

PANAMÁ Y EL ACUERDO FISCAL CON ESTADOS UNIDOS

Por: Julio E. Linares Franco
Bufete Tapia, Linares y Alfaro

Mediante la Ley No. 40 de 18 de abril de 2011, publicada en Gaceta Oficial No. 26767, la Asamblea Nacional presidida por el Diputado José Muñoz Molina aprueba el **ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y EL GOBIERNO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA PARA LA COOPERACIÓN FISCAL Y EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA DE IMPUESTOS** y el **CANJE DE NOTAS INTERPRETATIVO**, hechos en Washington, D.C., el 30 de noviembre de 2010. Por la República de Panamá lo firmó el Vicepresidente de la República y entonces Canciller, Juan Carlos Varela, y su contraparte fue Timothy Geithner, Secretario del Tesoro de los Estados Unidos.

Primero que todo deseamos explicar de manera muy somera las características que, como economía de servicios, adornan a Panamá casi desde principios del siglo pasado. Tenemos una ley de sociedades anónimas de 1927, basada en gran parte en la Ley del Estado de Delaware, Estados Unidos. La misma regula a cualquier sociedad que opere o no dentro del territorio nacional. Hay mecanismos legales adicionales como las fundaciones de interés privado, fideicomisos, aseguradoras cautivas, fondos mutuos y un registro abierto de naves, que permiten la captación lícita de remesas con importantes ventajas económicas para quienes los utilizan. A nivel fiscal en nuestro país impera el principio de territorialidad con una tasa relativamente razonable, la cual se aplica por igual a panameños y extranjeros. Es decir, no existen tratamientos fiscales especiales para beneficiar a inversionistas dentro de ciertas categorías, como sí los hay en Estados Unidos y el Reino Unido; países que además, han creado en algunos pequeños territorios dentro de sus respectivas jurisdicciones, mecanismos específicos de preferencia fiscal para negocios “off shore”.

Por lo anterior, Panamá no califica como “paraíso fiscal”. Es decir, no tiene una legislación “off shore”. Tiene un sistema corporativo, bancario y financiero tradicional, autónomo y muy sólido, que ante la crisis económica mundial ha sabido manejarse con la prudencia y responsabilidad que, por ejemplo, no ejercieron algunos países de la OCDE. Además permite que mediante los canales respectivos se acceda a información e incluso se cautelen cuentas vinculadas con delitos universales como el terrorismo, el narcotráfico, el blanqueo de capitales, el tráfico de armas o la trata de personas. Los abogados estábamos obligados a conocer al cliente a través del Decreto Ejecutivo No. 468 de 19 de septiembre de 1994, reformado por el Decreto Ejecutivo No. 124 de 27 de abril de 2006, que ahora, ha sido derogado y remplazado por la Ley No. 2 de 1 de febrero de 2011, que de manera mucho más estricta e inquisitiva, regula las medidas de los agentes residentes para “conocer al cliente”. Además, existe la Unidad de Análisis Financiero que investiga cuentas bancarias, hasta por solicitud de autoridades

extranjeras y ante cualquier investigación penal o incluso, no judicializada. Es decir, nuestros avances en materia de medidas contra el terrorismo, delitos financieros, violencia organizada transnacional, narcotráfico y blanqueo de capitales, son absolutamente necesarios, importantes y reales.

Todo lo anterior contrasta con la política estadounidense de no obligar a sus instituciones financieras a reportar sobre cuentas bancarias de extranjeros (“*Nonresident Alien*” – NRA) en los Estados Unidos, aduciendo la inmediata fuga de capitales de extranjeros de su sistema bancario. Vaya paradoja. Tenemos que cumplir lo que ellos incumplen. Política que se contrapone al Acuerdo, que pretende que Panamá obtenga información en materia de impuestos de panameños (para ellos un NRA) en instituciones norteamericanas. Pero como veremos más adelante Panamá nunca será Parte requirente, o por lo menos no necesitará serlo, ignorándose por completo el “*level playing field*”. O para decirlo con mayor claridad, en el Acuerdo Fiscal con Estados Unidos no se cumplió con un elemento básico en el Derecho Internacional Público como lo es el principio de la “reciprocidad” por el cual, ningún Estado está obligado a conceder más de lo que recibe.

Siempre consideré que un tratado de intercambio fiscal firmado por Panamá sería perjudicial por las características de nuestra doctrina impositiva. Nuestra economía de servicios basada principalmente en un sistema fiscal territorial, la vigencia de una ley de sociedades anónimas que, aunque con casi noventa años de existencia ha demostrado ser de avanzada, normativas de tipo bancario y financiero actualizadas, todo esto aunado a la creación de nuevas penalidades en nuestro procedimiento criminal en cuanto a delitos como el blanqueo de capitales, el lavado de dinero, el terrorismo y el narcotráfico, han puesto a Panamá al día en lo referente al castigo y la persecución de estos flagelos.

Firmar un acuerdo fiscal implicaría convertirnos en un agente de cobro o mejor dicho, un cooperador en la fiscalización de impuestos federales sobre la renta, asegurar la precisa imposición o recaudación de impuestos para impedir el fraude o la evasión fiscal en otros Estados o establecer mejores fuentes de información en cuestiones tributarias. Nuestro sistema impositivo territorial representa poca o nula utilidad para Panamá en acuerdos de esta naturaleza. Y querer incluirnos en listas negras o grises por el solo hecho de defender nuestra economía de servicios, es no aceptar los logros obtenidos en defensa de nuestro sistema financiero contra delitos de lesa humanidad, los cuales sí estamos combatiendo día a día.

En cuanto al Acuerdo firmado con Estados Unidos, su ámbito de aplicación (artículo 1) implica que las partes “... *se prestarán asistencia a través del intercambio de información que pudiese ser relevante para la administración y aplicación de la legislación interna de las partes, relativas a los impuestos comprendidos en el presente Acuerdo, ...*” (el subrayado es nuestro). Y aquí surge una importante interrogante: ¿Desde el punto de vista fiscal que relevancia tendría para Panamá solicitar o tener información relativa a los impuestos comprendidos en el Acuerdo de sus nacionales que residen en Estados Unidos? La respuesta es sencilla: Ninguna, porque a nivel fiscal o en materia de impuestos no nos interesan las rentas de nuestros nacionales o residentes que residan y las generen en el extranjero, simplemente porque no tributan. El artículo 3 se refiere a los impuestos establecidos por las partes, que se les aplicará el Acuerdo. En el caso de Panamá serían los “*impuestos nacionales*”. ¿Cómo hemos

aceptado firmar un tratado, si la aplicación del mismo en cuanto a una de las partes, no tiene ninguna relevancia o necesidad?

Refiriéndonos a las definiciones señaladas en el artículo 4 del Acuerdo, incluyen el término “*asuntos penales tributarios*” (acápito b), como aquellos “... *asuntos tributarios que entrañan una conducta intencional que es susceptible de enjuiciamiento de acuerdo con las leyes penales de la Parte requirente*”. Respecto a Panamá, desde el punto de vista tributario nuestros nacionales residentes en Estados Unidos jamás podrán ser considerados como sujetos susceptibles de enjuiciamiento, porque no declarar renta no es delito si el ingreso es obtenido fuera de nuestro territorio. Asimismo el acápito c) de ese artículo 4, define “*leyes penales*” como aquellas “... *disposiciones legales penales designadas como tales por la legislación nacional, con independencia de que estén previstas en la legislación fiscal, el Código Penal u otras normas legales*”. No es difícil colegir que Panamá no tiene leyes que penalicen la no declaratoria de impuestos fuera de Panamá, de sus nacionales o residentes o mejor dicho, de cualquier persona que tribute fuera del territorio nacional.

Cuando el artículo 5 del Acuerdo, relativo al intercambio de información previo requerimiento, se refiere a la petición que debe hacer la autoridad competente de la Parte requirente, nuevamente debemos recalcar que en virtud de la naturaleza territorial de nuestro sistema fiscal, prácticamente Panamá nunca será Parte requirente. Pero lastimosamente siempre será Parte requerida. Y tal como lo señala el artículo 8 del Acuerdo, “*A menos que las autoridades competentes de las Partes acuerden lo contrario, los gastos ordinarios derivados de la prestación de asistencia serán por cuenta de la Parte requerida y los costos extraordinarios incurridos en la prestación de asistencia serán sufragados por la Parte requirente.*” O sea, a pesar de ser un convenio de una sola vía (en contra de Panamá), resulta que debemos acordar con la contraparte que no tengamos que pagar los gastos derivados de la prestación de la asistencia que siempre nos tocará prestar como Parte requerida, y que solo interesa a la Parte requirente, en este caso Estados Unidos, como única beneficiada por este Acuerdo. Solo los costos extraordinarios serán sufragados por la Parte requirente, siendo éstos, de acuerdo con el numeral 3 del Canje de notas interpretativo que forma parte integral del convenio, los siguientes: “(a) *Los honorarios cobrados por terceros por investigar y copiar documentos;* (b) *Los honorarios de los consejeros o de peritos no gubernamentales designados o contratados, con la aprobación de la autoridad competente de la parte requirente, por litigios ante los tribunales de la Parte requerida relacionados con una solicitud específica de información;* y (c) *Los honorarios y gastos de una persona que comparece a una entrevista, deposición o testimonio relativo a una solicitud de información específica. Los honorarios y gastos serán los montos ordinarios permitidos por las leyes de la Parte en la que se lleva a cabo la entrevista o la deposición donde fue tomado el testimonio.*” Pero con antelación deberán las partes consultarse si es probable que los costos extraordinarios excedan US\$1,000.00, o en el caso del inciso c), US\$100.00, para determinar si la Parte requirente proseguirá con la solicitud y correrá con los gastos. O lo que es igual, de no haber consulta y los gastos exceden esas sumas, la Parte requerida, o sea Panamá en la mayoría o casi que totalidad de los casos, deberá pagar el excedente.

El artículo 9 se refiere al procedimiento de mutuo acuerdo, como vía para resolver dudas o dificultades que surjan entre las partes. Sin embargo la práctica ha

demostrado que en estos casos, el más fuerte consume al más débil. No deseamos referirnos ahora a la experiencia de Panamá frente a Tratados firmados con Estados Unidos, que ante cláusulas no tan claras las han interpretado y aplicado ellos, a su antojo. Pero recordemos solamente el artículo IV del Acuerdo para la Ejecución del Tratado del Canal de Panamá que decía textualmente: "*A la terminación de cualquier actividad u operación conforme a este acuerdo, Estados Unidos estará obligado a adoptar todas las medidas hasta donde sea viable, para que toda amenaza a la vida, salud y seguridad humana sea removida de cualquier sitio de defensa, área de coordinación militar o porción del mismo en la fecha en que cese la autorización para su uso por parte de la fuerza de Estados Unidos*". Al final del camino, al no haber mutuo acuerdo los norteamericanos no cumplieron con la limpieza total de los polígonos de tiro, prevaleciendo la interpretación del más fuerte sobre el más débil. ¿La historia se repite en espiral?

Otra norma inconcebible es la relativa a la entrada en vigor del Acuerdo. En su artículo 11 indica que se realizará "*... en o a partir de tres años anteriores a la firma de este Acuerdo*". Ni siquiera se respetó el principio universal, esbozado en nuestra propia Constitución Política (artículo 46), por el que la ley solamente tendrá efecto retroactivo cuando sea de orden público, interés social o favorable al reo.

El numeral 2 del Canje de notas interpretativo, que desarrolla al numeral 1(b) del artículo 3 del Acuerdo que se refiere a los impuestos nacionales comprendidos en la República de Panamá, incluye los siguientes gravámenes: "*(a) Impuesto sobre la Renta; (b) Impuesto de inmuebles; (c) Impuesto de Naves; (d) Impuesto de Timbres; (e) Impuesto de Aviso de Operación de Empresas; (f) Impuesto sobre Bancos, Financieras y Casas de Cambio; (g) Impuesto de Seguros; (h) Impuesto de Consumo al Combustible y Derivados del Petróleo; (i) Impuesto de Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios; (j) Impuesto Selectivo al Consumo de ciertos Bienes y Servicios; e (k) Impuesto de Transferencia de Bienes Muebles.*" Nuevamente, por el sistema territorial que impera en Panamá, prácticamente ninguno de estos impuestos serán objeto de incumplimiento por los panameños o residentes que generan sus ingresos fuera del territorio nacional, en este caso en Estados Unidos. Por tal razón este Acuerdo no tiene ningún sentido ni ventaja para Panamá, desde el momento que la asistencia fiscal, cooperación e intercambio de información en materia de impuestos jamás será necesario requerirlas.

Hay normativa adicional que solamente exige deberes a una de las partes. Por ejemplo, el numeral 5 del Canje de notas interpretativo, menciona que Panamá tiene la intención de promulgar la legislación necesaria que requerirá que los agentes residentes mantengan en sus registros información suficiente para identificar a los propietarios de las entidades panameñas, provean la propiedad e identidad del cliente de acuerdo a las solicitudes que se efectúen en base al Acuerdo y obtengan información sobre dichas propiedades con relación a las entidades existentes a partir de que la legislación se promulgue hasta un máximo de 5 años. No entendemos porque se mantuvo esta normativa, cuando mediante la Ley 2 de 2011, expedida antes de la Ley 40, se regulan las medidas para conocer al cliente para los agentes residentes de entidades jurídicas existentes de acuerdo con las leyes de la República de Panamá. Pero si se pretende demostrar que el instrumento de Canje se refería a normas expedidas antes de su firma el 30 de noviembre de 2010, recordemos que antes de la Ley 2 de 2011 estaba vigente el

Decreto Ejecutivo 468 de 1994, modificado por el Decreto Ejecutivo 124 de 2006, que trataba sobre la misma materia. Además, estas obligaciones no se le exigen en el Acuerdo a los agentes residentes en los Estados Unidos. ¿Será que nunca aprendemos como negociadores?

Interesante destacar que el Acuerdo no diferencia la clase de contribuyentes sobre los cuales aplica. Por tal razón y en base al carácter interpretativo que opera en la mente de los estadounidenses cuando exigen el cumplimiento de sus tratados, este documento afectaría a aquellos panameños que, por el simple hecho de haber nacido en los Estados Unidos y por ende, ser considerados nacionales de ese país, no hayan declarado sus ingresos al “Internal Revenue Service” (IRS). Igualmente se le aplicaría a un nacional de otro país que no sea Estados Unidos ni Panamá, que se encuentre en iguales circunstancias.

Ante la prácticamente nula necesidad de solicitarle a los Estados Unidos información en materia de impuestos de nuestros nacionales o residentes que tributen allá, acá tendremos que establecer toda una costosa logística a través del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) para, como Parte requerida cumplir con la información que, como Parte requirente Estados Unidos solicitará, no se con que regularidad. No en balde mediante la Resolución No. 088-DS/AL de 30 de septiembre de 2010, publicada en Gaceta Oficial No. 26679-A, firmada por el entonces Ministro del MEF, Alberto Vallarino Clement y por el Viceministro de Finanzas, Dulcidio de la Guardia, se creó la Subdirección de Intercambio de Información, con la responsabilidad de “... *elaborar las solicitudes de intercambio de información que la República de Panamá requiera de autoridades tributarias extranjeras, así como para tramitar y dar respuesta a las solicitudes de información que administraciones tributarias extranjeras requieran a la autoridad tributaria de la República de Panamá.*” Además le corresponderá a la Dirección General de Ingresos (DGI) “... *elaborar los proyectos de objetivo, funciones, perfiles de cargos ... , para incorporar mediante el instrumento jurídico correspondiente esta información al manual de organización y funciones y manual de clasificación de puestos institucional*”. Nuevamente, Panamá prácticamente nunca tendrá que elaborar solicitudes de intercambio de información, porque en base a su sistema fiscal territorial, no las requerirá de parte de ninguna autoridad tributaria extranjera. Además nos llama la atención que antes de ratificarse el Acuerdo Fiscal con Estados Unidos (primero y esperemos que último) por parte de la Asamblea Nacional, el Órgano Ejecutivo ya había creado el organismo encargado de ejecutar el intercambio de información en materia de impuestos con terceros Estados.

En uno de tantos comunicados, el gobierno nacional señaló entre otras cosas, lo siguiente:

- a. *La **privacidad** de las personas continúa siendo **protegida y garantizada** contra intromisiones extranjeras.*
- b. ***No existe el intercambio automático** de información ni las llamadas expediciones de pesca (“*fishing expeditions*” en inglés).*
- c. ***La información intercambiada será tratada en forma confidencial**, y no será revelada a otros países (no hay triangulación).*

d. El intercambio de información que se compromete a realizar Panamá (independientemente del tipo de acuerdo celebrado), se hará en base a solicitudes individuales provistas de un fundamento específico y justificado y observado el principio de reciprocidad, es decir, Panamá no dará información que la otra parte no puede entregar.

Todo esto suena muy bien. Pero de nada sirve si las solicitudes vendrán solamente de un solo lado, es decir, que mientras Estados Unidos tendrá la posibilidad de cobrar sus impuestos, nosotros no podremos hacer lo mismo. No hay “*level playing field*” o no se cumple el principio de la “reciprocidad”.

En virtud de todo lo anterior algunos se preguntarán: ¿Por qué decidimos firmar un Acuerdo para la cooperación fiscal y el intercambio de información en materia de impuestos? He aquí algunas razones oficiales que he podido descifrar de acuerdo a publicaciones realizadas:

- 1) Porque Estados Unidos es uno de los países más importantes de la OCDE y su apoyo era vital para sacarnos de su lista Gris;
- 2) Porque el supuesto sacrificio fiscal de firmar un convenio de doble tributación con Estados Unidos era de aproximadamente 50 millones de balboas anuales;
- 3) Porque firmar el Acuerdo convertía a Panamá en un país cooperador ante la comunidad internacional, fortaleciendo su imagen para atraer inversiones extranjeras;
- 4) Para evitar que Panamá siguiera siendo estigmatizada como un paraíso fiscal;
- 5) Para lograr la ratificación en su momento del Tratado de Promoción Comercial (TPC); y
- 6) Para que las empresas estadounidenses puedan deducir de sus ingresos los gastos relacionados con las convenciones realizadas en Panamá, lo que se traduce en un impulso al desarrollo de nuestra industria hotelera y turística.

Referirnos a estos siete puntos sería objeto de un ensayo adicional, los cuales, además, preferiblemente deben ser sustentados por quienes en nombre y representación de la República, decidieron aprobar, firmar y ratificar este Acuerdo. Además estas razones no forman parte del ámbito de aplicación del Acuerdo, por lo que la contraparte no tiene obligación de cumplirlas. Es decir, en ninguna parte se señala que con este documento Panamá se convierte en un “país cooperador”, que “su imagen se fortalece” que se “atraerán más inversiones”, que “saldremos de listas grises” o que “no nos estigmatizaran como paraíso fiscal”. Y en cuanto a la ratificación del TPC, esto ya era caso cerrado y nunca se debió condicionar su ratificación a la firma del Acuerdo Fiscal. Entendemos que lo relacionado a la deducibilidad de las convenciones en Panamá para las compañías norteamericanas, parece ser un hecho. Pero habría que sopesar si por este beneficio valía la pena que trastocáramos nuestra soberanía fiscal y tributaria.

Mientras tanto estemos pendientes al artículo 12 sobre la terminación de este Acuerdo Fiscal con Estados Unidos, y que nos posibilita finiquitarlo mediante notificación escrita. Terminación que sería efectiva el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses contado después de la fecha de recepción del aviso de la terminación. No olvidemos ni se nos ocurra eliminar esta cláusula.

