDER LA SOLICITUD

La solicitud de registro presentada a la CNV debe ser resuelta en un plazo no mayor de 30 días contados de la fecha de su presentación. En caso de que la CNV omita pronunciarse sobre la solicitud de registro dentro del plazo de 30 días, la misma quedará autorizada sin requerirse acto alguno de la CNV, configurándose así por disposición legal un silencio administrativo positivo.

No obstante lo anterior, el plazo de tramitación indicado en la ley se verá suspendido en caso de que la CNV solicite adiciones, enmiendas o correcciones a una solicitud. Estas solicitudes de adición, enmienda o corrección se fundamentarían en que, a juicio de la CNV, la solicitud no está completa, no es cierta o clara, o no cumple con las disposiciones del Decreto ley 1 de 199 y sus reglamentos.

El plazo de 30 días antes indicado se suspende hasta que la solicitud sea en efecto adicionada, enmendada o corregida a satisfacción de la CNV.

Las solicitudes de registro (al igual que los informes que veremos más adelante) tienen un estándar de divulgación que consiste en que no pueden contener información ni declaraciones falsas sobre hechos de importancia, ni podrán omitir información sobre hechos de importancia que deban ser divulgados en virtud del Decreto ley 1 de 1999 y sus reglamentos, o que deban ser divulgados para que las declaraciones hechas en dichas solicitudes no sean tendenciosas o engañosas a la luz de las circunstancias en las que fueron hechas.

El concepto de importancia es un concepto definido legalmente y así la ley dispone que cuando se use en relación con el requisito de divulgar información, limita la información a la que muy probablemente el tenedor, comprador o vendedor de un valor, o la persona a quien dicha información esté dirigida, daría importancia al decidir cómo actuar. Al determinar si actos futuros e inciertos son de importancia se deberá considerar la magnitud de éstos y la probabilidad de que ocurran.

La CNV está facultada por ley para prescribir la información y los documentos sobre el emisor, sus operaciones, negocios y valores que debe contener la solicitud de registro.

Ante esta amplia facultad, la propia ley señala unos parámetros que debe seguir la CNV al determinar la información y los documentos que deban ser incluidos en la solicitud de registro. Estos parámetros señalan que la CNV se debe limitar a solicitar información y documentación de importancia que sean relevantes para el público inversionista. La CNV se abstendrá de solicitar información y documentos que no cumplan dicho propósito o imponga una carga no justificada al emisor o persona que deba divulgar dicha información o dichos documentos.

La ley señala lo que puede y no puede contener la solicitud de registro, así como la información o documentos que pueden omitirse. Así, la solicitud de registro puede contener cualquier información adicional que el emisor desee incluir, siempre que sea relevante y no sea información que esté prohibida por el Decreto ley 1 de 1999 o sus reglamentos. En este sentido cabe destacar que el Decreto ley 1 de 1999 no contiene norma que señale información cuya inclusión esté prohibida, salvo el estándar general de divulgación antes analizado en cuanto a información falsa. En cuanto a la omisión de información o documentos por constar ya en los archivos de la CNV, esto se conoce como incorporación por referencia y busca agilizar el trámite de registro y disminuir los costos al evitar la carga al emisor de presentar documentación que ya consta en los archivos de la CNV.

El Acuerdo 6- 2000 dispone que si la información o documentos que consten en los archivos de la CNV han sido enmendados o modificados, se debe suministrar copia del documento que contiene la enmienda o modificación.

Con el fin de homogenizar, simplificar y agilizar el proceso de registro, la CNV ha adoptado, como la facultada la ley, el uso de un formato o formulario para la solicitud. El mismo se encuentra descrito en el Acuerdo 6 de 2000.

La solicitud de registro, el prospecto y toda la documentación adicional deben ser presentadas a la CNV en un original y dos copias suficientemente legibles. La documentación adicional que se adjunta a la solicitud debe ser acompañada de un índice en el

cual se debe señalar cada uno de los documentos adicionales que se adjuntan.³⁹

La presentación de la documentación se entiende efectuada mediante la colocación por funcionario de la CNV de sello de recibido de la documentación. La solicitud de registro será recibida una vez comprobado el pago de la tarifa de registro que corresponda según lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto ley 1 de 1999.

Las personas que soliciten el registro de ofertas pública y valores sujetos a registro de acuerdo con el numeral 2 del artículo 69 pagarán una tarifa de registro del 0.015% del precio inicial de oferta de los valores con un mínimos de B/500.00 y un máximo de B/50,000.00. Los valores registrados pagan una tarifa de supervisión anual de 0.010%, con un mínimo de B/.500.00 y un máximo de B/15,000.00

Todo cambio significativo que afecte la información contenida en la solicitud de registro y que ocurra desde la fecha de presentación de la solicitud de registro, incluyendo dicha fecha, deberá ser comunicado por escrito a la CNV. Se deberá adjuntar copia del documento en el que se refleja el cambio.

FIRMA DE LA SOLICITUD DE REGISTRO

La solicitud de registro debe ser firmada en nombre y representación del emisor por las personas que determine la CNV. Esta norma es específica y significa que la solicitud puede ser firmada por personas distintas al representante legal del emisor o inclusive por el representante legal del emisor y otras personas adicionales.

³⁹ Lo indicado se puede contrastar con **Thomas Lee Hazen. The law of Securities Regulation. Third Edition. West Publishing.1996.** Página 133. La sección 6 del Acta de 1993 requiere el registro por triplicado con al menos una copia del *registration statement* firmada por cada emisor, su ejecutivo principal su principal ejecutivo financiero, su contralor o contador principal y la mayoría de los miembros de la directiva o personas que tengan funciones similares. Se requieren 10 copias adicionales para el uso de la revisión del *registration statement* inspección pública, copias y otros propósitos. Todo el materia tiene que estar en inglés o si está idioma extranjero con una traducción al inglés.

El Acuerdo 6-200 señala que las solicitudes de registro deberán ser firmadas por el representante legal de la solicitante o por la persona que se autorice expresamente. Todas las páginas de la solicitud deben contener las iniciales del representante legal de la solicitante o de la persona autorizada para ello y la firma completa en la última página.

El tema de la firma de la solicitud de registro tiene importancia ya que de conformidad con el artículo 200 del Decreto ley de valores queda prohibido a toda persona hacer, o hacer que se hagan, en una solicitud de registro declaraciones que dicha persona sepa o tenga motivos razonables para creer, que en el momento en que fueron hechas, y a la luz de las circunstancias en que fueron hechas, eran falsas o engañosas en algún aspecto de importancia.

Al extenderse la obligatoriedad de firmar la solicitud de registro a otras personas en adición al representante legal como, por ejemplo, los directores y/o dignatarios del emisor, estos quedan sujetos directamente a la importante prohibición contenida en el párrafo anterior.

La presentación de las solicitudes de registro pueden hacerse electrónicamente o por otros medios autorizados por la CNV.

Preparando la vía en este sentido, la CNV ha dictado el Acuerdo 7-2004 de 29 de septiembre de 2004⁴⁰ por el cual se adopta un nuevo sistema de remisión y presentación mediante sistema electrónico- en línea-de información periódica que debe ser remitida a la CNV. El sistema se denomina ventanilla virtual. Se ha iniciado con los sujetos que ostentan licencia de la CNV, más concretamente las casas de valores, pero el plan de acción es llevarlo a los emisores registrados, cuando las partes se encuentren en disposición de cumplimiento.

Todo documento que se presente a la CNV y no esté escrito en idioma español deberá estar acompañado de su correspondiente traducción al español hecha por un intérprete público autorizado en Panamá. La documentación que provenga del extranjero deberá haber cumplido el trámite consular o estar debidamente apostillada, según el caso.

⁴⁰ Publicado en la Gaceta Oficial de viernes 29 de octubre de 2004 número 25169.

CAUSALES PARA EL RECHAZO DE UN SOLICITUD DE REGISTRO DE UN VALOR

1. Cuando el emisor sea un emisor registrado en la CNV y no esté al día en la presentación de los informes anuales e interinos que deba presentar a la CNV.
2. Cuando el prospecto, la solicitud de registro o la documentación presentada:
 - a. Esté incompleta o no cumplan con los requisitos establecidos por la CNV. Por incompleta se entenderá una solicitud que no satisface los requisitos mínimos de información establecidos en el acuerdo reglamentario 6-2000
Cuando una solicitud de registro objeto de oferta pública esté incompleta, se le comunicará por escrito al abogado que tramita la petición, y la solicitante o su abogado deberá atender las observaciones que se le hagan dentro de los siguientes 30 días calendario. Transcurrido dicho término sin que se atiendan las observaciones formuladas, la CNV negará mediante Resolución la solicitud de registro de los valores.
 - b. Contiene alguna declaración falsa en relación con un hecho de importancia, u
 - c. Omite algún hecho de importancia que deba ser divulgado en virtud del Decreto ley 1 de 1999 y el Acuerdo 6-2000, o que deban ser divulgados para que las declaraciones hechas en los mismos no sean tendenciosas o engañosas a la luz de las circunstancias en que fueron hechas.

EFFECTOS JURIDICOS DEL REGISTRO: NEUTRALIDAD

El prospecto informativo es un documento curioso, por decir lo menos. No en vano un autor ha hecho notar lo que ha denominado *la naturaleza esquizofrénica del folleto e emisión*.⁴¹

⁴¹ Loss, fundamental, p. 151.

Por una parte, se trata de un documento dirigido a incitar a la adquisición de valores, que pretende hacerlos más atractivos que sus competidores en el mercado del ahorro. Desde este punto el emisor tenderá a incluir en el folleto información favorable. Por otra parte, el folleto actúa como garantía frente a eventuales reclamos de inversores decepcionados. El emisor responde, frente al inversor de buena fe, por los hechos o derechos derivados del documento. Desde este punto de vista, el emisor tenderá a incorporar al folleto toda la información acerca de los problemas que eventualmente pudieran plantearse.”

La intervención de la CNV es de carácter formal ya que carece de competencias, así como de medios necesarios, para comprobar la veracidad de las informaciones contenidas en los prospectos. No puede entrar en la contabilidad de los emisores, rehacerla y ver si la información resultante coincide con la contenida en el prospecto y sus anexos. Dicha competencia recae sobre los auditores externos independientes. Otro problema real es que los organismos reguladores/supervisores sufren de exceso de trabajo y pocos medios o recursos. La comprobación de la veracidad de la información contenida en el folleto sería el uso ineficiente de recursos humanos y dejar de lado otras importantes funciones como la inspección de sujetos con licencia, supervisión de organizaciones autorreguladas, sanción de infracciones etc. Hay además un aspecto práctico como es el tema del plazo para el registro (30 días) el cual no permite, materialmente, más que una pura comprobación formal del contenido del folleto.

Hay una diferencia conceptual marcada entre los sistemas que hacen depender la protección de los inversionistas de la transparencia del mercado y los sistemas que la hacen depender de la intervención, más enérgica, del regulador. La realidad demuestra que “la práctica y el paso del tiempo han difuminado los límites entre ambos sistemas.”⁴²

⁴² **Mario Gracias Rubio de Casas Neutralidad de la inscripción.** Régimen jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta (OPVs) de valores. Comentario sistemático del Real Decreto 291/1992 página 435.

TRABAJO DE LA CNV: JUICIO DE SUFICIENCIA, VEROSIMILITUD Y COHERENCIA.

Frente al prospecto la CNV puede y debe hacer varias actividades. La CNV tiene competencia para juzgar si se ha incluido información suficiente en el prospecto para que el inversionista se forme un juicio fundado y, de considerar que no es así, para exigir la inclusión de información adicional en el prospecto.

“La capacidad de la Comisión para requerir más información que la suministrada le permite insistir en sus interrogantes hasta llegar a una descripción de la realidad del emisor que, cuando menos, resulte verosímil, a la vista del conjunto de la información disponible sobre el estado general de la economía, el del concreto sector del emisor y el de la propia situación de éste.”

En este sentido es útil la información acumulada por la CNV para examinar nuevas emisiones, así como la información pública periódica suministrada por el emisor.

La capacidad de la CNV para ahondar en la información solicitada le permitirá asegurar la congruencia de la información suministrada mediante el prospecto con aquella otra que la CNV dispone.

Otro importante elemento del control sustantivo de la CNV sobre el contenido del prospecto es su capacidad para sancionar al emisor que registra información falsa.⁴³

En conclusión, en materia de control del proceso de registro la CNV debe tener en cuenta el balance de intereses que hay en juego.

⁴³ Minervini. La CONSOB, página 137, citado por Mario Gracias Rubio de Casas. Otros contenidos especiales del folleto Régimen jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta (OPVs) de valores. Comentario sistemático del Real Decreto 291/1992, página 449. Minervini señala con cierto que un elemento de control sustantivo no escrito ni contenido en ninguna norma es la posición institucional de la CNV la llamado: *Moral suasion*. En efecto la CNV dispone de un poder mayor que el estrictamente atribuido por la CNV, que resulta de su propia posición institucional y que le permite obtener resultados disuasorios sin necesidad de requerir a la imposición de sanciones. Es el ejercicio de este poder mediante actividades no formalizadas jurídicamente y es una de las características de las administraciones independientes.

El problema no es el proteger un único bien jurídico (el derecho de los inversionistas a una información veraz, mediante la intervención de la CNV que asegure dicha información con rapidez), sino el de equilibrio de dos intereses igualmente dignos de protección: el de los emisores, a obtener financiamiento de forma eficaz mediante el acceso al ahorro público y de los inversores a la protección de sus ahorros.

De haberse dado preferencia al interés de los emisores se renunciaría a imponer una obligación general de registro evitando así los costos de la regulación. De favorecer a los inversionistas se habría impuesto un sistema de filtro de los valores a registrar.

El sistema de la legislación de valores permite asegurar a los inversionistas la integridad, verosimilitud y coherencia de la información suministrada por los emisores sin imponer a estos los costos del tiempo y oportunidad que una comprobación de la veracidad de las informaciones contenidas en los prospectos implicaría.

LA FUNCIÓN DE LA CNV EN MATERIA DE REGISTRO DE VALORES Y LA JURISPRUDENCIA PANAMEÑA

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de reflexionar sobre el rol de la CNV en materia de registro de valores. El fallo es de 13 de agosto de 1992 ⁴⁴y por tanto durante la vigencia de la legislación hoy derogada.

Esta capacidad de persuasión es especialmente efectiva por la existencia, junto a las sociedades “de culpa” (que sólo reaccionan ante la amenaza de sanción), de sociedades “de vergüenza” que actúan compelidas por la sensación de pertenecer a una colectividad frente a la que deben defender una cierta imagen.

El control realizado sobre las primeras va más allá del efectuado sobre un prospecto de la emisión...para alcanzar a la propia actuación de la sociedad, a quien la conciencia de tener que registrar un folleto ante la CNV induce a no actuar de forma que no pueda reflejarse en él. Y es que, como recuerda MINERVINI, quién se ve obligado a desnudarse en público (tal es el efecto de la filosofía de la transparencia) presumiblemente cuida su línea. La transparencia, sin embargo, sólo es un arma efectiva contra los pudorosos: en ausencia de otras más enérgicas, la inclusión de informaciones engañosas en los prospectos es inevitable.

⁴⁴ Registro Judicial de agosto de 1992, página 64.

En demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción incoada por International Mortgage Corp., la sala III señaló que la CNV, no está obligada a aprobar la emisión de valores, ante la mera presentación de los documentos taxativamente enumerados en el artículo 7 del Decreto de Gabinete 247 de 1970.

Señaló el tribunal que la CNV, tiene la potestad de analizar, verificar, aplicar su criterio y formar decisiones, en cuanto a si los planes, intenciones y proyectos del peticionario se ajustan a los objetivos básicos de la Ley, cual es, promover transacciones bursátiles en las condiciones y con los fines legales.

EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

De conformidad con el artículo 75 del Decreto ley 1 de 1999, la CNV no será responsable por la veracidad de la información o de las declaraciones contenidas en las solicitudes de registro o en los informes. Para mayor divulgación de esta limitación de la responsabilidad de la CNV, ésta puede exigir, como en efecto lo hace, que los prospectos contengan una declaración en tal sentido. El texto de la resolución administrativa que autoriza el registro de los valores para su oferta pública contiene una declaración en el sentido de explicar la limitación de la responsabilidad de la CNV por la información contenida en las solicitudes de registro.

La leyenda obligatoria que debe contener el prospecto con tamaño específico de letra es:

“La oferta pública de estos valores ha sido autorizada por la CNV. Esta autorización no implica que la CNV recomienda la inversión de tales valores ni representa opinión favorable o desfavorable sobre la perspectiva del negocio. La CNV no será responsable por la veracidad de la información presentada en este prospecto o de las declaraciones contenidas en las solicitudes de registro.”

La norma vigente antes citada contrasta marcadamente con la disposición de la antigua normativa de valores que señalaba⁴⁵:

⁴⁵ Artículo 2 Decreto de Gabinete 247 de 1970.

“La Comisión Nacional de Valores tendrá las siguientes atribuciones:

a. Verificar la veracidad de la información que deberán suministrar las sociedades conforme se establece en el Decreto de Gabinete y en el Decreto de Gabinete sobre fondos mutuos.”

b.....

Con el objeto de comprobar que los estados financieros se ajustarán a las disposiciones legales la antigua CNV podía realizar inspección y examen a las sociedades registradas y de fondos mutuos al igual que a los distribuidores autorizados y efectuar audits, exigir la exhibición de los libros de contabilidad y de los documentos, registros y correspondencia que justifiquen cada asiento o cuenta, comprobar las inversiones de carteras, examinar las actas de los organismos de la sociedad. La facultad examinadora se extiende a cualquier subsidiaria de la sociedad a cualquier afiliada en la cual la sociedad objeto de examen haya invertido más del 20% de su cartera. La Comisión Nacional de Valores podrá delegar esta función en auditores del Ministerio e Hacienda y Tesoro.⁴⁶

Curiosamente en la actualidad esta facultad, no de forma tan clara, se conserva para efectos de los sujetos con licencia que pueden ser sujetos a inspecciones ordinarias y extraordinarias por la CNV de conformidad con el artículo 264 del Decreto Ley 1/99 no así para el caso de emisores registrados que, hasta la reforma al Decreto Ley 1 de 1999 mediante la ley 45 de 2003 (delitos financieros), se requería (hoy ya superado con la reforma introducida por la ley 45 de 2003)), a nuestro juicio, utilizar el procedimiento de la diligencia exhibitoria que debe formularse ante un Juzgado de Circuito.

Por su relevancia con relación al tema del rol y responsabilidad a jugar por las Comisiones de Valores en el tema del registro de valores nos parece de sumo interés reproducir las reflexiones de la situación en el modelo español:

⁴⁶ Artículo 23 Decreto de Gabinete 247 de 1970.

“En torno a la posible responsabilidad de la Comisión Nacional del Mercado de Valores o de otros organismos públicos. Este tema ha sido planteado recientemente..... y especialmente en cuanto a la inscripción en los registros administrativos de la CNMV de los folletos informativos propios de las operaciones de oferta pública (emisiones, OPV y OPA). El artículo 26 LMV exige en toda emisión (y, por remisión, OPV) el registro previo por la CNMV de un folleto informativo, y el artículo 92 LMV señala que la incorporación a los registros de la CNMV de los informes de auditoria y de cuentas y de los folletos informativos **sólo implicará el reconocimiento de que aquellos contienen toda la información requerida por las normas que fijen su contenido y en ningún caso determinará responsabilidad de la CNMV por la falta de veracidad de la información en ella contenida.** Asimismo, el artículo 19 del Real Decreto de emisiones de 27 de mayo de 1992 señala que el registro por la CNMV no implicará recomendación de la suscripción de los valores **ni pronunciamiento en sentido alguno sobre la solvencia de la entidad emisora o a rentabilidad de la emisión.** Esta última mención constituye además mención obligada de los folletos informativos,.....

En consecuencia, el ordenamiento de mercado de valores español define un criterio de irresponsabilidad de la CNMV por el contenido del folleto, quedando el análisis del folleto por la CNMV limitado a cuestiones formales. Este punto es claro, aunque pueda discutirse en determinado momento si tal sistema es o no conveniente. Ahora bien, el hecho de definir este criterio de irresponsabilidad de la CNMV por posibles falsedades, errores u omisiones del folleto **NO supone una extensión del principio de forma tal que se determine una irresponsabilidad general de la CNMV.** En todo caso, parece que este mismo criterio de irresponsabilidad por el contenido del folleto debe extenderse a la información trimestral y semestral que las entidades cotizadas deben enviar a la CNMV y las

sociedad rectoras de las bolsas de valores en función del artículo 35 LMV, orden de 18 de enero de 1991 y circular 1/1992 de 27 de mayo, puesto que **no se define una obligación expresa de revisión de cuentas por parte de la CNMV o de las sociedades rectoras, a cuyo efecto la legislación confía en el sistema de revisión o auditoría de cuentas como medio de aseveración de la corrección de los datos o de formulación de las advertencias que sean precisas, por lo que en el caso de falsedades, irregularidades u omisiones relevantes de datos la responsabilidad recaería en los órganos de administración y, en su caso, en los auditores.**

Ahora bien ¿qué ámbito específico de actuación cabe exigir a la CNMV? A mi juicio, y sin perjuicio de ulteriores desarrollos legislativos en este tema que pudieran tener lugar....., procede afirmar:

--primero, la CNMV no constituye en la actualidad un sistema de revisión de cuentas y documentos (folletos informativos) en segunda instancia:

--segundo, la CNMV no constituye ni puede constituir un sistema de garantía e la solvencia de una entidad cotizada y, con ello, de las inversiones efectuadas por los accionistas minoritarios o de otro tipo;

--tercero y en todo caso, la CNMV tiene una función general de velar por la transparencia de los mercados e valores, por la correcta formación de los previos en los mismos y la protección de los inversores (art. 13 LMV). En aras de dicha finalidad, el artículo 85 LMV atribuye a la CNMV la facultad de realizar inspecciones sobre las entidades comprendidas en el artículo precedente, lo que incluye a los emisores de valores, así como la de recabar de tales entidades las informaciones complementarias que estime precisas, debiendo las mismas poner a disposición de la CNMV los libros, registros y documentos que considere precisos. La

CNMV tiene no sólo la potestad de actuar en este sentido, sino la obligación de hacer uso de tales facultades con la finalidad de que sean conocidos por el mercado cuantos datos afecten a las sociedades cotizadas y que tengan o puedan tener trascendencia sobre el precio.

En consecuencia, y sin perjuicio del sistema de irresponsabilidad por el contenido de los folletos informativos, es posible aplicar a la Comisión Nacional del mercado de valores lo establecido en el artículo 139 de la Ley del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común de 26 de noviembre de 1992, sobre responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y obligación de indemnizar toda lesión que los particulares sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y se cumplan los demás requisitos establecidos en la citada norma, dada la aplicación de su artículo 2.2.”⁴⁷

Es fundamental tener presente lo antes citado que es totalmente relevante para nuestro mercado de valores panameño.

La presentación de la información financiera a la CNV no constituye una segunda auditoría. El sistema no está diseñado de esa forma. No existe ni la capacidad técnica, humana ni de ninguna índole para efectuar auditorías a las personas sujetas a reporte.

Cuando en su momento la antigua legislación mantuvo indirectamente dicha postura al atribuir a la CNV la obligación de verificar la veracidad de la información presentada (que es fundamentalmente una nueva auditoría), la antigua CNV no tenía ni el personal ni los recursos para acometer dicha labor. Esto se

⁴⁷ José Enrique Cachón Blanco. *El Principio Jurídico de Protección al inversor de valores mobiliarios*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil Año XIII Julio-Septiembre 1994, página 666 y siguientes.

reconocía expresamente al permitir que esta función particular fuese atribuida a auditores el Ministerio de Hacienda y Tesoro.

La CNV, no constituye ni puede constituir un sistema de garantía de la solvencia de las empresas registradas y, con ello, de las inversiones efectuadas por los accionistas minoritarios o de otro tipo.

La CNV tiene una función general de velar por la transparencia de los mercados de valores, por la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores. Para cumplir dicha finalidad, la CNV tiene facultades de investigación e inspección sobre las entidades.⁴⁸

En materia de responsabilidad es necesario tener presente que la adquisición de valores es un contrato de compraventa que se celebra al amparo del derecho privado y que no pierde esta característica por el hecho de que la CNV registre el prospecto.

De los daños causados por los bienes vendidos responderá el vendedor, conforme a las reglas generales y la CNV es un tercero ajeno a la relación negocial.

La verificación del prospecto por la CNV asegura la protección de la eficiencia del mercado remediando los problemas derivados de la existencia de información asimétrica.

No significa lo anterior que no exista responsabilidad eventualmente por parte de la CNV. Sin duda existirá responsabilidad de la CVN cuando se produzca una lesión de bienes o derechos de los particulares resultantes del funcionamiento de un servicio público.

EMISORES EXTRANJEROS

La ley expresamente dispone que pueden registrarse en la CNV valores de emisores constituidos de conformidad con las leyes de un país extranjero.

⁴⁸ Carlos A. Barsallo P. Las actividades prohibidas en el mercado de valores a la luz de la legislación panameña. Charla dictada en el seminario organizado por el Colegio de Contadores Públicos Autorizados de Panamá. 17 de julio de 2002.

El registro de un valor de un emisor extranjero en la CNV y su oferta pública en Panamá no implican por sí solo que el emisor esté llevando a cabo negocios en Panamá.

Los emisores extranjeros deben nombrar un apoderado en Panamá con facultades suficientes para representarlos ante la CNV y para recibir notificaciones administrativas y judiciales. Este último punto es importante ya que en el caso de notificaciones judiciales el emisor extranjero no necesariamente se encontrará inscrito como sociedad extranjera en el Registro Público panameño por lo cual la fuente de información pública sobre el apoderado en Panamá con facultades suficientes para recibir una notificación judicial se encontrará en la CNV.

El Acuerdo 6-2000 dispone que podrán actuar como apoderados las casas de valores, puestos de bolsa, bancos con licencia general e internacional, compañías de seguro y reaseguros, asesores de inversión, administradores de sociedades de inversión, abogados y firmas de abogados, contadores y firmas de contadores, empresas con licencia fiduciaria o cualquier otra persona que designe la solicitante.

La CNV podrá reconocer la validez de registros de valores hechos en jurisdicciones reconocidas y podrá permitir la oferta pública de dichos valores o su listado en bolsas de valores establecidas en Panamá.

La Comisión, facultada por la ley, ha regulado mediante acuerdo el procedimiento de reconocimiento de los registros extranjeros y ha determinado la información y documentos que en estos casos deben ser presentados a la CNV y enviados a los inversionistas.

JURISDICCION RECONOCIDA⁴⁹

La ley define el concepto como:

Toda jurisdicción que la CNV reconozca, mediante acuerdo, que cuenta con:

⁴⁹ Carlos A. Barsallo P. Las jurisdicciones reconocidas en el mercado de valores panameño. El caso de El Salvador. Revista del Instituto Iberoamericano de los Mercados de Valores. No 12/2004, páginas 48 y siguientes.

1. Leyes y reglamentos que, aunque no sean iguales a los nacionales, ofrecen en general, a juicio de la CNV, un grado de protección a los inversionista en su conjunto sustancialmente igual al que ofrece la legislación nacional y
2. Que cuenta con un ente regulador que, a satisfacción de la CNV, fiscalice adecuadamente el cumplimiento de dichas leyes y reglamentos.

Mediante Acuerdo 11-2000 de 3 de julio de 2000⁵⁰ la CNV acordó reconocer las jurisdicciones de Estados Unidos, Francia, España, Reino Unido, Japón, Suiza, Alemania, Suecia, provincia de Québec y Notario (Canadá) Hong Kong, Holanda, México, Australia, Italia como jurisdicciones reconocidas.

Posteriormente mediante Acuerdo 3-2003 se reconoce a la República de El Salvador como jurisdicción reconocida.⁵¹ y mediante Acuerdo 4-2005 se declara a la República de Costa Rica como jurisdicción reconocida para los efectos de la definición contenida en el Artículo 1 del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999.⁵²

Mediante el Acuerdo 6- 2005 se declaran exentos de registro los valores emitidos por Estados o jurisdicciones que hayan sido declarados jurisdicciones reconocidas, con fundamento en el artículo 83 del Decreto Ley 1 de 1999 y se establecen otras disposiciones.⁵³

El reconocimiento de jurisdicciones ha conllevado la preparación de un procedimiento que regule la materia. Así mediante el Acuerdo 8-2003 de 9 de julio de 2003 la CNV adopta el procedimiento abreviado de registro de valores, ante la CNV

⁵⁰ Publicado en Gaceta oficial de viernes 11 de agosto de 2000 número 24116. Suecia ha sido excluida por no forma parte del Comité Técnico de IOSCO.⁵¹ Gaceta Oficial 24,775 de 4 de Abril de 2003.

⁵¹ Gaceta Oficial 24,775 de 4 de Abril de 2003.

⁵² Publicado en Gaceta Oficial No. 25,307 de 26 de mayo de 2005.⁵³

⁵³ Publicado en Gaceta Oficial No. 25,327 de 23 de junio de 2005.

que hayan sido previamente registrados o autorizados para su oferta pública en una jurisdicción reconocida ⁵⁴

A raíz de la adopción de acuerdos de jurisdicción reconocida se ha observado un flujo de registro de valores en la CNV, principalmente de valores registrados previamente en El Salvador y en Costa Rica.⁵⁵

OBLIGACIONES DE LOS EMISORES DE VALORES EN EL CASO DE JURSDICCION RECONOCIDA.

- Remitir a la CNV la misma información financiera periódica que están obligados a presentar al ente regulador en donde estén registrados.
- Comunicados de hechos de importancia a la CNV, de manera simultánea a la comunicación que se realice a la entidad reguladora donde se encuentran registrados.

DISEMINACIÓN DE LA INFORMACIÓN. LA CNV UN REGISTRO DE ACCESO PÚBLICO. DEBER DE LA CNV

La CNV tiene una obligación legal de poner a disposición del público, sin demora, todas las solicitudes de registro. Esta obligación está sujeta a las limitaciones contenidas en el artículo 267 del Decreto Ley 1 de 1999 que regula el tema del secreto de la información.

El artículo 267 permite a cualquier persona solicitar a la CNV que determinada información se mantenga en reserva. De conformidad con el Acuerdo 6-2000 un emisor puede formular

⁵⁴ Publicado en Gaceta Oficial de miércoles 23 de julio de 2003 número 24,850 Modificado por el Acuerdo 3-2004 de 6 de mayo de 2004 publicado en la Gaceta Oficial de miércoles 19 de mayo de 2004 numero 25,053 (modifica el artículo 4 y deroga el artículo 8 del acuerdo 8-2003 y el Acuerdo 9-2005 Publicado en Gaceta Oficial No. 25,356 de 3 de agosto de 2005.55.

⁵⁵ Para oferta pública en mercado secundario en el año 2004 se registraron acciones por un monto total de B/.359,160,823 de la Corporación UBC Internacional, S.A. y Banagrícola, S.A. Ambas empresas están registradas en la Superintendencia de Valores de la República de El Salvador, jurisdicción reconocida en el año 2003. Recientemente finalizó el trámite del registro de las cuotas de participación de Interbolsa Fondo de Inversión Inmobiliario Dólares y de Interbolsa Fondo de Inversión Inmobiliario Dólares Dos que cuentan con una emisión autorizada y registrada para su oferta pública por US\$50MM cada uno y que se encuentra registrada en la Superintendencia de valores de Costa Rica, jurisdicción reconocida en el año 2005.

por escrito y conjuntamente con el formulario de solicitud de registro de valores, petición a la CNV para mantener en reserva información o documentos presentados a la CNV o para omitir en el prospecto información que por su naturaleza, deba estar contenida en el mismo. El emisor deberá justificar la petición de reserva y explicar las razones por las cuales dicha información no es esencial para proteger los intereses del público inversionista. En tales casos no se dará inicio al trámite correspondiente hasta tanto no se resuelva la solicitud de reserva y la disponibilidad de la información al público quedará sujeta a lo que sobre el particular decida la CNV.⁵⁶

La CNV se encuentra facultada para requerir a los emisores que tengan valores registrados en la CNV que distribuyan a los tenedores de dichos valores los informes y cualquier otra información presentados a la Comisión, o que los divulguen para el beneficio del público inversionista, en la forma y con la periodicidad que prescriba la CNV.

Los emisores que tienen acciones registradas en la CNV deberán enviar a sus accionistas, por lo menos una vez al año, un informe o memorial anual que debe incluir los estados financieros auditados del emisor.

La CNV ha dictado normas sobre el contenido y la forma que deban observar los materiales publicitarios o informativos que distribuyan personas registradas en la CNV o que se usen en relación con ofertas públicas de valores registrados, con el fin de que la información divulgada al público inversionista sea cierta y clara y no se preste a engaños o fraude.

El Acuerdo 14-2000 de 16 de agosto de 2000⁵⁷ por el cual se adoptan criterios de publicidad como normas aplicables a materiales publicitarios o informativos que distribuyan aquellas personas registradas en la CNV establece los siete criterios que deben contemplarse en materia de publicidad.

⁵⁶ Artículo 267 del Decreto ley 1 de 1999 numerales 3 y 4 y Opinión 2-2002. Efectos de la Ley 6 de 22 de enero de 2002, por la cual se dictan normas para la transparencia en la gestión pública, se establece la acción de Habeas Data y se dictan otras disposiciones, frente a ciertos artículos del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999. Gaceta Oficial No. 24,534 - Fecha Gaceta Oficial 18 abril de 2002.

⁵⁷ Publicado en la Gaceta Oficial de martes 12 de septiembre de 200 número 24137.

La CNV está facultada para ordenar que se suspenda el uso de material publicitario, si a juicio de la CNV, el material publicitario o informativo contuviese información o declaraciones falsas sobre hechos de importancia u omite información o declaraciones sobre hechos de importancia que deban ser divulgados conforme a la ley, o que deban ser divulgados para que las declaraciones hechas en el material no sean tendenciosas o engañosas a la luz de las circunstancias en que fueron hechas.

La suspensión del uso se mantiene hasta que el material sea modificado o complementado, según lo requiera la CNV.

Todo emisor registrado que suministra documentación a la CNV debe someterse a lo dispuesto en el Acuerdo 6-2001 de 20 de marzo de 2001⁵⁸ por el cual se hace obligatoria la inclusión de una declaración en todo documento que se presente a la CNV. En virtud de este Acuerdo 6-2001 se hace obligatoria la inserción de una declaración expresa en todo informe, estudio, reporte y en general, en todo documento que presenten los solicitantes de registro de valores, los emisores registrados en el sentido de que quien lo genera, tiene conocimiento y acepta que el mismo será puesto a disposición del público.

OPINION DE ASESOR LEGAL INDEPENDIENTE⁵⁹

La solicitud de registro debe acompañarse de una opinión escrita de un abogado o firma de abogados independiente. Esta es una novedad introducida por el Acuerdo 6-2000. Con anterioridad solo se conocía de la obligación de acompañar estados financieros auditados por auditor externo independiente, pero no se regulaba el tema del asesor legal en el proceso de registro de valores, excepto requerir su participación obligatoria en el trámite.

⁵⁸ Publicado en la gaceta oficial de martes 3 abril de 2001 número 24,274.

⁵⁹ El Acuerdo No. 49 de 24 de abril de 2001 dictado por la Sala Cuarta de Negocios generales de Corte Suprema de Justicia, aprueba la Tarifa de Honorarios Profesionales Mínimo de los Abogados en la República de Panamá. Este Acuerdo contempla el apartado de asunto ante la Comisión de Valores señala que para el registro de valores el trámite de emisión de valores se facturará según convenio de las partes. Las gestiones administrativas ante la Comisión de Valores se facturarán a B/.150.00 por hora y el asesoramiento y tramitación para la emisión de bonos corporativos se facturará a B/.4,000.00.

La opinión legal solicitada debe versar, por disposición expresa del Acuerdo 6-2000, sobre:

1. La debida constitución y vigencia de las personas que asumen obligaciones como resultado del registro de los valores, así como su capacidad corporativa para celebrar contratos y para cumplir con las obligaciones en ellos contraídas.
2. La validez de los contratos que formen parte integrante de la solicitud de registro y que los derechos y obligaciones en ellos contenidos son obligaciones legales, válidas y exigibles.
3. La validez de los contratos frente a las cláusulas del pacto social, estatutos y acuerdos de accionistas del solicitante o de las leyes, decreto o reglamentaciones existentes en Panamá.
4. Las obligaciones asumidas por el solicitante y las personas que sean parte en los contratos que forman parte de la solicitud de registro, como obligaciones incondicionales asumidas por tales personas y que gozan de la misma prelación que las demás obligaciones no garantizadas de la solicitante.

El abogado o firma de abogados que emite la opinión, respecto de la solicitud de registro de valores, deberá ser independiente del solicitante.

No se considera independiente al abogado o firma de abogados, o a los socios de ésta última, que sean:

1. Asesor legal interno de la solicitante
2. Director o dignatario de la solicitante
3. Propietario efectivo del 5% o más de las acciones en circulación de la solicitante, y
4. Empleado administrativo de la solicitante.

El requisito de independencia del asesor legal se limita a la expedición de la opinión requerida, pudiendo la solicitante recibir en cualquier momento asesoría de abogados o firmas de abogados que no reúnan la condición de independientes, incluyendo la presentación de la solicitud de registro de valores ante la CNV.

TERMINACIÓN DEL REGISTRO DE VALORES

La CVN puede dar por terminado el registro los valores de un emisor de oficio o a petición del emisor o de parte interesada. La terminación del registro va acompañada de la terminación de la obligación del emisor de presentar informes a la CNV. Mediante fallo 20 de marzo de 2002 la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre los efectos de la terminación del registro.

En la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el licenciado Abdiel Gabriel Gonzalez, en representación de Plastigol, S.A. se solicitó se declara nula por ilegal, la Resolución No.262-00 de 13 de octubre de 2000 dictada por la CNV que imponía multa administrativa por la no presentación de informes a un emisor que no había terminado su registro. Lo discutido giraba en torno a cuando cesan las obligaciones de remisión de informes a la CNV de un emisor registrado. La conclusión a la que llega el fallo es que estas obligaciones cesan con la terminación del registro el cual es un acto administrativo que conlleva un procedimiento y la simple redención de los valores no lo sustituye.

CONDICIONES NECESARIAS PARA LA TERMINACION DEL REGISTRO

Para que pueda darse la terminación del registro el emisor debe cumplir con las siguientes condiciones: 1) No tener en el último día de su año fiscal 50 o más accionistas domiciliados en Panamá, que sean propietarios efectivos de no menos del 10% del capital pagos del emisor (excluyendo para el cálculo a las sociedades afiliadas al emisor y los empleados, los directores y los dignatarios de éste); 2) No tener valores listados en una bolsa de valores en Panamá; 3) No tener en circulación valores que hubiesen sido ofrecidos a través de una oferta pública. Se exceptúan valores accionarios contemplados en el numeral uno antes indicado) y 4) Presentar a la CNV una solicitud de terminación de registro y cumplir con los procedimiento que sobre la materia ha dictado la CNV mediante el Acuerdo 6-2000.

PROCEDIMIENTO

La solicitud de terminación de registro se tramitará mediante abogado y debe acompañarse de los siguientes documentos

1. Poder de abogado
2. Resolución de la junta directiva o del órgano de gobierno competente de la persona que autorice la cancelación del registro.
3. Certificado del registro público de la solicitante (expedido dentro de los 30 días anteriores a la fecha de presentación de la solicitud).
4. Constancia de la publicación, en un diario de circulación nacional, durante 3 días consecutivos de un aviso de terminación de registro.
5. Certificación expedida por el representante legal de la solicitante relativa al cumplimiento de todos los compromisos adquiridos con los inversionistas.
6. Comprobante de pago de la tarifa de terminación que es de 500.00 balboas.
7. Formulario de información de valores en circulación (ADM FIVCO1) adicionado mediante Acuerdo 8-2003 de 20 de diciembre de 2004 ⁶⁰

La CNV envía copia de la resolución mediante la cual se hace la terminación de registro a la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas ya que la terminación del registro del valor implica igualmente la terminación del tratamiento fiscal especial que la ley le otorga al mismo en sus artículo 269 y 270 del Decreto ley 1 de 1999.

DEBERES DE LOS EMISORES

INFORMES

El deber fundamental de los emisores registrados es informar. Los emisores cuyos valores están registrados en la CNV, al tenor del artículo 71 del Decreto Ley 1 de 1999, deberán presentar a ésta los siguientes informes:

⁶⁰ Publicado en la Gaceta Oficial de lunes 17 de enero de 2005 número 25218.

1. Un informe anual dentro del plazo establecido por la CNV, el cual no excederá los 120 días después del cierre del año fiscal. Dicho informe anual deberá contener los estados financieros auditados del emisor y aquella otra información y documentación que prescriba la CNV con arreglo al decreto ley 1 de 1999 y sus reglamentos.
2. Informes interinos, los cuales deberán ser presentados con la periodicidad que determine la CNV y deberán contener la información y la documentación que ésta prescriba con arreglo al decreto ley y sus reglamento.

La CNV ha fijado la periodicidad en la presentación de Estados financieros de la siguiente manera:

- Trimestralmente dentro de los dos meses siguientes al cierre del trimestre correspondiente, incluyéndose en todo caso los estados financieros interinos del cuarto trimestre.
- Anualmente dentro de los 3 meses siguientes al cierre del periodo fiscal correspondiente.

El Acuerdo 18-2000 de 11 de octubre de 2000 adopta el reporte denominado **informe de actualización** a cargo de los emisores de valores registrados ante la CNV ⁶¹

La no presentación de informes, es decir el incumplimiento de la obligación legal con lleva la imposición de multas administrativas. El régimen de multas ha estado regulado por el Acuerdo 10-2000 de 23 de junio de 2000 por el cual se adoptan criterios para la imposición de multas administrativas por mora en la presentación de informes a la CNV.⁶²

El régimen funciona con un sistema de multas progresivas por mora en la presentación de informes las que pueden llegar

⁶¹ Publicado en la Gaceta Oficial de jueves 26 de octubre de 2000 número 24169. Modificaciones introducidas por el Acuerdo 12-2003 y el Acuerdo 8-2004

⁶² Publicado en la Gaceta Oficial de miércoles 28 de junio de 2000 número 24084. Modificado por los acuerdos 5-2001 de 9 de marzo de 2001 y 10-2003 de 18 de agosto de 2003. El Acuerdo 8-2005 por el cual se establecen criterios para la imposición de multas administrativas por mora en la presentación de Estados Financieros e Informes a la Comisión Nacional de Valores. Publicado en Gaceta Oficial No. 25,356 de 3 de agosto de 2005 subroga el Acuerdo 10-2000.

hasta B/3,000.00. Adicionalmente se procede a la publicación de la información general sobre la multa en la página Web de la CNV y multas superiores a B/.500 se publican en la Gaceta Oficial. Existe la obligación del emisor de informar en sus informes de actualización sobre la multa (sujeto a unos parámetros de tiempo y monto).

Por último, existe la potencial suspensión de autorización para oferta pública por presentación de informes incompletos con su correspondiente publicidad como medida de protección al público inversionista.

Los informes solicitados contemplan en una de sus partes los estados financieros del emisor registrado.

Dichos estados financieros deben ser presentados en cumplimiento de lo dispuesto en el Acuerdo 8-2000 de 22 de mayo de 2000 ⁶³ (modificado por el Acuerdo 03-2005 de 31 de marzo de 2005) de conformidad con las normas aplicables sobre la forma y contenido de los Estados financieros que demanda la CNV. La CNV ha dispuesto que el Acuerdo 8-2000 aplica de forma supletoria a las disposiciones contenidas en el Acuerdo 2-2000 mediante el cual se establece que los emisores e intermediarios deberán presentar los estados financieros de conformidad con:

- Las normas internacionales de información financiera (NIIF) emitidas por el Consejo de normas internacionales de contabilidad (International Accounting Standards Board, por sus siglas en inglés) o,
- Los principios de contabilidad generalmente aceptados en los Estados Unidos de América (Generally Accepted Accounting principles in the United States of America USGAAP).

Adicional al deber fundamental de informar, explicado arriba con los detalles de los informes periódicos y la consecuencia de su no presentación los emisores registrados tienen el deber de:

⁶³ Publicado en la Gaceta oficial de miércoles 24 de mayo de 2000 número 24059.

- Revelación de hechos de importancia, cuando ocurran (Artículo 77 D.L 1/99) y,
- Pagar tarifa de supervisión. Su no pago conlleva recargos.⁶⁴

VALOR REGISTRADO IMPLICACIONES

La condición de valor registrado tiene implicaciones importantes que pueden sintetizarse así:

A. En materia de protección al inversionista.

Es condición necesaria que se trate de valores registrados para que se den las siguientes protecciones:

- Uso indebido de información privilegiada
- Declaraciones falsas y omisiones de emisores, oferentes.
- Registro, informes y demás documentos presentados a la CNV.
- Manipulación
- Falsificación de libros, de registro de contabilidad o de información financiera.

Todas las anteriores consideradas como Actividades prohibidas. (Título XII del D.L. 1/99)

B. En materia de tratamiento fiscal.

Impuesto sobre la renta con respecto a ganancias 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**

⁶⁴ Fernando Sánchez Calero y Juan Sánchez Calero Guilarte. Instituciones de Derecho Mercantil Volumen II 28ª. Edición. Thomson Aranzadi 2005, pagina 302. En el derecho español si el emisor estima que el hecho relevante no debe hacerse público por afectar a sus intereses legítimos, informará inmediatamente al regulador que podrá dispensarle de la obligación de informar al público.

la CNV, siempre que dicha enajenación se dé a través de una bolsa de valores u otro mercado organizado.

- Impuesto sobre la renta con respecto a intereses.
- Los intereses que se paguen o acrediten sobre **valores registrados en la CNV** causarán impuesto sobre la renta a base de una tasa única del 5%, que deberá ser retenido por la persona que pague o acredite tales intereses. Estas rentas no se considerarán parte de las rentas brutas de los contribuyentes, quienes no quedan obligados a incluirlas en su declaración de renta.
- No obstante lo establecido, estarán exentos del pago del impuesto sobre la renta los intereses u otros beneficios que se paguen o acrediten sobre valores registrados en la CNV y que, además sean colocados a través de una bolsa de valores o de otro mercado organizado.⁶⁵

MODIFICACION DE TERMINOS Y CONDICIONES DE VALORES REGISTRADOS.⁶⁶

Posterior a su registro en la CNV puede presentarse el caso que el emisor desee hacer cambios a los términos y condiciones de los valores previamente registrados. Antes del año 2003 no existía ningún procedimiento o regla que contemplará como tratar estas modificaciones. Mediante Acuerdo 4-2003 de 11 de abril de 2003 la CNV adopta el procedimiento para la presentación de solicitudes de registro de modificaciones a términos y condiciones de valores registrado en la CNV.⁶⁷

Se entiende como modificación a los valores registrados y en circulación, aquellos cambios que redunden en reformar a los términos y condiciones establecidos en el título y documentos que respaldan la oferta, expresados en el prospecto informativo original con el cual una oferta publica de valores fue debidamente registrada ante la CNV.

⁶⁵ Artículos 269 y 270 Decreto ley 1 de 8 de julio de 1999 como ha quedado luego de la Ley 6 de 2005 (ley de equidad fiscal).

⁶⁶ Carlos A. Barsallo P. Reestructuración de términos y condiciones de valores colocados en oferta pública.

⁶⁷ Publicado en la Gaceta Oficial de miércoles 23 de abril de 2003 número 24786.

La CNV ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de este Acuerdo 4-2003 en la Opinión 2-2005 de 3 de febrero de 2005⁶⁸ al resolver solicitud de opinión sobre la aplicabilidad del Acuerdo 4-2003 en los casos en que la modificación afecte únicamente a algunos de los tenedores registrados. La CNV se ha decantado por reafirmar el llamado principio de prohibición de privilegios entre los tenedores de los valores objeto de una misma emisión coincidiendo con el criterio dominante en la doctrina comparada en el sentido de que todos los tenedores de valores tiene derecho a ser informados sobre los cambios y modificaciones.⁶⁹

⁶⁸ Publicada en la Gaceta Oficial de jueves 17 de marzo de 2005 número 25259.

⁶⁹ García-Pita y Lastres, Jose Luis, *Modificación de valores en Circulación*, citado por Sánchez Calero, Fernando, *Régimen Jurídico de las emisiones y ofertas públicas de venta (OPVs) de valores*, Editorial de Derecho Reunidas, S.A. Madrid, 1995, página 703.

**SECCIÓN DE
DERECHO TRIBUTARIO**

LA APLICACIÓN TEMPORAL DE LAS NORMAS TRIBUTARIAS⁷⁰

Dr. Gustavo Naveira de Casanova

SUMARIO

1 - Aspectos introductorios. El tiempo y el Derecho. La sucesión de normas en el tiempo como fenómeno jurídico insustituible	91
A - El tiempo y el Derecho	91
B - Los principios y reglas generales para la aplicación de las normas en el tiempo. Los conflictos de las leyes en el tiempo.....	92
C - Diversos aspectos en que incide el problema de la vigencia de las leyes en el tiempo en el Derecho tributario.....	96
2 - Acerca del marco constitucional en que se inserta el problema de la vigencia de la ley tributaria sustantiva en el tiempo: referencia a los principios de reserva de ley tributaria y de capacidad económica	99
3 - Diferencias y similitudes entre las leyes penales y tributarias en relación con la posibilidad de darles efecto retroactivo	100
4 - Aspectos principales del problema de la retroactividad de la ley tributaria sustantiva.....	104
A - La cuestión en el Derecho constitucional positivo.....	104
B - La cuestión en la doctrina especializada. Diversos grados de retroactividad y su admisibilidad constitucional	105

⁷⁰ El presente trabajo, realizado especialmente gracias a la gentil invitación de mi amigo y colega profesor Camilo A. Valdés Mora, tiene como raíces dos trabajos que realicé con anterioridad. El primero, el ejercicio para acceder al cargo de Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, realizado en noviembre del año 2001. Y, en segundo lugar, la preparación del capítulo correspondiente al Tratado Argentino de Tributación que, bajo la dirección del doctor Horacio A. García Belsunce, fue publicado en Buenos Aires en 2003. Por ende, quien haya tenido en sus manos mis anteriores trabajos sobre el tema, verá las similitudes existentes, pero también podrá apreciar la inclusión de algunas nuevas ideas al respecto.

B.1 - La llamada retroactividad propia	106
B.2 - La denominada retroactividad impropia	107
B.3 - Posiciones que niegan la relevancia de diferenciar entre dichas especies de retroactividad	108
C - Posiciones que admiten la retroactividad de la ley tributaria sustantiva, con alcance general.....	109
D - Posiciones que vedan la retroactividad de manera completa o que la admiten sólo en ciertos supuestos concretos	110
D.1 - El denominado “efecto candado” y la permisión limitada de retroactividad en las leyes tributarias	110
D.2 - Principio de legalidad o reserva de ley reforzado	113
D.3 - El debido respeto al principio de capacidad contributiva como límite a la posibilidad de normas retroactivas.....	116
D.4 - Los principios constitucionales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad	122
D.5 - La garantía constitucional del derecho de propiedad. El pago del tributo y de sus efectos liberatorios con relación al contribuyente deudor. Autolimitación en la potestad tributaria, con fundamento legal o contractual. La doctrina de los derechos adq	136
D.6 - La razonabilidad como garantía constitucional	149
D.7. La forma republicana de gobierno y el Estado Social y Democrático de Derecho como límites a la retroactividad tributaria ...	151
5 - Otros problemas que se vinculan o que derivan de la retroactividad de la ley tributaria sustantiva	154
A - Las leyes interpretativas	154
B - El cambio de criterios interpretativos o aplicativos de la Administración	157
C - El cambio de criterios jurisprudenciales en la interpretación de la ley tributaria	160
6 - Conclusiones	162

1 - Aspectos introductorios. El tiempo y el Derecho. La sucesión de normas en el tiempo como fenómeno jurídico insustituible

A - El tiempo y el Derecho

Sabido es que la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo, sea cual fuere la rama del Ordenamiento en que estemos operando, presenta problemas y aristas. Algunos de ellos, a mi entender, agregan a su estudio dificultades apasionantes.

Uno de los principales componentes del problema mentado, el factor *tiempo*, tiene como característica que su fluir es unidireccional, porque su transcurrir deviene del pasado hacia el presente y de aquí hacia el futuro, sin posibilidad fáctica -al menos hasta hoy- de detenerlo ni de volverlo hacia atrás.

Como sostuvo Bretone, el Derecho vive en el tiempo y el tiempo es constitutivo del Derecho⁷¹. Además, toda pretensión de quietud en el desarrollo del Ordenamiento Jurídico resulta utópica, pues éste se renueva permanentemente. Se ha dicho de él que, *“por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y perfeccionamiento. Normalmente, lo hace así al establecer relaciones ‘pro futuro’. Pero difícilmente una norma puede evitar que la regla del futuro incida sobre relaciones jurídicas preexistentes, que constituyen el basamento de las relaciones venideras, y es por ello que, a menudo, tales normas deben contener unas cautelas de transitoriedad que reglamentan el ritmo de la sustitución de uno por otro régimen jurídico. La incidencia de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas.”*⁷².

El problema puede ser expuesto, como lo hace García Belsunce, en los siguientes términos: *“[l]as leyes, entendidas como normas jurídicas que regulan relaciones de la vida humana y social,*

⁷¹ Bretone, Mario: Derecho y tiempo en la tradición europea, México, 1999, p. 71.

⁷² Sentencia 27/1981, del 20 de julio de 1981, del Tribunal Constitucional español (TCE, en adelante).

tienen una vigencia temporal; es decir, un tiempo a partir del cual se aplican y un tiempo en el cual expiran o dejan de aplicarse. Asimismo, y principalmente, las leyes tienen una temporalidad o vigencia en el tiempo que determina a cuáles hechos de la vida real han de aplicarse, en cuanto éstos puedan ser -y lo son en realidad- simultáneos, anteriores o posteriores a la fecha elegida por el legislador como vigencia de la norma.”⁷³.

B - Los principios y reglas generales para la aplicación de las normas en el tiempo. Los conflictos de las leyes en el tiempo

Resulta una constante en esta materia señalar, al compás de los adagios latinos, que la ley posterior deroga a la anterior y que la ley especial deroga a la general. Sin embargo, hay que matizar estas reglas, dado que el problema no tiene una solución tan sencilla.

Es reconocido principio, que obliga al intérprete y a quienes deben aplicar las normas -pero que no lo hace con el Legislador-, que éstas tienen vigencia a partir de su sanción y hacia el futuro, según el criterio de la normalidad de los casos. Esta regla hunde su raíz en la historia jurídica, y uno de sus puntos de partida positivos puede verse en la Constitución de Teodosio I, del año 393 de nuestra era, cuando preceptúa que *las leyes nuevas se aplican a los actos jurídicos ulteriores, no a los pasados*⁷⁴.

En consonancia con esta tesitura, el Código Civil argentino establece en su artículo 3º -siguiendo los lineamientos fijados por el Código napoleónico en la materia, imitado por muchos otros ordenamientos occidentales-, que las leyes rigen para el futuro y son obligatorias luego de su publicación.

De manera excepcional -se entiende- las leyes pueden tener efectos retroactivos si el Legislador en forma expresa, o bien razonablemente implícita, ha pretendido dárselos. Pero, al

⁷³ García Belsunce, Horacio A.: Retroactividad de las leyes tributarias - Casos inconstitucionales, en: Garantías Constitucionales, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 149.

⁷⁴ Ver Gaya Sicilia, Regina: El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987, p. 24 y cc.

mismo tiempo, esta posibilidad, para resultar admisible bajo el prisma constitucional y del principio de Justicia, ha de respetar determinados condicionamientos, cuya exposición trataré de abarcar aquí.

Así, en la sucesión temporal de las normas, se puede señalar que una disposición deja de tener vigor si ocurre alguno de estos casos. En primer lugar, si ha transcurrido el tiempo de vigencia fijado en la misma norma o si ha ocurrido el supuesto de hecho en ella previsto y en el cual agota su virtualidad -ley singular-. En segundo término, cuando ocurre su derogación expresa (total o parcial), llevada a cabo por otra norma posterior, hábil para tal cometido, es decir, de jerarquía igual o superior. Por último, cuando se concluye que ha sucedido su derogación implícita (total o parcial), también mediante el nacimiento posterior de otra norma. Supuesto éste en que, por lo común, viene acompañado por el problema consistente en determinar cuál es la ley que el Legislador quiso que fuera aplicable al caso.

Dentro de esta última posibilidad donde, como es obvio, la seguridad jurídica se puede ver seriamente resentida, alguna doctrina destaca una subespecie a la que denomina *derogación orgánica*. Ella se verifica⁷⁵ cuando se da una derogación implícita, pues la nueva norma no dice nada sobre la anterior pero resulta contraria a ésta y, dado que la ley posterior deroga a la anterior, esta oposición es susceptible de grado y si ésta es total y la regulación normativa nueva abarca una institución u organismo jurídico en forma completa, general, sin limitaciones (por ejemplo, municipios, estatuto del empleado público, etc.) se puede hablar de *derogación institucional u orgánica*. Su particularidad es el alcance que tiene, ya que es total, abarcando todo el instituto en su generalidad, sin mayor necesidad de análisis particularizados sobre aspectos puntuales de las normas para ver si su vigencia puede o no reputarse subsistente. En mi opinión, esta pretendida subespecie no es más que una radicalización de la fuerza

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de Argentina, Fallos: 319:2185, "Ministerio de Economía - Secretaría de Industria v. Sevel Argentina S.A. (Fiat)", del 10 de octubre de 1996, especial, el considerando 7º del voto de la mayoría. Allí se citan, como otros precedentes sobre el particular, los de Fallos: 182:392 y 248:257.

derogatoria de una norma posterior, basada en el hecho de su pretensión de regulación omnicompreensiva del instituto en cuestión.

Hay que recordar también que muchas veces, aún cuando se considere un caso de derogación expresa de normas, el Legislador suele recurrir a la socorrida -e indignant- fórmula de indicar que quedan derogadas todas las disposiciones que se opongan, o que contradigan, o que sean incompatibles con la nueva ley. Me parece oportuno traer a colación la denuncia hecha en su momento por Nawiasky, al indicar que el Legislador, con este mecanismo, tergiversa la finalidad típica de la norma, consistente en facilitar el paso del antiguo Derecho al nuevo, y endosa a los particulares -y a la Administración, como asimismo luego a los Tribunales-, el trabajo de pensar que a él le corresponde⁷⁶, procedimiento al que calificó, con indudable acierto, de *chanchullo* legislativo.

Los conflictos de leyes en el tiempo se originan cuando, ante la sucesión de éstas, no es sencillo determinar cuál es la que rige en los diversos casos que se plantean o respecto a las consecuencias de las relaciones jurídicas ya establecidas con anterioridad, a diferencia de las nuevas que se constituyan en adelante. El tema ha dado lugar a lo que se denomina *derecho intertemporal* o *transitorio*, que no es más que la obtención de las reglas a seguir para definir qué ley es aplicable a los distintos hechos, actos jurídicos, relaciones y situaciones, esto es, si se establece la retroactividad de la nueva ley, o bien sus efectos inmediatos, o bien la subsistencia ultra activa de la antigua ley y las derivaciones de las leyes intermedias.

Este problema ha sido abordado, entre otros, por la Corte Suprema de Justicia argentina, que ha reiterado en numerosas

⁷⁶ Nawiasky, Hans: Cuestiones fundamentales de Derecho tributario, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1982, p. 13 y cc. Señala que las normas de tal naturaleza son expresión “del atolladero en que se encuentra el legislador al no tener ni el tiempo ni la calma necesarios para darse cuenta, conscientemente, de la importancia de su trabajo.”. Problema que, en el ámbito del Derecho tributario se ve potenciado debido a la profusión de normas y mutaciones constantes en el Ordenamiento, a diferencia de otros ámbitos donde la legislación cambia con un ritmo más pausado. En idéntico sentido, ver Pérez de Ayala, José Luis y González García, Eusebio: Derecho tributario, Plaza Ediciones, Salamanca, 1994, p. 83, señalan que esta mayor comodidad para el Legislador es fuente de innumerables problemas para la Administración, para el contribuyente y para los tribunales.

ocasiones que la modificación de leyes o reglamentos por otros posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, puesto que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento o inalterabilidad de leyes o reglamentos⁷⁷.

Por su lado, como señala Casás, distintas teorías o escuelas jurídicas han trabajado para dar una respuesta adecuada a las situaciones que se pueden suscitar por la aplicación de las normas a los hechos y situaciones ocurrientes, en caso de modificaciones normativas⁷⁸. Menciona, entre otras, la denominada *teoría de los derechos adquiridos* (expuesta por Chabot de l'Allier, Merlin y Duvergier -Francia-; Herrestorf y Borst -Alemania-, y que es la que sostienen algunos tribunales, como la Corte Suprema de Justicia argentina); la teoría de los *hechos cumplidos* (sostenida por Chironi -Italia-; Vareilles-Sommieres -Francia-); la teoría de la *situación jurídica* (de Rubier y Lavel).

Llambías expresó que la opción entre retroactividad e irretroactividad es una cuestión de prudencia legislativa, pues el principio de irretroactividad sólo importa una directiva para los jueces ya que, a menos que exista una previsión legislativa expresa, no han de aplicar las leyes retroactivamente⁷⁹. Señala que debe recurrirse a la noción de *consumo jurídico* para determinar si hay o no retroactividad en una norma, pues los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia, no pueden ser alcanzados por la nueva ley, ya que si así fuera, estaría incurriendo en retroactividad. En cambio, los hechos *in fieri*, en curso de desarrollo, sí pueden ser alcanzados por la normativa nueva, ya que no se han cumplido completamente bajo el régimen de la anterior y, en este caso, no hay retroactividad. Las consecuencias no consumadas de los hechos pasados caen bajo la nueva ley, en especial cuando su eficacia no depende enteramente del hecho que las origina sino concurrentemente con la fecundación obrada

⁷⁷ Ver sentencias de Fallos: 268:228; 272:229; 291:359; 300:61; 308:199; 310:2845; 311:1213, entre otras.

⁷⁸ Casás, José Osvaldo: *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002 p. 765 y ss.

⁷⁹ Llambías, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil, Parte General*, Editorial Perrot, Buenos Aires, 11ª edición, circa 1984, tomo I, p. 141 y ss.

por el porvenir. Sin embargo, en cuanto a los límites del principio de irretroactividad, indica que, en pura teoría, ha de resolverse según los criterios clásicos, que indican que éste cede cuando se trata de una ley interpretativa o cuando es de orden público.

Casás resalta, con agudeza, que al trasladarse este problema del ámbito general al del Derecho tributario, cualquiera que sea el ámbito temporal de los hechos imponibles (instantáneos o complejos, sucesivos, continuados o periódicos -como los detallamos más adelante-), resulta a menudo indiscutible la intención del Legislador de imponer contribuciones innegablemente retroactivas, lo que suscita la necesidad de dar respuesta a si tal proceder se halla o no en armonía con los principios constitucionales vigentes⁸⁰.

C - Diversos aspectos en que incide el problema de la vigencia de las leyes en el tiempo en el Derecho tributario

Me parece útil recurrir a la visión jurídica de Jarach sobre el Ordenamiento tributario, como un sistema cuyo eje es el Derecho tributario sustantivo, y sus otros componentes satelitales son partes que están imbricadas en otras ramas del Derecho (penal, procesal, administrativo, internacional, etc.). Desde esta perspectiva global, el problema de la vigencia en el tiempo de las normas puede presentar dificultades diversas según de qué compartimiento se trate.

En el Derecho tributario procesal, los problemas de sucesión de normas serán los propios del Derecho procesal, en cuanto a que la aplicación de las nuevas leyes puede ser inmediata -salvo que la propia ley disponga otra cosa-, no sólo para los nuevos asuntos que se inicien ante los tribunales, sino también para los están en trámite, con el debido respeto, claro está, a la cosa juzgada, a la preclusión de los actos procesales ya cumplidos y a los derechos que se puedan haber adquirido durante la tramitación de la causa

⁸⁰ Casás, José Osvaldo: Derechos y garantías constitucionales del contribuyente, op. cit., p. 767.

(v. gr.: pruebas admitidas y producidas; honorarios devengados de los profesionales intervinientes; etc.).

En cambio, en el Derecho tributario formal o adjetivo, me parece que la sucesión de normas en el tiempo no puede implicar muchos inconvenientes, porque las disposiciones formales, por su propia naturaleza, no pueden ser retroactivas (v. gr. es materialmente imposible exigir un comportamiento a realizar en el pasado, como haber hecho determinada cosa o haber presentado cierta documentación que, por no existir antes esa norma, no fue presentada, etc.). Por otra parte, pueden implicar la exigencia de aportar información relativa a hechos acaecidos en el pasado, supuesto admisible y que no implica retroactividad alguna, ya que es un deber presente o futuro.

Creo que donde sí se generan ciertos inconvenientes, propios de la materia y ajenos a este trabajo, es en el Derecho tributario penal. Aquí la irretroactividad *in pejus* de la norma (tanto de la que establece delitos e infracciones, como de sus respectivas sanciones) suele ser un cerrojo establecido constitucionalmente (y reforzado por tratados internacionales de derechos humanos), aunque hay una excepción dada por la aplicación retroactiva de la ley más benigna. Este aspecto, sencillo de comprender, puede traer problemas en cuanto a la determinación de cuál es la ley más favorable⁸¹, ya que ésta no sólo será la que desincrimina la conducta realizada o la que le fija una pena menor, sino que también se considera como tal aquella que crea una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de impedimento de la operatividad penal, o bien la que contempla otras circunstancias, como un menor tiempo de prescripción, una diversa clase de pena, una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de ésta, previsiones sobre la condena condicional, la *probation*, la libertad condicional, etc.

⁸¹ Remito a quien desee profundizar al respecto, al Capítulo VIII del Tratado de tributación, tomo I, Derecho tributario, Volumen 1, Dirigido por Horacio A. García Belsunce, Astrea, Buenos Aires, 2003, ps. 632 y ss.

El fundamento de este instituto ha de hallarse, según autorizada doctrina⁸², en la propia naturaleza de la ley penal, y si ésta prevé sólo situaciones excepcionales, la sucesión de leyes que altera la incidencia del Estado en el círculo de bienes jurídicos del autor, ello denota una modificación en la manera de considerar el conflicto, que política y socialmente el Legislador ha evaluado en forma más leve. En tales condiciones, no tiene sentido que el juez castigue más duramente porque ello se consideró razonable -también políticamente- al momento de cometerse el hecho. Además, el principio republicano de gobierno exige racionalidad en la acción del Estado, la cual se ve afectada cuando, por la mera circunstancia de que un individuo que haya realizado el mismo hecho con anterioridad a otro sea tratado más rigurosamente. Asimismo, si bien la seguridad jurídica requiere del principio de legalidad penal, aquélla no se ve afectada si éste se incumple por ser la segunda norma más beneficiosa para el reo.

Cabe advertir, al paso, que debe diferenciarse lo recién dicho del problema relativo a las leyes y demás normas de amnistía, ya que éstas son leyes desincriminatorias anómalas, puesto que son temporarias e implican un olvido, borrando los efectos jurídicos de ciertos hechos pasados (su punición), pero la prohibición y el castigo ante las infracciones normativas siguen estando vigentes hacia el futuro⁸³, para los nuevos hechos que ocurran, de similar naturaleza a los acaecidos en el pasado que se han perdonado.

En la órbita del Derecho tributario -especialmente en materia de tributos aduaneros- debe advertirse que el principio de la ley penal más benigna se ve restringido cuando se trata de variaciones de la ley extrapenal que complementa la ley penal en blanco. Cuando esa norma extrapenal que sirve de

⁸² Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro: Derecho penal, Parte General, Ediar, Buenos Aires, *circa* 2000, p. 115 y cc.

⁸³ En el ámbito del Derecho tributario, lamentablemente, suelen ser comunes, sobre todo en países con problemas fiscales estructurales, los perdones fiscales, instrumentalizados a través de normas de blanqueo, de condonación, de moratoria o de planes de facilidades de pago, donde junto con tales facilidades suelen contener condonaciones de sanciones, condicionadas o de pleno derecho.

necesario complemento a la ley punitiva es, por ejemplo, un acto administrativo concebido ya por aquélla como de naturaleza eminentemente variable, fácil es apreciar que si se aplicara indiscriminadamente la regla de la ley penal más benigna, importaría despojar a la ley represiva de toda eficacia, y ello *a priori*, pues el ritmo vertiginoso con el que se desenvuelve el proceso económico desactualizaría rápidamente las disposiciones anteriores que intentaban protegerlo.

2- Acerca del marco constitucional en que se inserta el problema de la vigencia de la ley tributaria sustantiva en el tiempo: referencia a los principios de reserva de ley tributaria y de capacidad económica

Autorizada doctrina ha sostenido⁸⁴, con acierto, que el principio de capacidad contributiva y el de legalidad constituyen la columna vertebral del Derecho tributario. Y el tema de la aplicación retroactiva de la ley tributaria, precisamente, tiene íntima relación con ambos principios. Efectivamente, desde la perspectiva del principio de reserva de ley, hay que puntualizar que éste lleva implícito que la ley de la que se habla es de la vigente -al menos- al tiempo de desarrollarse los hechos relevantes de las hipótesis de incidencia de los tributos de que se trate. Constituye una burda injusticia pretender que se ha respetado el principio de legalidad si el Legislador dicta una ley cuyos efectos se retrotraen en el tiempo con el afán de alcanzar a hechos ya acaecidos íntegramente. Obviamente, desde el plano formal, habría una ley, mas desde elementales consideraciones de seguridad jurídica y de justicia, se aprecia que no se ha respetado el contenido esencial del principio de reserva, uno de cuyos contenidos es el de la actualidad de la ley al momento de ocurrir los hechos.

Por otro lado, con la capacidad contributiva ocurre algo similar, en tanto es requerida una potencia económica cierta y actual al momento de realización de las hipótesis de incidencia, no incierta ni remota o pretérita. Que una persona haya tenido una determinada capacidad para contribuir a solventar los gastos

⁸⁴ Ver, por todos, Pérez de Ayala, José Luis y González García, Eusebio: Derecho tributario, op. cit., p. 155 y ss., y 161.

públicos en el pasado, y que mediante una ley se pretenda alcanzar esa capacidad anterior, no alcanza para considerar respetado este principio.

3 - Diferencias y similitudes entre las leyes penales y tributarias en relación con la posibilidad de darles efecto retroactivo

El constitucionalismo liberal y moderno ha nacido como consecuencia del desarrollo y evolución, fundamentalmente, del Derecho financiero y del penal. El primero, como forma de poner coto al poder del monarca para exigir contribuciones de riqueza de parte de sus vasallos y de los señores feudales que se encontraban bajo su dominio o influencia. El segundo, como manera de garantizar y asegurar que las penas por los delitos cometidos no serían arbitrariamente establecidas ni aplicadas, sino como culminación de un juicio justo, uno de cuyos requisitos básico era el conocimiento previo de las conductas prohibidas para poder tener la posibilidad de atenerse a la legalidad.

Creo que es innegable que tanto la libertad como el derecho de propiedad son dos de los valores más preciados por los hombres y aquellos donde las limitaciones pueden ser más hondamente sentidas y que, por tales razones, los ordenamientos jurídicos de carácter liberal y moderno les han prestado mayor atención. Sin embargo, el principio de irretroactividad de la ley sólo se circunscribió al ámbito penal⁸⁵.

A grandes rasgos, se puede decir que existe una relación unívoca y de implicancia recíproca entre tres elementos: existencia del Estado de Derecho, reconocimiento y garantía del derecho de propiedad privada y los tributos. Tan relacionados entre sí se

⁸⁵ Bayona de Perogordo, Juan José y Soler Roch, María Teresa: Compendio de Derecho financiero, Compás, Alicante, 1991, p. 111, donde señalan que “[l]a regulación de los delitos y de las penas, por un lado, y de los tributos, por otro, son las dos materias que, en cuanto se veían como las limitaciones de más entidad a la libertad y propiedad, valores esenciales del Estado liberal, fueron objeto de la más cuidada atención por parte de los legisladores del Estado constitucional, que desde un principio consagraron, a tal efecto, dos principios o técnicas jurídicas para salvaguardar dichos valores en relación con las citadas limitaciones: el primero consistió en la exigencia de legalidad en el establecimiento y tipificación de unos y de otros; el segundo, fue la absoluta interdicción de la retroactividad que, sin embargo, se limitó exclusivamente a la materia penal”.

encuentran aquéllos que cabe afirmar que si se prescinde de uno desaparecerían otros dos. Así, y en términos muy simplificados, si no existiera el Estado de Derecho, no habría quien reconociera ni garantizara la propiedad de los particulares, ni a quien éstos le pagaran tributos. De otro lado, sin la existencia de tributos, el Estado no tendría forma sencilla de sobrevivir y el derecho de propiedad dejaría pronto de estar garantizado. Por último, sin derecho de propiedad, no habría parcela de riqueza de la cual detraer gabelas ni un Estado a quien sufragarlas.

Todos tienen el deber de contribuir al gasto público, de acuerdo con el principio de generalidad. Esta obligación de sufragar las erogaciones comunes supone una restricción de carácter legítimo a la riqueza de cada particular⁸⁶. En el art. 13 de la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre y del Ciudadano de 1789 se estableció que, para el mantenimiento de la fuerza pública y para cubrir los gastos de administración, es indispensable una contribución común que debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón de sus posibilidades. En el artículo siguiente se contempló la posibilidad de controlar la inversión de esos dineros públicos y, recién en el art. 17, se reconoció el derecho de propiedad privada. Surge de manera clara, entonces, que para los revolucionarios franceses -paradigma del pensamiento y del interés de la burguesía- el derecho de propiedad privada no se ve afectado por la existencia de un sistema tributario que mantenga el aparato estatal. Al menos en principio.

La doctrina tributaria, en la clara pluma de Vanoni, sostuvo, con precisión, que la ley impositiva no es odiosa puesto que atribuirle tal carácter implicaría desconocer el indisoluble vínculo que se da entre la existencia del Estado y la imposición. Así, la actividad financiera, lejos de ser una acción que limita los derechos y la personalidad del particular, es un presupuesto necesario puesto que sin ella no habría un ente estatal y, a su vez, sin éste, no existiría un Ordenamiento Jurídico ni derechos que reclamar⁸⁷.

⁸⁶ Rosembuj, Tulio: La transacción tributaria, Atelier, Barcelona, 2000, p. 14.

⁸⁷ Vanoni, Ezio: Naturaleza e interpretación de las normas tributarias, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1973, p. 183, 184, 215 y cc.

En la doctrina alemana contemporánea es Kirchhof quien menciona que los tributos representan la coparticipación del Estado en la ganancia obtenida por los particulares gracias a que aquél mantiene el mercado y las demás condiciones propicias, necesarias e insustituibles para que éstos perciban sus rentas, para que consuman o para que gocen del patrimonio que han habido⁸⁸.

Por su parte, varios tribunales cimeros han sostenido pensamientos similares. La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica ha expresado, en reiteradas oportunidades, que los tributos son el precio que ha de pagarse para vivir en una sociedad civilizada, advirtiéndole que el poder para gravar también puede implicar el poder para destruir. Hay coincidencia en que la génesis de esta doctrina en ese país tuvo lugar en el caso “*McCulloch v. Maryland*”⁸⁹, donde ese tribunal, bajo la pluma del Chief Justice John Marshall acuñó la frase “*the power to tax involves the power to destroy*”. De manera parecida, la Corte Suprema de Justicia argentina, ha dicho que si bien la facultad de establecer impuestos es esencial e indispensable para la existencia de un gobierno, ese poder, cuando es ilimitado en cuanto a la elección de la materia imponible o con relación a su cuantía, envuelve necesariamente la posibilidad de destruir que lleva en su entraña, desde que existe un límite más allá del cual ninguna cosa o persona o institución tolerará el peso de un determinado tributo⁹⁰.

Como colofón de este punto, es oportuno afirmar que si bien, en principio, no hay oposición alguna entre la defensa del derecho de propiedad y la obligación de pagar tributos y cumplir así con el deber de concurrir al sostenimiento de los gastos públicos, sin embargo, esta situación no ha de perder el delicado equilibrio que

⁸⁸ Kirchhof, Paul: La influencia de la Constitución alemana en su legislación tributaria, en: Garantías constitucionales del contribuyente, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, 2ª edición, p. 26 y ss.

⁸⁹ 4 Wheat. 316, de 1819.

⁹⁰ Fallos: 186:170, “Banco de la Provincia de Buenos Aires v. Nación Argentina”, del 15 de marzo de 1940.

su mantenimiento implica, ya que el tributo no puede socavar las bases del sistema económico en que se inserta⁹¹. La ley tributaria no es odiosa, sino que es una norma más, como cualquiera otra.

Fue Cervera quien demostró, al respecto, por qué durante años se tuvo la convicción de que la ley tributaria no podía ser retroactiva, cuando analizó las constituciones de la segunda posguerra y vio que las regulaciones de delitos y penas, y de tributos son las dos materias que fueron objeto de severa atención por los legisladores, dado que se las apreciaba como las limitaciones de más entidad a la libertad y la propiedad de las clases burguesas⁹². Coincidentemente con lo expuesto aquí, indicó que desde un principio se consagran y llegan a hoy dos técnicas diferentes de protección y garantía de ambos bienes jurídicos. La primera, consiste en la exigencia de legalidad en el establecimiento y tipificación de unas y otras. La segunda es la absoluta interdicción de retroactividad, pero limitada a la materia penal y que algunos han intentado hacer extensiva a la tributaria basándose en la pretendida naturaleza odiosa y restrictiva de la ley fiscal.

A tu turno, Tipke aclaró sobre el punto que el Derecho penal y el tributario no se fundan sobre principios comunes. El Derecho penal tiene como objetivo definir, en forma preventiva, los comportamientos punibles para que los ciudadanos los eviten. La comunidad considera fundamental establecer las condiciones necesarias para eludir los delitos y es interés de todos que no se comenten acciones penalmente perseguibles, ya que son indeseables y prohibidas. En cambio, no existe un paralelo en la parcela tributaria del Ordenamiento, pues si no realizaran los respectivos presupuestos de hecho de cada gravamen, el Estado se quedaría sin recaudación. Los presupuestos de hecho,

⁹¹ Por ejemplo, implica el repudio de ideas como las de Henry George, en los Estados Unidos, quien preconizaba el acceso hacia un Estado socialista, mediante el aumento del impuesto sobre el valor de las tierras (impuesto inmobiliario), de manera tal que, al no poder ser pagado con las rentas por éstas generadas, obligara a sus dueños a venderlas, desprendiéndose de su propiedad en beneficio del conjunto social.

⁹² Cervera Torrejón, Gonzalo: La retroactividad de la norma tributaria, REDF - Civitas, n° 10, 1976.

las hipótesis de incidencia -como las llamaba Ataliba⁹³- no son acciones prohibidas sino que, por el contrario, se fomentan en su mayoría y, por lo general, resultan inevitables.

4 - Aspectos principales del problema de la retroactividad de la ley tributaria sustantiva

A - La cuestión en el Derecho constitucional positivo

De manera concordante con el principio general expuesto, en la Constitución argentina, sólo se ha constituido en una garantía explícita la irretroactividad de la ley en materia penal, según su artículo 18, y con la limitación también señalada para poder admitir el caso de ley más benigna. En materia extrapenal, no existe precepto expreso en tal sentido. Entramos en mayores detalles sobre el particular más abajo, cuando puntualizamos la doctrina de la Corte Suprema al respecto.

En los Estados Unidos de Norteamérica, está expresamente prevista la irretroactividad de la ley no penal⁹⁴. Pero, como señala Corwin⁹⁵, aunque no cabe duda de que los constituyentes creyeron que la prohibición de las leyes *ex post facto* de la Sección IX y su contraparte de la Sección X determinaría la anulación de toda legislación retroactiva y, sobre todo, de las leyes especiales que interferían con los derechos creados, la Suprema Corte, a partir del caso "*Calder v. Bull*"⁹⁶ limitó la irretroactividad exclusivamente a la materia penal.

Por su lado, la Constitución del Brasil de 1988, en el art. 150 preceptúa que "[s]in perjuicio de otras garantías aseguradas

⁹³ Ver Ataliba, Geraldo: Hipótesis de incidencia tributaria (hecho imponible), RDFHP, n° 104, 1973, p. 335 y ss.

⁹⁴ Art. Uno, Novena Sección, punto 3, "*No se aplicarán decretos de proscripción ni leyes ex post facto*"; Décima Sección, punto 1, "*Ningún Estado podrá (...) aprobar decretos por los que se castigue a determinadas personas sin que preceda juicio ante los tribunales, leyes ex post facto o leyes que menoscaben las obligaciones que derivan de los contratos (...)*".

⁹⁵ Corwin, Edward S.: La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual, Fraterna, Buenos Aires, 1987, p. 176 y ss.

⁹⁶ 3 Dall. 386, de 1798.

al contribuyente, está prohibido a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal y a los municipios (...) III. Cobrar tributos: a) con base en hechos imponible ocurridos antes del inicio de la vigencia de la ley que los hubiera establecido o ampliado; b) en el mismo ejercicio financiero en que haya sido publicada la ley que los estableció o amplió (...).". De manera similar, las constituciones de Colombia de 1991 (art. 363) y de Perú de 1993 (art.103), prohíben el efecto retroactivo de la ley fiscal.

En el constitucionalismo europeo, la Constitución Española de 1978 estableció, en su art. 9.3, la irretroactividad sólo para las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, entre las que no se cuentan las leyes tributarias, según la interpretación dada por su Tribunal Constitucional, en coincidencia con la doctrina de los autores⁹⁷. Es más, la referencia existente a que la irretroactividad también comprendiese las leyes tributarias fue quitada del anteproyecto de constitución durante el debate de la asamblea constituyente.

La Constitución de la Federación Rusa de 1993, a su vez, preceptúa en su art. 57 que todos están obligados a pagar los tributos y otros gravámenes establecidos legalmente, pero que las leyes que establezcan nuevos tributos o que supongan un gravamen mayor no tendrán carácter retroactivo.

En el caso de Alemania, como se destaca más abajo, la irretroactividad de la ley se entronca con la consideración del Estado Social y de Derecho, según la construcción realizada con base en los arts. 20 y 28 de la Ley Fundamental de Bonn.

B - La cuestión en la doctrina especializada. Diversos grados de retroactividad y su admisibilidad constitucional

La doctrina ha elaborado una distinción entre los tributos, al tomar en cuenta el aspecto temporal de devengo de sus respectivos hechos imponible. Así, los ha diferenciado entre aquellos que son instantáneos, ya que su acaecimiento se produce

⁹⁷ Ver por todos, Cortés Domínguez, Matías: Ordenamiento tributario Español, Civitas, Madrid, 1985, p. 103.

en un momento determinado que abarca, precisamente, un solo instante, de duración breve⁹⁸, frente a aquellos otros que se han denominado complejos, sucesivos, continuados o periódicos, dado que el acaecimiento del hecho imponible ocupa un considerable espacio de tiempo, en el cual se comprenden una gran cantidad de acciones⁹⁹.

Esta distinción ha servido, a su vez, para fincar una diferencia entre diversos matices o grados que, al menos teóricamente, puede admitir la retroactividad que el Legislador desea otorgar a una ley posterior.

B.1 - La llamada retroactividad propia

Se dice que la retroactividad de una ley es propia, cuando la norma posterior afecta a hechos imponibles que ya se han producido íntegramente en la realidad con anterioridad a su sanción, sea aumentando su base de medición, o la alícuota correspondiente, o bien cuando eleva a la categoría de hechos imponibles comportamientos ya desarrollados por completo que, al momento de efectuarse no estaban gravados.

En este orden de pensamientos, Moschetti dijo que sólo habría retroactividad en sentido propio cuando la ley dispone efectos jurídicos *ex tunc*, es decir, desde un momento anterior al de su entrada en vigor, pues sería erróneo considerar retroactiva una norma que conecte con un hecho pasado efectos jurídicos con inicio *ex nunc*¹⁰⁰. Pese a ello, también aclaró que en ambos casos adquiere relevancia el estudio de la legitimidad de los efectos jurídicos nuevos.

El profesor Tipke recoge esta distinción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, para el cual la retroactividad

⁹⁸ Por ejemplo, en el caso de las ventas gravadas con IVA, donde el hecho imponible comienza a desarrollarse y termina en el mismo instante en que la venta es perfeccionada. Con independencia del hecho que la ley prevea o no un período distinto (generalmente mensual) para la liquidación del gravamen.

⁹⁹ Por ejemplo, suele ser el caso de los impuestos sobre las rentas, donde el hecho imponible comprende todo un ejercicio económico -por lo común un año-, ya que deben computarse ingresos y gastos durante ese período para saber si, en definitiva, se ha realizado o no la hipótesis prevista en la ley para hacer nacer la obligación tributaria.

¹⁰⁰ Moschetti, Francesco: El principio de capacidad contributiva, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, p. 348 y cc.

es propia cuando la ley más gravosa ha emanado después de la conclusión de los hechos, los que ya forman parte del pasado¹⁰¹. La ley interviene para modificar, con posterioridad, hechos imponderables pertenecientes al pasado y ya concluidos. Señala que ese tribunal sólo la ha admitido en casos excepcionales, por *razones exigidas por el bien general*.

También puede entenderse que la retroactividad es plena cuando abarca tanto al presupuesto de hecho de la norma como a sus efectos, por ejemplo, cuando la ley condona sanciones firmes.

B.2 - La denominada retroactividad impropia

Es la que se verifica, especialmente, en tributos cuyo hecho imponible es complejo o sucesivo, donde la ley afecta a los presupuestos fácticos que han comenzado a desarrollarse pero que no han finiquitado su devenir.

Ha destacado Tipke que es el caso que se da cuando la ley que aumenta el gravamen sea publicada cuando los hechos previstos sean actuales pero no concluidos¹⁰². La ley incide sobre presupuestos de hecho que todavía no se han terminado de realizar; se publica durante el período, antes de su finalización, pero con efectos desde el inicio. Aclaró que, en general, el Tribunal Constitucional alemán la ha considerado admisible bajo ciertas condiciones.

Hay que indicar que, en forma paralela a la distinción efectuada, hay otras posturas que adoptan una terminología diversa, consistente en clasificar entre retroactividad de grado mínimo o débil, medio y máximo o fuerte, según lo expuso De Castro¹⁰³. Así, es de grado máximo cuando afecta a la relación jurídica básica y sus efectos. Es de grado medio, cuando repercute sobre los efectos de esa misma relación jurídica surgidos durante la vigencia de la ley derogada. Y es de grado mínimo, cuando

¹⁰¹ Tipke, Klaus: La retroactividad en el Derecho tributario, en Tratado de Derecho tributario, dirigido por Andrea Amatucci, Temis, Bogotá, tomo I, p. 344.

¹⁰² Tipke, Klaus: La retroactividad en el Derecho tributario, op. cit., p. 344.

¹⁰³ De Castro, Federico: Derecho Civil de España. Parte General I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, 3ª Edición, p. 723 y ss.

comprende a los efectos de la relación nacidos durante la vigencia de la nueva ley o a partir de ese momento.

B.3 - Posiciones que niegan la relevancia de diferenciar entre dichas especies de retroactividad

Por su parte, tanto Tipke como Moschetti piensan que, con independencia de la distinción señalada entre retroactividad propia e impropia, hay que destacar que la frustración de otros principios constitucionales puede darse en un caso u otro. Señala Tipke que si bien el distingo es importante de cara a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que la rechaza en el primer caso (salvo excepciones) y la admite en el segundo (por lo general), en ambos la confianza del contribuyente puede resultar defraudada considerablemente. Dice que “[l]os contribuyentes deberían poder confiar en que la situación jurídica existente cuando hacen los tratos se va a mantener a lo largo del año tributariamente relevante. Tiene que ser protegida la confianza en que a los contribuyentes no se los va a someter a disposiciones retroactivas.”¹⁰⁴. En efecto, destaca que si se tienen en cuenta los motivos que justifican la prohibición de retroactividad, se verá que no sólo al final del año se realizan los actos fundamentales de la *cadena* económica. El contribuyente ha de poder organizar la forma en que le sean más favorables los hechos relevantes desde el punto de vista tributario, motivo por el cual -en su criterio- el Tribunal Constitucional alemán se apoya, mal, en el principio de anualidad, sin reparar que cada uno de los presupuestos que configuran el hecho imponible es importante. En coincidencia con Lang, afirma que debería suprimirse la diferenciación de que se trata y fijar un concepto de retroactividad unitario, donde la ley reconozca consecuencias jurídicas a una disposición con vínculos fácticos o jurídicos que han fundamentado una posición de confianza, que no puede defraudarse¹⁰⁵.

Paralelamente, remarca que la misma modificación desfavorable para el contribuyente puede ocasionarse con disposicio-

¹⁰⁴ Tipke, Klaus: La retroactividad en el Derecho tributario, op. cit., p. 344, en especial las citas de la nota 9, con referencia a las opiniones de Klaus Vogel y Joachim Lang.

¹⁰⁵ Tipke, Klaus: La retroactividad en el Derecho tributario, op. cit., p. 346.

nes que rijan para el futuro, no retroactivas (supresión de ciertos beneficios fiscales con los que se contaba). Esto también puede implicar un debilitamiento de la confianza del contribuyente, y debería ser declarado ilegítimo, a pesar de que la jurisprudencia constitucional dice que estos casos no se pueden tutelar, ya que la Constitución no tutela la decepción. Este autor dice que es necesario comparar, como en la retroactividad impropia, el interés público y la confianza del contribuyente.

C - Posiciones que admiten la retroactividad de la ley tributaria sustantiva, con alcance general

En esta tesitura se han enrolado algunos pocos autores. Por ejemplo, el administrativista Bielsa, quien la aceptó sin mayores limitaciones y con alcance general¹⁰⁶, aunque lo hizo con la condición de que no abarcase más allá del ejercicio financiero en que se produjese. La razón de este condicionamiento se fundamenta en el principio de anualidad de la ley de presupuesto de gastos y recursos. A pesar de ello, no dejó de reconocer que este tipo de comportamientos del Legislador podían dañar la necesaria certidumbre jurídica con que han de contar los contribuyentes como factores de la economía. También Godoy¹⁰⁷ quien dijo que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no puede desecharse la posibilidad de sancionar normas jurídicas retroactivas, excepción hecha del Derecho penal y debido a estrictas razones constitucionales. Según manifestó, la exigencia de que las normas tributarias no sean retroactivas sólo podría hallar sustento en razones axiológicas.

¹⁰⁶ Ver Bielsa, Rafael: Compendio de Derecho público, Roque Depalma, Buenos Aires, 1952, tomo III, Derecho Fiscal, p. 34 y ss. La postura de Bielsa todavía mantiene el resabio de la vieja regla que ligaba la anualidad en la vigencia de la ley tributaria con la anualidad de la ley presupuestaria que, en la actualidad y en la mayoría de los Estados, no mantienen ese paralelismo, por lo que Mayer calificó como bifurcación de la legalidad financiera. Ver Martín Queralt, Juan; Lozano Serrano, Carmelo; Casado Ollero, Gabriel y Tejerizo López, José M.: Curso de Derecho financiero y tributario, Tecnos, Madrid, 1995, p. 197.

¹⁰⁷ Godoy, Norberto: Teoría general del Derecho tributario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 179.

D - Posiciones que vedan la retroactividad de manera completa o que la admiten sólo en ciertos supuestos concretos

En este apartado pretendo reseñar, con cierto detalle expositivo, varios argumentos que se han expuesto para limitar los efectos retroactivos de las leyes tributarias. Advierto que cada una de estas posturas responde a una razón diferente, sin que implique, a la vez, la negación de las demás, sino una diferencia de enfoque en la cuestión relativa a limitar al Legislador en este aspecto¹⁰⁸.

D.1. - El denominado “efecto candado” y la permisión limitada de retroactividad en las leyes tributarias

Es claro que el establecimiento de un impuesto supone, para quien debe pagarlo, una disminución de su renta y, por consiguiente, un deterioro en su poder adquisitivo. Dentro del estudio de los efectos económicos del impuesto, uno de ellos está constituido por el fenómeno denominado efecto *noticia, candado, anuncio o fuga del tributo*, que se verifica ante la posibilidad cierta de que se establezca un nuevo gravamen, de forma tal que los contribuyentes buscan escapar de la incidencia del gravamen nuevo o, al menos, atenuarla o colocarse en la situación económicamente más ventajosa, dentro de sus posibilidades. El contribuyente modifica su conducta a causa de cambios en el sistema fiscal, con el fin de atemperar en la mayor medida posible, el peso de aquéllos en su esfera patrimonial¹⁰⁹.

Este cambio de comportamientos puede darse a través de varias alternativas. La extrema está dada por aquel contribuyente

¹⁰⁸ Ver como ejemplo de la propuesta expositiva y de análisis que formulamos, la realizada por Bulit Goñi, Enrique G.: Las leyes tributarias retroactivas son inconstitucionales: capacidad contributiva, legalidad, equidad y razonabilidad, La Información, t. LIX, p. 907 a 913.

¹⁰⁹ Ver Navarro, Patricio Aristóbulo: Efectos económicos de los impuestos, en: Mordegliá, Roberto Mario y otros, Manual de Finanzas Públicas, A Z Editora, Buenos Aires, 1986, p. 318 y cc. Corti, Aristides H. M. y Calvo Rubén A.: Acerca de la proyección jurídica de los efectos económicos de los impuestos, Jurisprudencia Argentina del 12 de octubre de 1988, p. 2 y ss.

que consigue evitar por completo el gravamen, sustrayéndose del ámbito de la imposición. Luego, quedan otros casos donde, mediante el resto de los efectos económicos, intentan atemperar los efectos del tributo en su esfera: traslación, repercusión, difusión, etc.

Mediante la técnica del *candado* lo que persigue el Legislador es, a su vez, evitar que, ante la noticia del cambio en el sistema fiscal, los contribuyentes puedan fugarse completamente de éste, colocándose en una situación más ventajosa durante el lapso intermedio entre que se tomó conocimiento de la intención de llevar a cabo modificaciones en el sistema fiscal y que éstas entraron efectivamente en vigor. De esta manera, la vigencia de la ley se retrotrae en el tiempo, por deseo expreso del Legislador, por ejemplo, al tiempo del anuncio del cambio, como puede ser el inicio del trámite parlamentario o el momento en que se dio a publicidad el proyecto enviado al Poder Legislativo por parte del Gobierno.

En el Derecho comparado hay algunos ordenamientos positivos que lo han contemplado, mediante mecanismos permisivos de esta retroactividad, mientras que otros guardan silencio al respecto.

Como señala Spisso¹¹⁰, el sistema de entrada en vigencia de la ley de reforma fiscal desde que el proyecto es remitido al Parlamento ha sido institucionalizado, por ejemplo, por el art. 78 de la Constitución de Grecia, donde se prevé que, excepcionalmente, cuando se trate de establecer o de aumentar derechos de importación o exportación, o de impuestos sobre el consumo, se autorizará su percepción a partir del día en el cual se haya presentado a la Cámara la propuesta de ley.

El profesor Valdés Costa, si bien sostuvo firmemente que el principio es la irretroactividad de las normas tributarias¹¹¹, admitió puntualmente la retroactividad para el caso del mecanismo del art. 77 de la Constitución italiana de 1947, referido al problema de la ley del Parlamento que, al ratificar o derogar un decreto-

¹¹⁰ Spisso, Rodolfo R.: Derecho constitucional tributario, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 312.

¹¹¹ Valdés Costa, Ramón: Curso de Derecho tributario, Temis, Bogotá, 2001, p. 259.

ley, tenga efectos *ex tunc*¹¹². En este caso, la ley tendría efecto retroactivo al momento de la entrada en vigor del decreto ley.

El Modelo de Código Tributario para América Latina del año 1967, fijó en su art. 9º como criterio normal la aplicación para el futuro de las leyes tributarias, según el plazo de entrada en vigencia de las leyes que cada país tenga establecido, generalmente en unos pocos días. Pero, en su inciso segundo, previó que las normas por las que se gravaran hechos impositivos instantáneos podían entrar en vigencia en forma inmediata, para alcanzar a los supuestos de hecho sucedidos desde la fecha misma de la promulgación de la ley, si esta aplicación alcanza a todos los contribuyentes afectados.

De todas maneras hay que destacar, con García Novoa¹¹³, que la legitimidad de retrotraer la vigencia del gravamen al momento del anuncio de la modificación legislativa se basa, en términos de seguridad jurídica, en que ésta no se vea lesionada frente a la actuación del Legislador, lo que así resulta cuando ella es conocida y esperable, pues no hay confianza legítima que proteger. El problema, entonces, se traslada desde el momento de la aprobación de la ley, a aquel en que la modificación se tornó cierta o, al menos, predecible. Es decir, a determinar a partir de qué instante o situación de hecho o de derecho el contribuyente tomó -o pudo tomar- conocimiento de la futura producción de una modificación legislativa que agravaría su situación.

Me parece que, así las cosas, lo único que se lograría si no hay una previa determinación de dicho momento de manera más o menos clara o precisa, es disimular el problema¹¹⁴. Distinto es el

¹¹² Valdés Costa, Ramón: El principio de la irretroactividad de las leyes y los reglamentos en materia tributaria, en Memorias de las X Jornadas Luso Hispano Americanas de Estudios tributarios, Montevideo, 1984, ps. 17 y cc.

¹¹³ García Novoa, César: El principio de seguridad jurídica en materia tributaria, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 179 y ss.

¹¹⁴ En efecto, es de público y notorio que en los medios masivos de comunicación, en periódicos especializados en cuestiones económicas, en diversos foros de discusión -política, académica, de investigación, etc.- como en el gobierno de turno, hay trascendidos y versiones de posibles cambios sobre las normas tributarias, que la mayoría de las veces quedan en nada. En tales circunstancias, retrotraer la vigencia de la norma al momento en que se hizo uno de estos anuncios, no brinda pauta alguna de certidumbre, ya que lo normal es que esos anuncios, versiones y trascendidos sean superados por otros, que tampoco llegan a concretarse.

caso de aquellos Ordenamientos donde el proceso de formación de la ley está regulado y debe ser publicado por medios oficiales¹¹⁵ y, de esta forma, se determina que la fecha de publicación oficial de un proyecto de modificación o reforma fiscal marca el instante hasta el cual la norma podría retrotraer su vigencia.

En definitiva, y en las certeras palabras de García Novoa, *“en tanto el efecto anuncio tiene una importancia trascendental como vía para eliminar la buena fe del ciudadano y legitimar una actuación retroactiva de la norma, su concurrencia ha de valorarse de forma aquilatada, averiguando si concurren todos los requisitos necesarios para que pueda entenderse que tal anuncio existe”*¹¹⁶.

D.2 - Principio de legalidad o reserva de ley reforzado

La aplicación de los lineamientos estrictos del principio de reserva de ley también ha posibilitado concluir en la veda absoluta de la retroactividad de la ley tributaria. La idea es sencilla, en cuanto responde a una razón casi obvia: la ley a que se refiere el principio de reserva debe ser, lógicamente, anterior a la realización de aquellos hechos que se toman como relevantes jurídicamente y se elevan a la categoría de hipótesis de incidencia. Lo contrario implicaría una burla a todo el basamento de ese principio, sobre todo en cuanto a las raíces que se nutren de la necesidad de brindar seguridad jurídica, ya que si en el futuro todo puede ser reformado para afectar hechos del pasado, la seguridad es nula. O, según dice Asorey, con cita de Legaz y Lacambra, la certidumbre está dada en forma negativa, por la carencia de seguridad jurídica¹¹⁷.

Jarach ha señalado que un corolario controvertido del principio de legalidad es que las situaciones jurídicas de los

¹¹⁵ Por ejemplo, en España existe, además del Boletín Oficial del Estado, el Boletín de las Cortes, donde deben ser publicados los proyectos de ley en tratamiento. Se ve así que se da una pauta de certidumbre acerca del momento a partir del cual es previsible que la reforma puede concretarse en una ley.

¹¹⁶ García Novoa, César: El principio de seguridad jurídica en materia tributaria, op. cit., p. 180.

¹¹⁷ Asorey, Rubén Oscar: El principio de seguridad jurídica en el Derecho tributario, en: Principios tributarios constitucionales, compilado por Eusebio González García, co-edición del Tribunal Fiscal de la Federación (México), Universidad de Salamanca (España) y el Instituto Cultural Domecq (México), 1992, p. 317.

contribuyentes deben ser regidas por la ley pero no por una cualquiera, sino por una anterior a los hechos que caen bajo su imperio¹¹⁸. Afirmó que *“el principio de legalidad no significa sólo que el impuesto debe ser establecido por ley, sino que ésta debe ser preexistente a los hechos que van a ser considerados como imponibles. De manera que cuando ellos se verifiquen, los contribuyentes sean concientes de las implicancias y consecuencias de sus actos.”*, motivo por el cual la reserva de ley se infiere -a su entender- el principio de la no retroactividad de las leyes tributarias.

El carácter garantista con el que nació el principio de reserva de ley en materia tributaria no ha sido dejado de lado en la actualidad sino que sigue siendo una parte importante de su impronta¹¹⁹ y de su fundamento de validez en un Estado de Derecho Moderno que, en la terminología de Biscaretti di Ruffia¹²⁰, recoge el paso del Estado de policía hacia el Estado de Derecho y el Estado social y democrático de Derecho, y que dota de contenidos axiológicos a las normas fundamentales, frente a las experiencias autoritarias de entreguerras.

García Belsunce, a su turno, también se mostró partidario de la preexistencia de la ley a la realización de los hechos que se pretenden gravar, al sostener que el principio de legalidad no se agota en el concepto de que no puede haber tributo sin ley sino también en que la ley debe ser anterior o preexistente al tributo. Sostuvo, con acierto indudable, la necesidad de su preexistencia como requisito para la creación válida de una obligación tributaria¹²¹.

De igual modo, Bulit Goñi se manifestó en este sentido al destacar que uno de los principales fines de las leyes, en cuanto

¹¹⁸ Jarach, Dino: Curso de Derecho tributario, Cima, Buenos Aires, 1980, p. 83.

¹¹⁹ Simón Acosta, Eugenio: El principio de legalidad o reserva de ley tributaria, en: Principios constitucionales tributarios, compilado por Eusebio González García, Co-edición de la Universidad de Salamanca (España) y la Universidad Autónoma de Sinaloa (México), 1993, p. 156 y ss.

¹²⁰ Biscaretti di Ruffia, Paolo: Derecho constitucional, Tecnos, Madrid, 1987, p. 214 y ss.

¹²¹ García Belsunce, Horacio A.: Retroactividad de las leyes tributarias - Casos inconstitucionales, op. cit., p. 173. En igual sentido, Bidart Campos, Germán J.: Manual de la Constitución reformada, Ediar, Buenos Aires, 2000, tomo II, p. 167.

normas, es inferir conductas, las que -entonces- sólo podrán referirse al futuro, puesto que las conductas ya realizadas pertenecen al pasado y resultan inmodificables¹²²

Por último, me parece que es útil recordar aquí la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina vinculada con los efectos que puede tener una ley ratificatoria de un decreto por medio del cual se intentó establecer un tributo. Ninguna duda cabe acerca de la inconstitucionalidad de ese decreto, pero sí pudo haberla con respecto a los efectos de la ley que pretendió ratificarlo. En el caso de Fallos: 321:366¹²³ se trató acerca del decreto 560/89, a través del cual se había establecido un impuesto de emergencia sobre ciertos activos financieros. El Congreso, unos meses más tarde, lo ratificó mediante la ley 23.757. En el entretiem po, los actores se presentaron a cobrar la renta de unos títulos de la deuda y sufrieron una retención a cuenta de ese gravamen. La Corte se pronunció con énfasis sobre la inconstitucionalidad del decreto, en virtud del principio de reserva de ley tributaria y dijo que *“la posterior entrada en vigencia de la ley 23.757 tampoco es hábil para justificar la aplicación del impuesto sobre los activos financieros con respecto a los hechos imponible s controvertidos en estas actuaciones. Ante todo, cabe destacar que sobre esta cuestión, el a quo -con sustento en precedentes de esta Corte- consideró que si bien en ciertos casos es admisible la retroactividad de las leyes tributarias, no debía acordarse a la disposición citada efectos retroactivos -que no surgen expresamente de su texto- en desmedro de la protección que se ha reconocido a aquellas situaciones que -como ocurre en el sub lite- han sido definitivamente concluidas al amparo de la legislación precedente, y gozan por tanto de protección constitucional, por integrar el derecho de propiedad”* y agregó que *“consecuentemente, y bajo el imperio de nuestra Ley Fundamental -texto 1853-1860- es inaceptable que un poder de imposición, cuyo ejercicio se halla a extramuros de ésta en los términos señalados, pueda ser concebido como un instrumento eficaz para sortear los óbices constitucionales de otra norma -como el decreto 560/89- intrínsecamente írrita. Merecen*

¹²² Bulit Goñi, Enrique G.: Las leyes tributarias retroactivas son inconstitucionales: capacidad contributiva, legalidad, equidad y razonabilidad, op. cit., p. 909.

¹²³ Fallos: 321:366, “Luisa Spak de Kupchik y otro v. Banco Central de la República Argentina”, del 17 de marzo de 1998.

riguroso rechazo, pues, las argumentaciones sustentadas en la conexión entre dos ordenamientos como los examinados, por las que se pretende asignar efectos convalidantes -con carácter retroactivo- a la ratificación de uno de ellos por el posterior, y se arriba a la absurda conclusión de que integrándose el uno con el otro, la constitucionalidad de ambos textos queda salvaguardada. En efecto, si -como quedó expresado- el Congreso Nacional no podía disponer hacia el pasado sobre esta materia, aceptar la postura del fisco implica desvirtuar y tornar inoperante mediante una disposición de igual naturaleza infraconstitucional, la conclusión alcanzada (...) en torno a la invalidez del decreto citado, establecido por esta Corte en su rol de custodio e intérprete último de la Ley Fundamental (confr. Fallos: 1:340; 33:162; 310:1771, entre muchos otros)”.

Ante las mismas normas, pero sobre una situación de hecho diversa, ya que el cobro de los intereses de los bonos se realizó luego de publicada la citada ley, el tribunal se pronunció diciendo que no existía razón alguna para privarla de efectos con relación a hechos acaecidos luego de su publicación en el Boletín Oficial¹²⁴.

D.3 - El debido respeto al principio de capacidad contributiva como límite a la posibilidad de normas retroactivas

Como he mencionado antes, este principio, junto con el de reserva de ley, pueden ser erigidos como el eje sobre el que gira la concepción constitucional del tributo. Actualmente no es considerado como el principio exclusivo y excluyente de la justicia tributaria, pero sea que se lo tome como un presupuesto lógico conceptual del tributo o como un principio jurídico totalmente operativo, su contenido engloba una idea obvia e intuitiva: la necesaria existencia de una riqueza o potencialidad económica disponible y susceptible de ser sujeta a imposición. Algunas constituciones lo reconocen expresamente, como en el caso de la Constitución española y de la italiana, y otras, en cambio, lo hacen de manera implícita, en la inteligencia de sus tribunales superiores (es el caso de la Ley Fundamental de Bonn y de la Constitución argentina, por ejemplo).

¹²⁴ Fallos: 321:347, “Cic Trading S.A. v. Dirección General Impositiva”, del 17 de marzo de 1998.

Sin entrar a hacer consideraciones puntuales sobre la capacidad contributiva¹²⁵, me limito aquí a mencionar, en lo que se relaciona con el tema que me ocupa ahora, que ella es variable en el tiempo y, por ende, debe concretarse qué requisitos temporales ha de revestir para poder ser considerada gravable, ya que no parece de recibo el tributo que recae sobre una capacidad contributiva exhibida en el pasado y cuya potencia económica no se mantiene en el presente.

En la doctrina, el punto de partida se puede expresar con la ayuda de Martín Queralt y otros¹²⁶, quienes han sostenido que las leyes tributarias pueden desplegar eficacia retroactiva cuando expresamente lo establezcan, y ello será admisible -sea en grado máximo, mínimo o medio- siempre que no choque con otros principios que constitucionalmente aparezcan protegidos, como el de seguridad jurídica o el de capacidad económica. De la misma manera, Calvo Ortega manifestó que, además de la seguridad jurídica, ha de tomarse en consideración el principio de capacidad contributiva, y que en relación con éste ha de preguntarse el intérprete si está o no ante un concepto actual, de manera que no quepa hablar de una capacidad económica pasada¹²⁷. La tributación debe permitir que el contribuyente modifique su capacidad contributiva, al tomar las decisiones económicas que le parezcan más convenientes para su vida e intereses, posibilidad de adaptación que no parece posible en los casos en que la retroactividad incide sobre situaciones cerradas y que puede presentar dificultades insalvables cuando lo hace sobre situaciones donde el período impositivo ya está iniciado.

¹²⁵ Remito a obras clásicas sobre la materia. Por ejemplo: Jarach, Dino: El hecho imponible, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980, p. 82 y ss., 91 y ss. Giardina, Emilio: Le basi teoriche del principio della capacità contributiva, Giuffrè, Milano, 1961, p. 48, 129 y ss. y 227 y ss. Pérez de Ayala, José Luis: Las cargas públicas: principios para su distribución, Hacienda Pública Española, n° 59, 1979.

¹²⁶ Martín Queralt, Juan y otros: Curso de Derecho financiero y tributario, op. cit., p. 199.

¹²⁷ Calvo Ortega, Rafael: Curso de Derecho financiero I - Derecho tributario (parte general), Civitas, Madrid, 1997, p. 109.

Fue Manzoni¹²⁸ quien dijo, en forma contundente, que la capacidad contributiva manifestada por el hecho o situación de hecho tomada como presupuesto del tributo debe ser una capacidad presente o actual. Sostuvo que el art. 53.1 de la Constitución italiana no se refiere a una capacidad cronológicamente indefinida, sino a la que el contribuyente posee en el momento en que tal capacidad adquiere relevancia a los fines de la determinación de la obligación tributaria, esto es, en el momento en el cual el sujeto está llamado a concurrir al sostenimiento de los gastos públicos. No tendría sentido -según este autor- hablar de una capacidad contributiva en referencia a una capacidad pasada o que no se mantenga en la actualidad. Y, como lógicamente se desprende, este problema se puede verificar en el caso de las leyes tributarias retroactivas, puesto que, en definitiva, vienen a percutir al sujeto sobre la base de una potencia económica que, por haber sido manifestada por hechos pretéritos, no necesariamente se mantiene en el momento presente. Y preguntándose por el límite dentro del cual un tributo de estas características puede considerarse constitucionalmente admisible, responde que la doctrina y la jurisprudencia le han dado una respuesta en términos relativos, ya que una capacidad manifestada en el pasado puede ser conservada en el presente, en algunos casos.

Para estos supuestos ya había propuesto antes Giardina¹²⁹ recurrir, en primer lugar, al criterio de la normalidad o de la generalidad de los casos, para ver si es admisible o no, en este sentido, que una ley pretenda gravar una manifestación económica evidenciada con anterioridad a su sanción. Sostiene que está claro que la probabilidad de que el presupuesto de

¹²⁸ Manzoni, Ignazio: Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano, G. Giappichelli, Torino, *circa* 1973, p. 163. En sentido similar, ver Micheli, Gian Antonio: Lezioni di Diritto tributario - Parte Generale, Università degli Studi di Roma, Facoltà di Giurisprudenza, Mario Bulzoni Editore, 1968, p. 35 y cc. En contra, ver Allorio, Enrico: Breve trittico sulla irretroattività delle norme tributarie, en: AA.VV., Studi in onore di Achille Donato Giannini, Giuffrè, Milano, 1961, p. 30 y ss.

¹²⁹ Giardina, Emilio: Le basi teoriche del principio della capacità contributiva, op. cit., p. 445 y ss.

¹³⁰ Moschetti, Francesco: El principio de capacidad contributiva, op. cit., p. 354.

hecho realizado no trasunte capacidad contributiva en el presente crece a medida que pasa el tiempo. Pero también deja a salvo la posibilidad de impugnar la ley que, siendo admisible según el criterio de la generalidad, en ciertos casos singulares no halle ligazón con medios económicos presentes del sujeto gravado.

Moschetti también criticó la legislación retroactiva, al sostener que la capacidad contributiva no es efectiva si no es cierta, y que no es cierta en el presente, esto es, actual¹³⁰, si sólo se admite que ha existido meramente en el pasado o que va a existir en el futuro. Agregó que dada la correlación entre capacidad contributiva y deber de contribuir a los gastos públicos, la capacidad debe existir, cuanto menos, en el momento en que nace tal deber, es decir, cuando entra en vigor la ley que instituye el tributo o que lo aumenta. Aclaró que si bien nadie discute este concepto de actualidad, el meollo de la situación pasa por determinar si ella debe ser cierta o si es admisible que aparezca como simplemente presunta, destacando que esta segunda es la tesis que ha admitido la Corte Constitucional italiana¹³¹. Moschetti insistió en que si se aplican a las leyes retroactivas los mismos criterios de admisibilidad que para las presunciones legales, las normas retroactivas que se funden en presunciones absolutas estarán gravando una potencia económica cuya existencia actual no es cierta, sino sólo formal o ficticia y, por ende, violando el principio de capacidad contributiva¹³². Asimismo, sostuvo que el Legislador no puede respaldar su pretensión tributaria retroactiva en su inercia precedente, por ejemplo, si no ha tomado las oportunas previsiones para gravar en su momento ciertas manifestaciones de riqueza que surgieron en la sociedad. Agregó que es cierto que *“toda la capacidad contributiva debe ser gravada, pero debe tratarse precisamente de capacidad contributiva, esto es, de aptitud para contribuir cuya existencia actual sea cierta. Por consiguiente, no es suficiente demostrar que, manifestaciones de riqueza pasadas no han sido gravadas: si no se pueden demostrar que existen todavía en el momento en que surge el deber de contribuir, no son ‘capacidad contributiva’*

¹³¹ Cita como ejemplos las sentencias del 9 de marzo de 1959; del 8 de julio de 1957; del 16 de julio de 1964; del 23 de mayo de 1966.

¹³² Moschetti, Francesco: El principio de capacidad contributiva, op. cit., p. 357.

y no hay deber de gravarlas (¡al contrario...!)."¹³³. Concluye sobre el punto que la solución radicalmente negativa frente a la retroactividad de la ley es la única capaz de garantizar el derecho de los contribuyentes a la certeza de la pretensión tributaria, en términos de seguridad jurídica.

Con afirmaciones en similar sentido, Tosi, a su turno, especificó que el principio de capacidad contributiva requiere de efectividad, puesto que ha de ser considerado desde un punto de vista temporal, ya que cuando un tributo grava determinada capacidad, ésta está referida a un determinado período que se manifiesta en el momento de la realización del hecho imponible¹³⁴. En todos los casos en que la ley imponga o aumente un tributo con relación a una capacidad contributiva que ya no existe o que aún no existe, será contraria al principio de efectividad de la capacidad económica, violando además los principios de certeza y de seguridad.

Otra parte de la doctrina que, sin embargo, ha sido crítica con este tipo de formulaciones, no se aleja mucho del sendero trazado, ya que sostiene que el Legislador puede conectar el nacimiento de una deuda tributaria actual a situaciones pasadas, pero lo matiza exigiendo que siempre que esas situaciones fueran reveladoras de capacidad económica efectiva¹³⁵.

Pasando revista a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, cabe señalar el pronunciamiento de Fallos: 312:2467¹³⁶, que la capacidad contributiva debe ser subsistente, actual y efectiva, sin que valga gravar una exteriorización de riqueza agotada antes de su sanción, sin siquiera establecer una presunción en tal sentido.

¹³³ Moschetti, Francesco: El principio de capacidad contributiva, op. cit., p. 360.

¹³⁴ Tosi, Loris: Efectividad. Aspectos subjetivos y objetivos de la capacidad contributiva, en: Tratado de Derecho tributario, dirigido por Andrea Amatucci, Temis, Bogotá, 2001, p. 315.

¹³⁵ Pérez de Ayala, José Luis y González García, Eusebio: Derecho tributario, op. cit., p. 85 y las obras allí citadas.

¹³⁶ Fallos: 312:2467, "Marta Navarro Viola de Herrera Vegas v. Nación Argentina (Dirección General Impositiva)", del 19 de diciembre de 1989. Nótese que la solución brindada es diferente a la de la causa "Juan Pedro Insúa", pese a tratarse de dos casos similares en cuanto a la aplicación de la ley 22.604, del impuesto de emergencia sobre activos financieros, los cuales estaban exentos hasta ese momento en el impuesto sobre el patrimonio neto.

En el caso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana, ella partió de la premisa consistente en sostener que el principio de irretroactividad de la ley sólo tiene jerarquía legal, lo cual no significa, sin embargo, que el Poder Legislativo carezca de límites para otorgar efectos retroactivos a sus decisiones en materia tributaria, en atención al ámbito de aplicabilidad de otros principios. Por ejemplo, en la sentencia 44/1966, del 23 de mayo de dicho año, se trató lo relativo a una ley que permitió a los municipios gravar por plusvalías enajenaciones de inmuebles ocurridas antes de su entrada en vigor, sin que hubiera en su texto ni en su mecanismo una presunción racional de la subsistencia de los efectos económicos de la venta en el patrimonio de aquellos que resultaban sujetos pasivos. Dijo que *“Con respecto al artículo 53 de la Constitución, el Tribunal afirma que una ley tributaria retroactiva no comporta en sí misma la violación del principio de capacidad contributiva (sentencia N° 9 de 1959), y ha ido precisando sucesivamente que debe ser verificado cada vez, en relación con cada ley tributaria, si ésta, al asumir como presupuesto la prestación de un hecho o una situación pasados, o con la innovación, extendiendo sus efectos al pasado, de los elementos de los que los caracteres esenciales de la prestación derivan, rompe la relación que debe subsistir entre imposición y capacidad contributiva violando así el precepto constitucional”*. Entendió que no conlleva retroactividad la facultad atribuida a los ayuntamientos para fijar un valor inicial a los inmuebles a fin de apreciar la plusvalía, pues ello implica sólo la fijación de uno de los elementos necesarios para determinar si hay hecho imponible y para establecer luego la base de medición, en su caso. Aseguró que *“Ciertamente este elemento se refiere al pasado, y no podría ser de otra manera, porque al estar destinado el impuesto a gravar un aumento de valor ya producido, tal aumento no puede ser, lógicamente, calculado si no es asumiendo un término de referencia en el pasado.”* Por ello, *“No se puede, por tanto, considerar que no subsiste en el momento de la prestación, la relación entre la imposición, basada en alícuotas correspondientes al aumento de valor concretado en el momento ya dicho y la capacidad contributiva. Donde, por el contrario, tal relación se rompe es en la disposición que permite a los Ayuntamientos la aplicación del impuesto a aquellos que enajenaron el solar con posterioridad a la fecha de referencia pero anteriormente a la entrada en vigor de la ley (2° párrafo del artículo 25).*

En este caso, el impuesto se aplica a relaciones extinguidas sin que esta eficacia retroactiva de la norma se apoye en presunción racional alguna de que los efectos económicos de la enajenación y del valor realizado con ella, permanecen en la esfera patrimonial del sujeto, dada la posibilidad de que la enajenación haya tenido lugar en un tiempo notablemente remoto, en el que no era previsible el establecimiento del impuesto". Criticando esta sentencia, Martín Queralt y otros¹³⁷, con cita de Cervera, agregan que, aun sin existir una prohibición genérica de retroactividad, una ley igualmente podrá ser inconstitucional cuando de ella se desprenda una lesión al principio de capacidad contributiva¹³⁸.

En la sentencia del 20 de julio de 1994, el tribunal citado tomó en cuenta el criterio de la previsibilidad, el cual exige, a su entender, una mayor cautela al momento de ver la legitimidad de la imposición retroactiva, agregando dicho elemento al de la permanencia o actualidad de la capacidad contributiva gravada por el tributo.

De todas maneras, y a modo de aclaración general, es del caso señalar que todas estas resoluciones se tomaron sobre la base de criterios extremadamente casuísticos, con particular relevancia de la definición de los hechos imposables singulares de cada norma cuestionada y las cambiantes y circunstanciadas condiciones fácticas de cada contribuyente.

D.4 - Los principios constitucionales de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad

Sabido es que el Estado de Derecho ha ser concebido sobre la base fundamental de varias ideas: publicidad de las normas y de la actividad de gobierno, afianzamiento de la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad en todo el actuar del aparato

¹³⁷ Martín Queralt, Juan y otros: Curso de Derecho financiero y tributario, op. cit., p. 200.

¹³⁸ Señalan los autores de la cita anterior que, en el mismo sentido, se pronunció la Corte Constitucional italiana en las Sentencias n° 45/1964; 75/1969 y 54/1980. Además, vale aclarar que esta doctrina se consolidó a partir de las sentencias N° 77/1967, del 3 de julio, N° 103/1967, del 12 de julio y N° 109/1967, del 12 de julio, en los tres casos del año 1967.

estatal en su conjunto. Este tipo de bases permite lograr un estado de certidumbre, de conocimiento acabado de las consecuencias de las acciones de cada sujeto, entre otros, en el ámbito tributario. De esta forma, queda en evidencia que, por lo común, si se dictan normas retroactivas, se están alterando estas condiciones del núcleo duro del Estado de Derecho.

La exigencia de seguridad jurídica en el desenvolvimiento de la actividad estatal tomó carta de ciudadanía en los Ordenamientos occidentales, en forma taxativa y expresa, a partir de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre del 26 de agosto de 1789, en cuyo artículo 2º, los revolucionarios franceses reconocieron como derechos inalienables y perennes del hombre la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

En el ámbito de las Finanzas Públicas, ya Adam Smith estableció en su obra conocida vulgarmente como “La riqueza de las naciones”, en 1776, que eran cuatro los cánones que debían respetarse en cuanto a la imposición: igualdad, comodidad, economía administrativa, y la certeza¹³⁹. Reglas que ya se encontraban en los escritos de los fisiócratas franceses¹⁴⁰. La regla de la certeza implica que el impuesto que cada individuo ha de pagar debe ser cierto y no arbitrario, y que la época, el modo y la suma del pago han de establecerse de manera clara y precisa tanto para el contribuyente como para el resto de las personas.

La importancia de estas reglas y, en lo que aquí interesa, en especial la de la certeza, aparece manifiesta en la obra de Neumark sobre los principios de la imposición, cuando expresa que mantienen su trascendencia en determinadas circunstancias para dotar de racionalidad económica a la política fiscal¹⁴¹.

¹³⁹ Ver García Villarejo, Aurelio y Salinas Sánchez, Javier: Manual de Hacienda Pública, general y de España, Tecnos, Madrid, 1992, p. 90 y ss. Casás, José Osvaldo: Seguridad jurídica y tributación, en: Revista Jurídica de Buenos Aires, número sobre Derechos Humanos y tributación, 2001, Buenos Aires, p. 64, remarca que la certeza respecto a lo que cada persona debe pagar es tan importante que aún una desigualdad notable en el modo de contribuir no es tan dañina para el funcionamiento del sistema como la más leve incertidumbre en lo que se ha de pagar.

¹⁴⁰ Franco, Gabriel: Principios de Hacienda Pública, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1967, p. 281.

¹⁴¹ Neumark, Fritz: Principios de la imposición, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1994, p. 355 y ss.

Al principio de certeza lo enmarca dentro del principio de transparencia fiscal, al cual concibe con dos caras. Por una parte, la regla de la certeza y por otra, la de la claridad de las normas jurídicas tributarias generales. En lo que respecta a la primera de ellas, la hace extensiva al momento y naturaleza de la exacción fiscal, como también a la cuantía de la deuda tributaria, ya que donde así no ocurra, el sujeto pasivo se verá a merced del poder recaudador tributario, quien puede aumentar el impuesto a pagar o procurarse mediante el terror ingresos adicionales. Afirmó que ni siquiera unas considerables proporciones de inequidad en el establecimiento de las cargas (desigualdad relativa entre contribuyentes) son tan execrables ni dañinas como un pequeño grado de inseguridad¹⁴². Además, dentro del principio de continuidad del Derecho fiscal, al que relaciona con otros principios, como el de la capacidad de adaptación del sistema y el de flexibilidad activa, incluye el mantenimiento en el tiempo de la legislación fiscal. Expresó que “[l]a observancia del principio de continuidad tiene para la gran masa de los sujetos pasivos la ventaja de que, después de haberse familiarizado a costa de no pocos esfuerzos con las prescripciones de una ley tributaria relevante para ellos y haber tomado las correspondientes disposiciones económicas -lo cual es de enorme trascendencia, sobre todo para los empresarios-, no tienen que verse obligados a ‘reaprender’ una vez más y a corto plazo ni, en su caso, a cambiar las disposiciones anteriormente tomadas.”¹⁴³, aspecto que, indudablemente, también se ve afectado negativamente por los cambios que, además, tienen efectos retroactivos.

En la actualidad, la doctrina jurídica continúa asignándole una importancia crucial a la seguridad jurídica. Así, Tipke observa que si se incrementa retroactivamente la presión de los impuestos repercutibles, éstos ya no podrán ser trasladados. Por ello, se ha opinado que en Derecho tributario es necesario tutelar la confianza en cuanto a que deben prevalecer las consecuencias jurídico tributarias producidas en el momento de realizarse los hechos. El Poder Legislativo no puede agravar continuamente las consecuencias fiscales que derivan de comportamientos con

¹⁴² Neumark, Fritz: Principios de la imposición, op. cit., p. 364.

¹⁴³ Neumark, Fritz: Principios de la imposición, op. cit., p. 388.

relevancia económica (cesión de bienes, inversión, ahorro o consumo), como tampoco puede establecerse con efectos retroactivos beneficios fiscales¹⁴⁴. Dentro de estos últimos, asimismo, distingue entre normas fiscales y no fiscales (beneficios y ventajas, aún cuando no tengan limitación temporal) y señala que las primeras no crean confianza y que un contribuyente no puede ampararse en su mantenimiento, sobre todo si se trata de *lagunas de justicia* en la ley, ya que la justicia tributaria prevalece sobre la protección a los especuladores. Pero con las normas no fiscales pasa otra cosa, ya que crean una situación de confianza y si bien el beneficio puede suprimirse para el futuro, deben mantenerse los que ya están gozándose mediante normas transitorias, al menos para aquellos casos a los que denomina “*imprevisiblemente rigurosos*”¹⁴⁵.

Por su lado, como lo señalé más arriba, Martín Queralt y otros¹⁴⁶ se pronunciaron sobre el tema, manifestando que las leyes tributarias pueden desplegar eficacia retroactiva cuando expresamente lo establezcan, y ello será admisible -cualquiera sea su grado- mientras que no choque con otros principios constitucionales, entre ellos el de seguridad jurídica.

García Novoa expresó que resulta evidente que “a priori, la retroactividad repugna a la seguridad jurídica (...); la posibilidad del ciudadano de calcular los efectos de sus actos es incompatible con la existencia de normas cuya vigencia se extienda a conductas anteriores a su promulgación, por la elemental razón de que en el momento de la realización de estas conductas resultaría imposible conocer el contenido de futuras leyes”¹⁴⁷. Sobre el punto, destacó que los actos o hechos

¹⁴⁴ Tipke, Klaus: La retroactividad en el Derecho tributario, op. cit., 342. Manifiesta que la seguridad jurídica no sólo puede verse afectada por leyes retroactivas sino también por aquellas que establezcan supresiones o restricciones para el futuro cuando se podía confiar en su continuidad (p. 348).

¹⁴⁵ Tipke, Klaus: La retroactividad en el Derecho tributario, op. cit., 348.

¹⁴⁶ Martín Queralt, Juan y otros: Curso de Derecho financiero y tributario, op. cit., p. 199. En idéntico sentido, Cortés Domínguez, Matías: Ordenamiento tributario español, op. cit., p. 103, sostiene que “[n]o siendo las leyes tributarias sancionadoras ni restrictivas de derechos pueden ser retroactivas si así lo disponen, pero la seguridad jurídica exige que no lo sean y sólo razones excepcionales justifican lo contrario.”

¹⁴⁷ García Novoa, César: El principio de seguridad jurídica en materia tributaria, op. cit., p. 167.

a los que la ley impositiva vincula el surgimiento de la obligación tributaria son inherentes al ejercicio de la libertad, tanto personal como económica, de los ciudadanos, y las consecuencias tributarias de aquéllos, como un condicionante más de su realización, deben ser conocidas en el momento en que la libertad se ejerce al concluir esos actos o negocios. Pero, al mismo tiempo, la mutabilidad de las relaciones jurídicas y económicas que son captadas por el Derecho tributario exige una constante redefinición del interés recaudatorio, como interés público por excelencia en materia tributaria, el cual a veces no puede concretarse sólo con normas cuya eficacia se proyecte únicamente hacia el futuro¹⁴⁸. Concluyó en que ha sido la doctrina alemana y el Tribunal Constitucional alemán quienes más insistentemente han buscado vías de comunicación entre el derecho a la certeza y la protección de la confianza frente a la eventual retroactividad de las normas tributarias, lo que equivale a renunciar a hacerlo sobre la base de la capacidad económica, es decir, que renunciaron a *especializar* el problema en el ámbito del Derecho tributario para enmarcarlo dentro de un principio general del Ordenamiento¹⁴⁹.

En sentido similar se manifestó Albiñana al formular la distinción entre devengo del tributo-coincidente con el nacimiento de la obligación tributaria, que puede nacer ilíquida- y devengo de la cuota -coincidente con el nacimiento de la obligación de pagar la cantidad liquidada por el tributo-. Manifiesta que es consecuencia jurídica del devengo del tributo fijar qué legalidad es aplicable para determinar la deuda, pues en ese instante nace la obligación tributaria, que se rige por las disposiciones vigentes en ese momento. Y, si el tributo implica un determinado período de tiempo en su hecho imponible, acaso sea prudente o, directamente, justo, que se rija por las normas jurídicas que regían al iniciarse el período impositivo, y no por las vigentes al día de su devengo¹⁵⁰. Expresa que la certeza del tributo y el ajuste

¹⁴⁸ García Novoa, César: El principio de seguridad jurídica en materia tributaria, op. cit., p. 168.

¹⁴⁹ García Novoa, César: El principio de seguridad jurídica en materia tributaria, op. cit., p. 169.

¹⁵⁰ Albiñana, César: Sistema tributario español y comparado, Tecnos, Madrid, 1992, p. 78 y ss.

de las operaciones económico privadas a los costes y demás aspectos cuantitativos de los tributos aconsejan que sea aplicable la norma vigente al momento de inicio del período del impuesto, y no otro.

Cabe destacar que entre las recomendaciones formuladas en las XVI Jornadas del Instituto Latino Americano de Derecho Tributario desarrolladas en Lima en 1993, donde se analizó con detenimiento el problema de la seguridad jurídica y de la certeza en el Derecho tributario, se concluyó en que ellas son requisito esencial para la plena realización de la persona y el desarrollo de la actividad económica.

Al decir de Tipke, el Tribunal Constitucional alemán ha entendido que del principio de seguridad jurídica, como subprincipio del de Estado de Derecho, se extrae una prohibición de retroactividad relativa a las leyes que imponen gravámenes. Como regla general, dijo que las leyes retroactivas son ilegítimas por ir en contra de la protección de la confianza en el Ordenamiento Jurídico tributario vigente, pues tienen que darse las condiciones necesarias a los contribuyentes para que puedan disponer y planificar sus comportamientos durante largo tiempo. Al ocuparse del tema de la retroactividad tributaria, o de cualquier otra norma no precisamente favorable, se ha inspirado en criterios garantistas, derivando del Estado de Derecho los corolarios de seguridad jurídica, certeza del Derecho y protección de la confianza. Ello no implica condenar de antemano toda retroacción legislativa, sino efectuar, en cada caso, la ponderación de cada una de las normas que implementen medidas fiscales, sea a través de la retroactividad propia o de la impropia, agravando la situación de los obligados o eliminando beneficios fiscales. La Constitución alemana, en sus arts. 20 y 28, al referirse al Estado de Derecho, reclama certeza de los preceptos legales, para que el ciudadano pueda prever los actos de imperio que el Estado emita a su respecto y actuar en consecuencia, es decir, estar seguro y protegido por el Estado.

Dicho tribunal, en un principio, excluyó radicalmente que pudiera deducirse la retroactividad de las leyes de criterios suprapositivos, de la Constitución, o de razones de lógica

jurídica¹⁵¹. Pero luego, expresó que el Derecho constitucional no se limita a la constitución escrita, sino que contempla otros principios generales, como el principio del Estado de Derecho. Y uno de los elementos sustanciales de éste es la garantía de la seguridad jurídica, y que el Legislador está vinculado a *algo más* que al mero texto escrito de la Constitución¹⁵². Así, en el caso de una ley que estableció un impuesto retroactivo sobre la tenencia de canes¹⁵³, sostuvo que el Estado de Derecho no prohíbe cualquier tipo de retroactividad, ni siquiera en el caso en que afecte posteriormente a hechos pertenecientes al pasado. Que el principio de Estado de Derecho no incluye en todos sus detalles ningún tipo de mandato o prohibición completa y clara de rango constitucional, sino que constituye más bien una base de partida constitucional precisada de concreción, según cuáles sean las circunstancias objetivas o materiales, debiéndose garantizar de todas formas, en conjunto, los elementos fundamentales que integran el principio de Estado de Derecho. La valoración acerca de si las disposiciones o regulaciones legales no presentan objeción alguna desde el punto de vista del principio de Estado de Derecho, únicamente podrá responderse mediante el examen del caso concreto. Y que, en todo caso, una ley fiscal de carácter retroactivo no sobrepasará los límites constitucionales cuando la imposición tributaria que establezca sea previsible, esté justificada por consideraciones objetivas y resulte insignificante en su aplicación concreta¹⁵⁴.

En un pronunciamiento posterior, trató acerca de ciertas disposiciones retroactivas del impuesto sobre la renta y del impuesto de sociedades¹⁵⁵, donde se daba un caso de retroactividad impropia, al aumentarse la alícuota en medio del período fiscal con retroactividad a su inicio. Dijo el tribunal citado que: a) la admisibilidad jurídico-constitucional de una ley que afecte a situaciones o hechos ya consumados deberá enjuiciarse y valorarse, basándose en los criterios jurídicos que derivan del principio de Esta-

¹⁵¹ Sentencia del 24 de abril de 1953, donde se trató un asunto que versaba sobre retroactividad de una ley hipotecaria.

¹⁵² Sentencia del 1º de julio de 1956.

¹⁵³ Sentencia del 24 de julio de 1957.

¹⁵⁴ Al respecto, señalan Martín Queralt y otros: Curso de Derecho financiero y tributario, op. cit., p. 198, que el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 150/90, llevó a cabo una valoración similar a la realizada por su par alemán en la sentencia referida.

¹⁵⁵ Sentencia N° 27, del 19 de diciembre de 1961.

do de Derecho. b) Entre los elementos fundamentales del Estado de Derecho hay que incluir la seguridad jurídica; el ciudadano debe poder prever las posibles intervenciones del Estado en su persona para actuar de acuerdo con ellas; ha de poder confiar en que su comportamiento jurídico tendrá todos los efectos jurídicos que anteriormente se vinculaban con él. Se lesiona su confianza cuando se asignan a hechos consumados consecuencias tributarias más gravosas. Para el ciudadano, seguridad jurídica significa, primaria y fundamentalmente, protección de su confianza y, consiguientemente, éste orienta su actuación de acuerdo con las leyes impositivas vigentes en cada momento. Cuando los hechos impositivos vayan ligados a comportamientos concretos deberán hallarse, por tanto, previstos legalmente las consecuencias y efectos jurídicos que se producirán, en el momento de realizarse tal comportamiento. De ello se deduce que las leyes impositivas solamente podrán abarcar, por principio, aquellos supuestos o hechos que se produzcan o consumen después de su promulgación. Partiendo, por tanto, del principio básico de Estado de Derecho, puede afirmarse que las leyes impositivas de carácter agravante o que perjudiquen al ciudadano solamente podrán extender su eficacia, en principio, a hechos que no se hayan consumado o finalizado. c) Sin embargo, hay excepciones. La protección de la confianza no se justifica en ciertos casos: cuando el ciudadano tenga que contar con que se vaya a imponer una nueva regulación; o cuando el Derecho vigente sea confuso y enmarañado y Legislador lo aclare retroactivamente; o cuando la apariencia de legalidad se base en una norma inválida; o, finalmente, por razones urgentes de bien común que sean preferentes a la seguridad jurídica¹⁵⁶. Es decir, que el ciudadano, teniendo en cuenta las ne-

¹⁵⁶ Al respecto, comentó la doctrina que esta sentencia marcó las pautas por las que fluyó luego la jurisprudencia alemana. Ver al respecto, Martín Queralt y otros: *Curso de Derecho financiero y tributario*, op. cit., p. 200, donde se señala que el principio del Estado de Derecho exige el respeto al principio de seguridad jurídica, que el ciudadano debe poder prever todas las posibles intervenciones del Estado frente a él y poder actuar en consecuencia. Asimismo, que su comportamiento sea conocido por el Ordenamiento Jurídico con todas las consecuencias de derecho originariamente conectadas a su comportamiento. Se traiciona la buena fe si el Poder Legislativo hace derivar de supuestos de hecho ya realizados, consecuencias más desfavorables que las que el contribuyente podía prever cuando lo realizó. En conclusión, del principio del Estado de Derecho puede derivarse el principio constitucional según el cual las leyes tributarias no pueden extender su eficacia a presupuestos de hecho ya concluidos.

cesidades de la economía pública, no puede alegar su confianza en que se mantenga sin modificar hasta el final de un período impositivo, el tipo del impuesto vigente al comienzo del mismo, mas en lo que sí puede confiar es en que el aumento del tipo del impuesto durante el período impositivo se mantenga dentro de unos límites medidos o razonables.

En un pronunciamiento posterior se manifestó en contra de admitir un caso de retroactividad impropia¹⁵⁷, al tratarse de exportaciones realizadas con contratos firmados antes de su entrada en vigor, donde expresó que en determinadas circunstancias, la confianza que ha de garantizarse al ciudadano podrá incluso facultarle para poder presentar reclamaciones en el caso de que su posición jurídica se vea posteriormente perjudicada o desvalorizada por disposiciones que afecten únicamente a hechos actuales, todavía no finalizados.

Unos años más tarde, en otro pronunciamiento, sostuvo que las leyes imprevisiblemente retroactivas chocan con el principio básico de la buena fe, es decir, contra la prohibición de actuar maliciosamente, modificando arbitrariamente el propio comportamiento determinante; el poder se encuentra también obligado por el principio de la actuación de buena fe con respecto a los ciudadanos; esto es algo que se deduce del principio de Estado de Derecho¹⁵⁸.

Más recientemente¹⁵⁹, manifestó que el principio constitucional del Estado de Derecho requiere una especial justificación si el Poder Legislativo modifica retroactivamente las consecuencias jurídicas de una conducta perteneciente al pasado en forma gravosa para el contribuyente. La seguridad del Ordenamiento Jurídico es condición básica en una Constitución basada en las libertades. Se pondría en peligro de una forma manifiesta la libertad del individuo si los poderes públicos pudieran establecer unas consecuencias jurídicas más gravosas para la realización de su conducta que las que regían al momento de realizarlas. En este

¹⁵⁷ Sentencia del 19 de marzo de 1971.

¹⁵⁸ Sentencia del 25 de julio de 1974, expresado en un voto particular.

¹⁵⁹ Sentencia del 3 de diciembre de 1997.

caso se trató de la supresión de un beneficio tributario en la ley del impuesto sobre la renta de las personas físicas (referido, en la especie, a las deducciones por construcción de barcos), con retroactividad al 25 de abril de 1996 (ley publicada el 27 de diciembre de ese año), puesto que el anuncio fue hecho por el Gobierno el 25 de abril. El Tribunal Constitucional no se pronunció acerca de si es propia o impropia la especie de retroactividad que se verificaba, sino que la admitió porque así lo exigía el bien de la comunidad, porque el Legislador está legitimado para prevenir los riesgos e inconvenientes evidentes que implicaría mantener un beneficio fiscal y está facultado para aplicar el efecto *candado*, y el contribuyente tiene que contar con que la reforma se va a aprobar. Sin embargo, la sentencia fue criticada, al entenderse que el Tribunal Constitucional no hizo esfuerzo alguno por aclarar que es *interés general*. Y si éste ha de decidirse caso por caso, se genera inseguridad jurídica. Además, no todo anuncio se convierte en ley, y la confianza no puede cesar con un simple anuncio del gobierno.

Al respecto, valga recordar que, según Tipke, la diferencia entre retroactividad propia e impropia es notable para el Tribunal Constitucional, ya que la retroactividad propia sólo es considerada legítima cuando la confianza en la ley vigente en el momento de verificarse los hechos no es digna de ser tutelada porque el ciudadano debe atenerse a esta modificación gravosa, o bien porque ella le crea una desventaja mínima, o porque la ley vigente era poco clara, confusa o ilegítima; o bien en el supuesto de que razones que respondan al bienestar colectivo tengan preferencia por encima de la confianza o la certeza del derecho. En cambio, cuando es impropia, el Tribunal examina sólo si merece mayor tutela el interés de la comunidad, que se beneficia con la ley más gravosa, o bien la confianza del ciudadano en la estabilidad del sistema. Y, por lo general, prevalece el bienestar colectivo¹⁶⁰.

A su turno, cabe reseñar lo expresado por el Tribunal Constitucional de España. En la sentencia 27/1981¹⁶¹, rechazó la apli-

¹⁶⁰ Tipke, Klaus: La retroactividad en el Derecho tributario, op. cit., 345 y cc.

¹⁶¹ Del 20 de julio de 1981.

cabilidad de la teoría de los derechos adquiridos en cuestiones relativas a la retroactividad de la ley, en consonancia con la doctrina mayoritaria de ese país. Dijo que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española) es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el Ordenamiento Jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad.

Posteriormente, en las sentencias 6/1983¹⁶² y 126/1987¹⁶³, expresó que no existe una prohibición constitucional para el dictado de leyes tributarias retroactivas. Además, la irretroactividad absoluta de las leyes fiscales haría inviable una verdadera reforma fiscal. La ley fiscal tiene un fundamento autónomo, que es el deber de contribuir a los gastos públicos, de acuerdo con el art. 31 de la Constitución. Ello no implica que sean constitucionales siempre y en cualquier circunstancia, puesto que no lo serán cuando entren en colisión con otros principios constitucionalmente protegidos.

En la sentencia 99/1987¹⁶⁴, afirmó que es indudable que cualquier alteración de una ley incide sobre las relaciones y situaciones nacidas a su amparo y que no hubieran agotado sus efectos. Conceptos que reiteró más tarde, en la sentencia 150/1990¹⁶⁵, cuando señaló que uno de esos límites es que no se incurra en arbitrariedad. Tiempo después, en las sentencias 197/1992¹⁶⁶ y 205/1992¹⁶⁷, volvió a reiterar su doctrina al respecto, al indicar que la admisión de la retroactividad requiere el análisis de los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del Ordenamiento Jurídico tributario, así como de

¹⁶² Del 4 de febrero de 1983.

¹⁶³ Del 16 de julio de 1987.

¹⁶⁴ Del 11 de junio de 1987.

¹⁶⁵ Del 4 de octubre de 1990.

¹⁶⁶ Del 19 de noviembre de 1992.

¹⁶⁷ Del 26 de noviembre de 1992.

las circunstancias concretas que concurren en cada caso. Sobre estos pronunciamientos, expresaron Martín Queralt y otros¹⁶⁸ que, a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional español, es importante examinar el grado de retroactividad de la norma y las circunstancias específicas que concurren en todo caso. Así, cabe distinguir entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley (retroactividad auténtica o propia) y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas (impropia). En el primer caso, la prohibición de retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente. En el segundo, la licitud o ilicitud de la disposición resultará de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso, tomando en cuenta la seguridad jurídica, por un lado, y, por otro, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del Ordenamiento Jurídico tributario y las circunstancias concretas del caso.

Paralelamente, cabe destacar que este tribunal ha entendido que afecta y puede oponerse al principio de seguridad jurídica que el propio Legislador, por la técnica jurídica empleada (regulación injustificada de una materia no presupuestaria en las leyes anuales de presupuestos¹⁶⁹), o bien por el aplazamiento reiterado *sine die* de una disposición (mediante sucesivas leyes de suspensión¹⁷⁰), propicie el establecimiento de un estado de incertidumbre sobre la legislación aplicable

Más adelante, el mismo tribunal sostuvo, en la sentencia 173/1996¹⁷¹, donde se cuestionó una norma retroactiva que creaba un gravamen complementario a la tasa fiscal sobre los juegos de suerte, envite o azar, sobre la base de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza de los ciudadanos, que si bien en principio la naturaleza periódica del gravamen no impide que las Cortes puedan cambiar algunos aspectos de la tasa durante

¹⁶⁸ Martín Queralt y otros: Curso de Derecho financiero y tributario, op. cit., p. 199.

¹⁶⁹ Ver sentencias 65/1990 y 76/1992.

¹⁷⁰ Ver sentencia 46/1990.

¹⁷¹ Del 31 de octubre de 1996.

el período impositivo, ello no implica que toda modificación sea admisible. La protección de la confianza de los ciudadanos y la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 de la Constitución española imponen ciertos límites al Legislador. Aquí el aumento ha sido *absolutamente imprevisible*, pues se estableció un gravamen complementario sobre tasas ya devengadas al inicio de 1990, quebrantando la confianza de quienes desarrollaron esa actividad. Una modificación retroactiva y de tal magnitud debería haberse justificado en claras exigencias del interés general, ya que la seguridad jurídica no es valor absoluto.

En otro pronunciamiento, en la sentencia 182/1997, se estudió la legitimidad constitucional de la modificación de la tarifa del impuesto sobre la renta de las personas físicas, establecido por una ley publicada el 24 de noviembre de 1992, que entró en vigor el día siguiente, extendiendo sus efectos al impuesto que se devengó por los períodos impositivos que finalicen en 1992, con posterioridad al 22 de julio de ese año (fecha en que se había dictado un Real Decreto de medidas presupuestarias urgentes que había modificado la tarifa). Luego de reiterar que el principio de irretroactividad de la ley en la Constitución española sólo está limitado a las leyes sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, destaca que si bien ello no comprende a las normas fiscales, tampoco supone de ninguna manera mantener, siempre y en cualquier circunstancia, su legitimidad constitucional, que puede ser cuestionada cuando su eficacia retroactiva entre en colisión con otros principios consagrados en la Constitución. Determinar cuándo una norma tributaria retroactiva vulnera la seguridad jurídica de los ciudadanos es una cuestión que sólo puede resolverse caso por caso, teniendo en cuenta, de un lado, la retroactividad de la norma sancionada y, de otro, las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto. En concreto, en esta sentencia se considera que no hay retroactividad plena cuando se atribuyen efectos jurídicos futuros a hechos impositivos aún no realizados completamente, ya que las rentas percibidas antes de entrar en vigor la norma no son sino parte material integrante del hecho imponible duradero y unitario que consiste en la obtención de una renta global, pues se aplica, en definitiva, a una deuda impositiva que aún no se ha devengado. Si bien la seguridad

jurídica puede quedar afectada por un caso de retroactividad impropia, ello no implica directamente la inconstitucionalidad de la norma, pues la seguridad jurídica no es un valor absoluto, ya que ello daría lugar a la petrificación del ordenamiento jurídico, ni puede entenderse que englobe el derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal. Expresa que la afectación criticable de la seguridad jurídica sólo puede verse luego de analizar las circunstancias específicas que concurren en el caso, en especial, la previsibilidad de la medida adoptada, las razones que han llevado a adoptarla y su alcance.

La Suprema Corte Norteamericana, por su parte, también afirmó la constitucionalidad de medidas fiscales retroactivas cuando la retroactividad alcanza a períodos fiscales cercanos al de la tramitación de la ley (caso de un gravamen sobre rentas o beneficios obtenidos durante el año en que se aprobó la ley o durante el año de la sesión legislativa anterior a su aprobación), en los casos “*U.S.V. Hudson*”, “*Welch v. Henry et alii*” y “*U.S.V. Darusmont*”¹⁷². En estos casos, este tribunal tuvo en cuenta, además, otras circunstancias específicas como la importancia de las modificaciones introducidas y el conocimiento por parte del contribuyente de la posibilidad de que hubiera cambios en la ley impositiva.

En el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha mantenido una jurisprudencia constante al sostener que la seguridad jurídica es un principio con jerarquía constitucional¹⁷³. Quiero señalar ciertos conceptos vertidos en un viejo precedente, de Fallos: 10:203¹⁷⁴, con relación al principio de la buena fe y de la protección de la confianza legítima, entrelazados íntimamente con la idea de seguridad jurídica. Allí se discutió acerca de un embargo realizado por la Aduana sobre ciertos bienes de quien no era deudor y el Tribunal expresó que “*si la Aduana ha dejado*

¹⁷² Del 11 de enero de 1937, del 21 de noviembre de 1938 y del 12 de enero de 1981, citados todos por Martín Queralt, Juan y otros: Curso de Derecho financiero y tributario, op. cit., p. 199.

¹⁷³ Fallos: 220:5; 251:78; 317:218; 319:3208; 321:2933, entre muchos otros.

¹⁷⁴ Fallos: 10:203, “Don Manuel Ocampo con la Administración de Rentas del Rosario, sobre mercaderías embargadas”, del 27 de junio de 1871.

de ocurrir a los Tribunales ordinarios, por medio del Procurador fiscal, y reteniendo la jurisdicción de que debía desprenderse, por un tiempo mayor que el señalado en la Ordenanza, no puede, ni debe, prevalecerse del retardo causado por ella misma, en perjuicio de otras personas, a quienes su inacción y su reserva ha podido inducir en error; porque no es moral, ni justo, que la administración que debe ser leal, franca y pública en sus actos, guarde en reserva sus créditos vencidos, cuando al tiempo del vencimiento no hay en la Aduana mercaderías que embargar, para caer por sorpresa sobre las que en adelante pudieran ser consignadas al deudor, en la creencia que su silencio ha autorizado, de que aquel está solvente en la administración fiscal; (...).”.

D.5 - La garantía constitucional del derecho de propiedad. El pago del tributo y de sus efectos liberatorios con relación al contribuyente deudor. Autolimitación en la potestad tributaria, con fundamento legal o contractual. La doctrina de los derechos adquiridos tras el pago de la obligación tributaria

La intrínseca e indisoluble vinculación entre el derecho de propiedad y la tributación quedó puesta de manifiesto más atrás, así que no volveré sobre ella.

Aquí corresponde subrayar que, como dijo Jarach, si bien el derecho de propiedad privada fue relacionado fundamentalmente con el principio de legalidad, el significado político constitucional de este principio es el de ser garantía de los derechos individuales y, especialmente, del derecho de propiedad, de acuerdo con lo expresado -entre otros- por los autores de la época de la Ilustración que precedió a la Revolución Francesa y de todo el movimiento precursor del Estado de Derecho. Este principio de legalidad no puede representar meramente una garantía formal, sino que debe tener un contenido sustancial dado, entre otras variables, por el hecho de que los actos económicos de los hombres puedan regirse conociendo de antemano las reglas del juego, “*es decir que los ciudadanos, cuando realizan un acto de su vida económica, deben saber cuáles son las consecuencias tributarias que deben esperar*”¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Jarach, Dino: Curso de Derecho tributario, op. cit., p. 83 y ss.

Dada la amplitud que tiene esta garantía, tanto la doctrina como la jurisprudencia han recurrido a diversos argumentos para su defensa que, por razones de claridad, consideramos oportuno exponer en forma separada, sin que la afirmación de una de ella implique la negación de las demás.

En primer lugar, cabe que me refiera a la doctrina que pone el acento en los efectos liberatorios del pago del gravamen. Como toda obligación, la tributaria nace para ser cumplida y una de las formas de su extinción, la más corriente por cierto, es el pago. La Corte Suprema de Justicia argentina hizo uso, con bastante asiduidad, de este argumento, para resolver conflictos que se presentaban cuando el contribuyente, bajo determinadas condiciones, había pagado totalmente el tributo frente a una nueva pretensión fiscal con visos de retroactividad.

En general, se puede decir que el tribunal rechazó las pretensiones del Fisco, aduciendo que el pago tiene efectos liberatorios, con la jerarquía constitucional que posee el derecho de propiedad, si fue realizado de buena fe por el deudor y de acuerdo con las disposiciones legales vigentes¹⁷⁶, en supuestos como los siguientes: 1) reforma de leyes por los que se agravaba la situación del sujeto pasivo; 2) cuando existió un cambio en la interpretación de las normas aplicables al caso; 3) cuando hubo error en la determinación de la deuda debido exclusivamente a la Administración¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Ver Fallos: 211:389, "Andrés Federico René Tomás de Chateaubriand v. Provincia de Santa Fe", del 23 de junio de 1948, donde la falta de diligencia en el deudor para informar al fisco de su verdadera situación fiscal impidió la actuación de los efectos liberatorios del pago. Si no hubo buena fe del contribuyente, si se trató de pagos provisorios, sujetos a reajuste, pagos a cuenta, o sujetos a revisión posterior por la Administración fiscal, la doctrina no fue aplicada. Ver además, en general, la doctrina de Fallos: 180:16, "Banco Español del Río de la Plata v. Municipalidad de la Capital s. repetición", del 11 de febrero de 1938; "Liebig's Extract of Meat Company Ltda. v. Dirección Nacional de Aduanas", del 9 de mayo de 1969; 299:379, "S.R.L. Estancia San Gara v. Provincia de Corrientes", del 27 de diciembre de 1977; 300:792, "S.A. Industrias Plásticas por Extrusión C.I.F.", del 18 de julio de 1978.

¹⁷⁷ Ver Fallos: 167:5, "Sociedad Anónima Luis Magnasco y Compañía contra la Provincia de Buenos Aires sobre devolución de las sumas pagadas por contribución territorial", del 28 de noviembre de 1932; 321:2933, "Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 12 de noviembre de 1998.

Por ejemplo, en la causa “Ordoqui”¹⁷⁸ tuvo ocasión de pronunciarse sobre el impuesto a la transmisión gratuita de bienes de la provincia de Buenos Aires, relativo al año 1923. Allí, si bien admitió la constitucionalidad de la aplicación retroactiva al aumento del avalúo fiscal de ciertos bienes, como *obiter dictum*, señaló que ni el Legislador ni el juez pueden, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar un derecho adquirido al amparo de una ley anterior. Al respecto, puntualizó que no se vulneraba derecho alguno ya que *“el derecho estaría en el caso constituido por la obligación de pagar un impuesto menor que el señalado por la ley posterior (...)”* y que *“un derecho de esa naturaleza no ha podido nacer entre el deudor del impuesto y el Estado, sino mediante un contrato o una convención especial por virtud de la cual aquél se haya incorporado al patrimonio del contribuyente. Tal sería la hipótesis de que mediante una concesión se hubiera concertado una liberación de impuestos o se hubiera asegurado el derecho de pagar uno menor durante el tiempo de duración de aquélla y aún la más frecuente todavía, de que el Estado, mediante la intervención de sus funcionarios hubiera aceptado la liquidación presentada por el deudor del impuesto o hubiese otorgado el correspondiente recibo de pago. Pero fuera de estas hipótesis particulares, no existe acuerdo alguno de voluntad entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción, con respecto al ejercicio del poder de tasar aplicado a sus relaciones. Los impuestos no son obligaciones que emerjan de los contratos: su imposición y la fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (...).”*¹⁷⁹

En un pronunciamiento posterior¹⁸⁰ sostuvo que *“la estabilidad y la clara determinación del orden de las relaciones jurídicas es tan vital condición del bien común que sin ella hasta podría resultar neutralizada la finalidad de justicia que se procure mediante las modificaciones y rectificaciones que introduzcan en él la legislación y la jurisprudencia”*.

¹⁷⁸ Fallos: 151:103, “Don Pedro Ordoqui. Su sucesión”, del 27 de abril de 1928.

¹⁷⁹ La doctrina fue reiterada en otros fallos posteriores, por ejemplo, ver Fallos: 152:268, “Don Manuel Manrique y otros contra la Provincia de Buenos Aires, sobre devolución de dinero -impuesto a la herencia-”, del 24 de septiembre de 1928; 161:270, “Don Ignacio Guillermo Parera contra la Provincia de Buenos Aires, por inconstitucionalidad del impuesto a la herencia”, del 24 de julio de 1931.

¹⁸⁰ Fallos: 215:420, “Julio I. Arrascaeta y otros v. Cía. Primitiva de Gas de Buenos Aires Ltda.”, del 15 de diciembre de 1949.

Por ello, deviene inalterable la situación jurídica alcanzada o el derecho adquirido por el particular mediante el pago del tributo, realizado en un todo de acuerdo con lo que en forma y sustancia establezcan las normas vigentes. En términos aún más claros expresó que *“finiquitada una relación jurídica con el pago, éste tiene efectos liberatorios y constituye para el que cumplió la obligación, un derecho que cuenta con la protección constitucional de la propiedad y, que por consiguiente, enerva toda reclamación sobre la cuestión en que ese pago se hizo”*¹⁸¹.

Más recientemente encontramos otros dos pronunciamientos del tribunal que merecen ser glosados. El primero de ellos¹⁸² versó sobre la repetición de un impuesto adicional de emergencia que gravaba a los contribuyentes del impuesto local sobre los ingresos brutos. La actora alegó, entre otras cosas, que debía aplicarse la doctrina de los efectos liberatorios del pago, ya que había oblado el gravamen principal. Sin embargo, el tribunal rechazó la demanda, al puntualizar que se trataba de dos gravámenes diversos y que su condición de sujeto pasivo del segundo no determinaba, ineludiblemente, la de contribuyente del primero. Como señaló Bulit Goñi¹⁸³, esta postura de la Corte había sido anticipada en una disidencia del Juez Petracchi¹⁸⁴, cuando sostuvo que *“cabe añadir que toda ley impositiva, conforme a su propia naturaleza, toma para la satisfacción de las necesidades públicas, una parte de la propiedad o del patrimonio de los habitantes y, como la propiedad así tomada ha sido generalmente adquirida antes de la sanción del impuesto, es de toda evidencia que, al contrario, no existiría impuesto o gravamen que fuera legítimo, no obstante hallarse autorizado por la Constitución en repetidas y terminantes cláusulas.”*

¹⁸¹ Fallos: 269:261, “National Carbon Co. Inc. v. Nación Argentina”, del 10 de noviembre de 1967.

¹⁸² Fallos: 317:295, “Kodak Argentina S.A.I.C. v. Provincia de Buenos Aires”, del 5 de abril de 1994.

¹⁸³ Bulit Goñi, Enrique G.: Un adicional de emergencia en el impuesto sobre los ingresos brutos y dos fallos de la Corte Suprema de Justicia, Derecho Tributario, t. III, p. 752 y cc.

¹⁸⁴ Ver Fallos: 314:1081, “Tejidos Argentinos del Noreste S.A. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, del 24 de septiembre de 1991.

El segundo de los citados pronunciamientos, que involucra a otro de la misma fecha, es el registrado en Fallos: 321:2933¹⁸⁵. En este caso se trató el conflicto presentado por un revalúo de las propiedades inmobiliarias realizado por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, a los fines de actualizar el padrón y sus registros, y de adecuar la base imponible de varios gravámenes. Hay que tener presente que con esta actividad de la Administración podían presentarse dos situaciones diferentes. Por una parte, que del relevamiento realizado surgiera que había construcciones o mejoras introducidas en los inmuebles que no constaban en los planos de la Municipalidad, con lo cual había que analizar, en un segundo paso, si ello se debía a la falta de denuncia por parte del propietario, o bien a una negligencia de la Administración en registrar, como corresponde, los planos presentados en tiempo y forma por aquél. De otro lado, que la Administración decidiera elevar las valuaciones fiscales de los inmuebles de donde, a su vez, se debe distinguirse entre la pretensión fiscal con vistas al futuro, y la de cobrar la diferencia entre la valuación nueva y la vieja, con efecto retroactivo por los períodos no prescriptos. Esta última cuestión fue la examinada por el tribunal en esta causa, rechazando la postura del Fisco. Estimo que si bien el tribunal tuvo en cuenta la existencia de un pago anterior que conlleva sus efectos liberatorios, el *holding* del fallo estriba en la inadmisibilidad del error de la Administración luego de exigido y pagado el tributo, por la incertidumbre que se crearía en el contribuyente y en el mercado inmobiliario. Queda a salvo de ello, claro está, el supuesto donde se compruebe la existencia de dolo o culpa grave del contribuyente, por ejemplo, si el tributo que se le cobra es, a todas luces, inferior al que corresponde, o si no ha denunciado mejoras sustanciales introducidas -por ejemplo, la edificación de un baldío, etc.-. Exigencias de la estabilidad de los negocios jurídicos, como del orden justo de la coexistencia,

¹⁸⁵ Fallos: 321:2933, "Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", del 12 de noviembre de 1998. En él se hace mención, con relación al voto del Juez Petracchi, a la causa "Susana Ernestina Teresa Guerrero de Louge v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", de la misma fecha, y publicado en el mismo tomo a partir de la página 2.941.

imponen reconocer el agravio constitucional en la reapertura de cuestiones definitivamente liquidadas.

Esta doctrina de los efectos liberatorios de pago ha servido, indudablemente, para que este tribunal resolviera una serie de situaciones donde resultaba injusto que los contribuyentes abonaran el gravamen reclamado por el Fisco. Sin embargo, no ha estado exenta de críticas que, en lo que a mí concierne, estimo que son acertadas y merecen ser expuestas.

Efectivamente, este razonamiento parte, implícitamente, de la premisa superada del carácter odioso de la ley tributaria¹⁸⁶, ya que la ley tributaria, como toda otra ley fiscal, es una ley ordinaria y la actividad financiera no ataca la propiedad, sino que la permite, al sustentar el funcionamiento del Estado y proveer los medios para la consecución de sus fines.

En la doctrina argentina, fue Martínez quien cuestionó el fundamento teórico de esta línea de pensamiento, cuando sostuvo que quien pagó una obligación tributaria no ostenta un derecho adquirido, sino que un hecho extintivo del vínculo que antes lo constreñía jurídicamente y que le ha posibilitado acceder a una situación de libertad¹⁸⁷, y que a idéntico resultado se llega por el camino correcto, esto es, apreciando la inalterabilidad del acto determinativo del impuesto, que impide revisar o incrementar la obligación tributaria extinguida. Por su parte, Spisso, si bien reconoce que este fundamento ha resultado un valioso instrumento para la protección del contribuyente y que ha permitido frenar manifiestos abusos del Fisco, denuncia que resulta insuficiente¹⁸⁸. En efecto, la existencia o no de un pago no influye en lo esencial de la cuestión, puesto que entre derecho a que no se le cobre nada más y tener derecho a que no se le

¹⁸⁶ El carácter restrictivo del derecho de propiedad de los tributos fue mantenido por Orlando, Lolini, Di Paolo y otros autores y ya se encuentra superado desde hace tiempo en la consideración jurídica actual. Ver al respecto en Vanoni, Ezio: *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*, op. cit., p. 28 y cc. (en el estudio introductorio realizado por Juan Martín Queralt) y ps. 77 y ss.; 181 y ss., etc.

¹⁸⁷ Martínez, Francisco: en *Anales de la Asociación Argentina de Derecho Fiscal*, bienio 1970-1971, p. 298 y cc.

¹⁸⁸ Spisso, Rodolfo R.: *Derecho constitucional tributario*, op. cit., p. 318 y ss.

cobre nada en absoluto, porque las disposiciones legales vigentes no lo obligaban a pagar sino lo que pagó, o porque lo liberaban de pagar suma alguna, no hay diferencia apreciable que haga al fondo del asunto, ya que si hay derecho adquirido en la primera situación también lo hay en la segunda, y no lo hay en aquélla, tampoco lo hay en ésta. En ambas se trataría de considerar una situación definitiva e irrevocablemente dilucidada y fijada para el contribuyente, y si el efecto retroactivo autorizara a cobrar el impuesto a quienes se encontraban exentos o liberados de todo pago -porque, efectivamente, no realizaron pago *liberador* alguno-, igualmente debería pensarse, por coherencia, que es legítimo cobrar cuotas adicionales con la aplicación de la nueva ley retroactiva a quienes pagaron el tributo. El autor mencionado cita en su apoyo la disidencia del Juez Casares en Fallos: 218:677¹⁸⁹.

Es más, pienso por mi parte que tendrá idéntico derecho al cobro de la suma fijada por la ley vigente al momento de la realización de los hechos o actos gravados aquel contribuyente que no lo haya pagado y sea moroso. La sola situación de mora no autoriza al Estado para incrementar la obligación ya establecida y fijada definitivamente mediante una ley retroactiva.

Otro argumento diferente puede ser hallado en la existencia de una autolimitación en la potestad tributaria, cuando hay algún fundamento legal o contractual para ello. Se trata en este punto de ver ciertas disposiciones legales que implican autolimitaciones -en sentido lato- asumidas expresamente por el Estado, mediante leyes que conceden bonificaciones, exenciones, regímenes de promoción industrial, a los particulares que cumplan con determinadas condiciones o que se encuentren en situaciones determinadas. El punto de partida, en el otro extremo, puede expresarse en términos que surgen de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina mencionada, en tanto las obligaciones tributarias tienen por fuente un acto unilateral del Estado, justificado por el poder tributario que la Constitución le otorga al Legislador, y su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares, cuya voluntad carece de toda eficacia a estos

¹⁸⁹ Fallos: 218:677, "Celia M. de Basavilbaso y otros v. Dirección General del Impuesto a los Réditos", del 7 de diciembre de 1950.

efectos. No existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones; los impuestos no son obligaciones que emerjan de los contratos sino que su imposición y su fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública¹⁹⁰.

Sin perjuicio de ello, estas autolimitaciones a las que hacemos mención fueron reconocidas en muchos casos por la jurisprudencia del tribunal que vengo mencionando como límite o barrera frente a pretensiones fiscales basadas en normas posteriores, a modo de protección del derecho de propiedad de aquellos particulares acogidos a los beneficios instituidos o pactados con antelación, a los cuales se les consideró con derecho adquirido a ello.

García Belsunce sostuvo, con acierto, que *“cuando el estado conviene con un particular (régimen de promoción industrial) liberación de impuestos por un tiempo determinado, totales o parciales, se opera (...) una suerte de contrato entre el particular y el estado, del que surge un derecho adquirido a favor del particular para que le sea respetada la situación tributaria, que constituyó un presupuesto de aquel contrato que se perfeccionó cuando al particular se lo tuvo por decreto acogido al régimen de promoción”*¹⁹¹. Spisso, por su lado, habla de ciertas *reminiscencias contractuales* al referirse a esta situación¹⁹², donde hay un derecho adquirido por el particular, sea porque haya mediado un contrato o convención especial, o bien por acogimiento a un régimen de promoción industrial.

Me limitaré aquí a citar unos pocos precedentes que obran en los repertorios de la Corte Suprema de Justicia argentina. En primer lugar, el de Fallos: 258:208¹⁹³, donde dijo que la facultad de imponer tributos puede ser materia de razonable limitación contractual y legal, y que el particular que pagó sus contribuciones

¹⁹⁰ Ver doctrina de Fallos: 152:268; 218:596; 318:676, entre otros.

¹⁹¹ García Belsunce, Horacio A.: Retroactividad de las leyes tributarias - Casos inconstitucionales, op. cit., p. 175.

¹⁹² Spisso, Rodolfo R.: Derecho constitucional tributario, op. cit., p. 320.

¹⁹³ Fallos: 258:208, “S.A. Frigorífica Swift de La Plata v. Comisión de Fomento de Villa Gobernador Gálvez”, del 22 de abril de 1964.

con arreglo al convenio celebrado oportunamente con el Estado, tiene derecho a obtener la liberación correspondiente. Posteriormente, en Fallos: 283:360¹⁹⁴, manifestó que el Estado puede dictar y derogar normas, sin que ello implique cuestión constitucional alguna, y que los tributos son obligaciones que no surgen de los contratos. Pero que, sin embargo, dicha facultad no es ilimitada y que puede ser controvertida ante la Justicia si, al procederse de esa manera, se lesionan derechos de los particulares amparados en un régimen impositivo anterior con fundamento en la necesidad de acordar franquicias por un período limitado a una industria que se consideraba de interés nacional.

Más tarde, en Fallos: 296:672¹⁹⁵, tuvo oportunidad de conocer en una causa relativa a un régimen de promoción industrial del sector automotriz del cual se derivaban ciertos beneficios impositivos para los contribuyentes. Además de estar instituido en la ley, aquél se integró por decretos de carácter general y por actos administrativos individuales, unilaterales o bilaterales, según que la expresión de voluntad hubiera correspondido a uno o a los dos sujetos de derecho de la relación promocional. En la parte decisiva de la sentencia, adujo que el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Nación, si había derechos adquiridos por el lado de los particulares, tornaba a aquélla en responsable por los daños y perjuicios irrogados. En Fallos: 307:993¹⁹⁶, se trató de una acción de repetición de ciertos gravámenes aduaneros a la que hizo lugar. Señaló que, al haber establecido el Poder Ejecutivo mediante ciertos decretos un plan a regir durante los años 1966, 1967 y 1968, no podía luego modificarlo si con ello agravaba la situación financiera de las empresas protegidas por el régimen de promoción, y máxime cuando ello no estaba contemplado como facultad por la ley reguladora del régimen.

Por fin, también se ha recurrido a la doctrina de los derechos adquiridos tras el pago de la obligación tributaria,

¹⁹⁴ Fallos: 283:360, "S.A. Ford Motor Argentina v. Dirección Nacional de Aduanas", del 15 de septiembre de 1972.

¹⁹⁵ Fallos: 296:672, "S.A. Metalmecánica, C.I. v. Nación Argentina", del 23 de diciembre de 1976.

¹⁹⁶ Fallos: 307:993, "Fiat Concord S.A.I.C. v. Administración Nacional de Aduanas", del 25 de junio de 1985.

como fundamento último de la veda de efectos retroactivos de la obligación tributaria. Su enunciación puede ser realizada, en palabras de la Corte Suprema de Justicia argentina, en que si bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones substanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido aunque falte la declaración formal de una sentencia o de un acto administrativo, pues éstos sólo agregan el reconocimiento de ese derecho o el apoyo de la fuerza coactiva necesaria para que se haga efectivo¹⁹⁷.

Es decir, se trata de la determinación del momento a partir del cual el sujeto puede oponer a los demás y esgrimir frente a ellos un derecho ya incorporado a su patrimonio, a su propiedad -en sentido amplio- y que goza de toda la panoplia defensiva constitucionalmente dada. Antes de ese momento, estará frente a una mera expectativa, a un derecho en generación que, por oposición, no se encuentra resguardado aún.

En la doctrina argentina, como referencia general, puedo decir, en la palabra de Bidart Campos que, si un hecho no es imponible conforme a la ley fiscal vigente al tiempo de producirse, hay derecho *adquirido* a quedar libre del pago de una obligación fiscal respecto del mismo hecho¹⁹⁸.

En la jurisprudencia comparada, sin embargo, la situación puede ser diferente. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español reniega de su utilización¹⁹⁹, al sostener que, desde el punto de vista de la constitucionalidad hay que rehuir de

¹⁹⁷ Fallos: 296:719 y 723; 298:472; 304:871 y 2092; 307:305; 314:481; 317:1462, entre otros.

¹⁹⁸ Bidart Campos, Germán J.: Manual de la Constitución reformada, op. cit., tomo II, p. 167.

¹⁹⁹ Sentencia 27/1981, del 20 de julio de 1981; sentencia 6/1983, del 4 de febrero de 1983 (sostuvo aquí que la exención no es sino un elemento de la relación jurídica tributaria, que no puede concebirse de manera autónoma, que no se puede considerar incorporado al patrimonio del sujeto sino que es un elemento definidor de dicha relación jurídica); sentencia 42/1983, del 18 de mayo de 1983; sentencia 51/1983, del 14 de junio de 1983; sentencia 126/1987, del 16 de julio de 1987; sentencia 150/1990, del 4 de octubre de 1990; sentencia 197/1992, del 19 de noviembre de 1992; sentencia 205/1992, del 26 de noviembre de 1992; sentencia 173/1996, del 31 de octubre de 1996.

cualquier intento de aprehender la huidiza teoría de los derechos adquiridos, porque la Constitución no emplea esa expresión, con lo cual debe suponerse que los constituyentes la soslayaron, no casualmente, sino porque la defensa a ultranza de los derechos adquiridos no casa con la filosofía constitucional, no responde a exigencias acordes con el Estado de Derecho proclamado en el art. 1º de la Constitución Española.

Del mismo modo se ha pronunciado la doctrina de ese país, con algunas excepciones. Calvo Ortega²⁰⁰ señala que el problema de la retroactividad de las normas tributarias se ha visto unido a la discusión sobre el respeto a los derechos adquiridos en ese campo (exenciones totales y parciales), cuando en realidad ambas figuras deben ser diferenciadas, y donde puede haber supuestos de retroactividad donde nada tenga que ver la derogación de esas exenciones. Agrega que se refiere *“a la retroactividad en sus diversas modalidades: aplicación de una norma a una situación jurídica anterior ya cerrada en cuanto a su delimitación temporal; aplicación a una situación cuyo período de tiempo está abierto pero no terminado; y, finalmente, aplicación a situaciones en relación con las cuales se ha iniciado, únicamente, un procedimiento. Las razones que pueden llevar al legislador a producir una norma tributaria retroactiva son diversas: establecer una tributación concreta, modificar un régimen existente o readaptar determinadas normas y regular situaciones ya iniciadas que han sido incididas por una sentencia judicial.”*. Explica este autor, con relación al ejemplo típico de las exenciones que, en primer lugar, ninguna ley general y abstracta puede tener una pretensión de permanencia absoluta en el Ordenamiento, ya que una ley que establezca un plazo de tiempo determinado a su vigencia o que lo haga a perpetuidad, contraría la propia lógica del Orden Jurídico, donde una norma de igual rango puede derogar otra anterior, sin más límites que los constitucionales, sin que el Poder Legislativo pueda quedar paralizado por decisiones anteriores²⁰¹. Es la idea del progreso en el Ordenamiento Jurídico, contrario a su congelamiento, ya que las generaciones pasadas o actuales no

²⁰⁰ Calvo Ortega, Rafael: Curso de Derecho financiero I - Derecho tributario (parte general), op. cit., p. 109.

²⁰¹ Calvo Ortega, Rafael: Curso de Derecho financiero I - Derecho tributario (parte general), op. cit., p. 217.

pueden condicionar eterna ni férreamente el marco jurídico de las futuras. Pero, además, señala que “[t]oda modificación tributaria sustantiva, es decir, la que incida sobre cualquiera de sus elementos básicos (incluida la exención) supone una ventaja o desventaja patrimonial futura en relación con una situación fiscal dada (la que se modifica). Este aumento o disminución es algo real (en tanto subsiste) y no una mera expectativa, pero no se integra en el patrimonio del sujeto como un derecho u obligación privados. En otras palabras, no es algo propio y singular de los sujetos pasivos (como puede ser un derecho de usufructo, de propiedad, de crédito, etc.) o una disminución real definitiva. De aquí la imposibilidad de incorporación al patrimonio. En resumen, se trata de una situación favorable o desfavorable comparada con otra anterior, real (no futura y, por tanto, que no puede calificarse de expectativa) y que puede ser modificada por una ley. Si se trata de una exención está claro que es una situación favorable (un beneficio tributario, en terminología constitucional, en tanto subsista). Esta es la regla general y carece de sentido hablar de la indemnización por la pérdida coactiva de un derecho adquirido.”²⁰².

Otros, han sostenido que analizando las diversas hipótesis que pueden ocurrir en una sucesión temporal de leyes que establezcan exenciones, es de observar “que la defensa de los derechos adquiridos no equivale al respeto al principio de irretroactividad de las normas, sino que se traduce en ocasiones en la ultraactividad de la ley vieja que es derogada por la nueva, o bien, en ciertos casos, en un mero fenómeno de irretroactividad, para lo que resulta innecesario acudir a la tesis de los derechos adquiridos”²⁰³.

²⁰² Calvo Ortega, Rafael: Curso de Derecho financiero I - Derecho tributario (parte general), op. cit., p. 217. Agrega que en el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 6/1983, del 4 de febrero, señaló que “a nuestro juicio es más correcto entender que el llamado derecho a la exención o a la bonificación tributarias es simplemente un elemento de la relación jurídica obligacional, que liga a la Administración y al contribuyente y que, en el caso de la contribución territorial, no integra el derecho de propiedad, el de usufructo o el derecho real concreto que sea objeto de la contribución ... Por ello, no puede hablarse en puridad de un auténtico derecho a la bonificación tributaria o al mantenimiento del régimen jurídico tributario de bonificación...”.

²⁰³ Casado Ollero, Gabriel y otros: Cuestiones tributarias prácticas, La Ley, Madrid, 1990, p. 182. Asimismo, ver Lozano Serrano, Carmelo: Exenciones tributarias y derechos adquiridos, Tecnos, Madrid, 1988, p. 100 y ss.; 106 y 110 y ss., donde rechaza, enfáticamente, la posibilidad de que se configure un derecho adquirido frente a una exención tributaria.

Entre las excepciones advertidas, cabe mencionar a Pérez de Ayala y González García, que realizan una interesante observación. Manifiestan que en principio y salvo que la ley fiscal lo autorice expresamente, ella no puede aplicarse de modo que afecte derechos adquiridos u obligaciones nacidas de hechos imponibles ya producidos con anterioridad a su entrada en vigor. Lo cual, a su juicio, torna innecesario señalar que la existencia de un derecho adquirido exige previamente la existencia de una norma atributiva de tal derecho. Y -aquí lo novedoso del enfoque- superada hoy, como ya dijimos, la tesis del carácter odioso de las normas tributarias, ello ha de entenderse aplicable tanto a los derechos adquiridos del sujeto pasivo como del sujeto activo, quebrando así la extendida opinión propicia a la admisibilidad de las leyes tributarias retroactivas favorables al contribuyente que lesionen un derecho adquirido impuesto al Estado²⁰⁴.

En la doctrina italiana, Giannini²⁰⁵, al destacar la calificación de fundamental del principio de la irretroactividad de la ley, señaló que las nuevas disposiciones tributarias que modifican o derogan las preexistentes, no se aplican a las relaciones ya surgidas antes de su entrada en vigor y ya agotadas, y ni siquiera a aquellas en desarrollo donde el contribuyente haya ya adquirido un derecho subjetivo. Aunque, coincidentemente con Berliri, señaló que no existe verdadera retroactividad cuando la nueva ley tributaria alcanza a situaciones formadas con anterioridad a su sanción -a sus consecuencias- si el débito impositivo surge luego de la entrada en vigor de la norma, al verificarse el presupuesto del impuesto sin efecto retroactivo, es decir, en el presente.

Creo que parte de las diferencias que pueden apreciarse entre la jurisprudencia española y la de la Corte Suprema de Justicia argentina pueden ser más aparentes que de fondo, en cuanto a que este último tribunal también ha señalado que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de un determinado régimen legal o reglamentario. Pero, obviamente, en ambos Ordenamientos, si un derecho (*in natura*) se ve afectado o menoscabado de alguna

²⁰⁴ Pérez de Ayala, José Luis y González García, Eusebio: Derecho tributario, op. cit., p. 88.

²⁰⁵ Giannini, Achille Donato: I concetti fondamentali del Diritto tributario, UTET, Torino, 1956, p. 49.

forma por el Estado, por una actuación lícita suya (como es, *verbi gratia*, legislar en general, expropiar, o modificar el sistema fiscal), dará lugar a su reconocimiento (en su equivalente en dinero) y al resarcimiento correspondiente, si se dan las pautas necesarias para que surja un supuesto de responsabilidad estatal. Si se pone la cuestión en otros términos, se puede decir que en ninguno de los dos órdenes normativos la situación del particular, hasta ese momento (digamos, el daño emergente) deja de ser garantizada, al tiempo que en ambos sus perspectivas de futuro (digamos, el lucro cesante), no está garantizada ni mucho menos.

Ahora bien, también pienso que llevar al extremo una postura como la sustentada por el Tribunal Constitucional español sí puede causar perjuicio a derechos amparados en la norma superior. Estamos de acuerdo en que si una ley establece un beneficio fiscal *sine die*, se entiende que en cualquier momento éste puede ser suspendido, hacia el futuro. Esta posibilidad de modificación, digamos, está implícita. Ahora bien, si tal beneficio fue establecido por un período determinado de tiempo, en cambio, se entiende que el Legislador adquirió un compromiso frente a los particulares, proponiendo u otorgando una situación de estabilidad y que una modificación de ésta antes del fin del plazo fijado, que sea desfavorable para aquellos que de una u otra forma se acogieron a ella o adecuaron su comportamiento económico a sus previsiones, ha de entenderse injustamente causada. Debería reputarse que el Estado, que establece tributos unilateralmente, obligando a los sujetos pasivos, también ha creado unilateralmente una obligación suya para con éstos, sujeta a la condición resolutoria de que ellos se ajusten a las condiciones y cumplan los requisitos establecidos oportunamente para su goce. En tanto se atengan a ellos, los particulares podrán reputar que han adquirido un derecho patrimonial, por el plazo que la ley fijó al establecer el beneficio, y del cual no podrán ser privados en tanto y en cuanto cumplan y sigan cumpliendo con las pautas necesarias para su goce.

D.6 - La razonabilidad como garantía constitucional

Otra de las armas defensivas contra la retroactividad de las leyes ha sido recurrir al principio de la razonabilidad en el actuar del Estado.

En el caso argentino, como ha sostenido Linares, el art. 28 de la Constitución reconoce como garantía innominada el derecho al debido proceso adjetivo y, a la vez, a que las decisiones (leyes, sentencias, reglamentos o actos administrativos) sean intrínsecamente razonables, por oposición a arbitrarios²⁰⁶. La razonabilidad debe ser apreciada tanto en la ponderación como en la selección. La primera, implica que el consecuente normativo no debe ser desproporcionado en relación con el presupuesto de hecho de la norma. Por ejemplo, si al hurto se lo castiga con la muerte del reo, parece que existe un exceso en la punición, una desproporción al establecer la pena o consecuencia normativa que se deriva de una conducta dada. En cambio, la razonabilidad en la selección implica que debe haber una adecuada relación entre los diversos recortes de la realidad que se efectúan para otorgarles distintas consecuencias normativas a cada uno de ellos²⁰⁷.

A su vez, Casás sostuvo que la garantía innominada de la razonabilidad importa en nuestro sistema constitucional la interdicción de su contravalor, esto es, de la arbitrariedad, de lo irrazonable, de los comportamientos que no sean adecuados en el ejercicio de las prerrogativas y competencias de los poderes públicos²⁰⁸. Desde el punto de vista legislativo -agrega- este requisito se cumple si los medios adoptados para lograr los propósitos perseguidos son apropiados en todas las circunstancias, con lo cual no hay una identificación estricta entre razonable y oportuno o conveniente.

Bidart Campos enseña que el principio de razonabilidad, condensado en el art. 28 de la Carta Magna, complementa, en forma sustantiva, a otros que, como el de legalidad, tienen un fuerte componente formal, porque se vincula inescindiblemente con el valor justicia. Este principio no se limita a exigir sólo que la ley

²⁰⁶ Ver, en general, Linares, Juan Francisco: Razonabilidad de las leyes, Astrea, Buenos Aires, 2ª edición, 1970.

²⁰⁷ Ver, por ejemplo, Fallos: 312:826, "José Agustín Martínez", del 6 de junio de 1989, donde por mayoría, el tribunal considera injustamente elevada la pena establecida por la legislación vigente para el robo de automotores, que en ciertos supuestos podía ser equiparable a la correspondiente al homicidio.

²⁰⁸ Casás, José Osvaldo: Presión fiscal e inconstitucionalidad, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 109.

sea razonable, sino que cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable²⁰⁹.

La ley tributaria retroactiva, desde esta perspectiva, puede ser irrazonable, es decir, contraria a una serie de valores y derechos amparados por la constitución como, en particular, la debida adecuación de medio a fin: medio, una ley tributaria retroactiva; fin, un aumento de recaudación, o una cobertura de determinados gastos públicos, o una corrección de una injusticia evidente detectada en la legislación anterior que se busca realizar *ex tunc*, etc.

D.7. - La forma republicana de gobierno y el Estado Social y Democrático de Derecho como límites a la retroactividad tributaria

Recuerda Casás que el profesor Ataliba efectuó un importante planteamiento interdictivo de la retroactividad de la ley fiscal sustantiva, partiendo del principio republicano de gobierno²¹⁰ y con particular énfasis en él. Su punto de arranque es el principio republicano, que se manifiesta en la tripartición del poder, la periodicidad de los mandatos políticos y la consiguiente responsabilidad de sus titulares temporarios. Consecuencia de ello es la anterioridad de la ley tributaria con respecto a los hechos que ella pretende gravar, recaudo que constituye una barrera infranqueable para el Estado en su pretensión de acudir hacia el pasado. Ataliba asignó importancia conformante de la idea expresada a varios temas, como la representatividad de los gobernantes, el consentimiento de los gobernados, la seguridad jurídica, la exclusión de la arbitrariedad, la legalidad, el sometimiento de la Administración a la ley, y de ésta a la Constitución, la previsibilidad de la acción estatal, la lealtad informativa del Fisco y la

²⁰⁹ Bidart Campos, Germán J.: Manual de la Constitución reformada, op. cit., tomo I, p. 515 y ss.

²¹⁰ Casás, José Osvaldo: Derechos y garantías constitucionales del contribuyente, op. cit., p. 845 y ss., citando a Ataliba, Geraldo: Memorias de las X Jornadas Luso Hispano Americanas de Estudios tributarios, Volumen I, Tema I "El principio de irretróactividad de las leyes y los reglamentos en materia tributaria", Montevideo, 1984, p. 163 y ss.

certeza como generadora de confianza para el desarrollo de la libre empresa.

Estimo que guarda cierta relación con este concepto la tesis sostenida por la doctrina alemana y por la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional en cuanto a que el Ordenamiento Constitucional de su país se estructura en derredor del concepto del Estado social y democrático de Derecho, el cual se asienta tanto sobre el principio de seguridad jurídica, como sobre la interdicción de la arbitrariedad.

La Ley Fundamental de Bonn recogió en sus arts. 20.3 y 28.1 la idea del sometimiento de todos los Poderes Estatales a los principios del Estado republicano, democrático y social de Derecho. Postulado que aparece protegido, además, por su art. 79.3. Como indica Benda²¹¹, el Estado formal o burgués, surgido de las constituciones decimonónicas, no fue aceptado como un principio, porque solamente contenía características formales: el principio de legalidad y la independencia de los jueces, de los cuales se derivan, además, la división de Poderes, la independencia de la jurisdicción, la legalidad de la Administración, la plena tutela judicial frente a la cualquier intervención administrativa y la expectativa de indemnización ante intromisiones en el patrimonio de los particulares. Según expresa “[e]l Estado material de Derecho se pregunta, por el contrario, por el contenido y la orientación de la actividad estatal. En su marco, el poder estatal es considerado como vinculado sobre todo a determinados principios o valores jurídicos superiores (...). El Derecho contiene determinados principios fundamentales positivizados a los que todo el mundo -incluso el Estado- está sometido.”²¹². Del postulado del Estado de Derecho así entendido se desprenden ciertos elementos esenciales. Entre ellos, la seguridad jurídica y la justicia, y la protección de la confianza legítima.

Con respecto al primero, destaca que cuando existe certeza acerca de qué normas jurídicas son las que se aplican en el caso,

²¹¹ Benda, Ernesto: El Estado social de Derecho, en: Benda y otros, op. cit., Manual de Derecho Constitucional, Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 488 y cc.

²¹² Benda, Ernesto: El Estado social de Derecho, op. cit., p. 490.

ya se está haciendo un poco de justicia²¹³, aunque no toda norma que por su mera existencia pueda otorgar seguridad y paz jurídicas será sentida siempre como justa. La idea de lo justo cobra rasgos claramente materiales en la jurisprudencia sobre la justicia fiscal, planteándose el problema con relación, especialmente, a los cambios jurídicos retroactivos y a la cuestión de cuándo el ciudadano puede confiar en la permanencia de una determinada situación jurídica.

A su vez, la seguridad jurídica tiene como fin que, en la medida de lo posible, el ciudadano pueda presuponer y calcular con tiempo la influencia del Derecho en su comportamiento individual²¹⁴. La protección de esta confianza está emparentada con el principio de buena fe que también impera en el Derecho Público, y afirma rotundamente que “[e]l Estado no puede actuar de mala fe frente a los ciudadanos sometidos a su ordenamiento jurídico, y el ciudadano debe poder confiar en ello.”.

En este marco, cabe poner de relieve que la protección de la confianza y de la seguridad jurídica, por una parte, y el valor justicia, por otro, pueden estar frecuentemente en conflicto, y la fiabilidad del Ordenamiento Jurídico tiene idéntico rango, en principio, que la necesidad de acomodar éste a las nuevas necesidades. Así, las reformas legislativas ponen sobre el tapete la cuestión referida a la medida en que se pueden afectar posiciones jurídicas adquiridas bajo el imperio de la ley previamente vigente. Señala Benda que “[l]a jurisprudencia diferencia entre auténtica y espuria retroactividad: en el caso de cambios posteriores de supuestos de hechos desarrollados en y que pertenecen al pasado el legislador está estrictamente vinculado por la protección de la confianza que ordinariamente veda tales cambios con efectos retroactivos. Por contra, la retroactividad espuria incide en supuestos todavía abiertos y en posiciones jurídicas de futuro; de esa forma devalúa con posterioridad tal posición jurídica. En ese caso, la protección de la confianza jurídica se plantea cuando la intervención no era previsible para el ciudadano. Habrá que ponderar entre las dimensiones del daño a la confianza del individuo y el significado

²¹³ Benda, Ernesto: El Estado social de Derecho, op. cit., p. 493.

²¹⁴ Benda, Ernesto: El Estado social de Derecho, op. cit., p. 507 y ss.

*del proyecto legislativo para los intereses generales.”*²¹⁵. Aclara que recientemente se tiende a diferenciar entre la retroactividad de las consecuencias jurídicas y la conexión retroactiva del supuesto de hecho. En el primer caso, cuando la norma produce efectos jurídicos sobre momentos anteriores a su entrada en vigor, las condiciones de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica son las que decidirán si son válidos estos efectos. Al contrario, cuando la norma hace depender los efectos jurídicos de determinadas circunstancias ya existentes antes de su sanción -conexión retroactiva del supuesto fáctico- hay que verificar primero si se han afectado así derechos fundamentales, donde siempre serán parámetro para ello los principios de protección de la confianza y de seguridad jurídica. Es decir, hay que decidir qué tendrá primacía, si aquéllos o la necesidad imperiosa de tener en cuenta las nuevas necesidades²¹⁶.

5 - Otros problemas que se vinculan o que derivan de la retroactividad de la ley tributaria sustantiva

El problema de la retroactividad en materia tributaria sustantiva tiene otros problemas conexos, algunos vinculados con la propia ley, como ocurre con las normas que se denominan interpretativas de otras anteriores, y otros que no se relacionan estrechamente con el dictado de nuevas leyes sino con la actividad interpretativa de la Administración y de los tribunales. A su tratamiento me dedico en los puntos siguientes.

A - Las leyes interpretativas

Se dice que una ley es interpretativa cuando se dicta para aclarar el significado de otra precedente²¹⁷. Esta ley es retroactiva porque no constituye un nuevo precepto sino que se confunde en ese carácter con la norma que emana de la ley interpretada

²¹⁵ Benda, Ernesto: El Estado social de Derecho, op. cit., p. 508.

²¹⁶ Benda, Ernesto: El Estado social de Derecho, op. cit., p. 509.

²¹⁷ Llambías, Jorge Joaquín: Tratado de Derecho Civil, Parte General, op. cit., p. 146. Agrega que este concepto no ha de confundirse con el de *ley supletoria*. Además, recordemos que, en la opinión de este autor, la ley interpretativa constituye uno de los límites de la regla de la irretroactividad de la ley.

formando un todo con ella. Y hasta se puede decir que es la misma ley vieja que se sigue aplicando, aunque con el sentido impuesto por la ley aclaratoria. O, como dijo Cortés, un precepto que no es una verdadera norma jurídica, sino una disposición de mero carácter didáctico²¹⁸

Autorizada doctrina ha señalado que, entre las fuentes de interpretación de la ley, es la llamada *interpretación auténtica*, pues proviene del mismo órgano que la ha dictado, y que suele tener lugar cuando sean tantas las incertidumbres que surgen de aplicar la norma jurídica, como consecuencia de su imperfecta formulación, que se requiere una nueva intervención del Legislador²¹⁹.

En mi opinión, para exponer el concepto teórico basta con la referencia hecha. Ahora bien, es muy difícil determinar -si es que es posible- cuándo una ley es meramente interpretativa y cuándo contiene un nuevo mandato legislativo que, en mucho o en poco, pero siempre en algo, modifica la anterior y, a más inri, con pretensión de retroactividad. Creo que este problema está implícito aún en algunos autores que proponen la categorización en trato, ya que se ocupan seguidamente de poner los límites que consideran precisos a la nueva ley interpretativa²²⁰.

Tal como sostuvo Vanoni, “[l]a ley interpretativa no contiene en sí misma un mandato, sino que declara los límites exactos del mandato contenido en la ley interpretada. De esta forma se comprende la razón de la denominada retroactividad de las leyes interpretativas. En rigor, no es que la nueva ley tenga efectos retroactivos, sino que se pone de manifiesto el contenido real de la antigua ley, y, en consecuencia, desarrolla en su

²¹⁸ Cortés Domínguez, Matías: Ordenamiento tributario español, op. cit., p. 103.

²¹⁹ Así lo sostienen Aftalión, Enrique R.; García Olano, Fernando y Vilanova, José: Introducción al Derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 12ª edición, circa 1984, p. 472, aclarando que en la realidad importa, más que una interpretación, una nueva norma con la orden de que sea aplicada como si ya hubiese estado contenida en la ley antigua. Asimismo, Vanoni, Ezio: Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias, op. cit., p. 353.

²²⁰ Llambías, Jorge Joaquín: Tratado de Derecho Civil, Parte General, op. cit., p. 147 y ss., quien propone los límites de la cosa juzgada, de los derechos adquiridos, de las situaciones o derechos agotados (consumo jurídico), la garantía de la propiedad privada, etc.

esfera de validez temporal toda la eficacia de que habría sido capaz si se la hubiese conceptualizado justamente desde el primer momento.”²²¹.

Ha de considerarse también, como dice Tosi²²², que el principio de actualidad de la capacidad contributiva no es aplicable a las leyes interpretativas y, con cita de Fantozzi, aclara que ello es así siempre que se trate de verdaderas leyes interpretativas pues, como sostiene este último, “[l]a propia naturaleza de la ley interpretativa consiente su efecto retroactivo, ya que se encuentra ínsito dentro de la misma, sin que por tanto haya de respetar siquiera el principio constitucional de capacidad contributiva: esta es una de las razones por las que el legislador tributario usa y abusa, de las leyes (propia o impropriamente) interpretativas, cuyos efectos, en ocasiones, comienzan a partir de la publicación, en los casos en que la administración pretende beneficiarse de la interpretación anterior.”.

Un problema adicional es el de la determinación de ese carácter retroactivo, es decir, de quién es la autoridad competente para otorgarle o no tal carácter. En el caso argentino, el problema lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia cuando afirmó, por ejemplo en Fallos: 318:676 -ya citado-, que “[l]as disposiciones de una ley o reglamento deben apreciarse con arreglo a su naturaleza intrínseca, antes que con sujeción a la denominación adoptada por el legislador. Es principio aceptado desde antiguo por esta Corte que no importa la calificación que se utilice para denominar la realidad de las cosas, si se advierte que las instituciones jurídicas no dependen del nomen iuris que se le dé o asigne por los otorgantes del acto o el legislador incluso, sino de su verdadera esencia jurídica económica y, entonces, cuando medie ausencia de correlación entre nombre y realidad deberá desestimarse el primero y privilegiarse la segunda, o lo que es equivalente, los caracteres que la ciencia del derecho exige para que se configuren los distintos hechos y actos jurídicos (Fallos: 21:498 y 289:67).”.

Tales conceptos han de tenerse presente siempre, ya que, ora el Poder Legislativo, ora el propio Fisco, recurren a disfrazar

²²¹ Vanoni, Ezio: Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias, op. cit., p. 353.

²²² Tosi, Loris: Efectividad. Aspectos subjetivos y objetivos de la capacidad contributiva, op. cit., p. 316.

de aclaratorias leyes que no lo son, con el objeto de disimular su alcance retroactivo al momento de dictado de la primera ley, a la cual están modificando sustantivamente, para fundar pretensiones recaudatorias que no aparecen, en principio, al abrigo de ésta²²³.

En síntesis, la existencia de leyes aclaratorias o interpretativas, una vez determinado su carácter o no de tales, no presentan un problema adicional al ya expuesto en puntos anteriores. Es decir, que si son meramente aclaratorias, no son retroactivas dado que carecen de un mandato, de eficacia normativa, y no innovan nada en el Ordenamiento Jurídico. En cambio, si no lo son, se aplicaran a su inteligencia y virtualidad la pléyade de argumentos defensivos y de ataque contra su eficacia retroactiva, cualquiera que sea su grado y analizando caso por caso, si fuera necesario²²⁴.

B - El cambio de criterios interpretativos o aplicativos de la Administración

Tal como señala Casás²²⁵, en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia tiene reiteradamente dicho que los cambios de criterio interpretativo que pudieran adopten los organismos fiscales no pueden ser aplicados de manera retroactiva. Apoya tal aserto con la cita de varias sentencias, entre las cuales destacamos aquí la de Fallos: 284:232²²⁶, donde señaló que si no media dolo o culpa grave del contribuyente, los errores de la Administración

²²³ Ver, por ejemplo, las causas de Fallos: 307:305, "Juan F. Fullana S.A.", del 2 de abril de 1985; 312:912, "Fleischman Argentina S.A.", del 13 de junio de 1989; Fallos: 319:3208, "Autolatina Argentina S.A. (TF 12463-I) v. Dirección General Impositiva", del 27 de diciembre de 1996; Fallos: 324:1481, "Banco de Mendoza S.A. v. Dirección General Impositiva - Sancor Seguros de Retiro S.A. v. Dirección General Impositiva", del 8 de mayo de 2001.

²²⁴ Ver Cortés Domínguez, Matías: Ordenamiento tributario español, op. cit., p. 104. Manifiesta allí que hay dos razones que impiden hablar de efectos retroactivos para las disposiciones interpretativas: una, que no es una verdadera norma, ya que se integra con la interpretada; dos, que la norma vigente es la interpretada y no la interpretativa. Por ello, todo el problema estriba en determinar si es o no interpretativa en realidad, y en caso de que no lo sea, "le sería de aplicación el principio general de la irretroactividad de las normas tributarias."

²²⁵ Casás, José Osvaldo: Derechos y garantías de los contribuyentes, op. cit., p. 853.

²²⁶ Fallos: 284:232, "Armando Victorio Garibotti v. Aduana de la Nación", del 20 de noviembre de 1972.

no pueden perjudicarlo, ya que las exigencias notorias tanto de la estabilidad de los negocios jurídicos como del orden justo de la coexistencia imponen el reconocimiento de agravio constitucional en la reapertura de cuestiones definitivamente finiquitadas. En otro caso, de Fallos: 305:283²²⁷, manifestó que los cambios de criterio impositivo sólo rigen para el futuro, preservando de los efectos de las modificaciones producidas a las situaciones definitivas en que se encuentren los contribuyentes a fin de no causar agravio al derecho de propiedad.

Más adelante, en la causa “Bellora”²²⁸, tuvo oportunidad de pronunciarse en un caso donde el contribuyente había formulado una consulta a la Dirección General Impositiva, la cual fue respondida indicando que los inmuebles que poseían en condominio los integrantes de una sociedad de hecho, afectados a una explotación agropecuaria, resultaban alcanzados por el impuesto al patrimonio neto. Tiempo después, el Fisco, adoptando un criterio distinto, comunicó al contribuyente que debía incorporar dichos bienes a su declaración jurada del impuesto sobre los capitales, intimándolo a presentarla y a pagar el gravamen, cosa que aquél hizo. Pero, luego, la Administración le cursó unos formularios donde le liquidó intereses resarcitorios y actualización del impuesto sobre los capitales ingresado tardíamente. El tribunal resolvió el punto, al considerar que la consulta tributaria, con antelación al dictado del decreto 1397/79 *“revestía el carácter de una interpretación realizada por un funcionario, con atribuciones de juez administrativo, con relación al tratamiento fiscal que correspondía dispensar a determinadas situaciones relacionadas con tributos cuya aplicación, percepción y fiscalización se encontraban a cargo de la Dirección General Impositiva”*, y agregó que *“cabe tener presente que la modificación introducida por el decreto 1397/79 es demostrativa de un cambio de criterio sobre el aspecto, que aquí se analiza, y no puede aplicarse, por no ser norma aclaratoria, a casos no regidos por la nueva normativa. En tal sentido, esta Corte tiene declarado, reiteradamente, que los cambios de criterio impositivo sólo rigen para el futuro (Fallos: 258:17; 268:446; 262:60)”*.

²²⁷ Fallos: 305:283, “La Plata Cereal Co. S.A.C.I.A.F. e I. v. Administración Nacional de Aduanas”, del 15 de marzo de 1983.

²²⁸ Fallos: 315:984, “Eugenio Bellora e Hijos S.C.”, del 19 de mayo de 1992.

En la doctrina, es preciso destacar que Martín Queralt y otros señalan que existen razones poderosas para postular un principio general de irretroactividad de los reglamentos, fundadas en exigencias del principio de legalidad y de las relaciones entre la ley y el reglamento, para proteger a los individuos de posibles intromisiones de la Administración en sus esferas privadas²²⁹.

Tipke, en igual sentido, opinó que también se resiente la confianza y la seguridad jurídica cuando otros poderes públicos (en concreto, el ejecutivo y el judicial) aplican la ley endureciendo una situación jurídica retroactivamente. Estos poderes también están limitados por el Ordenamiento Jurídico y la Constitución y la *situación jurídica* en que el contribuyente deposita su confianza no está condicionada por el mero texto de la ley²³⁰.

Por otra parte, fue Calvo Ortega quien dijo que, en relación con las disposiciones administrativas (organizativas o interpretativas) el problema es diverso y que la retroactividad no ofrece problemas. Con referencia a las disposiciones de carácter interpretativo, señala que han de extenderse a todo el cuerpo normativo que se interpreta y que cualquier restricción carecería de sentido, máxime recordando que la interpretación de vincula a los sujetos pasivos ni a los tribunales²³¹.

Otro problema que merece ser aquí destacado es que si bien la actividad interpretativa de la Administración que no genera *ius novum* es legítima, no lo es cuando modifica el Derecho vigente. Es obvio que aquí la ilegitimidad no está dada por el

²²⁹ Martín Queralt, Juan y otros: Curso de Derecho financiero y tributario, op. cit., p. 200.

²³⁰ Tipke, Klaus: La retroactividad en el derecho tributario, op. cit., p. 350 y 351. Agrega que “para garantizar la uniformidad del tratamiento fiscal y la economía procedimental, la administración financiera dicta disposiciones que son jurídicamente vinculantes sólo para las oficinas periféricas; pero, de hecho, en éstas depositan su confianza los contribuyentes y los asesores fiscales. Sobre todo estos últimos acostumbran a orientarse en las disposiciones administrativas para realizar determinadas elecciones. Pero no se protege la confianza del contribuyente por medio del reconocimiento de la validez de las disposiciones administrativas en vigor en el momento de ejecución de los hechos, salvo que la ilegitimidad de las normas en vigor sea absolutamente clara.”.

²³¹ Calvo Ortega, Rafael: Curso de Derecho financiero I - Derecho tributario (parte general), op. cit., p. 110.

hecho de que pueda tener efectos retroactivos, sino directamente por contravenir bien el principio de reserva de ley (producción de normas) o bien el principio de estricta legalidad (jerarquía normativa)²³²

C - El cambio de criterios jurisprudenciales en la interpretación de la ley tributaria

Es una opinión bastante aceptada, como manifiesta Tipke, que la jurisprudencia constante y consolidada de los tribunales superiores constituye un objeto de confianza²³³. Si bien sólo tienen efectos para las partes -salvo, por lo general, las sentencias de un tribunal constitucional que siga el modelo que Kelsen propuso para Austria-, esas decisiones son constitutivas de la confianza, porque representan la *situación jurídica* dada por los tribunales en su interpretación de las normas vigentes. Añade que sería deseable que el órgano judicial que fuera a cambiar la orientación de su jurisprudencia en desventaja del contribuyente anunciara esta intención en un primer momento, con una sentencia (para eliminar la vieja que constituye la base de la confianza y sustituirla por la nueva) y que introduzca y vincule este proveído a la nueva orientación sólo para los casos que se realizaran luego de su publicación. Es la práctica del *prospective overruling* realizada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica.

Sin embargo, destaca que el Tribunal Constitucional alemán es contrario a la doctrina en este punto, al decir que la jurisprudencia siempre podrá retrotraerse, aunque en todo caso se podrán mitigar esos efectos mediante medidas equitativas.

Que la estabilidad de la jurisprudencia en el tiempo tiene ventajas innegables no es discutido por nadie. Ya que la jurisprudencia es el Derecho vivo, el Derecho vigente, es la aplicación de las normas realizada por quienes tienen competencia para señalar lo que éstas dicen en último término. En el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia, en la causa

²³² Pérez de Ayala, José Luis y González García, Eusebio: Derecho tributario, op. cit., p. 86.

²³³ Tipke, Klaus: La retroactividad en el Derecho tributario, op. cit., p. 352.

“Montalvo”²³⁴ (voto en disidencia del juez Petracchi), deja apreciar una autorizada opinión de los propios jueces sobre el valor de sus decisiones. Se trató, recordemos, de un cambio jurisprudencial en cuanto a la posibilidad de incriminar la tenencia de estupefacientes para consumo personal, revirtiendo la doctrina sentada sólo cuatro años antes en la causa “Basterrica”²³⁵ y que había tenido seguimiento en otros pronunciamientos. Expresó ese juez que *“tal como lo señaló la Corte Suprema estadounidense, existen ‘... razones de mucho peso que subyacen al principio de que los tribunales no deberían apartarse ligeramente de sus decisiones anteriores. Entre ellas, se encuentran la conveniencia de que el derecho brinde una guía clara para la conducta de los individuos, de forma tal de poder planear sus asuntos, asegurados contra sorpresas desagradables; la importancia de promover una solución equitativa y rápida, eliminando la necesidad de volver a discutir todos los aspectos relevantes en todos los casos; y la necesidad de mantener la fe pública en el Poder Judicial como fuente de decisiones impersonales y razonadas. Los motivos para rechazar cualquier regla establecida deben ser pesados a la luz de estos factores ...’ (...). Los principios reseñados mantienen gran vitalidad en la doctrina estadounidense contemporánea. Así, el profesor Henry Paul Monaghan, de la Universidad de Columbia, se muestra contrario a que la Corte actual de su país modifique la jurisprudencia ‘liberal’ anterior, a pesar de considerar que gran parte de ella es equivocada. En tal sentido, considera el citado autor que aun cuando ‘...la resolución anterior parezca claramente errónea a una mayoría de la Corte actual, la adhesión al precedente puede contribuir a la importante concepción de que la ley es impersonal, de que la Corte considere estar siguiendo a un precedente que la vincula a ella, de la misma manera que vincula a los litigantes...’ (...).”*. Recuerda asimismo que, por idénticas razones, en lo que respecta al recurso extraordinario federal, la Corte Suprema de Justicia tiene elaborada de antaño la doctrina de las cuestiones federales insustanciales, cuando la jurisprudencia sobre el punto es clara y reiterada, que impide una controversia seria sobre el punto, sin que el recurrente traiga a la luz nuevas razones y argumentos para apartarse de lo ya dicho.

²³⁴ Fallos: 212:1333, “Ernesto Alfredo Montalvo”, del 11 de diciembre de 1990.

²³⁵ Fallos: 308:1412, “Gustavo Mario Basterrica - Alejandro Carlos Capalbo”, del 29 de agosto de 1986.

6 - Conclusiones

Algunas conclusiones pueden desprenderse de lo expuesto hasta aquí.

En primer lugar, y tomando como premisa la conveniencia de establecer como criterio general el principio de irretroactividad absoluta de la ley fiscal, dentro de las soluciones constitucionales que hemos visto, la más certera, al menos en su enunciación, es la contenida, por ejemplo, en la de Brasil, donde muy claramente se veda la retroactividad de la ley tanto para impuestos instantáneos, como para aquellos de hecho imponible periódico. Así, desde la perspectiva de la protección de la seguridad jurídica, la Carta Magna está dando una barrera infranqueable para el Legislador ordinario y poniendo a salvo a los contribuyentes de sorpresas que afecten hechos ya pasados o en transcurso de ejecución.

Me parece claro que esta es la pauta que más seguridad brinda ya que las personas toman sus decisiones económicas en función de las informaciones que tienen y de los datos que conocen. Si un Estado demuestra no sólo que tiene una excesiva producción normativa sino que, además realiza múltiples cambios y, para peor, que éstos suelen tener pretensiones de retroactividad (afectando decisiones tomadas con antelación y sobre las cuales no es posible volver), además de demostrar una gran debilidad, demuestra una falta de respeto por las nociones más elementales de seguridad jurídica. Aún cuando estas decisiones retroactivas puedan ser justificadas en miras a solucionar problemas económicos de la coyuntura, desde el punto de vista político, el costo en seguridad jurídica de esta decisión se va a hacer sentir durante años.

Por otra parte, apuntando a las causas de la supuesta necesidad de emanar normas retroactivas -dadas a veces por la necesidad en que el Legislador arguye encontrarse de cubrir ciertos gastos públicos (previstos o imprevistos), o bien de solucionar ciertas lagunas que se aprecian como injustas-, creo que es dable exigir una mayor diligencia en la producción de las leyes tributarias, sustantivas y formales. En efecto, una manera de conseguir una mejor integración en adecuadas proporciones entre la seguridad jurídica y la tributación -deber de contribuir-, en el plano

legislativo, se logra extremando los recaudos y las previsiones al derogar, modificar o establecer *ex novo* normas tributarias y, en general, todas aquellas otras que, por su imbricación dentro del Ordenamiento, entren en estrecha relación con ellas.

La mentada diligencia ha de verse, entonces, en varios planos: 1) en la plasmación de una política fiscal bien planeada y pensada, que evite las idas y vueltas, los *despistes*, olvidos o experimentos de los funcionarios de turno, que no dejen espacios mostrencos por inadvertidos, etc; 2) en la redacción de las leyes nuevas, cuidando de que tengan un texto inteligible y un ámbito normativo claro, disminuyendo la posibilidad de ambigüedad o vaguedad, tendiendo a perfilarla con una interpretación unívoca; 3) en la producción de leyes nuevas, evitar los conflictos con leyes preexistentes, tanto tributarias como extra tributarias, a fin de que las derogaciones, superposiciones, y la compatibilidad con otras normas y ámbitos (deslindes de regulación y competencias) sean claros.

Por otra parte, independientemente de las clasificaciones de la retroactividad que he expuesto, que considero útiles didáctica y académicamente para explicar los diversos casos ocurrentes, en la resolución y análisis de los conflictos puntuales, lo que hay que ver es, independientemente de un caso u otro, si hay vulneración de los derechos y garantías de la persona que se dice afectada y, en especial, de las soluciones para restablecer el equilibrio roto con la norma nueva.

Así, no puede decirse en forma rotunda que siempre un caso de retroactividad propia siempre será observable, pero uno de impropia no. Ni que un caso donde no hay ninguna retroactividad es admisible en todo caso. Si bien puede ello pensarse en la generalidad de los casos, como expreso, no siempre es así. Una reforma fiscal sorpresiva publicada a fin del año fiscal, con inicio en el otro, a pocos días, puede igualmente afectar derechos constitucionales de los contribuyentes, cuyas decisiones económicas se toman en lapsos más largos, cuyas planificaciones abarcan otros períodos de tiempo y que requieren atención. No puede cortarse la vida de las personas ni en lo íntimo ni en lo económico en lapsos breves y arbitrarios.

De la misma manera, simétricamente a lo dicho, la retroactividad propia puede ser admisible en algunos casos contados, como cuando se trata de reparar situaciones, o cuando hay leyes intermedias que vienen a remediar casos que han quedado excluidos de la tributación. Por ejemplo, si en un régimen de control de constitucionalidad concentrado, luego de varios años, un tribunal constitucional -con control restringido y *erga omnes* de la constitucionalidad- declara la nulidad de una ley, ello podría implicar la devolución de las sumas abonadas o la inexigibilidad de las que debieron haber sido abonadas con base en la ley que ahora resultó anulada. En esos casos, han de dictarse normas *ad hoc*, que regulan la situación intermedia producida (o bien la solución venir dada por la sentencia, que implica, igualmente, la existencia de una norma) con efectos retroactivos para ese caso.

DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CONTRIBUYENTES

Camilo A. Valdés M.²³⁶

SUMARIO

I- INTRODUCCIÓN.....	167
II- LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS AVANZADAS.....	171
III- DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CONTRIBUYENTES	172
A- EN ESPAÑA.....	172
B- EN FRANCIA.....	174
C- EN MÉXICO.....	180
D- EN PANAMÁ.....	182
IV- CONCLUSIONES	187
V- BIBLIOGRAFÍA	187
A- TEXTOS Y DOCUMENTOS.....	187
B- LEGISLACIÓN.....	188

I - INTRODUCCIÓN

Como es sabido, en nuestro país gestionar ante la Administración Tributaria es un asunto que toma mucho tiempo. La interposición de una simple solicitud o de un recurso, ya sea éste de reconsideración o apelación en subsidio, toma muchos meses y hasta años para ser resueltos. Esto a todas luces es violatorio de normas constitucionales y legales que dan períodos de tiempo más cortos para la resolución de las acciones descritas.

²³⁶ El autor el Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, posee una Maestría en Derecho, con énfasis en Derecho Comercial de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, igualmente ha cursado estudios de Postgrado en Derecho Tributario y Derecho Tributario Internacional, ambos, en la Universidad de Salamanca, España; y, un Doctorado en Derecho por la Universidad Católica Santa María la Antigua de Panamá. Miembro fundador y primer Presidente de la Asociación Panameña de Derecho Financiero y Tributario.

La Constitución Política de nuestro país consagra principios fundamentales del Derecho Administrativo y Tributario, con la finalidad de asegurar que la actividad de la administración pública, en nuestro caso, tributaria, se someta a derecho, así el artículo 41 del Texto Constitucional establece lo siguiente:

Artículo 41: Toda persona tiene derecho a presentar peticiones y quejas respetuosas a los servidores públicos por motivos de interés social o particular, y el de obtener pronta resolución.

El servidor público ante quien se presente una petición, consulta o queja deberá resolver dentro del término de treinta días.

La Ley señalará las sanciones que correspondan a la violación de esta norma.

De manera más concreta y ya en el ámbito tributario, tenemos que el término que establece el Procedimiento Fiscal Ordinario contemplado en el Código Fiscal para resolver tanto peticiones como recursos, ya sean estos de reconsideración o de apelación en subsidio, es de dos meses contados desde el día en que se presente la solicitud o recurso, salvo que medie causa extraordinaria que impida observar dicho plazo, en cuyo caso podrá excederse.

Lo cierto es que en nuestro medio la Administración Tributaria, en la mayoría de los casos, no cumple con los períodos de tiempo establecidos en la Constitución y la ley. En tal sentido, vemos como en otros países se legisla precisamente, en busca de controlar la legalidad de la actividad administrativa en materia tributaria, lo que no es casual. El Dr. José María Lago Montero, catedrático de la Universidad de Salamanca, en su obra *El Control Judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. Una nota codificadora*, sobre el tema del control de la legalidad sobre las actuaciones del fisco, citando a J. González Pérez, apunta que “la historia de la justicia administrativa ha sido una continuada lucha por reducir las inmunidades del poder y eliminar cualquier tipo de exclusiones del control jurisdiccional de la administración. A esta historia no son ajenas la materia

financiera y tributaria, ni la administración financiera y tributaria; como se verá, sensiblemente huidiza en todo tiempo y lugar de cualquier forma de juridificación y de cualquier medio de control de legalidad”²³⁷.

A los políticos no les interesa, una vez llegado al poder gubernamental, la juridificación de la actividad financiera y tributaria, por lo que supone que sería auto limitarse en su capacidad de actuar al que aspiran, para el cobro de los diferentes impuestos, pensando erróneamente que al promulgar leyes de procedimiento y de derechos a favor de los contribuyentes, los ingresos por los diferentes impuestos bajarán. En síntesis, nuestros gobernantes generalmente huyen, y muy bien, de cualquier forma de juridificación de la actividad administrativa, financiera y tributaria, lo que incrementa el grado de discrecionalidad de los funcionarios, lo que va en contra de las nuevas tendencias a nivel internacional, que son fomentar y fortalecer los derechos y garantías de los contribuyentes, en busca del interés general.

En tal sentido, vemos como se han venido quedando pendientes proyectos como los del Código Tributario y la creación de la jurisdicción tributaria, para una mejor defensa de los derechos y garantías inherentes a los contribuyentes. Asimismo, todavía no se discute sobre la posibilidad de la promulgación de una ley de derechos y garantías de los contribuyentes, como existe en otros países.

A nivel regional, el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), en las XX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en la ciudad de Bahía, Brasil, en el año 2000, viene promoviendo entre sus países miembros, el adoptar formalmente un estatuto del contribuyente o código de defensa del contribuyente, dentro del código tributario de cada país, o en una ley especial, preferentemente con preeminencia

²³⁷ LAGO MONTERO, José María. **El control judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. Una nota codificadora.** Revista Mexicana de Derecho Tributario No. 103, México D.F., 2003.

sobre las leyes ordinarias, que proteja los derechos del sujeto pasivo u obligado tributario, previendo entre otros: derechos y garantías en el procedimiento de verificación, comprobación y fiscalización; paridad en materia de intereses; uniformidad para todos los tributos, de los plazos de prescripción, que deberán ser necesariamente breves; en los países en los que el contribuyente esté facultado para prestar avales y garantías, a los efectos de lograr la suspensión de los actos tributarios, el derecho a obtener el resarcimiento de los respectivos costes de manera ágil; prohibición de prisión por deudas fiscales; derecho de los contribuyentes a la divulgación de las informaciones sobre cualesquiera modificaciones de los tributos exenciones y sus repercusiones económicas sobre el mercado, productos, bienes y servicios más esenciales; y, hasta la creación de un defensor del contribuyente con suficiente autonomía e independencia para poder actuar con eficacia y eficiencia.

A pesar que nuestro país adoptó y viene desarrollando el modelo económico liberal, que propugna que el Estado se fortalezca en los sectores de justicia y seguridad, para permitirle a sus asociados la libertad de generar ingresos y activar la economía, más mercado y menos Estado, según los planteamientos de Milton Friedman, vemos que en lo que respecta al tema tributario, estamos ante un engranaje estatal que siempre tiene las de ganar, ante el sujeto pasivo, como lo somos los contribuyentes, que en comparación con otras jurisdicciones estamos desprovistos de una serie de derechos y garantías inherentes a los que pagan impuestos.

En este trabajo lo que buscamos es fijar los parámetros a seguir por la administración tributaria panameña, a fin de que siga los pasos de administraciones más avanzadas y por ende promover el debate sobre la implementación de leyes que regulen derecho y garantías a favor del contribuyente, y a la vez, estudiar los adelantos que sobre la materia existen y se aplican en otros países.

II- LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS AVANZADAS²³⁸

Las administraciones tributarias se enfrentan a nuevos retos y la panameña no escapa a ellos. La globalización y el vertiginoso avance de las nuevas tecnologías están cambiando las relaciones entre los Estados, sus administraciones, los mercados, las empresas y los contribuyentes que cada vez más, a través de la llamada sociedad civil, cuestionan la capacidad de administración de los gobiernos en general, con la finalidad de tener un mejor país. Los nuevos modelos utilizados en países más desarrollados que el nuestro, persiguen una organización eficiente cercana a las necesidades de los contribuyentes. La Administración Tributaria debe mantener una comunicación fluida con sus contribuyentes si pretende acercarse a ellos para conocer sus problemas y necesidades, lo que es clave y fundamental en toda buena organización tributaria.

Las características de una administración tributaria de avanzada serían las siguientes:

- 1) En cuanto a su **misión**: El recaudar los impuestos de los contribuyentes, poniendo énfasis en aumentar el nivel de cumplimiento voluntario, es decir, no hacerle difícil al contribuyente el pago de sus impuestos. Ello exige dos líneas de actuación paralelas: Ofrecer las máximas facilidades a quienes quieren cumplir con sus obligaciones fiscales como lo son servicios de información y asistencias amplias y cubiertas por personal calificado y, al mismo tiempo, reforzar la lucha contra el fraude fiscal.
- 2) Con relación a su **integración**, la misma debe administrar todos sus tributos de manera eficiente y mantener, al menos, una adecuada coordinación con las entidades

²³⁸ En este punto hacemos un resumen de los puntos más importantes que se detallan en el artículo **Aspectos más destacados de las administraciones tributarias avanzadas**, del Licenciado Fernando Díaz Yubero, de la Agencia Estatal Administrativa de España. El artículo forma parte de la colección de Documentos del Instituto de Estudios Fiscales de España, identificado como el No. 104 del año 2003, el cual tiene la cantidad de 33 páginas.

encargadas de la recaudación de los impuestos municipales, y los de la seguridad social.

- 3) Otro aspecto fundamental lo es su **autonomía**, en estos temas los entendidos recomiendan avanzar hacia organizaciones dotadas de flexibilidad para gestionar los recursos humanos y presupuestarios, sometidos a un riguroso sistema de control, alejado de los cambios políticos que se puedan dar. Esto implica superar el modelo burocrático para desarrollar políticas organizacionales con características gerenciales de mayor eficacia y eficiencia, orientadas a resultados positivos y calidad en la prestación de servicios a favor de los contribuyentes.

Siguiendo con el orden de ideas, su **estructura organizativa**, debe fundamentarse en función de los contribuyentes y no basada en las distintas figuras impositivas. En cuanto a los aspectos de las **tecnologías de la información**, las administraciones tributarias deben estar altamente informatizadas reservando especial atención al mejoramiento de la comunicación con los contribuyentes y por último, debe mantener un **recurso humano** calificado y bien pagado, al mismo nivel que sus homólogos de la empresa privada, para garantizar entusiasmo e incentivo en el funcionario.

Esto, va de la mano con una serie de disposiciones a favor de garantizar derechos a los contribuyentes. Observemos entonces los derechos de los contribuyentes en el derecho comparado.

III- DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS CONTRIBUYENTES

Veamos entonces, una breve descripción de cómo se legisla en otras latitudes a favor de los derechos y garantías de los contribuyentes, para luego comparar dichas legislaciones con nuestro derecho positivo.

A- EN ESPAÑA

España posee una ley que consagra derechos y garantías a favor de los contribuyentes. Dicho cuerpo legal es la Ley No. 1 de

26 de febrero de 1998, que fue publicada en el Boletín Oficial del Estado del 27 de febrero de 1998.

Esta ley fue el resultado de una amplia demanda por muchos sectores de la sociedad española, que propugnaba por una ley que garantizara derechos a los contribuyentes frente a las actuaciones del fisco. Fue y es, sin duda, un hito de innegable trascendencia en el proceso de reforzamiento del principio de seguridad jurídica característico de las sociedades democráticas europeas, que son a nuestro juicio, las más avanzadas en todos los sentidos.

En síntesis, ésta ley lo que busca es profundizar el equilibrio de las situaciones jurídicas entre la administración tributaria y los contribuyentes, con la finalidad de favorecer la teoría del interés general, disminuir la discrecionalidad de los funcionarios públicos que laboran en la administración tributaria y fomentar el mejor cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias. Asimismo, debe destacarse el carácter programático en que se fue implementando la ley en estudio, con el fin, como ya hemos expresado de alguna manera, de mejorar sustancialmente la posición jurídica del contribuyente en aras de lograr el anhelado equilibrio o igualdad entre las partes, en las relaciones entre la administración tributaria con los administrados y de reforzar la seguridad jurídica en el marco tributario, consiguiendo que la administración tributaria dé celeridad a sus resoluciones y que las mismas sean emitidas en debida forma, de acuerdo a la Constitución y las leyes, en beneficio de los contribuyentes.

Uno de los aspectos programáticos más importante a nuestro juicio es la configuración de la vía económico - administrativa en una sola instancia, con el fin de acelerar los plazos de resolución de las correspondientes reclamaciones que se presenten por los contribuyentes. Esto sin duda, si se pudiese aplicar en nuestro medio, sería de gran ayuda al contribuyente, toda vez que es sabido el exceso de tiempo que utiliza la administración tributaria panameña, para contestar los diferentes recursos que se interponen por los contribuyentes, a fin de agotar la vía gubernativa, para luego acceder a la Sala Tercera de lo contencioso administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en fin, un litigio fiscal en ambas

esferas puede tomar años, lo que va en contra del contribuyente, afectando sin duda su patrimonio que a la postre es un derecho inherente a todo ser humano.

Otro punto a resaltar lo es, los aspectos o tareas de la administración tributaria de información y asistencia al contribuyente, con especial mención, por razones de seguridad jurídica, de la posibilidad de concertar acuerdos previos con la administración tributaria y formular consultas cuya contestación tendrá efecto vinculante para ésta. Estos dos últimos aspectos son contemplados igualmente en el modelo de Código Tributario para la América Latina, que impulsa, entre otras organizaciones, el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT).

La ley in examine, está estructurada en ocho capítulos en los que se reglamentan desde la perspectiva del contribuyente, sus derechos y garantías más relevantes, hasta los derechos y obligaciones de la administración tributaria, frente a los contribuyentes.

Entre los derechos más relevantes, a nuestro juicio, están: las devoluciones de oficio y el reembolso de los costes o gastos de las garantías aportadas para suspender la ejecución de una deuda tributaria. Lo es también los derechos y garantías de los procedimientos de inspección, recaudación y de imposición de sanciones. Igualmente, la regulación en cuanto a la publicidad de los planes de inspección, la información al inicio de las actuaciones de comprobación e investigación, el derecho de los contribuyentes a solicitar que las actuaciones de comprobación e investigación de carácter parcial tengan carácter general y fija plazos máximos para la conclusión de actuaciones y consagra la presunción y buena fe del contribuyente.

B- EN FRANCIA

En Francia, existen tribunales administrativos y judiciales, con grados de especialización para la revisión y resolución de los conflictos tributarios que surjan entre la administración tributaria y los contribuyentes franceses. El sistema de reparto de las competencias entre los Tribunales administrativos y judiciales se

caracteriza por su complejidad y por su seguridad histórica que se remonta a la época de la Revolución Francesa²³⁹.

El Dr. Tovillas Morán, catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Barcelona, en su artículo *Derechos y Garantías de los Contribuyentes en Francia*, apunta que las fórmulas de reparto de las competencias, en dicho país, se basan en la naturaleza del tributo y en el objeto del conflicto según se trate de una discusión sobre la realización del hecho imponible y cuantificación del mismo (*contentieux de l'assiette*) o se trate de una cuestión relativa a la recaudación del mismo (*contentieux de recouvrement*).

También, nos explica que el sistema de revisión comprende, una fase de revisión administrativa ante un órgano administrativo y una fase de revisión jurisdiccional ante un órgano judicial.

En la etapa de la revisión en la fase administrativa, a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema, no existen órganos colegiados formados por funcionarios de la Administración (Comisión de Apelaciones de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas), que han de enjuiciar o resolver una reclamación ante la Administración tributaria antes de que el administrador tenga la posibilidad de acceso a la vía judicial, en el evento que se interponga el recurso de apelación en subsidio, luego que se haya resuelto el de reconsideración ante el funcionario que emitió el acto.

Al igual que en Panamá, existe en Francia la obligación, de presentar un recurso ante la Administración que dictó el acto administrativo.

Destaca el Dr. Tovillas Morán, comparando el sistema español con el francés, que el plazo para interponer el recurso es mucho más amplio que en el sistema español ya que el plazo no finaliza hasta el 31 de diciembre del segundo año siguiente al que se produjo la actuación administrativa objeto de discusión, tal

²³⁹ Véase TOVILLASMORÁN, José María. **Derechos y Garantías de los Contribuyentes en Francia**. Instituto de Estudios Fiscales de España, Documento No. 205, Madrid, España, 2002, páginas 12, 13 y 14.

como sucede en España. En Francia el plazo se reduce hasta el 31 de diciembre del año siguiente en el caso de los impuestos directos locales. En nuestro país se tienen treinta (30) días hábiles para presentar el recurso una vez se notifique el acto administrativo. Tal como se colige del artículo citado, tanto en España y en Francia los contribuyentes tiene más tiempo para hacer valer sus derechos ante la administración tributaria, en el evento que los consideren lesionados por esta.

El plazo que tiene la Administración para contestar es de seis meses, es interesante detallar unos aspectos que apunta el Dr. Tovillas Morán, desde el punto de vista cuantitativo, en el sistema francés, ya que existen unas cifras que pueden ser bastantes descriptivas de la situación, para la resolución de conflictos entre las administraciones tributarias y los contribuyentes. Dichos datos estadísticos son los siguientes:

En 1998 se presentaron 3,141,284 recursos administrativos de los cuales los diferentes tributos locales representaron el 54.5% de los mismo y el Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas el 28.6%. Únicamente el 1% de las reclamaciones pasa la fase administrativa y continúa hasta la fase siguiente de carácter judicial.

Junto al recurso administrativo ordinario existen otros recursos desconocidos en nuestro país al igual que en España y que podrían ser de gran interés, conocidos como *jurisdiction gracieuse*.

La presencia de *la jurisdiction gracieuse* significa para un sector de la doctrina la presencia de un importante elemento de equidad en los procedimientos tributarios.

En efecto, esta forma de jurisdicción basada en la "gracia", el "favor", permite, aún en ausencia de error alguno cometido y en ausencia de derecho subjetivo alguno del contribuyente derivado de una disposición legislativa o reglamentaria, obtener la condonación o reducción de las cuotas tributarias legalmente debidas o de intereses de demora o sanciones tributarias. Para ello, basta alegar las dificultades económicas o indigencia o cualquier otro motivo como la situación de exceso de deudas. El más

parecido a nuestro juicio en la legislación panameña, es cuando a través de una ley formal se condonan los intereses por mora de las deudas tributarias que mantienen los contribuyentes.

Además, la regulación de estas fórmulas, de origen reglamentario y no legal, está basada en la ausencia de excesivos formalismos.

1) La solicitud de condonación por gracia, se da cuando el obligado tributario solicita en cualquier momento, la condonación por gracia de los intereses de demora y las sanciones tributarias impuestas y las cuotas tributarias derivadas de impuestos directos (no se admite para las cuotas de impuestos indirectos o de impuestos sobre registro). La Administración valora discrecionalmente la situación y otorga o no una condonación de las cantidades debidas o una reducción de las mismas.

En función de la cuantía de las cantidades cuya reducción o condonación se solicita se establece un sistema de competencia jerárquica que va desde el Director de los servicios fiscales del lugar de imposición; el Director regional de impuestos; el Director general de impuestos; y, el Ministro.

Aunque no se trate pues, de un procedimiento de resolución de conflictos tributarios, es sin ninguna duda, un sistema que facilita la reducción de la conflictividad entre los ciudadanos y la Administración (escasos formalismos, introducción de la idea de equidad, reducción de la cantidad a satisfacer inmediata para el ciudadano), esto podría utilizarse en nuestro medio, con las pequeñas y medianas empresas, que aún podrían tener números rojos en cuanto a sus ingresos o facturaciones.

2) La transacción es un procedimiento que concluye con un acuerdo entre el contribuyente y la Administración en relación con la reducción o eliminación de sanciones tributarias.

No es un acto unilateral por parte de la Administración. Se trata de una convención entre la Administración y el contribuyente mediante la cual aquélla se compromete a conceder una eliminación o reducción de las sanciones tributarias. La eliminación o reducción no se extiende a las cuotas tributarias ni a los intereses de demora.

En contrapartida, una vez se ha concluido la transacción, el contribuyente pierde el derecho a accionar ante la jurisdicción contenciosa la parte de la deuda tributaria que no ha sido eliminado o reducida. Así, las deudas tributarias resultantes de la transacción adquieren la condición de firmes y no son susceptibles de revisión.

El Dr. Tovillas Morán, en su estudio del sistema tributario francés destaca la presencia de algunas técnicas de resolución de conflictos alternativas a los procedimientos jurisdiccionales.

Señala el catedrático de la Universidad de Barcelona, que la presencia de la figura de la transacción en fase de revisión administrativa por la que se permite el acuerdo entre la Administración y el ciudadano para reducir o eliminar las sanciones tributarias son procedimientos fiscales propios del sistema tributario francés que contemplan diversas clases de comisiones mixtas, las que permiten intervenir en conflictos que se pueden plantear entre la Administración y los contribuyentes.

Entre las diferentes Comisiones hay unas que merecen mayor atención y son la comisión departamental de impuestos directos y de impuesto sobre la cifra de negocios y la comisión de conciliación.

La Comisión departamental de impuestos directos y de impuesto sobre la cifra de negocios, tiene formación paritaria y se trata de un órgano presidido por el Presidente del Tribunal administrativo (*tribunal administratif*) o por un miembro del Tribunal en el que delegue.

El Presidente posee un voto de calidad en caso de empate. Junto a él, forman parte de la Comisión dos funcionarios de la dirección general de impuestos que tengan como mínimo el grado de Inspector-Jefe y tres representantes de los contribuyentes afectados. En relación con las cuestiones relativas a los impuestos directos al menos uno de los tres debe ser un titulado mercantil o censor jurado de cuentas (*expert-comptable*). La forma de determinar estos representantes de los contribuyentes varía según el tipo de actividad de la que se trate. Así, para la determinación del beneficio industrial y comercial, los representantes de los

contribuyentes son designados por la Cámara de Comercio o por la Cámara profesional, que podrían ser para el caso panameño, El Sindicato de Industriales de Panamá y la Cámara de Comercio de Industria y Agricultura de Panamá.

Dentro de sus funciones, las mismas varían según cuál sea el impuesto del que se trate. En el caso del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sus tareas son variadas.

En Francia, según el Dr. Tovillas Morán, son muchas las empresas individuales que se acogen al sistema de *forfait* (a tanto alzado) para la determinación de los beneficios de actividades industriales y comerciales. La determinación del beneficio sujeto a gravamen se hace por dos años en base a un acuerdo entre la Administración y el contribuyente. Si no es posible llegar a un acuerdo, es la Comisión la que decide la cuantía de los beneficios.

En cuanto a la Comisión departamental de conciliación, el Dr. Tovillas Morán comenta que la misma la compone un Magistrado del departamento que actúa como presidente designado por el Ministro de Justicia e incluye también representantes de la Administración y de los contribuyentes (un Notario y tres representantes de los contribuyentes). Actúa en los casos de desacuerdo en la evaluación de la base imponible de los derechos de registro (*droits d'enregistrement*). Tiene el poder de evaluar la base imponible.

En el caso de desacuerdo la Administración o el contribuyente pueden dirigirse al Tribunal de Instancia superior del orden civil.

Existe también en la jurisdicción francesa, el Comité consultivo para la represión del abuso de derecho. En relación a esta figura del abuso de derecho es importante destacar la presencia del comité consultivo para la represión del abuso de derecho (*comité consultatif pour la répression des abus de droit*). Este comité está formado por un Consejero de Estado, Presidente, un consejero del Tribunal de Casación, un profesor de las facultades de Derecho y el director general de impuestos.

La actuación de este Comité se produce en los supuestos en los que la Administración ha emitido un acto de liquidación en el que estima la existencia de abuso de derecho. En este supuesto, tanto el contribuyente como la Administración, pueden dirigirse al Comité. Si el Comité no considera aplicable el abuso de derecho corresponderá a la Administración probar tal abuso de derecho ante la autoridad judicial. Si el Comité considera aplicable el abuso de derecho corresponderá al contribuyente probar la inexistencia del abuso de derecho ante la autoridad judicial.

C- EN MÉXICO:

Entrando un poco a nivel latinoamericano, hacemos especial referencia de la Ley Federal de Derechos del Contribuyente de México, que entró en vigencia al publicarse en el Diario Oficial de la Federación, el pasado 23 de julio de 2005. Vemos como esta Ley, consagra una serie de Derechos y Garantías de los contribuyentes en México, como lo son, entre otros:

- 1) El derecho a ser informado y asistido por las autoridades fiscales en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, así como del contenido y alcance de las mismas.
- 2) Derecho a obtener, en su beneficio, las devoluciones de impuestos que procedan en los términos que el Código Fiscal de la Federación y de las leyes fiscales aplicables.
- 3) Derecho a conocer el estado de su tramitación y de la identidad de los funcionarios a quienes se les asigna su caso.
- 4) Derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la autoridad fiscal. En Panamá, es todo lo contrario, muchas veces hay que aportar como “pruebas” copias de documentos que debe tener la administración, ya que se aportan con sellos de acuso de recibido del Ministerio de Economía y Finanzas, lo que es incongruente, no solo por el hecho de estar aportando documentos que ya la administración tiene, sino que le pasan la carga de la prueba al contribuyente, lo que es

contrario a las nuevas tendencias internacionales, sobre la materia en estudio.

- 5) Derecho a mantener en carácter confidencial o reservado, los datos, informe o antecedentes, que de los contribuyentes y terceros con ellos relacionados, conozcan los servidores públicos de la administración tributaria.
- 6) Derecho a un debido proceso tributario y ser tratado con el debido respeto y consideración por los servidores públicos de la administración tributaria.
- 7) Derecho a que las actuaciones de los funcionarios del fisco, de ser necesarias, sean lo menos gravosas o menos onerosa para el contribuyente.
- 8) Derecho a formular alegatos, presentar y ofrecer como pruebas documentos conforme a las disposiciones fiscales aplicables, incluso en el expediente administrativo del cual emane el acto impugnado, que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente resolución administrativa.
- 9) Derecho a ser oído con antelación o con carácter previo a la emisión de la resolución administrativa que determinará el alcance o crédito fiscal según sea el caso.
- 10) Derecho a ser informado al inicio de las facultades de comprobación de las autoridades fiscales, sobre sus derechos y obligaciones en el curso de tales actuaciones y a que éstas se desarrollen en los plazos previstos en la Constitución y la Ley.
- 11) Derecho a que antes del actuar de la administración se le haga saber sus derechos, la omisión de la divulgación de los derechos y garantías de los contribuyentes en un caso específico, no afectará la validez de las actuaciones que lleve a cabo la autoridad fiscal, pero dará lugar a que se deslinde responsabilidad administrativa al servidor público que incurrió en la omisión.

- 12) Derecho a corregir su situación fiscal con motivo del ejercicio de las facultades de comprobación que lleven a cabo las autoridades y fiscales.

Además de la ley in comento, el Servicio Administrativo Tributario de México (SAT) mantiene en su página de internet una guía de estos derechos y garantías, con la finalidad que los contribuyentes, se mantengan siempre informados y sepan cómo proceder en los casos que tenga frente a la administración tributaria.

D- EN PANAMÁ

Luego de hacer las tres referencias descriptivas de las normas jurídicas que regulan los derechos y garantías de los contribuyentes en España, Francia y México, pasamos a estudiar nuestro entorno tributario, a fin de hacer un análisis de las normas que tenemos en esta materia y establecer conclusiones al respecto.

En el Código Fiscal de la República de Panamá, no existen normas que regulen derechos y garantías inherentes a los contribuyentes como tales. De los siete libros que componen el texto codificado en mención, solamente en el Libro VIII De los Procedimientos Administrativos en Materia Fiscal, se regulan las herramientas jurídicas que se les dan a los contribuyentes para hacer valer sus derechos, cuando éstos los consideren vulnerados, por las actuaciones de la administración tributaria panameña. Asimismo, dicho libro se subdesarrolla en cuatro títulos que establecen las normas referentes al procedimiento fiscal ordinario; el procedimiento penal aduanero; el procedimiento penal común y disposiciones comunes.

En estas normas se instruye básicamente a los contribuyentes, sobre los procesos para la presentación de los recursos administrativos de reconsideración y apelación en subsidio dentro de la vía gubernativa, detallando los plazos para interponer dichos recursos, que son ambos dentro de un término de quince días hábiles, una vez se notifica el contribuyente del acto administrativo que recurrirá. (Ver artículos 1,238 y 1,238 a del Código Fiscal).

Existe otro recurso y es el que se interpone cuando la administración tributaria se niegue a la admisión de pruebas por parte del contribuyente. El mencionado recurso, es presentado ante el superior jerárquico del funcionario que niega la admisión de la prueba, lo que deja en desventaja al contribuyente, toda vez que el fisco será el que resolverá la no aceptación de la presentación de una prueba, solamente que en esta instancia lo hace un funcionario de mayor rango administrativo, no existe igualdad de derechos y oportunidades procesales entre el fisco y el contribuyente. El término para la presentación de este recurso es de cinco días hábiles, a partir de la notificación de la resolución que niega la admisión de pruebas. Lo peor de todo, a nuestro juicio, es que la resolución que niega la admisión de alguna prueba por parte de la administración tributaria, se puede notificar por edicto, porque no se trata de una resolución o acto administrativo que dé inicio o ponga fin a la instancia en un proceso administrativo tributario, lo que pone también en desventaja al contribuyente frente al fisco.

Y como último aspecto está la solicitud que puede presentar el contribuyente a fin de obtener las hojas de trabajo y relaciones exactas y detalladas de los funcionarios de la administración tributaria, en el caso que se le haya expedido una liquidación adicional, mediante una resolución administrativa. La solicitud en mención según lo dispuesto en el artículo 720 del Código Fiscal de Panamá, puede ser hecha por el contribuyente y la administración tributaria tiene la obligación de darlas dentro de los quince días siguientes a dicha solicitud.

Esta última norma, en la realidad no cumple con su cometido y es hasta violatoria de los derechos del contribuyente. Hacemos el planteamiento, toda vez que, si por ejemplo, un contribuyente en el día de hoy se notificase de una resolución administrativa, que expidiese una liquidación adicional por supuestas deficiencias en su declaración de renta, para que éste pague una suma adicional en Impuesto Sobre la Renta, tiene quince días hábiles para presentar su recurso de reconsideración y en el evento de que ese mismo día solicite las hojas de trabajo y relaciones exactas y detalladas de los funcionarios de la administración tributaria, que

hicieron el alcance, la administración tributaria tiene igualmente hasta quince días hábiles para entregarlas, por lo que muy bien se podría dar el caso que el día en que vence el plazo para presentar el recurso de reconsideración, sea el día en que el fisco entregue al contribuyente las hojas de trabajo y relaciones exactas y detalladas requeridas para su defensa, lo que haría a todas luces ilusoria la misma, por lo menos hasta ese momento. Lo más seguro y según mi experiencia profesional, es que la administración tributaria se demore más de los quince días para entregar los documentos en mención.

Estas regulaciones, que forman parte de nuestro derecho positivo en materia tributaria, van en contra de las nuevas tendencias reguladas en otros países, como por ejemplo en España, cuando los contribuyentes tienen el derecho de la publicidad de los planes de inspección, la información al inicio de las actuaciones de comprobación e investigación, el derecho de los contribuyentes a solicitar que las actuaciones de comprobación e investigación de carácter parcial tengan carácter general y fija plazos máximos para la conclusión de actuaciones y consagra la presunción y buena fe del contribuyente. Si esto fuese así en nuestro país, el fisco antes de emitir la resolución que expida una liquidación adicional debe darle al contribuyente el derecho de obtener las relaciones exactas y detalladas a fin de que se pueda defender en igualdad de condiciones frente al fisco o administración tributaria.

Igual tratamiento reciben los contribuyentes mexicanos cuando se les garantiza en un cuerpo legal, el derecho a ser oído con antelación o con carácter previo a la emisión de la resolución administrativa que determinará el alcance o crédito fiscal según sea el caso.

Otro aspecto relevante, que va en contra de las nuevas tendencias a nivel internacional y que aún en Panamá prevalece es lo relativo a las pruebas, dentro del litigio fiscal de la vía gubernativa, que suscita aspectos como qué es una prueba, cuál es su objeto, de quién es la carga probatoria y los medios probatorios. Es importante recalcar que en el derecho fiscal panameño no existe norma alguna que regule un régimen probatorio en un proceso

tributario en vía gubernativa y tampoco jurisdiccional, ya que en Panamá, no hay tribunales tributarios dentro del organigrama del Órgano Judicial, lo que es a la postre otra de nuestras deficiencias y necesidades. Con todo, en materia tributaria en cuanto al régimen probatorio se refiere tenemos que remitirnos al Código Judicial, que también tiene sus anacronismos y que además fue visualizado en su momento, como un código de procedimiento para casos en principio meramente civiles.

Especial mención haremos a dos aspectos que consideramos lesivos para los contribuyentes y que igualmente van en contra de las nuevas tendencias adoptadas en otras jurisdicciones a nivel internacional. Estos son la carga de la prueba y la valoración de la prueba en materia de litigio fiscal administrativo.

En cuanto a la carga de la prueba, el Código Fiscal panameño (favor referirse a los artículos 724 y 725 del texto citado) expresa claramente que toda actuación del personal fiscalizador de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, en el ejercicio de sus funciones, hace fe pública mientras no se pruebe lo contrario, por lo que se colige claramente que en nuestro país la carga de la prueba está sobre el contribuyente, poniéndolo como es lógico en total desventaja contra el fisco que juega un doble papel de parte interesado y de juzgador al mismo tiempo.

Siguiendo el orden de ideas, la carga probatoria de parte del contribuyente en Panamá, obedece a que es él quien sufre los efectos perjudiciales a la falta o insuficiencia de pruebas, es decir, que quien sufre la carga de la prueba no es tanto quien aporta los medios de prueba al proceso, sino aquel que sufre o soporta los efectos perjudiciales de la falta o insuficiencia probatoria, posición que ha sido ratificada por las diferentes administraciones tributarias a lo largo de los años y que consideramos absurda y por supuesto no compartimos, ya que en otros países la carga de la prueba recae sobre la administración tributaria y el contribuyente además no está obligado a presentar documentación que ya el fisco posee, para poder hacer valer y probar su posición en un litigio o trámite que ventile ante el fisco.

Por último y en cuanto a la valoración de las pruebas, podemos afirmar que en nuestro país las pruebas en materia tributaria, son valoradas por la administración tributaria, lo que abre la brecha aún más entre el fisco y el contribuyente en cuanto a igualdad entre ambos, siendo juez y parte, según las reglas del Código Judicial, según lo estipulado en el artículo 1214 del Código Fiscal de Panamá.

Erróneamente, las diferentes administraciones tributarias a través del tiempo han defendido esta posición argumentando que las pruebas en materia fiscal o tributaria serán en adelante valoradas (por ellos mismos) dejando el viejo sistema del número cerrado de los medios probatorios por el número abierto (*apertus*) y dando cabida a un método más amplio, regulado y establecido en el Código Judicial como lo es el Principio de la Regla de la Sana Crítica, que a nuestro entender no tiene cabida en materia tributaria, puesto que el mismo es ante todo fundamentado en las reglas del buen entender humano y en el cual interviene las reglas de lógica y la experiencia del juez, lo que trae a la postre un alto y peligroso grado de discrecionalidad que puede resultar en arbitrariedad por parte del funcionario que tiene la obligación de valorar las pruebas, sin perder de vista que al final, es un funcionario más de la administración tributaria.

A manera de conclusión queremos dejar claro que el interés del presente trabajo es analizar la situación de los contribuyentes panameños a la luz de nuestro derecho tributario vigente, comparándolo con el de países, que sin lugar a duda están mucho más adelantados que el nuestro en estos temas, como lo son España, Francia y México.

De acuerdo con nuestro estudio analítico y descriptivo del tema in examine, el interés de la administración tributaria panameña debe ser el público y hacia la elaboración de una teoría del interés general. Aquí juega su papel la sociedad civil frente al Estado, para exigirle un cabal cumplimiento de sus funciones como tal, quien a su vez debe responder por sus propias actuaciones frente a los contribuyentes, con transparencia y presentando cuentas.

La relación jurídica entre el Estado y el contribuyente en materia tributaria debe ser al mismo plano, es decir, deben

estar en igualdad de condiciones, tanto de derechos como de obligaciones, por lo tanto ambos tienen para con el otro derechos subjetivos, para que el papel de la administración tributaria deje de ser meramente recaudador dejando de lado el fomento y el fortalecimiento de la posición del contribuyente.

IV- CONCLUSIONES

- 1- Todos los contribuyentes deben ser puestos, frente a los aspectos tributarios, en un plano de igualdad con relación a la administración tributaria.
- 2- Esta equiparación de derechos y obligaciones del contribuyente con la administración tributaria, trae como consecuencia un nuevo enfoque del concepto de contribuyente.
- 3- En Panamá debemos abogar por la elaboración y aprobación de leyes que tiendan a establecer y regular derechos y garantías de los contribuyentes.
- 4- Tanto la discrecionalidad, como la demora en la resolución de las solicitudes y recursos administrativos tributarios, a la postre violan los derechos humanos de los contribuyentes, toda vez que al final del día, afectan su patrimonio, que en todas las convenciones internacionales sobre derechos humanos que ha suscrito nuestro país, establecen que todo ser humano tiene derecho a un patrimonio, y por lo tanto el Estado debe elaborar teorías que vayan destinadas al interés general.

V- BIBLIOGRAFÍA

A- TEXTOS Y DOCUMENTOS

DÍAZ YUBERO, Fernando. **Aspectos más destacados de las administraciones tributarias avanzadas**. Documento No. 104, editado y publicado por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, 2003.

GONZÁLEZ, Eusebio y LEJEUNE, Ernesto. **Derecho Tributario I**. Plaza universitaria ediciones, Salamanca, España, segunda edición, 2000.

LAGO MONTERO, José María. **El control judicial de la actividad administrativa, financiera y tributaria. Una nota codificadora.** Revista Mexicana de Derecho Tributario No. 103, México D.F., México, 2003.

RÍOS GRANADOS, Gabriela. **Breve semblanza sobre los derechos y garantías de los contribuyentes. Un estudio de derecho comparado España y México.** Documento No. 42, editado y publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2003.

TOVILLAS MORÁN, José María. **Derechos y Garantías de los Contribuyentes en Francia.** Documento No. 205, editado y publicado por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, 2002.

UCKMAR, Víctor. **Principios comunes del Derecho Constitucional Tributario.** Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, primera edición, 2002.

URIOL EGIDO, Carmen. **La discrecionalidad en el Derecho Tributario: Hacia la elaboración de una teoría del interés general.** Documento No. 29, editado y publicado por el Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España, 2002.

VALDÉS COSTA, Ramón. **Curso de Derecho Tributario.** Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, tercera edición, 2001.

B- LEGISLACIÓN

Constitución Política de la República de Panamá. Reformada por los Actos Reformatorios de 1978, por el Acto Constitucional de 1983, por los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994 y por el Acto Legislativo No. 1 de 2004. Texto de acuerdo a la Gaceta Oficial No. 25,176 de 15 de noviembre de 2004, editada y publicada por el Instituto de Estudios Políticos e Internacionales de Panamá, Panamá, República de Panamá, 2004.

Código Fiscal de la República de Panamá. Editado y publicado por Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, República de Panamá, primera edición, 2003.

Código Tributario de España. Edición preparada por Gabriel Casado Ollero, Gaspar de la Peña Velasco, Ramón Falcón

y Tella y Eugenio Simón Acosta, impreso por Talleres Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, España, 2002.

Ley No. 1 de 1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes. Boletín Oficial del Estado de 27 de febrero de 1998, Madrid, España.

Ley Federal de Derechos del Contribuyente. Diario Oficial de la Federación de 23 de junio de 2005, México, D.F. México.

CUOTAS DE SEGURIDAD SOCIAL: EL CONFLICTO DEL DÉCIMO TERCER MES VS. LOS GASTOS DE REPRESENTACIÓN

Rafael Rivera Castillo*

y

Javier José Vallarino**

SUMARIO

I.	INTRODUCCIÓN	192
II.	PUNTO CONTROVERTIDO	192
III.	EL DÉCIMO TERCER MES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA	194
	LEGISLACIÓN ARGENTINA.....	194
	LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	195
	LEGISLACIÓN MEXICANA.	196
IV.	EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DÉCIMO TERCER MES EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ.....	197
V.	EL DÉCIMO TERCER MES -VS- LOS GASTOS DE REPRESENTACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN LABORAL	201
VI.	ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PUNTO CONTROVERTIDO.....	201
VII.	CRITERIO DE LA CAJA DEL SEGURO SOCIAL.....	204
VIII.	DEFINICIÓN JURÍDICA DEL DÉCIMO TERCER MES	205
IX.	JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	207
	PETRÓLEOS DELTA, S.A. VS. CAJA DEL SEGURO SOCIAL.....	207
	BANCO GANADERO, S.A. VS. CAJA DEL SEGURO SOCIAL.....	210
	BANCO UNO, S.A. VS. CAJA DEL SEGURO SOCIAL.....	212
X.	APRECIACIONES FINALES	213

* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad de Panamá) y Máster en Tributación Internacional (Universiteit Leiden)

** Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Santa María La Antigua) y Postgrado en Derecho Laboral (Universidad Santa María La Antigua)

I. INTRODUCCIÓN

En el presente ensayo vamos a abordar una situación que ha sido objeto de múltiples controversias en los últimos años –y sigue siendo objeto de controversias en la actualidad- en materia de seguridad social. Se trata de las auditorías y alcances que ha realizado y continúa expidiendo la Caja del Seguro Social en contra de las empresas por supuestas omisiones en el pago de cuotas de seguridad social en los meses en que se paga el “décimo tercer mes” y en donde esta Institución pretende reclasificar pagos realizados bajo el rubro de “gastos de representación” como pagos en concepto de “décimo tercer mes”.

En consecuencia, en los meses de abril, agosto y diciembre la Caja del Seguro Social exige a las empresas el pago de las cuotas de seguridad social a las denominadas “mejoras al gasto de representación” o “décimo tercer mes del gasto de representación”, sin atender a la clasificación hecha originalmente de esas erogaciones como “gastos de representación”.

Entendemos que la discusión que aborda el presente artículo –aunque se fundamenta en las normas del Decreto Ley No. 14 de 1954- tiene gran relevancia y actualidad porque esa es la norma aplicable a todos los períodos anteriores al año 2006. Muchos de los cobros y liquidaciones realizadas por la Caja del Seguro Social en este momento y en el futuro cercano, se refieren o se referirán a períodos anteriores al año 2006 y por lo tanto, la ley aplicable para definir dichas controversias es el Decreto Ley No. 14 de 1954 y no la nueva Ley No. 51 de 27 de diciembre de 2005. Sin perjuicio de lo antes expuesto, se hará referencia a este último cuerpo legislativo para contrastar la nueva normativa con aquella vigente hasta el 31 de diciembre de 2005.

II. PUNTO CONTROVERTIDO

En resumen, el Departamento de Auditoría a Empresas de la Caja del Seguro Social practica fiscalizaciones sobre las empresas que operan en el país a fin de revisar (a) las planillas; (b) los libros de contabilidad; y (c) demás documentos de los empleadores en materia de seguridad social, a fin de determinar si las empresas dan cumplimiento a las obligaciones de pago de las cuotas de seguro social.

Producto de las mencionadas fiscalizaciones hemos conocido que la Caja del Seguro Social ha determinado con frecuencia que las empresas omiten declarar como “salarios” pagados a sus trabajadores los dineros pagados como “mejoras al gasto de representación o décimo tercer mes del gasto de representación”, y que los mismos están sujetos al pago obligatorio de las cuotas obrero patronal.

Podemos mencionar como ejemplo, el supuesto de un trabajador que devengue la suma de B/.1,000.00 mensuales en concepto de salario y B/.1,000.00 mensuales en concepto de “gasto de representación”. Dicho trabajador puede recibir, al momento en que se le desembolsan las partidas del “décimo tercer mes” las siguientes sumas: (a) B/.1,000.00 en concepto de salario, (b) B/.333.33 en concepto de “décimo tercer mes”, (c) B/.1,000.00 en concepto de “gasto de representación” y (d) B/.333.33 en concepto de “mejora al gasto de representación”.

En las auditorías practicadas por la Caja del Seguro Social se llega a desconocer este desglose realizado por la empresa y se determina que los últimos B/.333.33 en concepto de “mejora al gasto de representación”, también deben ser considerados por la empresa como “décimo tercer mes”, siempre y cuando se identifica alguna mención o evidencia de que ese desembolso tuvo algún vínculo con el pago del “décimo tercer mes”.

Así las cosas, los mencionados B/.333.33, de acuerdo con la interpretación de la Caja del Seguro Social, deben estar sujetos al pago de cuotas obrero patronales como si integraran parte del salario. Lo anterior ignora que dicha suma tiene como único origen el promedio de los ingresos por “gastos de representación” percibidos por el trabajador en los meses anteriores al pago del “décimo tercer mes”. Esos pagos de “gastos de representación”, de acuerdo con las reglas generales aplicables en materia de seguridad de acuerdo con el Decreto Ley No. 14 de 1954, estaban excluidos de la base imponible para la determinación de las cuotas obrero-patronales, siempre y cuando no excedan el monto del salario mensual del trabajador.

Lo más curioso es que si la empresa ha sido lo suficientemente cuidadosa como para evitar cualquier referencia o mención al

“décimo tercer mes” en las planillas o comprobantes relacionados con el desembolso de estas “mejoras al gasto de representación”, la Caja del Seguro Social no realiza ningún ajuste o cobro adicional a las empresas.

En definitiva, la Institución sigue un criterio de auditoría con fundamento en la “nomenclatura” o en las “etiquetas” utilizadas por las empresas para caracterizar estos pagos y no el fondo del asunto, es decir, si existe una base imponible o no para exigir el pago de cuotas obrero patronales.

Peor aún, la Caja del Seguro Social se rehúsa a cumplir con su obligación de sumar o adicionar al salario mensual, las sumas recibidas por el trabajador en concepto de décimo tercer mes, para entonces, y sólo entonces, proceder a comparar el monto resultante con los gastos de representación mensuales (y sus mejoras) percibidos por el trabajador durante los meses de abril, agosto y diciembre.

Hemos observado en la práctica que –en múltiples casos– la única “omisión” que la Caja del Seguro Social atribuye a las empresas es el no pago de cuotas obrero patronales sobre sumas pagadas en concepto de “décimo tercer mes del gasto de representación”.

III. EL DÉCIMO TERCER MES EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

LEGISLACIÓN ARGENTINA

El Artículo 121 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina establece que *“se entiende por sueldo anual complementario la doceava parte del total de las remuneraciones...”*

Por su parte, el Artículo 122 de esta misma Ley estipula que *“el sueldo anual complementario será abonado en dos cuotas; la primera de ellas el 30 de junio y la segunda el 31 de diciembre de cada año. El importe a abonar en cada semestre, será igual a la doceava parte de las retribuciones devengadas en dichos lapsos...”*

Tal como se colige de las dos (2) normas parcialmente citadas, el décimo tercer mes recibe en Argentina la denominación de “sueldo anual complementario”, y su monto es idéntico al de Panamá, es decir, un (1) mes de salario.

Ahora bien, es importante mencionar que en Argentina el décimo tercer mes forma parte del salario real de los trabajadores, y por ello el pago del sueldo anual complementario está sujeto al régimen de seguridad social.

En efecto, el Artículo 6º de la Ley de Jubilaciones de Argentina (Ley 24.241), dispone expresamente que:

“ARTÍCULO 6º: Se considera remuneración, a los fines del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, todo ingreso que percibiére el afiliado en dinero o en especie susceptible de apreciación pecuniaria, en retribución o compensación o con motivo de su actividad personal, en concepto de sueldo, sueldo anual complementario, salario, honorarios, comisiones...”
(Subrayado nuestro)

De la norma citada podemos deducir con facilidad que el décimo tercer mes, en Argentina, constituye salario para efectos del régimen de seguridad social de dicho país y, por ello, tanto el empleador como el trabajador deben realizar las cotizaciones y aportes de conformidad con los porcentajes que les asigne la Ley de Jubilaciones.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Según el criterio expuesto por tratadista Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, esta misma situación se observa en la legislación laboral de España, toda vez que en su obra “Prontuario de Derecho del Trabajo”, al analizar el Artículo 31 del Estatuto de los Trabajadores (Código de Trabajo español), manifiesta que:

“El Estatuto de los Trabajadores contiene en su artículo 31, mención concreta a las gratificaciones extraordinarias para establecer que:

- Deben ser como mínimo dos al año (una con ocasión de las fiestas de navidad y la otra en el mes que se fije por Convenio Colectivo o acuerdo entre empresa y la representación de los trabajadores.

...

- Al tener naturaleza salarial, se ven afectadas las gratificaciones extraordinarias de las características y consecuencias del salario y entres otras cabe enunciar su inclusión en la Base de Cotización al Régimen General de la Seguridad Social, forman parte del módulo salarial a considerar para el cálculo de las indemnizaciones a satisfacer al trabajador por extinción de la relación laboral...” (Subrayado nuestro)

LEGISLACIÓN MEXICANA.

La Legislación Laboral mexicana también incluye al décimo tercer mes dentro del concepto de salario, razón por la cual esta prestación está sujeta o gravada con el régimen de seguridad social de ese país, veamos:

El Artículo 84 de la Ley Federal del Trabajo de México, estipula que *“el salario se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria, gratificaciones, percepciones, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquiera otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por su trabajo.”*

Dentro de este contexto, el Artículo 27 de la Ley del Seguro Social de México establece que:

“ARTÍCULO 27: Para los efectos de esta Ley, el salario base de cotización se integra con los pagos hechos en efectivo por cuota diaria y las gratificaciones, percepciones, alimentación, habitación, primas, comisiones, prestaciones en especie y cualquier otra cantidad o prestación que se entregue al trabajador por sus servicios”.

Evidentemente, el concepto de salario para la legislación laboral mexicana y para el régimen de seguridad social de ese país, son prácticamente idénticos.

Ahora bien, el Artículo 87 de la Ley Federal del Trabajo, señala que *“los trabajadores tendrán derecho a un aguinaldo anual que deberá pagarse antes del día 20 de diciembre, equivalente a 15 días de salario, por lo menos...”*

En este sentido, a pesar de que el “aguinaldo” aparece tipificado en el Artículo 87 de la Ley Federal de México, es decir, en una norma distinta a la que delimita el concepto de salario

(art. 84), de todas formas debemos concluir que esta figura forma parte del concepto de “salario integral” que impera en México, por constituir una prestación fija y permanente que recibe anualmente el trabajador por su trabajo, cuyo monto es susceptible de conocerse en forma previa a su pago efectivo.

Al constituir una prestación que se integra al concepto de salario, el décimo tercer mes en México está gravado con el régimen de seguridad social.

Para finalizar con este punto, es importante observar y anotar que, en las tres (3) legislaciones laborales extranjeras antes mencionadas, el décimo tercer mes aparece expresamente tipificado, regulado e incluido dentro del concepto jurídico de salario, situación que, como veremos a continuación, **NO** se verifica ni se presenta en la legislación laboral panameña.

IV. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL DÉCIMO TERCER MES EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Debemos mencionar que el Parágrafo Primero del Decreto de Gabinete 221 de 1971 –al instituir la obligación legal de pagar el “décimo tercer mes” por primera vez, dispuso expresamente en su parágrafo 1 que: *“las sumas que se paguen en tal concepto son deducibles para efectos fiscales, como gastos en la producción de la renta y no estarán sujetas al pago de cuotas obrero-patronales y del Seguro Social, riesgos profesionales y ningún otro gravamen...”*

De la norma parcialmente citada, podemos colegir en forma contundente que, en su nacimiento jurídico, el “décimo tercer mes” no fue considerado como salario para efectos del régimen de seguridad social.

Asimismo, cabe recordar que el Decreto de Gabinete 221 de 1971, dispuso expresamente que la segunda partida del “décimo tercer mes”, debía depositarse en la Caja de Ahorros a favor del trabajador para el incremento de los programas de vivienda propia que impulsaba el Gobierno de turno. Del mismo modo, el Artículo 5 de dicho Decreto de Gabinete facultó al Órgano Ejecutivo para reglamentar este Decreto de Gabinete.

En esta misma línea de pensamiento, debemos agregar que el Decreto No. 19, de 7 de septiembre de 1973, expedido por el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, por el cual se regula el alcance del Decreto de Gabinete No. 221, de 18 de noviembre de 1971, dispuso expresamente en su Artículo 3 que:

ARTÍCULO 3: La Tercera Partida del Décimo Tercer Mes equivale a un Aguinaldo o Bonificación de Navidad. En los casos de Aguinaldos o Bonificaciones de Navidad pactadas o acostumbradas de manera reiterada, los empleadores deben pagar la suma que resulte más favorable a cada trabajador, según sea la Tercera Partida del Décimo Tercer Mes o el Aguinaldo o Bonificación de Navidad. Este pago debe hacerse sin perjuicio del pago completo de las otras dos partidas instituidas por el Decreto de Gabinete No. 221 de 18 de noviembre de 1971.

Tal como se deduce de la norma citada, la interpretación oficial del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social se inclina a catalogar al décimo tercer mes como una bonificación y, aún mejor, cataloga a la tercera partida del décimo tercer mes como un aguinaldo de navidad.

Esto es sumamente importante si consideramos que la gratificación o aguinaldo de navidad, tanto antes como después de la entrada en vigencia de la Ley 51 de 2005, está exenta del régimen de seguridad social, es decir, que no está gravada con las cuotas obrero-patronales.

Posteriormente, un Parágrafo incluido en el Artículo 2 de la Ley 15 de 31 de marzo de 1975, por medio de la cual se modifica la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social, dispuso que las cantidades anuales correspondientes a la segunda partida del “décimo tercer mes” serían entregadas a la Caja del Seguro Social para uso exclusivo del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, al cumplirse 10 años de su retención por parte del Banco Hipotecario Nacional para financiar a largo plazo los Programas de Vivienda Obrero-Campesinas. Esta segunda norma jurídica tampoco cataloga como salario al décimo tercer mes.

Años más tarde, la Ley 17 de 22 de agosto de 1983, ordenó en su Artículo 1 que la segunda partida correspondiente al décimo tercer mes sea entregada directamente al trabajador, mientras que su Artículo 2 dispuso que los dineros acumulados de la segunda partida del décimo tercer mes desde 1972 hasta 1983, sean destinados al programa de invalidez, vejez y muerte de la Caja del Seguro Social.

En este mismo sentido, el Artículo 3 de la Ley 17 de 1983, estipuló expresamente que: *“las sumas que se paguen de conformidad con lo dispuesto en el artículo primero de esta ley, son deducibles, para efectos fiscales, como gastos en la producción de la renta y no están sujetas al pago de cuotas obrero-patronales, de seguro social, riesgos profesionales, contribuciones...”*. Sin duda alguna, la Ley 17 de 1983 ratificó que el décimo tercer no era salario para efectos de la Caja del seguro Social y que, en consecuencia, no estaba gravado con el régimen de seguridad social.

Por otra parte, a comienzos de la década pasada, la Asamblea Legislativa expidió la Ley 30 de 29 de diciembre de 1991, cuyo Artículo 24 incluyó, dentro del inventario de recursos de la Caja del Seguro Social, las cantidades correspondientes a la segunda partida del décimo tercer mes.

Es decir, que a través de esta Ley la Caja del Seguro Social comenzó a recibir nuevamente, los dineros correspondientes a la segunda partida del décimo tercer mes que, hasta esa fecha, el empleador debía pagar y entregar directamente a cada trabajador.

Dentro de este contexto, es interesante resaltar que el Artículo 46 de la Ley 30 de 1991 modificó el Artículo 62 de la Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social, para que el mismo quede así: *“...b) Sueldo: La remuneración total, gratificación, bonificación, comisión, participación en beneficios, vacaciones o valor en dinero y en especie, que reciba el trabajador del patrono o empleador o de cualquier persona natural o jurídica como retribución de sus servicios o con ocasión de éstos. Se exceptúan del pago de cuotas de seguro social los viáticos, dietas y preavisos. También se exceptúan las gratificaciones de navidad o aguinaldos y los gastos de representación mensual, siempre*

que no excedan a un mes de sueldo. En caso de exceder al mes de salario se gravará solamente el diferencial que exceda al respectivo mes de salario”.

Tal como se aprecia de la norma parcialmente citada, a pesar de que esta Ley incluyó a la segunda partida del décimo tercer mes como parte de los recursos o ingresos de la caja del Seguro Social, el décimo tercer mes no fue incluido dentro del concepto de salario para efectos de esta Institución y, por tanto, se mantuvo excluido del régimen de cotizaciones obligatorias de la Caja del Seguro Social.

Finalmente, en el año 1992, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley 20, cuyo Artículo 2 estableció expresamente que: *“las sumas que se paguen en concepto del Décimo Tercer (XIII) Mes son deducibles para los efectos fiscales como gastos en la producción de la renta y no estarán sujetas al pago de riesgos profesionales y ningún otro gravamen, descuento o carga, con excepción del pago de cuotas obrero-patronales del Seguro Social y del impuesto sobre la renta”.*

A nuestro criterio, podría concluirse que, a partir de la expedición de la Ley 20, de 12 de agosto de 1992, el “décimo tercer mes” comenzó a cotizar el régimen de seguridad social, quedó gravado con las cuotas obrero-patronales y, en consecuencia, comenzó a formar parte de la “base imponible” o dicho en otras palabras, del concepto de salario sujeto al pago de cuotas de seguridad social para efectos de la Caja del Seguro Social, aún cuando como hemos visto, el concepto de “décimo tercer mes” no forma parte integral del salario, de acuerdo con la legislación laboral.

Siendo ello así, consideramos que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20 de 1992, durante los meses de abril, agosto y diciembre la Caja del Seguro Social tenía la obligación de sumar o adicionar al salario mensual del trabajador, los montos recibidos por éste en concepto de décimo tercer mes, para luego proceder a compararlos con los dineros recibidos por el trabajador, en tales meses, en concepto de gastos de representación.

Evidentemente, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 51 de 2005, la Caja del Seguro Social señaló que el décimo tercer mes **NO** era salario para los efectos de esta Institución, pero

podríamos argumentar que desde agosto de 1992 hasta diciembre de 2005 el décimo tercer mes **SÍ** estaba incluido y formaba parte de la “base imponible” o dicho en otras palabras, del concepto de salario sujeto al pago de cuotas de seguridad social para de acuerdo con la legislación vigente hasta el 31 de diciembre de 2005.

V. EL DÉCIMO TERCER MES -VS- LOS GASTOS DE REPRESENTACIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN LABORAL

El Artículo 147 del Código de Trabajo, dispone expresamente que *“los gastos de representación que se reconozcan al trabajador como asignaciones permanentes constituyen salario”*.

Siendo ello así, la diferencia entre los gastos de representación y el décimo tercer mes es muy clara: para nuestra legislación laboral, los gastos de representación constituyen salario, mientras que el décimo tercer mes no constituye salario.

En efecto, mientras que los gastos de representación mensuales sí se toman en cuenta para el cálculo de vacaciones, indemnización, prima de antigüedad, y cualquiera otra prestación laboral cuyo cálculo se efectúe tomando como base el salario del trabajador, el décimo tercer mes no es tomado en cuenta para estos fines.

Esta es, en síntesis, la gran diferencia jurídico-laboral existente entre estas dos (2) prestaciones.

VI. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PUNTO CONTROVERTIDO

De acuerdo con el análisis planteado en el apartado anterior, consideramos que las resoluciones expedidas por el Director General de la Caja del Seguro Social exigiendo el pago de de cuotas obrero patronales sobre sumas pagadas en concepto de “décimo tercer mes del gasto de representación”, podrían considerarse como violatorias del artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954, en concepto de violación directa por comisión, toda vez que dicha norma excluye los pagos de “gastos de representación” del concepto de salario. En su parte pertinente, la citada norma lee de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 62: Para los efectos del Seguro Social, privarán las siguientes definiciones:

...

(b) Sueldo: La remuneración total, gratificación, bonificación, comisión, participación en beneficios, vacaciones o valor en dinero o especie, que reciba el trabajador del patrono o empleador o de cualquier persona natural o jurídica como retribución de sus servicios o con ocasión de éstos.

Se exceptúan del pago de cuotas de seguro social los viáticos, dietas y preavisos. También se exceptúan las gratificaciones de navidad o aguinaldos y los gastos de representación mensual, siempre que no excedan un mes de sueldo. En el caso de exceder el mes de salario se gravará solamente el diferencial que exceda el respectivo mes de salario.

...” (Subrayado nuestro)

Del texto legal previamente citado, entendemos que el propio legislador ha establecido limitaciones claras en cuanto al concepto de sueldo o salario que debe prevalecer al momento de determinar la existencia o no de obligaciones de pagar cuotas de seguridad social, razón por la cual no le corresponde al intérprete de la norma, incluyendo a la propia Caja del Seguro Social, ignorar o desconocer esas restricciones o limitaciones consignadas en el propio Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954.

La propia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido en múltiples ocasiones la autonomía que revisten los conceptos y definiciones consignados en las leyes de seguridad social, frente a las normas generales que en el Código de Trabajo o en otros cuerpos legales, apliquen a ciertos conceptos y figuras. De esta forma, se ha concluido que la Caja del Seguro Social posee plena capacidad para determinar, en forma soberana y autónoma, la existencia de una relación de trabajo que genera la obligación de pagar cuotas obrero-patronales, sin que esta Institución deba supeditarse a sentencias o conceptos previos emanados de los juzgados o las autoridades laborales.

Si este criterio de interpretación y aplicación autónoma de las leyes de seguridad social se reconoce y se acepta como una potestad exclusiva de la Caja del seguro Social, ¿por qué entonces pretende esta Institución valerse de conceptos o definiciones jurídicas contempladas en leyes distintas a la de seguridad social (como por ejemplo, la inclusión que hace el Código de Trabajo del concepto del gasto de representación como parte integrante del salario de un trabajador) para eludir las restricciones que el propio legislador le impuso a la Caja del Seguro Social, al momento de definir el concepto de salario para efectos específicos de las obligaciones de pago de cuotas?

Como puede apreciarse claramente, el artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de de 27 de agosto de 1954, excluye del concepto de sueldo o salario los gastos de representación mensual, siempre que no excedan un mes de sueldo.

Esta es la regla general que para efectos de la seguridad social y es la que debe seguirse para determinar si existe la obligación de cotizar cuotas obrero-patronales sobre dichos emolumentos.

Esa regla general, tiene una excepción, consignada también por el propio legislador en materia de seguridad social y puede resumirse así: cuando el gasto de representación exceda el mes de salario se gravará solamente el diferencial que exceda el respectivo mes de salario.

Es decir, que la potestad de exigir el cobro de las cuotas obrero-patronales, en el caso del gasto de representación, se limita a aquellos casos en que el gasto de representación exceda el mes de salario. Aún en esos casos excepcionales, sólo existirá la obligación de cotizar por el diferencial en exceso sobre el salario y no sobre la totalidad del pago en concepto gasto de representación.

Pero para determinar si en los meses de abril, agosto y diciembre los gastos de representación exceden o no el salario mensual del trabajador, la Caja del seguro Social tiene la obligación de integrar o adicionar las sumas percibas en concepto de décimo tercer mes al salario mensual del trabajador, para luego realizar la comparación correspondiente.

Queda claro a nuestro criterio, que la Caja del Seguro Social, al exigir el pago de cuotas de seguridad social sobre dichas sumas ha decidido ignorar las restricciones y limitaciones consignadas en el artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954 y gravar los pagos realizados por las empresas en concepto de gastos de representación como si se tratase de salarios, bajo una categoría sui-generis de “décimo tercer mes del gasto de representación”.

Como ya lo indicamos anteriormente, el gasto de representación, en cualquier mes que se pague y siempre que no exceda el monto mensual del salario, está excluido del concepto del sueldo o salario y por lo tanto, no queda sujeto al pago de cuotas de seguridad social.

VII. CRITERIO DE LA CAJA DEL SEGURO SOCIAL

Consideramos que el criterio que ha sostenido la Caja del Seguro Social en estos casos, se fundamenta en una interpretación demasiado extensiva o laxa del artículo 2 de la Ley No. 20 de 12 de agosto de 1992, que a la letra señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 2: Las sumas que se paguen en concepto del Décimo Tercer (XIII) mes son deducibles para los efectos fiscales como gastos en la producción de la renta y no estarán sujetos al pago de riesgos profesionales y ningún otro gravamen, descuento o carga, con excepción del pago de cuotas obrero-patronal del Seguro Social y del impuesto sobre la renta”. (El subrayado es nuestro).

Así las cosas y de acuerdo con el criterio de la Caja del Seguro Social, los pagos que la entidad clasifique bajo la categoría “décimo tercer mes calculado sobre el gasto de representación”, están sujeto al pago de la cuota de seguridad social correspondiente, sin entrar en ninguna otra consideración, por el solo hecho de conceptuarlos como parte del décimo tercer mes.

En síntesis, los alcances o condenas expedidas por la Caja del Seguro Social en contra de las empresas por este concepto, se fundamentan en que para determinar la obligación del pago de cuotas obrero-patronales sobre los pagos en concepto del

“décimo tercer mes”, sólo debe tomarse en cuenta el artículo 2 de la Ley No. 20 de 12 de agosto de 1992, porque dicha norma tiene carácter especial y debe ignorarse lo dispuesto en el artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954.

La interpretación aplicada por la Caja del Seguro Social, llega a la conclusión de que todos los emolumentos que se paguen a los trabajadores en aquellos meses en que se paguen las partidas del “décimo tercer mes”, están sujetos al pago de la cuota de seguridad social, sin distinción de la causa u origen del pago, es decir, ignorando si las sumas pagadas corresponden al concepto de “gasto de representación”.

En nuestra opinión, esta interpretación de la Caja del Seguro Social ignora el hecho de que el artículo 2 de la Ley No. 20 de 12 de agosto de 1992, no contiene una definición del concepto de “décimo tercer mes” y se limita a señalar que los pagos realizados en dicho concepto, estarán sujetos a la obligación de cotizar contribuciones de seguridad social. Pero de ninguna forma, puede entenderse que esta norma da respuesta a la pregunta de ¿qué es el décimo tercer mes? O ¿qué pagos deben ser considerados como “décimo tercer mes”?, precisamente porque la norma hace referencia a dicho concepto como una categoría o concepto previamente cierto y definido.

VIII. DEFINICIÓN JURÍDICA DEL DÉCIMO TERCER MES

La definición jurídica del concepto del “décimo tercer mes” está consignada en el Decreto de Gabinete No. 221 de 18 de noviembre de 1971 “Por el cual se establece el DÉCIMO TERCER MES como retribución especial a los trabajadores”. Los artículos 1, 2 y 3 del citado Decreto de Gabinete leen de la siguiente forma:

“**ARTÍCULO 1.** Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, una bonificación especial como un derecho adicional a lo dispuesto por las normas laborales. Esta se denominará “DÉCIMO TERCER MES”.

“**ARTÍCULO 2.** La bonificación a la que se refiere el artículo anterior, se calculará en la siguiente forma:

Un día de salario por cada once (11) días, o fracción de trabajo efectivo, continuos o discontinuos.

PARÁGRAFO. Para los efectos de esta remuneración, se considerarán como días trabajados, aquellos en que el trabajador haya estado imposibilitado de prestar servicio por razón de enfermedad profesional, accidente de trabajo, maternidad, licencia y vacaciones, debidamente comprobados.

“ARTÍCULO 3. La bonificación especial debe pagarse en tres partidas proporcionales, así: El 15 de abril, el 15 de Agosto y el 15 de diciembre de cada año”.
(Subrayado nuestro)

El debate que actualmente se desarrolla tiene su génesis en que a criterio de algunas empresas, los pagos realizados a sus trabajadores constituyen desembolsos realizados en concepto de “gasto de representación” o “mejoras al gasto de representación” y no en concepto de la “bonificación especial” que se identifica en nuestro medio como “décimo tercer mes” a que se refiere el Decreto de Gabinete No. 221 de 18 de noviembre de 1971.

Esta línea de argumentación concluye entonces que no existe ninguna norma legal que autorice a la Caja del Seguro Social a reclasificar los pagos de “gastos de representación” y acumularlos al concepto de “suelo” o “salario” a que se refiere el artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954, ni al concepto de “décimo tercer mes”.

Sobre este punto en particular, consideramos necesario hacer algunas precisiones:

(a) Que para efectos de la legislación laboral, la “bonificación especial” denominada “décimo tercer mes”, tal como lo ha reconocido el propio Ministerio de Trabajo, no forma parte del salario: “El primer considerando del Decreto de Gabinete No. 221 del mes de noviembre de 1971 que estableció el Décimo Tercer Mes, señala que todo hombre que trabaja merece, por su contribución a los beneficios obtenidos por la empresa en el transcurso del año, una retribución especial”

adicional a su salario. Tal como se desprende de la frase subrayada en el párrafo anterior, y otras expresiones en el mencionado Decreto, así como la intención que impulsó a establecer esta bonificación especial, debemos afirmar que las partidas que reciba el trabajador en este concepto, no han de tenerse como salario para los efectos legales”. (Nota DGT-306 de 14 de diciembre de 1972);

(b) Que el concepto de “sueldo” o “salario” que establece el Código de Trabajo en sus artículos del 140 al 149, no es idéntico al concepto de “sueldo” o “salario” a que se refiere el artículo 62, literal (b) Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954. Cada definición es autónoma y aplica con preferencia en cada ámbito especial legislativo, el Código de Trabajo en materia de relaciones laborales entre los patronos y los empleadores; y el Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954 en materia de las prestaciones o cuotas correspondientes al régimen de seguridad social; y

(c) Que una interpretación restrictiva del Decreto de Gabinete No. 221 de 18 de noviembre de 1971, puede llevar a la conclusión de que el monto total que resulta al aplicar la fórmula de “un día de salario por cada once (11) días, o fracción de trabajo efectivo, continuos o discontinuos”, está sujeta en su totalidad al pago de cuotas de seguridad social, por constituir un pago especial denominado “décimo tercer mes”, sin permitir su desglose o separación en distintos conceptos.

IX. JURISPRUDENCIA DE LA SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PETRÓLEOS DELTA, S.A. VS. CAJA DEL SEGURO SOCIAL

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ya se pronunció sobre este particular, en una sentencia de 4 de marzo de 1999, en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción propuesto por PETRÓLEOS DELTA, S.A. en contra

de la Dirección General de la Caja del Seguro Social, en los siguientes términos:

“Un examen de todo lo expuesto, así como los informes periciales rendidos por los peritos de las partes interesadas, como el alegato de conclusión de la parte actora, nos revelan que el núcleo central de la controversia consiste en determinar si la Caja de Seguro Social, al emitir la resolución 844-97 D.G., de 4 de mayo de 1997, que condenó a PETROLEOS DELTA, S.A., al pago de B/.15,011.71, incurrió o no en un error de interpretación sobre el excedente de los gastos de representación en relación con el total de los sueldos devengados, incluida la bonificación especial del Décimo Tercer Mes, de los empleados, Fernando Romero (Gerente General), Marcos Pinzón (Contralor), Jaime Spencer (Gerente de Finanzas), Angel Rodríguez (Sub-gerente de Finanzas), Ricardo Ecker (Sub-gerente de Operaciones), Javier Icaza (Sub-gerente de Estación) y Julio Méndez (Supervisor).

De toda la documentación existente o aportada por la empresa, se pudo constatar con base a las planillas pre-elaboradas de la Caja de Seguro Social para los meses de agosto de los años de 1992, 1993, 1994 y 1995 que incluyen sus recibos de pagos y que se aprecian de fojas 98 a 109, en donde se aprecian las cantidades sobre las cuales se pagaron las cuotas obrero-patronales, los auditores de la Caja de Seguro Social no tomaron en cuenta las sumas pagadas como Décimo Tercer Mes para añadirselas al salario y de allí compararlas con los gastos de representación, para establecer de esa manera, que efectivamente los gastos de representación excedían el salario del mes, más la porción de ese mes de salario añadido al pago del Décimo Tercer Mes.

Un ejemplo demostrará con mayor claridad lo que debió ser la operación para determinar si había o no exceso de los gastos de representación sobre el salario más el décimo tercer mes de ese mes como parte del salario.

Vamos a tomar como ejemplo el mes de agosto de 1992 del empleado Fernando Romero.

EJEMPLO: Salario Base.....B/.3,650.00

Más: XIII mes 1,112.50

Sueldo Total4,762.50

Menos: G. Representación.....4,695.83

Exceso del G. Representación.....0.00

Del ejemplo anterior y que puede ser comprobado en la foja 96 del anexo 1 y en la foja 115 del anexo a del expediente, se comprueba que no hubo exceso en los gastos de representación, por el contrario quedaron a favor B/.66.50 que hubieran podido ser utilizados también como gastos de representación sin exceder el mes de estos gastos de representación en relación con el salario más el Décimo tercer mes del momento.

Lo expuesto demuestra que la Caja de Seguro Social no consideró como parte del salario declarado la parte del Décimo tercer mes, ya que en los meses de abril, agosto y diciembre se cotiza sobre el salario base y la partida correspondiente del Décimo tercer mes. El ejemplo expresado deja expuesta la violación en forma clara de los cargos señalados por la parte actora, los cuales deben acogerse en su totalidad". (Subrayado nuestro)

En esa oportunidad, la decisión de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia fue categórica al reconocer la posibilidad que asiste a los empleadores de incluir sumas adicionales en el gasto de representación desembolsado o pagado a los trabajadores en los meses en que también se hace efectivo el pago del "décimo tercer mes", sin que se genere la obligación de pagar cuotas obrero patronales, todo esto, con fundamento en el artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954.

Asimismo, la Sala Tercera de la Corte Suprema fue enfática al integrar dentro del concepto de salario mensual, las sumas

percibidas por el trabajador durante los meses de abril, agosto y diciembre en concepto de décimo tercer mes.

BANCO GANADERO, S. A. VS. CAJA DEL SEGURO SOCIAL

En otra sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 26 de febrero de 1999, se condenó al Banco Ganadero, S.A. al pago de cuotas de seguridad social sobre pagos realizados como supuestas mejoras al “gasto de representación” en los meses en que se desembolsaba de igual forma las partidas del “décimo tercer mes”.

Pese a que en esta ocasión la empresa contribuyente no logró su propósito, lo más importante para nuestro análisis es que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia aplicó el artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954 a fin de determinar si existió un exceso en el pago de los gastos de representación en dichos meses o no. La conclusión en ese caso en particular, fue que efectivamente se dieron excesos en dichos pagos. Por su pertinencia al tema que nos ocupa, consideramos conveniente transcribir los puntos más relevantes de la sentencia referida:

“Finalmente, en lo concerniente al décimo tercer mes, es de resaltar que se trata de un beneficio exento del pago de riesgos profesionales, mas no exento del pago de cuotas obrero patronales, razón por la cual la empresa estaba obliga a descontar de dicha prestación, lo correspondiente a esta cuota de seguridad social. Además, un cálculo matemático del gasto de representación -vs- salarios pagados a estos ejecutivos para los efectos de determinar si efectivamente la cifra del gasto mensual se englobó por razón de la adición en esta categoría del pago del décimo tercer mes revela que la sumas percibidas en el rubro de gasto superan con creces las que les hubiese correspondido percibir. (cfr. foja 34 del expediente administrativo de la caja de Seguro Social)

En resumen, pese a que la empresa afectada señala que el conflicto se presenta por la forma en que se anotaron estos beneficios en su registro contable bajo el renglón de gastos de representación "aunque en realidad no se hacían los pagos en este concepto", lo cierto es que el BANCO GANADERO colocaba sumas que supuestamente correspondían al décimo tercer mes y a supuestas bonificaciones, sobre el gasto mensual de representación, lo que hacía que éstos excedieran al salario (en la mayoría de los casos los gastos de representación doblaban y triplicaban el salario) y por ende, originaba la imposición de gravar dicho excedente conforme a lo dispuesto en el artículo 62 de la ley Orgánica de la Caja de Seguro Social.

En este sentido cobran relevancia los comentarios externados por la Directora General de la Caja de Seguro Social, en el sentido de que el gasto de representación es una remuneración que reciben los ejecutivos en forma mensual, mientras que las bonificaciones y el décimo tercer mes son beneficios que se pagan de manera anual y trimestral, por lo que no es cierto que dicho pago deba provocar que el total mensual del gasto de representación hubiese excedido al salario percibido y reportado en la planilla.

Este cuerpo colegiado concluye en consecuencia, que la Caja de Seguro Social, debidamente facultada para ello, y actuando en salvaguarda de sus intereses y la de obreros y patronos sometidos al régimen de seguridad social, ha podido determinar que los registros contables de la empresa BANCO GANADERO efectivamente arrojaron la existencia de una diferencia gravable entre el monto de los gastos de representación mensuales de los ejecutivos y su salario mensual, por lo que deben negarse los cargos de ilegalidad aducidos”.

De lo antes expuesto, queda claro a nuestro criterio que la jurisprudencia citada sobre este tema en particular, nos lleva a la

conclusión de que la determinación con respecto a la existencia de excedentes al comparar el salario y el gasto de representación debe prevalecer al momento de exigir el pago de cuotas de seguridad social sobre dichos pagos, pero no puede obviarse dicha regla y desconocer la propia naturaleza del gasto de representación, para reclasificarlo automáticamente como “décimo tercer mes” sujeto en su totalidad al pago de las cuotas de seguridad social.

BANCO UNO, S.A. VS. CAJA DEL SEGURO SOCIAL

Recientemente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 19 de febrero de 2008, ha señalado que el incremento o mejora al gasto de representación constituye “décimo tercer mes”, con lo cual ha considerado que la Caja de Seguro Social puede gravar dicho incremento como si se tratase de la partida del XIII mes, incluso bajo el régimen del Decreto Ley 14 de 1954 (antigua Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social), que no consagraba a los gastos de representación como salario. En particular, la Corte señaló escuetamente lo siguiente:

“... en cuanto al décimo tercer mes, la auditoria practicada en el período correspondiente de enero de 1997 a septiembre de 2002, (demostró que) la empresa demandante no lo declaró en las planillas preelaboradas, omitiendo su reporte. Por lo que reportó montos inferiores a la entidad de seguridad social, y más adelante en el proceso se detalla que se hizo el cálculo del décimo tercer mes en base al gasto de representación percibido, incumpliendo con esta medida con el precepto contenido en el artículo 2 de la Ley N°.20 de 1992, el cual dispone lo siguiente:

‘las sumas que se paguen en concepto del Décimo Tercer (XIII) Mes son deducibles para los efectos fiscales como gastos en la producción de la renta y no estarán sujetas al pago de riesgos profesionales y ningún otro gravamen, descuento o carga, con excepción del pago de cuotas obrero-patronales del Seguro Social y del impuesto sobre la renta’”.

La decisión de la Sala se aparta o desprende totalmente del concepto aplicado en los precedentes anteriores (es decir, *Petróleos Delta, S.A.* y *Banco Ganadero, S.A.*) y que estaba estrechamente vinculado con el exceso en los pagos realizados en concepto de décimo tercer mes, o dicho en otras palabras, en el análisis con respecto a si los montos recibidos en concepto de gasto de representación en un período determinado, no debían exceder el monto recibido por el trabajador en concepto de salario para ese período.

Esta última decisión se concentra exclusivamente en la forma de cálculo y determinación de las sumas que los trabajadores deben recibir en concepto de “décimo tercer mes”, es decir, la suma correspondiente a “un día de salario por cada once (11) días, o fracción de trabajo efectivo, continuos o discontinuos”. El día de salario recibido por el trabajador incluye tanto el concepto de salario básico, como el monto correspondiente al “gasto de representación”.

Por lo tanto, la Sala Tercera de la Corte Suprema concluyó que el monto total que resulta al aplicar la fórmula de “un día de salario por cada once (11) días, o fracción de trabajo efectivo, continuos o discontinuos”, está sujeta en su totalidad al pago de cuotas de seguridad social, por constituir un pago especial denominado “décimo tercer mes”, sin permitir su desglose o separación en distintos conceptos.

X. APRECIACIONES FINALES

No existe ninguna norma específica que impida a las empresas pagar a sus empleados sumas correspondientes a incrementos o mejoras en los “gastos de representación”, en los meses en que también se desembolsan las partidas del “décimo tercer mes”. Es decir, la ley no impide al empleador reconocer una mejora en el gasto de representación que pague al momento de desembolsar las referidas partidas del “décimo tercer mes”.

Como hemos dicho, el “gasto de representación” está excluido del concepto de “sueldo” o “salario” de conformidad con el artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de 27 de

agosto de 1954 y la Caja del Seguro Social no puede ignorar dicha limitación o restricción.

Sin embargo, pese a que la Caja del Seguro Social, conoce que el citado artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954, excluía el “gasto de representación” del concepto de sueldo o salario en materia de seguridad social, es claro también que el “décimo tercer mes” es un pago especial y distinto, tanto del concepto de salario -de acuerdo con las normas del derecho laboral- como del concepto de “gasto de representación”.

Consecuentemente, la interpretación oficial aplicada por la Caja del Seguro Social en esta materia, entiende que: (a) el “décimo tercer mes” es un pago de carácter especial y definido por leyes especiales y (b) dicho pago -calculado de acuerdo con dichas leyes especiales- está sujeto al pago de cuotas de seguridad social.

Bajo esta línea de análisis, no es importante o determinante la clasificación o los registros contables realizados por las empresas, sino el cálculo que de acuerdo con la normativa especial las empresas están obligadas a realizar. Sobre el monto así determinado, se exigirá integralmente el monto de las cuotas de seguridad social.

No obstante -si este es el criterio oficial- no se justifica la práctica adoptada por la Caja del Seguro Social, que actualmente sigue un criterio de auditoría con fundamento en la “nomenclatura” o en las “etiquetas” utilizadas por las empresas para caracterizar estos pagos.

Decimos lo anterior porque no existe diferencia entre una empresa que realiza este cálculo incluyendo una referencia o mención relativa al “décimo tercer mes” y otra que, no incluye dichas referencias o menciones, pero que realizó el mismo cálculo al momento de determinar el monto de las cuotas de seguridad social a pagar a la Caja del Seguro Social. Como hemos dicho, en el último supuesto la práctica administrativa de la Institución ha sido la de no exigir el pago de cuotas de seguridad social.

Pese a lo anterior, consideramos que de acuerdo con los antecedentes legislativos y jurisprudenciales analizados en este

ensayo, así como atendiendo a las inconsistencias demostradas por la Caja del Seguro Social al fiscalizar este tipo de pagos, es incorrecta la aplicación selectiva de este criterio de auditoría, porque en la práctica, se impide a ciertas empresas –y no a todas- acogerse al derecho de realizar pagos de “gastos de representación” mensual exentos del pago de cuotas de seguridad social, al amparo del artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954.

En definitiva, entendemos que lo que pretende la Caja del Seguro Social a través de la interpretación aplicada –con posterioridad a los precedentes judiciales citados- para exigir el pago de cuotas de seguridad social en estas circunstancias es básicamente no ceñirse a las restricciones o limitaciones establecidas con respecto al concepto de “sueldo” o “salario”, que vienen expresamente establecidas por el legislador en el citado artículo 62, literal (b) del Decreto Ley No. 14 de 27 de agosto de 1954 y que excluyen de la obligatoriedad de cotizar cuotas obrero patronales sobre los denominados “gastos de representación”.

Como puede apreciarse, dadas la superposición y dispersión de las normas aplicables al tema controvertido, así como la jurisprudencia existente a la fecha –a favor y en contra de las empresas afectadas, en cada caso- estamos seguros de que este debate será objeto de controversias ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en el futuro próximo. Sería deseable que en ese momento se fijen pautas más claras para determinar la obligación o no de pagar cuotas de seguridad social sobre estas sumas. Por lo pronto, esta continúa siendo una de las áreas más conflictivas en las fiscalizaciones y auditorías adelantadas por la Caja del Seguro Social.

PATROCINADORES

ARIFA

ARIAS, FABREGA & FABREGA

Fundada en 1911, ARIAS, FABREGA & FABREGA ha estado a la vanguardia de la profesión legal, asesorando a las principales instituciones financieras internacionales y empresas multinacionales, por casi 100 años, en las áreas de:

- Asesoría Jurídica en General
- Clientes Privados y Planificación Patrimonial
- Contratos y Permisos Gubernamentales
- Derecho Comercial y Bienes Raíces
- Derecho Fiscal
- Derecho Laboral y Migratorio
- Derecho Marítimo y Transporte
- Fusiones y Adquisiciones
- Litigio y Arbitraje
- Mercado de Capitales y Banca
- Propiedad Intelectual
- Servicios Offshore
- Servicios Públicos Regulados

Plaza 2000, Piso 16
Calle 50
Apdo. 0816-01098
Panamá, República de Panamá
Tel. 205 7000
Fax 205 7001
www.arifa.com

Panamá Londres Luxemburgo Ginebra Hong Kong
Islas Vírgenes Británicas Belice

TAPIA, LINARES & ALFARO

"Est. 1949"



www.talial.com

- Derecho Administrativo
- Ambiental
- Bancario
- Comercial
- Contratos
- Fideicomisos
- Fundaciones de Interes Privado
- Litígios
- Marcas y Patentes
- Migración
- Registro de Naves e Hipotecas Navales
- Seguros y Reaseguros
- Valores

Contactenos:

Eloy Alfaro / ealfaro@talial.com

Mario Correa / mcorrea@talial.com

Adolfo E. Linares / alinares@talial.com



B.V.I.

Apartado Postal 3161
Road Town, Tortola
British Virgin Islands

Panamá

Apartado Postal 0816-02984
Tel.: 507 - 263-6066
Fax.: 507 - 263-5305

APADEFT

Asociación Panameña de
Derecho Financiero y Tributario