

JORGE LUIS GARCÍA OBREGÓN

ESTUDIOS DE
DERECHO
TRIBUTARIO



INEJ
Fundado en 1995



JORGE LUIS GARCÍA OBREGÓN

Estudios de Derecho Tributario



| **INEJ**
Fundado en 1995



Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Consejo Académico y Administrativo

Rector

Mario A. Houed Vega (Costa Rica)

Vicerrector General

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Secretario General

Silvio A. Grijalva Silva (Nicaragua)

Vicerrector Académico

Darvyn I. Centeno Mayorga (Nicaragua)

Vicerrector de Investigación

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Vicerrector Administrativo Financiero

Sergio J. Cuarezma Zapata (Nicaragua)

Equipo editorial

Autor : Jorge Luis García Obregón
Coordinación editorial : Alicia Casco Guido
Diseño de interiores : Alicia Casco Guido
Diseño de portada : Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-46-8

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© INEJ, 2020

La presente investigación cuenta con el apoyo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Chiriquí, República de Panamá.

El INEJ, Nicaragua, es una institución académica de educación superior; autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados: diplomados, posgrados, especializaciones, maestrías y doctorados. El INEJ fue creado por la Ley No 604/2006, Ley Creadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), aprobada el día 26 de octubre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 229, del día 24 de noviembre del 2006.

Sitio web: www.inej.net

E-mail: info@inej.net

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva del autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Chiriquí, República de Panamá, y el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Impreso en Nicaragua

ÍNDICE GENERAL

.....

PRÓLOGO	7
ACCESO A LA INFORMACIÓN BANCARIA Y FINANCIERA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, CASO NICARAGUA	11
I. Resumen	11
II. Doctrina	12
III. Normativa legal existente.....	19
LA CONTABILIDAD CREATIVA EN NICARAGUA.....	31
I. Resumen.....	31
II. Doctrina	31
III. Normativa legal existente.....	51
IV. Casos Reales de Contabilidad Creativa.....	73
V. Jurisprudencia.....	92
ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE EL INCREMENTO DE PATRIMONIO NO JUSTIFICADO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN EL ÁMBITO NICARAGÜENSE	103
I. Resumen.....	103
II. Normativa aplicable	104
III. Antecedentes.....	104
IV. Sentencias Administrativas	106
V. Concepto	119
VI. Naturaleza jurídica.....	121
VII. Aplicación de la norma jurídica tributaria.....	122
VIII. Jurisprudencia Internacional	129

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SU INCIDENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA NICARAGÜENSE	133
I. Nota introductoria	133
II. La protección de datos personales en Nicaragua	134
III. El Habeas Data	144
IV. Regulación penal sobre el manejo de datos personales	151
V. La administración tributaria	154
Bibliografía	163

PRÓLOGO

.....

Esta obra, cuya lectura inicias, es el resultado de la nutrida experiencia académica y profesional del autor, al mismo tiempo es la reafirmación de su vocación y dedicación al estudio e investigación de los temas del Derecho Tributario en general y de la legislación tributaria nicaragüense en particular.

Este texto es un preciso, metódico y bien documentado conjunto de ensayos que abarcan aspectos de doctrina, normativa vigente y jurisprudencia sobre temas tributarios complejos, actuales y de gran relevancia tanto en el ámbito internacional como en el nicaragüense. Estos ensayos pueden ser consultados por los académicos, asesores fiscales, contribuyentes y demás personas interesadas que deseen, de manera sistemática, obtener y profundizar conocimientos sobre los temas tratados en ellos a la luz del derecho tributario nicaragüense.

En esta obra el autor decidió, en su primer ensayo analizar, estudiar y destacar la relevancia del acceso a la información financiera y bancaria por parte de las Administraciones Tributarias como mecanismo útil para evitar la evasión tributaria tanto en el ámbito internacional como en el nicaragüense, para ello se abordan aspectos claves como el secreto bancario, el Intercambio de Información tributaria, la planificación fiscal y la evasión fiscal.

A continuación, en un segundo ensayo el autor aborda la temática de la contabilidad creativa realizando para ello su conceptualización y valoración, asimismo

destaca el riesgo de defraudación de la Ley que entraña dicha práctica, como consecuencia de la permeabilidad de la frontera existente entre esta práctica y la configuración de un delito tributario, de acuerdo a la legislación nicaragüense. La temática de este ensayo abarca conceptos claves como los delitos tributarios, infracciones contables, planificación fiscal agresiva y la evasión fiscal.

En el tercer ensayo a partir de la legislación nicaragüense vigente que regula el Impuesto sobre la renta, la jurisprudencia, la doctrina aplicable y de sus propios criterios el autor realiza un análisis general del concepto de incremento de patrimonio no justificado en el impuesto sobre la renta y sus consecuencias jurídicas a efectos de la determinación de la renta sobre base presunta.

El cuarto y último ensayo se presenta como una aproximación a la novedosa y sensible temática de la protección de datos personales, detallando su desarrollo en el ámbito internacional así como en el nicaragüense, así como sus implicancias y tratamiento de cara a la administración tributaria, para ello el autor analiza la regulación de protección de datos personales, la autodeterminación informativa y el Habeas Data, así como las obligaciones tributarias y el deber de confidencialidad y sigilo tributario.

Este conjunto de ensayos cobra especial relevancia, no sólo por la sempiterna complejidad del Derecho Tributario, sino por lo cambiante de sus normas y su incidencia en la vida práctica de un país, lo cual exige una constante atención por parte del público interesado en el conocimiento general de las leyes vigentes de contenido tributario.

Saludo la aparición de esta importante y valiosa obra, cuya lectura recomiendo a todos aquellos interesados en esta materia, asimismo, felicito a Jorge Luis García Obregón por el empeño en desarrollar su gran trabajo y también le expreso mi profundo agradecimiento por haberme brindado la oportunidad de escribir el prólogo de su obra.

PhD. José Luis Galindez¹

Ciudad de Panamá, República de Panamá

Mayo 2020

- 1 Doctor en Derecho, Universidad Paris Dauphine, Francia, con más de 15 años de experiencia como asesor en precios de transferencia y tributación internacional en América Latina. Se desempeñó como consultor externo del Banco Interamericano Desarrollo (BID) para la implementación del régimen de precios de transferencia en la Dirección General de Ingresos de Panamá (2015-2017) y de Nicaragua (2018), consultor del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). Ha sido conferencista en la OCDE, y en los eventos regionales de la International Fiscal Association (IFA), así como autor de diversas publicaciones de IFA-Latinoamericana y el CIAT.

Acerca del autor

Jorge Luis García Obregón, es profesor de Derecho tributario y codirector del programa de maestría en Derecho tributario del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua. Máster en Derecho Empresarial de la Universidad para la Cooperación Internacional (UCI), Máster en Derecho tributario, de la Universidad para la Cooperación Internacional (UCI), Costa Rica y Master en Fiscalidad Internacional por el CTO Business Excellence School y la Universidad Católica de Murcia (UCAM), España y Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León. Especialista en Precios de Transferencia certificado por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), Especialista en Control y Fiscalidad de Operaciones e Instituciones Financieras, Certificado en el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). En la práctica profesional con más de 10 años de experiencia, en despachos jurídicos y como abogado in house de empresas privadas.

ACCESO A LA INFORMACIÓN BANCARIA Y FINANCIERA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, CASO NICARAGUA

.....

I. Resumen

En el presente trabajo se busca hacer un pequeño énfasis sobre el acceso a la información bancaria y financiera de los contribuyentes por parte de la Administración Tributaria (en adelante AATT), por cuanto es un tema de total importancia para evitar la merma de recaudación tributaria, tanto en el ámbito nacional e internacional, Actualmente con la entrada en vigencia de los precios de transferencia y las reformas a la ley de concertación tributaria, se ha hablado de temas poco escuchados en el país, tales como la actitud atípica de alteración de información financiera, paraísos fiscales, insolvencias fraudulentas, elusión y evasión fiscal entre otros.

La información bancaria y financiera de los contribuyentes es una importante herramienta a ser utilizada por las AATT para poder tener indicios o presunciones con un alto margen de veracidad sobre la capacidad contributiva y los niveles de riquezas de los contribuyentes.

II. Doctrina

En el artículo elaborado por el suscrito y titulado “*Secreto Bancario en Costa Rica, Legislación Nacional y Jurisprudencia*”,¹ se cita un concepto de secreto bancario que dice:

*“Existen diferentes definiciones sobre el secreto bancario, el cual según Mario Bonfanti también se le conoce como ‘...secreto financiero e, incluso como confidencialidad bancaria.’ (...) Se puede por lo tanto considerar ciertos elementos comunes en estas definiciones doctrinales, primero el hecho de que es un deber de discreción o de silencio, segundo que quien se encuentra bajo esta obligación es el banco o entidad financiera, entendida tanto en su persona moral como el conjunto de personas físicas que la conforman así como aquellos servicios contratados directamente para el funcionamiento de la entidad y por lo tanto se enteren de informaciones que corresponden a clientes del banco. Y un tercer elemento es el derecho que cuenta el cliente de que se observe por parte del banco la discreción debida con respecto a sus negocios o movimientos patrimoniales”.*²

Igualmente se cita en el referido ensayo a otros autores que de forma más escueta definen al secreto bancario como “...*el deber de silencio a cargo de los bancos*”

- 1 Artículo publicado en la revista virtual de derecho comercial de la República de Uruguay, 2013. <http://www.derechocomercial.edu.uy/PubObregon01.htm>
- 2 MARTÍNEZ Rivera, Rocío. La informática en el secreto bancario. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998. pp. 61-62. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica bajo signatura 3334).

respecto de hechos vinculados a las personas con que mantienen relaciones comerciales.”³

“...En realidad se trata del secreto de las entidades que se dedican en esencia a tareas de intermediación financiera, de las cuales el Banco es la expresión más importante y difundida pero no la única. De tal modo que, para decirlo en forma más técnica, debería hablarse del secreto de las entidades financieras. Sin embargo, la expresión “Secreto Bancario”, que es tan antigua como la misma profesión del banquero, viene por ello respaldada por una larga tradición, e involucra connotaciones que determinan el mantenimiento de la expresión.”⁴

Si prestamos atención podemos denotar que habitualmente se emplean las palabras DEBER, OBLIGACIÓN, OBSERVAR, y otros adjetivos impositivos. Pues, está claro que la misma no es una atribución o un mero servicio de valor agregado de las entidades financieras. Coinciden, en esencia, todas las citas anteriores que es el compromiso de NO facilitar noticia alguna sobre los fondos o valores que tengan en depósito o cualquier otra transacción, ni dar a conocer informaciones confidenciales que reciban de sus clientes o sobre sus clientes. Contemplándolo que desde la perspectiva del cliente implica la tutela legal del derecho de reserva sobre las informaciones que están en poder

- 3 LABANCA, Jorge. El secreto bancario y otros estudios. ABELEDO-PERROT: Buenos Aires, 1968. p. 9. Localizado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica bajo signatura DA346.082 1112s).
- 4 BERGSTEIN, Nahum. El delito de violación del secreto bancario. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1987. p. 16. (Localizado en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica bajo signatura DA346.082 B499d)

de las entidades financieras, como consecuencia de las relaciones jurídicas de carácter privado entre ambos.

Son tres los aspectos coincidentes por la gran mayoría de los autores sobre las peculiaridades o presupuestos del Secreto Bancario, veamos:

- 1) Existencia previa de la relación comercial de la entidad bancaria y cliente. Sin este requisito no puede existir secreto bancario, puesto que no hay relación vinculante para ambas partes.
- 2) La relación comercial, no necesariamente tiene que ser contractual, pues incluye información adquirida en etapas pre-contractuales o relaciones con terceros y por último.
- 3) Que la información resguardada en este concepto NO necesariamente debe tener naturaleza exclusiva financiera ó de índole económica.

Por un lado, algunos autores encuentran la justificación jurídica de este instituto del derecho bancario en los derechos fundamentales del individuo, al decir:

“En primer término, la esencia consiste en la defensa del derecho a la intimidad frente al banquero, verdadero “confidente necesario”. De ahí que el secreto bancario interesa fundamentalmente a la persona física –y también a la jurídica como habremos de ver-, tanto dentro del ámbito propiamente personal, como dentro del ámbito económico. Como tal, la consagración del secreto bancario está vinculada a una concepción liberal y humanista en el contexto de las relaciones entre el individuo y la sociedad. En segundo término, los intereses del banquero se insertan en el contexto de una política de captación de clientela. El secreto bancario configura frecuentemente un instrumento de captación, y al mismo tiempo una condición ineludible para el más eficaz desempeño de las actividades fi-

nancieras. De tal manera que las características y extensión el secreto bancario se constituyen en factores de especial significación en el mercado internacional de capitales. En este sentido, el secreto bancario se divorcia de determinadas concepciones filosóficas o políticas, para asumir perfiles pragmáticos en el marco de las políticas económico-financieras. Pero, a pesar de este cúmulo de consideraciones, no debemos perder de vista el punto de partida que sigue siendo lo esencial: la protección de la intimidad del individuo.”⁵

Por otro lado, otros autores opinan la fundamentación del secreto bancario dentro del secreto profesional al decir:

“Según nuestro criterio observando y considerando las diversas tesis que existen con respecto al fundamento del secreto bancario, se puede considerar que el secreto bancario se encuentra dentro del secreto profesional y que el profesional debe observar su deber de silencio en el tanto se den la relaciones contractuales como cuando se le pida un consejo u opinión, ya que dada la necesidad de acudir al banquero para informarse o realizar cualquier tipo de operación es cada día más común dentro de nuestra sociedad. Dentro de la fundamentación del secreto bancario existen ciertos caracteres que lo identifican, por ejemplo se puede considerar que es una obligación de no hacer, es decir, de no dar a conocer o revelar hechos o informaciones del cliente, la cual se encuentra regulada en varias legislaciones, también es una obligación indeterminada en el tiempo, en el sentido de que este deber se silenció no se extingue con la operación o el negocio que realiza el cliente, ni aunque éste se desvincule de la entidad y es por último una obligación general frente a terceros, es decir es una obligación erga omnes, el banquero no puede ni debe a menos que una ley

se lo permita o exija revelar información de su cliente a terceros, sean estos particulares o entidades. No obstante, el secreto bancario no sólo es eficaz por las relaciones contractuales que ambas partes pueden mantener –banco y cliente– sino que puede surgir o mantenerse cuando el cliente requiera de un consejo u opinión del banquero. Otro factor importante de considerar es el bien jurídico que el secreto bancario protege, por ejemplo; Luis Manuel Meján menciona que lo que se pretende proteger con el secreto financiero es una justa seguridad patrimonial, a lo que nosotros agregamos la importancia de la confianza y discreción mutua entre el banquero y el cliente. Todo esto en busca de una protección de la esfera de la intimidad de cada persona es decir de poder gozar con un ámbito de privacidad en ciertas relaciones, la cual se encuentra amparada bajo el artículo 24 de la Constitución Política de nuestro país.”⁶

En mi criterio personal, tomo distancia de la última autora citada, puesto que no puede equipararse el secreto bancario al secreto profesional y menos ubicársele dentro de él, por la sencilla razón de la naturaleza de los sujetos, pues la naturaleza jurídica del profesional es la de una persona física en el ejercicio de una profesión y la otra de una persona jurídica en un acto de comercio.

Con respecto a los **“sujetos del secreto bancario”**, desde el punto de vista procesal, caben distinguir por un lado al sujeto que posee el derecho de pedir (suje-

6 MARTÍNEZ Rivera, Rocío. La informática en el secreto bancario. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998. pp. 68-69. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica bajo signatura 3334).

to activo) al otro (sujeto pasivo) que se guarde el referido secreto, veamos:

Con respecto al sujeto activo entendemos que “... el cliente es, en el secreto bancario, no sólo quien realiza determinadas operaciones en las entidades financieras, sino cualquier persona que se requiera, aunque sea en forma irregular y discontinua, alguno de los servicios que son el giro normal de la Institución Bancaria o Financiera. Es, pues, cliente tanto el que contrata un préstamo o depósito bancario en cuenta corriente, como quien utiliza sus servicios para pagar los recibos por servicios agua o electricidad o solamente para que se le pague un cheque girado contra la cuenta corriente de un cliente – en sentido estricto- de tal institución bancaria, o quien gestiona el pago de un crédito documentario en el proceso de importación o exportación, siendo en estos casos que sin concretar ninguna operación realizó una manifestación de bienes ante la entidad. El concepto de cliente –empleado en la regulación del Secreto Bancario: necesariamente debe ser utilizado en sentido amplio, ‘entendiendo por tales no sólo a quienes mantienen una relación de continuidad en sus operaciones con una entidad sino a todo aquel que utilice los servicios de una entidad financiera, aunque sea en forma accidental.’ (...) El fundamento último de que el cliente sea el titular del derecho subjetivo de esta relación jurídica es, sin duda, el hecho de que ‘la persona necesita amparo en la vida de relación contra la ingerencia extraña para resguardarse de las indiscreciones o de la malevolencia’. Existe, pues, interés público en amparar la libertad que fundamenta la confidencialidad de los documentos privados.”⁷

7 VILLEGAS y ARROYO Torres citados por CASCANTE Soto, José, CORRALES Valverde, Oscar [et al] El secreto bancario en el ordenamiento jurídico costarricense. Seminario de Graduación para optar por el grado de Licenciados en Derecho. San José: Facultad de

Como sujetos pasivos se entiende a:

1. Los bancos y entidades financieras, como persona jurídica, y
2. Las Personas físicas que laboran en la entidad bancaria o financiera. Ya que al ser persona jurídica el banco o entidad financiera, la obligación de guardar silencio, tiene que extenderse a las personas físicas que la administran, gobiernan y fiscalizan y a los funcionarios y empleados de que sirven.
3. Las entidades a las cuales el Estado encomienda la supervisión y control del sistema financiero.
4. La obligación de guardar silencio también existe para aquellas entidades y personas vinculadas con los bancos y entidades financieras que por su actividad conozcan hechos o informaciones de los clientes, un ejemplo pueden ser las empresas que realizan servicios de auditoría, o las empresas de computación que realizan las tareas de contabilización de operaciones o labores de reunir información que sea de los clientes.”⁸

Sin embargo, este secreto bancario admite ciertas excepciones, tales como:

- 1) El consentimiento del cliente.

Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1988. p.p 249, 250253 y 254. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica bajo signatura 1926 Tomo I).

8 MARTÍNEZ Rivera, Rocío. La informática en el secreto bancario. Tesis de grado para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José: Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1998. pp. 72-73. (Localizada en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica bajo signatura 3334).

- 2) La información que se brinda a organismos de supervisión.
- 3) Los sucesores a título universal y particular.
- 4) La administración de justicia, y
- 5) La Administración Tributaria.

III. Normativa legal existente

En el ensayo que hace un año escribí sobre “*La protección de datos y su incidencia en la administración tributaria nicaragüense*”⁹, comentaba que la AATT como un ente descentralizado del poder ejecutivo, está en la obligación de velar por el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución Política de Nicaragua. No obstante, la facultad fiscalizadora que posee para hacer cumplir con la obligación de tributación de los ciudadanos está limitada por los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad.

Hablar del tema de secreto bancario, sigilo tributario o secreto societario, es un tema tan amplio que es imposible describir en estas líneas, sin embargo, espero aproximarme a los puntos más notables sobre ello.

En el referido artículo 26 Cn¹⁰ parte infine se refiere a la facultad fiscalizadora que posee la Administración Tributaria al indicar que:

9 Ensayo publicado en el Blog iTaxlegal <http://itaxlegal.com/wp-content/uploads/2016/04/La-proteccion-de-datos-y-su-incidencia-en-la-administracion-tributaria-nicaraguense.pdf>

10 Constitución Política de Nicaragua y sus reformas.

“(...) La Ley fija los casos y procedimientos para el examen de documentos privados, libros contables y sus anexos, cuando sea indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia o por motivos fiscales.

Las cartas, documentos y demás papeles privados sustraídos ilegalmente no producen efecto alguno en juicio o fuera de él”.

El código tributario especifica la obligación de suministrar información, con la salvedad que la misma tiene que ser para fines fiscales, entendiéndose que la finalidad fiscal es medir la capacidad contributiva de los individuos.

El artículo 27 Ctr¹¹ indica sobre la obligación de suministrar información y el valor probatorio de la misma que:

“Únicamente para fines y efectos fiscales, toda persona natural o jurídica, sin costo alguno, está obligada a suministrar toda información que sobre esa materia posea en un plazo de diez (10) días hábiles y que sea requerida por la Administración Tributaria. Para efectos de la información de terceros contribuyentes, deberá suministrarse únicamente el número de RUC del contribuyente, o nombre y número de cédula en defecto de éste, fecha y monto de las transacciones. (...). Si la información de terceros contribuyentes solicitada por la administración tributaria se obtiene mediante requerimiento general, la administración tributaria no estará obligada a notificar a las personas naturales o jurídicas sobre la obtención de esa información. En caso que la información de terceros contribuyentes solicitada por la administración tributaria se obtenga mediante requerimiento específico de contribuyentes, la administración tributaria estará obligada a notificar a las

11 Código Tributario de la República de Nicaragua y sus reformas.

personas naturales o jurídicas sobre la obtención de esta información. Toda información obtenida por la Autoridad Tributaria es de irrestricto acceso de la persona natural o jurídica sobre la cual se solicitó la misma.

Las autoridades de todos los niveles de la organización del Estado, cualquiera que sea su naturaleza, y quienes en general ejerzan funciones públicas están obligados a suministrar a la Administración Tributaria cuantos datos y antecedentes con efectos tributarios requiera, mediante disposiciones de carácter general o a través de requerimientos concretos y a prestarle a ella y a sus funcionarios apoyo, auxilio y protección para el ejercicio de sus funciones. Para proporcionar la información, los documentos y otros antecedentes, bastará la petición de la Administración Tributaria sin necesidad de orden judicial. Asimismo, deberán denunciar ante la Administración Tributaria correspondiente la comisión de ilícitos tributarios que lleguen a su conocimiento en cumplimiento de sus funciones.

La obligación de los profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración Tributaria no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad, cuya revelación atente al honor o a la intimidad personal y familiar de las personas.

Los profesionales no podrán invocar el secreto profesional a efectos de impedir la comprobación de su situación tributaria.

La Administración Tributaria podrá suscribir Acuerdos Internacionales de Información con otras Administraciones Tributarias en el extranjero que permitan fortalecer la acción fiscalizadora de la Institución. Toda información que por esta vía se solicite y se obtenga, también deberá cumplir con el requisito establecido en el párrafo segundo del presente artículo”.

Podemos observar varios elementos en el enunciado anterior, especialmente la obligación de suministrar

información, tanto de las personas naturales o jurídicas, en el ejercicio de una actividad comercial o no, los entes estatales en el desempeño de sus funciones y los profesionales, a quienes se les impide el derecho de invocar el secreto profesional.

A criterio personal, podría referirme que la información no solo es un elemento importante dentro de las actividades de fiscalización, sino el más importante de todos. Siendo el activo más importante de una administración tributaria moderna.

La información coadyuva a la comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Las obligaciones tributarias como tales son unos indicadores de riquezas muy acertados, así como indicadores comerciales reales y poderosos.

Una Administración tributaria moderna necesita la mayor cantidad de información necesaria, vinculada a los efectos fiscales, pero aún esa necesidad encuentra un alto frente a los derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad y la privacidad.

El artículo 126 Ctr. Parte infine del inciso 5, prevé que las limitantes al requerimiento de información, al decir:

Son infracciones administrativas tributarias por incumplimiento de deberes y obligaciones de los contribuyentes y responsables (...):

5. (...); y no suministrar las informaciones que les fueren solicitadas en base a la ley y documentación respectiva de respaldo, cuando la Administración Tributaria así lo requiera.

Podemos observar que si bien existe la obligación de información esta tiene que ser solicitada en estricto

apego a la ley, lo que en síntesis debe ser que la información solicitada sea de índole fiscal y que la misma sea para fines fiscales.

En la normativa nicaragüense se expresa de manera clara los deberes de confidencialidad y de guardar el sigilo tributario para las autoridades de la AATT.

Los términos de confidencialidad y sigilo tributario no son nuevos y menos inventados en la normativa nacional, pues responden a las exigencias y directrices internacionales, tales como el modelo de código tributario para Latinoamérica, publicado por el CIAT,¹² el que sirvió de base para la elaboración del actual código tributario nicaragüense.

En doctrina española al sigilo tributario se le conoce como secreto tributario, lo cual constituye el régimen de protección y reserva de la información obtenida por la Administración tributaria frente a su revelación a terceros y uso desviado de la misma.¹³ Dicho término proviene término *Stuergeheimnis*, *Tax Secrecy*,¹⁴ que

- 12 Organismo internacional, sin fines de lucro que provee asistencia técnica especializada para la actualización y modernización de las administraciones tributarias. Así como en temas de valores de integridad, transparencia y ética, con la disposición de prevenir y combatir todas las formas de fraude, evasión y elusión tributaria facilitando el cumplimiento voluntario.
- 13 Sanchez Serrano L. Comentarios al artículo 112 LGT, en comentarios a las leyes financieras y tributarias. Edersa, Madrid, 1987, p. 124.
- 14 Calderón Carrero, Jose Manuel, El derecho de los contribuyentes al secreto tributario. Fundamentación y consecuencias materiales y procedimentales. Universidad de Coruña. España. Netbiblo, S.L. 2009. Pág 19.

indica un régimen de confidencialidad y reserva de la información obtenida por la AATT.

Sin embargo, este sigilo tributario o secreto tributario, tiene una reserva de ley y es que la información sea de índole fiscal y la misma solo sea utilizada para fines fiscales, sancionando –como vemos en la normativa penal- el uso de la información para otros fines.

El artículo 68 Ctr. establece este derecho a la confidencialidad de manera expresa al decir:

Los contribuyentes o responsables tienen derecho a la privacidad de la información proporcionada a la Administración Tributaria. En consecuencia, las informaciones que la Administración Tributaria obtenga de los contribuyentes y responsables por cualquier medio, tendrán carácter confidencial. Sólo podrán ser comunicadas a la autoridad jurisdiccional cuando mediare orden de ésta.

La Administración Tributaria mediante la normativa Institucional correspondiente, establecerá la implementación de programas de control y programas de computación específicos para la administración y control de la información de los contribuyentes y responsables.

La Administración Tributaria deberá proporcionar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mensualmente o cuando lo requiera, la información necesaria correspondiente para fines de evaluación de la política fiscal.

Podemos observar en la normativa también cuales son las excepciones específicas para el traslado de información a una persona distinta a la autoridad tributaria; entendiéndose que serán las autoridades judiciales y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para poder evaluar la política fiscal (aunque este caso muy di-

ficilmente se brinden los datos a nivel individualizados que permitan la identificación particular de cada contribuyente, por lo general de hace de manera macro).

En materia tributaria sustantiva, especialmente en el tema de precios de transferencia, se aborda la confidencialidad de los datos que se suministren a la administración tributaria –por ser estas fiscalizaciones o comprobaciones más intensas que las fiscalizaciones comunes- al decir en su artículo 99 párrafo segundo LCT¹⁵ con respecto a los análisis de comparabilidad:

(...) Toda la información suministrada por el contribuyente, deberá ser catalogada como confidencial a la hora de que la Administración Tributaria lleve a cabo dichos estudios y será manejada como tal para tales efectos (...).

Este tipo de fiscalizaciones son de mucho más cuidado para las empresas y los contribuyentes particulares, por cuanto tiene trascendencia internacional, con respecto a las operaciones de los mismos.

Igualmente, en el Título VI, referente a la Administración Tributaria, Capítulo I, Facultades y Deberes de la Administración Tributaria, Sección III, se habla del Sigilo Tributario. Se habla de manera textual del sigilo tributario y se indica en el artículo 151:

Los funcionarios y las personas naturales y/o jurídicas que intervengan en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias, estarán obligados a guardar sigilo tributario.

15 Ley de Concertación Tributaria y sus reformas.

El sigilo tributario no comprenderá los casos en que la Administración Tributaria deba suministrar datos a:

- 1. Las autoridades judiciales en los procesos de cualquier clase de juicio y a los tribunales competentes;*
- 2. Los restantes organismos que administren tributos, en tanto las informaciones estén estrictamente vinculadas con la fiscalización y percepción de los tributos de sus respectivas jurisdicciones;*
- 3. La Contraloría General de la República cuando se encuentre revisando exclusivamente las declaraciones de probidad de los empleados y funcionarios públicos;*
- 4. Las Administraciones Tributarias de otros países en cumplimiento a los convenios internacionales de intercambio de información tributaria; y,*
- 5. Un contribuyente que solicite por escrito, información sobre sus propias obligaciones fiscales.*

Podemos observar cuales son, de manera taxativa, los enunciados en los que se puede faltar al sigilo tributario en la legislación nicaragüense. Cualquier otro fáctico fuera de los enunciados y que no esté sustentado en una ley especial (como ley de alimentos, ley creadora de la Unidad de Análisis Financiero) estaría al margen de la legalidad.

Entonces tomando como premisa el deber de contribuir al sostenimiento del estado versus el derecho a la privacidad o la intimidad. Podemos deducir que el primero priva sobre el derecho a la privacidad o la intimidad.

La Administración Tributaria en virtud de poder obtener datos con fines tributarios, estos podrían incluir a los datos potenciales, indirectos e hipotéticos. Según la normativa esgrimida la Administración Tributaria

está habilitada por imperio de ley a solicitar la información que crea necesaria o que considere necesaria para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Si nosotros analizamos los datos referentes a la actividad económica de los contribuyentes, está por sí no tiene relevancia con la vida privada y familiar del contribuyente. No obstante, podemos considerar como el dato del domicilio del contribuyente constituye una manifestación del derecho a la intimidad. También podríamos considerar el derecho a la privacidad de las comunicaciones, donde la administración tributaria tendría una herramienta indispensable de comprobación del comportamiento del contribuyente frente a la facultad de poder fiscalizar o investigar las comunicaciones de los contribuyentes sin autorización judicial, en Nicaragua es imposible a la autoridad tributaria poder intervenir comunicaciones sin autorización de la autoridad judicial. Por último, como una manifestación del derecho a la intimidad o vida privada de los contribuyentes, se menciona el derecho que tiene la autoridad tributaria sobre corroborar la capacidad contributiva de los contribuyentes por medio de una averiguación de las cuentas bancarias de estos.

No obstante, con la internacionalización de la Banca, es muy posible hoy en día que los contribuyentes puedan tener cuentas bancarias o inversiones financieras en otros países.

Frente a la situación planteada en el párrafo anterior, la AATT puede enfrentarse a dos situaciones: i) Que el Contribuyente NO reporte estas cuentas o ii) Qué el reporte sea completo o fraccionado.

En el supuesto que no sean reportadas las cuentas en el país de residencia, a nivel doméstico Nicaragua tiene una deficiencia muy marcada y es respecto a la carencia de instrumentos internacionales para pedir información tributaria a nivel internacional, pues no tiene ningún convenio firmado para intercambio de información a nivel tributario.

No obstante, en el ámbito de información financiera y tributaria hay un avance a nivel internacional, pues la Unidad de Análisis Financiero (UAF), está facultada para tramitar las solicitudes de intercambio de información y a su vez solicitar esta a sus homólogos en otros países.

Al respecto, manifiesta el arto 11 bis del Decreto 19-2014:

“La UAF será el órgano competente y está plenamente facultada para solicitar, recibir y transmitir en su caso, información específica que los sujetos obligados o la administración tributaria le proporcionen y que a su vez haya sido solicitada por un tercer Estado, por medio de su institución competente, con el que exista acuerdo de cooperación internacional en materia tributaria, suscrito entre las autoridades de ambos países (...).”

Sí bien es cierto que Nicaragua, no tiene actualmente ningún convenio para el intercambio de información tributaria vigente con ningún país, por medio del GAFI, del cual Nicaragua es miembro, se abre una puerta para este tipo de información, pero limitado a los temas que el GAFI trata.

Por lo que dicho lo anterior, podemos concluir que en Nicaragua no hay herramientas necesarias para el in-

tercambio de información tributaria, pero sí es notorio la necesidad de implementación frente a los avances de la tecnología y la necesidad de fiscalizar *cross border*.

LA CONTABILIDAD CREATIVA EN NICARAGUA

.....

I. Resumen

Acá buscamos hacer un pequeño énfasis sobre la contabilidad creativa, por cuanto es un tema de total importancia en el ámbito nacional e internacional. Actualmente con la implementación de las normas internacionales de información financiera en el ámbito nacional y la ley de concertación tributaria, se ha hablado de temas poco escuchados en el país, tales como la actitud atípica de alteración de estados financieros, contabilidad creativa, alteración de información financiera, precios de transferencia, paraísos fiscales, insolvencia fraudulenta, elusión y evasión fiscal entre otros.

En la contabilidad, todos los números deben armonizar fehacientemente con la información de soporte que se posee. Hoy en día no basta la simple armonía para investir de carácter indubitable esa información contable, ya que la práctica y reconocida jurisprudencia han demostrado que, aunque la información concuerde y sea soportada, no siempre está ajustada a la ética empresarial.

II. Doctrina

En el argot jurídico-contable de los países iberoamericanos, ya se ha profundizado en el tema, dando a entender de manera somera y poco técnica que es la acti-

vidad de manipular la información contable para aprovecharse de los vacíos de la norma existente y de las posibles elecciones entre diferentes prácticas de valoración que esta ofrece¹.

Otros entienden que la contabilidad creativa es amoldar los resultados contables al gusto, tal cual receta de cocina. Contrario a una contabilidad imparcial que registre transacciones neutrales y moderadamente orientadas a resultados.

Algunos también definen la contabilidad creativa, como el arte de aprovechar las lagunas legales en cuanto al abanico de posibilidades por transformar la información contable que se presenta en los estados financieros de las empresas, con un fin específico. Esta palabra ha sido empleada para delinear la técnica por medio de la cual los contadores y asesores jurídico-tributarios utilizan su entendimiento sobre el ecosistema contable para adecuar las cifras en la contabilidad de una empresa, sin obviar el cumplimiento de los principios de contabilidad.

Las utilizaciones de las lagunas legales disponibles pueden también ser empleados para consumir fraudes contables, siendo esto la causante de por que la Contabilidad Creativa –al igual que la planificación fiscal – ha sido merecedora de tan mala fama, que no encuentra mayor asidero que el desconocimiento legal de los términos. Casos como *Enron* y *Worldcom* son iconos de contabilidad creativa usada para fines fraudulentos, trayendo como consecuencia la pérdida de

1 Contabilidad creativa, Oriol Amat y John Blake, ediciones Gestión 2000.com, Barcelona, pág 3

confianza en los “Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados”, auditorías, asesorías y de las grandes firmas que brindan estos servicios.

Tal como exponen los tesistas *Carolina Poblete Villouta* y *Marcio Prieto Fallas*², podemos mencionar los siguientes conceptos que varían de prisma en torno a la percepción del beneficio que se obtiene de ella, veamos;

Griffiths (periodista empresarial): *“Todas las empresas de este país (Reino Unido) manipulan sus beneficios. Todas las cuentas que se publican se basan en libros que han sido retocados con más o menos delicadeza. Las cifras que se facilitan al público inversor han sido modificadas para proteger al culpable. Es la estratagema de mayor envergadura desde el caballo de Troya (...). En realidad, se trata de artimañas que no infringen las reglas del juego. Son totalmente legítimas. Se trata, simplemente, de Contabilidad Creativa”.*

Jameson (contador): *“La Contabilidad Creativa es esencialmente un proceso de uso de normas, donde la flexibilidad y las omisiones dentro de ellas, pueden hacer que los estados financieros parezcan algo diferentes a lo que estaba establecido por dichas normas. Consiste en darle vueltas a las normas para buscar una escapatoria”.*

Naser (académico): *“La Contabilidad Creativa es la transformación de los datos contables de lo que realmente son a lo que quienes los elaboran quieren que sean, aprovechando las facilidades que proporcionan las reglas existentes y/o ignorando alguna o todas ellas”.*

- 2 Contabilidad creativa ¿un maquillaje a los estados financieros? Tesis de la Universidad de Chile, facultad de ciencias económicas y administrativas

Amat y Blake: “Contabilidad Creativa es el proceso mediante el cual los contables utilizan su conocimiento de las normas contables para manipular las cifras incluidas en las cuentas de una empresa”.

Blasco: “El término ‘Contabilidad Creativa’ se ha introducido en la literatura española para describir el proceso mediante el cual se utilizan los conocimientos de las normas contables para manipular las cifras de las cuentas anuales (...). Podría decirse que es un eufemismo, utilizado para evitar referirse a estas prácticas por sus verdaderos nombres: artificios contables, manipulaciones contables, fraudes”.

Habiendo observado que hay distintas apreciaciones sobre el término, podemos resumir de manera práctica que existen distintos **tipos de contabilidad creativa:**

- 1.- La utilizada por empresas de gran tamaño, donde los administradores son distintos de los accionistas.
- 2.- La utilizada por PYMES donde los ejecutivos de la empresa son los mismos socios.

En el primer caso - que es el contexto ideal de las empresas que cotizan en Bolsa - los administradores, directivos y gerentes, son asalariados con jugosas remuneraciones y los verdaderos dueños son los accionistas. Lo irónico es que mientras los accionistas quieren sacar el máximo rendimiento a sus inversiones, los administradores, tienden a procurar obtener un mayor salario, permaneciendo en sus cargos el mayor tiempo posible, por lo tanto ¡He aquí el interés! Estos administradores les benefician un buen rendimiento contable de la empresa y que aumente anualmente. Pues, aparentan ser excelentes ejecutivos logrando que las

acciones suban en bolsa obteniendo así también mayores ingresos gracias a los programas de *stock options*³.

En el segundo caso, el entorno es otro, ya que los socios y los directivos generalmente son la misma persona, se sigue la regla de “*Ganar lo máximo y pagar los menos impuestos posibles*”. Así, de manera general, acá la finalidad es reducir el beneficio para pagar menos impuestos y “*aclimatar*” el balance y la cuenta de resultados para su presentación en las entidades de crédito y poder obtener financiamiento.

Los defensores de esta técnica encuentran justificación en la crisis financiera que trastoca medularmente a las transnacionales, dando un importante y justificado realce a su uso, a pesar de poner en duda, los datos que se presentan y la credibilidad profesional de auditores y asesores.

Su punto más dramático, en cuanto a su estigmatización, se ha dado sobre las decisiones de los inversionistas en la Bolsa de Valores ya que han utilizado modificaciones contables para distorsionar la información que ellos requieren. Hay que estar claro que el inversionista busca información veraz no especulación.

- 3 *Opciones de Compra de Acciones*, instrumento no regulado en Nicaragua. Es una opción, una oportunidad que se ejerce para adquirir una o más acciones y quien la realiza se convierte en accionista de la empresa, este tipo de instrumento constituye un contrato que materializa un sistema de compensación laboral y mediante el cual se otorga al trabajador, la facultad de ejercer la opción de comprar en un plazo determinado y a un precio preferencial y también determinado, acciones de la sociedad anónima abierta, con la cual se relaciona directa o indirectamente.

Algunos directivos de empresas que cotizan acciones justifican el uso de la contabilidad creativa así:⁴

1. Las empresas mayormente prefieren reflejar una tendencia marcada y estable de rendimientos, en lugar de mostrar un sube y baja financiero en sus acciones.
2. Coadyuva a mantener o “incrementar” (lo que particularmente discrepo por asuntos de especulación) el precio de las acciones, reduciendo los niveles aparentes de endeudamiento, dando una sensación de seguridad de inversión con una marcada tendencia de incremento de mercado.
3. Cuando los directivos se encuentran comprometidos en operaciones internas con acciones de la empresa, se ayudan de esta técnica para retrasar la llegada de la información al mercado bolsa), aprovechando la oportunidad para beneficiarse de su información privilegiada.

Las empresas están obligadas a llevar una contabilidad objetiva, a pesar que la normativa contable tiene abismales vacíos, contradicciones y dinosaurios conceptos, aunados que la contabilidad se presta a criterios alternativos entre los que se puede elegir u otros que requieren hacer provisiones sobre el futuro, pudiendo ser optimistas o pesimistas. Esto sin querer mencionar la tendencia de algunas empresas por manipular los datos.

4 Tomando como referencia lo señalado en la tesis de Carolina Poblete Villouta y Marcio Prieto Fallas, *Contabilidad creativa ¿un maquillaje a los estados financieros?* Tesis de la Universidad de Chile, facultad de ciencias económicas y administrativas, pág 19 y sig.

Por tanto, la contabilidad, hoy en día, no necesariamente informa sobre la realidad, sino que ha evolucionado a poder dar las respuestas que el usuario necesita o desea, dando lugar en muchas ocasiones a estados anuales transformados sobre la situación de las compañías. Esto se debe al predominio de una visión legalista a la hora de elaborar la contabilidad de las empresas, es decir, se prepara aplicando las normas, independientemente de cuál sea la realidad.

Otras razones para utilizar la contabilidad creativa aplicable a todo tipo de empresas, surge porque estas se hallan sujetas a marcos regulatorios extremadamente fiscalizadores, basados en los importes reflejados en los estados financieros; por ejemplo:

En el caso de *contratos de préstamos*, se incluye una restricción sobre el importe total que una empresa puede obtener, calculada como múltiplo del capital total y reservas, lo cual es conocido como normas de subcapitalización.⁵

Empresas como las de *servicios públicos de electricidad y aseo urbano*, por ejemplo, están fiscalizadas a un organismo público regulador que establece las tarifas máximas que pueden cobrar. Si estas empresas reflejan altos beneficios, el ente supervisor responderá manteniendo o congelando las tarifas. Por tanto, estas empresas están interesadas en la elección de métodos contables que tiendan a reducir el beneficio contable.

5 La norma tributaria en materia de subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario. Artículo publicado en la Revista Crónica Tributaria No. 104 del 2002 páginas 89-125.

Un modelo de dirección con retribuciones ligadas a los beneficios o al precio de las acciones de las empresas hará que, los directivos estén motivados para presentar cuentas que impresionen en el mercado bursátil y ajustar la cifra del beneficio de manera que se maximicen sus ingresos.

Cuando una filial, sección o división de la empresa está sujeta a un acuerdo de participación en beneficios, esto puede afectar a la preferencia por diferentes métodos contables.

Una de las causas quizás de mayor peso es la necesidad de impresionar a los accionistas, hacer subir el valor de las acciones y por ende, mejorar la retribución a la Gerencia a través del manejo y pago de dividendos, demostrar y poner en evidencia a la anterior y posterior administración de la empresa, mejorar la información presentada a las entidades bancarias para el otorgamiento de los créditos, engañar al fisco o lograr la adjudicación de concesiones importantes.

Siguiendo con lo expuesto por *Carolina Poblete Villouta y Marcio Prieto Fallas*,⁶ quienes exponen que entre las transacciones más comunes encontramos:

- a. *Aumento o reducción de gastos*: La normativa contable facilita un margen de maniobra en relación con la cuantificación en un determinado período de ciertos gastos o ingresos, como es el caso de las amortizaciones, de la depreciación o de la activación de ciertos gastos como por ejemplo los gastos de investigación y desarrollo.

6 Contabilidad creativa ¿un maquillaje a los estados financieros? Tesis de la Universidad de Chile, facultad de ciencias económicas y administrativas, pág 21 y sig.

- b. *Aumento o reducción de ingresos:* En algunos casos se puede retrasar el reconocimiento de los ingresos, en virtud de principios tales como el de la prudencia o el de la correlación de los ingresos y gastos.
- c. *Aumento o reducción de activos:* Los inventarios pueden valorarse según diversos métodos (FIFO, LIFO Promedio Ponderado entre otros) con lo que la cantidad total puede diferir con los correspondientes efectos en los costos de ventas y el resultado. Estas modificaciones afectarán la relación entre los activos circulantes y los pasivos a corto plazo, influenciando directamente el índice de liquidez.
- d. *Aumento o reducción de las reversas:* Las modificaciones en los ingresos o en los gastos, como se ha expresado anteriormente, afectan los beneficios o pérdidas y por tanto las reservas. De esta forma, se altera la proporción entre deuda y fondos propios con los correspondientes efectos en indicadores tales como el endeudamiento o apalancamiento financiero.
- e. *Aumento o reducción de deudas:* En relación con ciertas partidas, la normativa contable permite la elección entre diversas posibilidades. Por ejemplo, (...) si una empresa le interesa aumentar su beneficio, por ejemplo, retrasará tanto como esté permitido la capitalización de pasivos por aportes de capital, reflejando en su lugar la integración al patrimonio de todos los aportes sin tener la autorización legal de aumento de capital. Esta práctica también modifica el análisis de los índices financieros de endeudamiento, la independencia financiera o la liquidez.
- f. *Reclasificación de activos o pasivos:* En otros casos puede existir un cierto margen a la hora de determinar si un concepto se incluye en un rubro o en otro. A

modo de ejemplo, puede citarse el caso de ciertos elementos que pueden contabilizarse en el activo fijo o en el inventario.

Esta posibilidad puede afectar a las relaciones entre los diversos rubros y por tanto, a los índices que permiten evaluar aspectos tales como la liquidez, rotación del inventario, capital de trabajo, entre otros.

- g. *Información incluida en la memoria, en el informe de gestión y en el informe de auditoría:* Existen secciones o cuerpos en las memorias y del informe de gestión en los que se puede incluir más o menos información.

Ello puede derivar en cambios en la opinión que se desprenda de los mismos. En cuanto al informe de auditoría, en algunos casos pueden expresarse las salvedades u opiniones de forma que se busque una determinada interpretación de los mismos.

- h. *Presentación de la información:* otra posibilidad para la Contabilidad Creativa la proporcionan los criterios utilizados para la presentación de la información, la cual de acuerdo a la adaptación utilizada puede inducir una opinión contraria a la realidad o de acuerdo a los intereses de la empresa.

Representativamente, tenemos entre algunos de los **métodos que son empleados en la contabilidad creativa**, según exponen nuevamente *Carolina Poblete Villouta y Marcio Prieto Fallas:*⁷

7 Contabilidad creativa ¿un maquillaje a los estados financieros? Tesis de la Universidad de Chile, facultad de ciencias económicas y administrativas, pág 24 y sig.

- a. En ocasiones la normativa existente permite elegir entre diferentes métodos contables para el registro de las transacciones contables. Por ejemplo, (...) una empresa puede elegir entre una política de saneamiento de los gastos de desarrollo en el mismo momento en que estos se producen o amortizarlos a lo largo de la vida del proyecto en cuestión. La empresa podrá elegir la política contable que le proyecte la imagen preferida.
- b. Algunos registros contables implican una gran cantidad de estimaciones, opiniones y predicciones. En ciertos casos, como en la estimación de la vida útil de los activos fijos para calcular su depreciación, es normal que estas estimaciones se hagan internamente en la empresa y el contador creativo tiene la oportunidad o posibilidad de ser más o menos cauto u optimista en la estimación.
- c. Se pueden registrar transacciones artificiales, tanto para manipular los importes en los balances, como para desplazar los beneficios entre los ejercicios contables. Esto se consigue registrando dos o más transacciones relacionadas con una tercera parte, normalmente un banco. Por ejemplo, supongamos que se arregla la venta de un activo a un banco y luego se contrata en régimen de leasing por el resto de la vida útil (operación conocida con el nombre de leaseback). El precio de venta de esta operación puede ponerse por encima o por debajo del valor actual del activo, porque la diferencia se puede compensar por unas mayores o menores cuotas de leasing.
- d. *En algunos casos pueden modificarse los criterios contables de un año a otro. El principio de uniformidad o consistencia establece que no se puede modificar los criterios*

contables de contabilización de un ejercicio a otro, salvo casos excepcionales que se identificaran y justificaran en la memoria o informe contable.

- e. Persuadir al cliente que acepte nuestro producto aunque no lo necesite y lo almacene. De esta forma, aunque la venta se haga a crédito y el vendedor se comprometa a financiar los inventarios redundantes, se aumentan artificialmente las utilidades. Una variante de esta práctica es la de rentar almacenes para guardar el producto adquirido por empresas que son filiales ficticias. El subrayado es propio.*
- f. Vender activos y no reportarlos como ingresos extraordinarios sino llevarlos a ingresos operativos. Con esta práctica, además, se da la impresión que se reduce el costo administrativo de la empresa con lo que parece elevarse su eficiencia.*
- g. Elevar las utilidades con las ganancias de capital registradas por los fondos de pensiones de los trabajadores de las empresas, administrados por ellas.*
- h. Inventar filiales (“entidades con propósitos específicos”) para esconder deuda y generar utilidades irreales.*
- i. Hacer intercambios de materia prima o productos terminados de características similares con empresas competidoras, llevando a utilidades de inmediato el producto de lo vendido y amortizando lo adquirido en plazos mucho más amplios.*

Es obvio que todo este desorden ha revelado fallas en los ámbitos normativos y de supervisión que supuestamente impiden que se den malas prácticas y ha provocado todo tipo de recomendaciones por parte de los organismos gubernamentales para burocratizarlo aún más, en lugar de volverlo más ágil y eficiente.

Como corolario podremos mencionar que **la contabilidad creativa por sí sola no constituye un ilícito**, pues al igual que la planificación fiscal, todo el mundo está facultado para reducir los gastos, planificar el pago de sus impuestos y tomar decisiones proyectadas en datos arrojados por su contabilidad. No obstante, el engaño o la simulación de actos jurídicos por llevar actitud dolosa, son penadas por la ley.

La línea divisoria entre lo lícito e ilícito de la contabilidad creativa es muy delgada. Aunque, hay que tener en cuenta el elemento que algunas veces no se está infringiendo la ley, sino más bien se actúa donde la ley todavía no ha normado, aprovechando situaciones que generan conductas fuera del marco normativo. Igualmente insistimos, que es claro tener presente, que fácilmente puede ser utilizada para defraudar la ley, porque aun no siendo contraria a las normas legales, sí puede utilizarse para fines contrarios a los de las normas.

Como conclusión podemos decir; que para poder utilizar la contabilidad creativa sin cometer fraude es necesario tener un extenso conocimiento y dominio de la normativa sobre principios y normas de valoración contables.

Cuando nos referimos a contabilidad creativa y el uso de las normas ó vacíos legales en patrocinio de ella, nos referimos a la normativa contable, no así de la normativa y control fiscal de las empresas.

Es claro que el Impuesto sobre la Renta (IR) se obtiene de la técnica contable, y aunque cada vez más la normativa tributaria busca acercarse con espíritu normalizador al resultado de esta, existe todavía una serie de ajustes diferenciales temporales y permanentes, que

han de efectuarse sobre el resultado contable para poder deducir las obligaciones tributarias. Es decir, que mientras la normativa contable todavía da un margen en su aplicación, la normativa fiscal obstaculiza, por lo que varias operaciones que se utilizan en la contabilidad creativa, tendrán que corregirse para poder liquidar los impuestos.

Sí se piensa utilizar la contabilidad creativa para mermar la carga tributaria la situación es delicada, pues debe prestarse atención sí se ha cruzado la barda entre contabilidad creativa a fraude contable, y sí esas operaciones contables están de acuerdo a la normativa tributaria. Si no lo están hay que hacer las declaraciones de ajustes respectivos, diferencias, en caso contrario puede ser objeto de un proceso de fiscalización con un gran margen de probabilidades de concluir en multas por infracciones administrativas en el mejor de los casos ó procesamientos por delitos tributarios en el peor de ellos.

Recapitulando, podremos referir nuevamente que **la contabilidad creativa es lícita y permitida, siempre y cuando se haga dentro del marco normativo**. Debe respetarse la normativa contable sin tener en cuenta las fiscales, pues siempre hay que tener en cuenta que debe aplicarse los ajustes respectivos a las declaraciones para no incurrir en infracciones administrativas ó delitos tributarios.

Por otro lado, es importante tener claro **los efectos del uso de la contabilidad creativa**, entre los cuales podemos mencionar:

FALTA DE CONFIANZA

El efecto primordial es la pérdida de confianza en las empresas que muestran la información maquillada al público, como en los sujetos encargados de velar por la veracidad de la misma. Como ítem, podemos traer el caso **Enron**, que ha sido de mucha referencia en este tema, por haber disimulado durante mucho tiempo la realidad financiera crucial crítica, poniendo en tela de duda a todo el sector de auditorías contables. Cientos de firmas contables fueron y seguirán siendo afectadas. La consecuencia inmediata de este caso, fue la desaparición de unas las “*cinco grandes*” de la consultoría de empresas, la firma Arthur Andersen.

EXPANSIÓN DE DIFICULTADES

Siempre surge la interrogante *¿funcionan las leyes?*, como patrón tenemos el caso de la empresa “Ahold”, que cotiza sus acciones en Nueva York y por ende debiera estar sujeta a la Ley de Sarbanes – Oxley (la cual detallaremos más adelante), norma que fue creada a partir de los escándalos financieros que tuvieron lugar en USA, que obligaba a dar fe de la exactitud de las cuentas contables con todas las responsabilidades que trae consigo el falso testimonio. Algunos afirman que esta ley fue la que verdaderamente obligó a los auditores a examinar a la firma de una manera más exhaustiva, pudiendo detectar las prácticas irregulares que se estaban llevando a cabo. Puede denotarse que los auditores –algunas veces- no están detectando problemas contables e informándolos a tiempo ó actúan de manera deshonestas. El problema principal es el conflicto de intereses, pues quienes pagan y contratan esperan el resultado que desean.

Hay numerosas **formas de detección de contabilidad creativa**, siempre y cuando sea legal el uso de esta, no se requiere más que conocimientos particulares para poderlas identificar. Por ejemplo, solamente se requiere tener las cuentas anuales de cinco o más años; observar la existencia de resultados extraordinarios y los ejercicios anteriores para saber si han sido acondicionados; desmenuzar el informe de auditoría y revisar las notas de estados financieros con la finalidad de ver si hay cambios de criterios contables, salvedades, reubicación de cuentas ó partidas y si el auditor ha informado de ello, así como la influencia de estas técnicas en el resultado final. Es necesario también revisar los plazos de depreciación de activos fijos y compararlo con otras empresas del sector para descubrir si deprecian en los mismos plazos y si adoptan políticas agresivas o conservadoras. Es conveniente además, revisar las memoria anuales emitidas por alta gerencia y analizar las normas de valorización utilizadas, verificar los movimientos de reservas; tratamientos o autorizaciones especiales y las provisiones que existen.

Hay casos muy delicados para las empresas, como por ejemplo la **salida a Bolsa de Valores**, la posibilidad de venta, remoción del auditor, contador o junta directiva, son elementos claves que pueden determinar si se dio una manipulación adrede de la técnica contable.

Es toral considerar que algunas empresas varían sus criterios contables según la situación económica en que se encuentren. Es decir, si la economía es expansiva y de alto crecimiento, hay una tendencia de una técnica contable conservadora y fiscalizadora. Al empeorar la situación la técnica contable es menos conservadora y más inquieta.

El abuso de la contabilidad creativa se da, por lo general, cuando la economía es mala y por ende hay recesión. Los maquillajes legales ya no bastan y se llega al fraude. En la contabilidad creativa se cumple la normativa y se cambian criterios para intentar hacer una contabilidad conservadora o agresiva, pero no se busca llegar al fraude.

Podemos decir que es imposible limitar el uso exagerado de esta técnica contable, aunque sí una parte de ellos. Como soluciones se pueden reducir los criterios contables permitidos, dando una sola oportunidad y establecer normas que minimicen las opciones, evitando los resultados extraordinarios entre otras alternativas.

El **Rol de la Ética**, pues la ética de cualquier empleado se influencia por el clima ético de compañía donde trabaja. Sí por un lado puede haber un entorno que nos inflencie de actuar éticamente, por otro puede haber uno que nos lleve al lado contrario. Algunos escritores y periodistas dicen que en el caso **Enron** hubo un clima corporativo que contribuyó al ya conocido resultado.

El tema de ética no basta con un código de ética impreso y distribuido a los trabajadores, sino que hay que reforzarlo día a día, con conferencias, charlas, procesos y medidas para contrarrestar toda actitud contraria. El clima ético no es una cosa, sino un proceso. *Un clima ético o se desarrolla o se deteriora, se enriquece o se empobrece.*⁸ Por eso algunas empresas comprometidas con la ética, como modelo de negocio (pues buscan proyectar confianza a sus clientes), han optado por departamen-

8 Contabilidad creativa ¿un maquillaje a los estados financieros? Tesis de la Universidad de Chile, facultad de ciencias económicas y administrativas, pág 31

tos o personal destinado a velar por la ética en ciertas operaciones, tales como el caso del *Compliance Officer*.⁹

En el tema que nos ocupa, contabilidad creativa, la ética es fundamental para que se obre en el marco de la legalidad. Pueden existir un universo de normas, como el caso de USA, pero quien desee actuar de forma ilegal no habrá legislación que lo detenga.

Como colofón se dice que la contabilidad creativa mal empleada no habrá legislación que la detenga, por ser un tema que va más allá de la normativa, trasciende al mundo de los valores personales de los individuos.

Por casos como el de Enron, algunas empresas de auditoría han perdido la confianza de algunos accionistas para que auditen sus negocios. También cabe sumarle que hay demasiadas empresas donde los auditores han tenido funciones deplorables.

Como recomendación se puede decir que los miembros del comité de auditoría deben ser personas financieramente entendidas para comprender los balances y las respectivas notas de la empresa. Además, deben conocer el marco jurídico-contable y tributario, para examinar con lupa las operaciones de relevancia, especialmente aquellas que afecten los periodos contables y las estimaciones de utilidades para el trimestre o año. También, tienen que tener una retroalimentación

9 El Compliance Officer, es el encargado del cumplimiento normativo del mundo jurídico-empresarial, este término es anglosajón, pero su expansión es imparable en los países latinos, tiene como objetivo principal implementar los procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo en sentido amplio. www.diariojuridico.com

con el auditor externo en lo que respecta a su informe, específicamente de la manera que evalué que se están llevando a cabo los controles internos, pues al final el auditor externo trabaja para el comité.

Como desenlace de este tema, podemos repetir que aunque exista un marco jurídico-contable y tributario de amplio espectro fiscalizador, que permita regular las métricas de variables financieras y de partes relacionadas, no tendrá efecto alguno si los altos ejecutivos de las empresas quieren hacer “*el mago*” con los números y modifican a su conveniencia los balances y los auditores externos se hacen no reparan en observar que la radiografía económica de la empresa esta alterada para ser atractiva a inversores.

Como hemos venido repitiendo en todo este ensayo, es imposible acabar con el uso indebido de la contabilidad creativa, por todas las bondades económicas que brinda este tipo de técnicas contables.

Como una posible solución sería el crear normas que incidan la gravedad de dificultad de este tipo de prácticas. Por ejemplo:

Una normativa contable más detallada y concreta, que utilice una terminología clara y que establezca con precisión los criterios a aplicar. De este modo las lagunas y vacíos legales se minimizan.

Rigidez de normas, en el sentido que el abanico de opciones que poseen las empresas se vea reducido al que el legislador desea que sea. Algunos tratadistas exponen que: *“El campo de elección de métodos contables puede reducirse mediante la disminución de los principios contables permitidos o especificando circunstancias en que se aplicara cada uno. Exigir consistencia en la utilización de los mismos*

también ayuda, ya que una empresa que elige un método porque con éste logre la imagen deseada ese año, deberá utilizar el mismo método en circunstancias futuras donde el resultado puede ser menos favorable o quizás menos deseado”.¹⁰

La exigencia de **información abundante y clara** acerca de los criterios aplicados, hechos ocurridos tras el cierre fiscal, contingencias, etc., el momento de reconocimiento de las transacciones extraordinarias y su amplia utilización puede limitarse requiriendo evaluaciones periódicas de las partidas de las cuentas de manera que las ganancias o pérdidas por los cambios de valor se identifiquen en las cuentas periódicamente, en el momento en que se dan, en lugar de reflejarse solo en el final del año en que se realiza la transacción.

Con respecto a las transacciones artificiales, existe el principio contable que **“el fondo está por encima de la forma”**, donde la esencia económica de las operaciones y no la forma legal de las mismas, es lo que determina el parámetro contable.

Establecer **mecanismos de inteligencia fiscal** que permitan detectar parámetros de alertas sobre operaciones contables de las empresas, dando lugar a fiscalizaciones más periódicas y profundas sobre los sujetos obligados. Al tener una mayor fiscalización de las mismas, existirá un mayor riesgo de multas por infracciones o procesos por delitos tributarios que son prudente evitar por parte de las empresas.

10 Contabilidad creativa ¿un maquillaje a los estados financieros? Tesis de la Universidad de Chile, facultad de ciencias económicas y administrativas, pág 34

No obstante, también existe cierta responsabilidad que es trasladada del Estado - en su carácter de soberano - a los particulares, caso específico el de los auditores. Pues estos deben obedecer a una postura clara y firme cuando existen signos de creatividad contable mal intencionada. Sino de lo contrario se seguiría mancillando la figura del auditor, como se ha hecho en algunos casos por malas prácticas.

III. Normativa legal existente

En el **ámbito internacional**, podemos decir que:

En vista de los escándalos contables ocurridos en USA en el 2001 (*Enron, Worldcom, etc.*), se introdujo una iniciativa en el senado, cuyo como objetivo era restaurar la confianza en el sistema económico y que concentrara una serie de regulaciones y medidas drásticas contra las malas prácticas de negocio; la **Ley Sarbanes-Oxley**, fue emitida en el 2002.

Su ámbito de aplicación fue a todas las empresas estadounidenses y las extranjeras que coticen en bolsa de valores de USA, abarca también a sus filiales. Por lo que todas las filiales o subsidiarias de estas empresas deben ajustarse a la normativa y he ahí la importancia de inclusión en este ensayo, pues solo basta ver alrededor de nosotros para poder notar cuantas empresas que cotizan en USA tienen presencia en el país, solo para mencionar rápidamente puedo mencionar B2gold, Arcos Dorados (Mc Donalds), Walmart (Pricesmart), entre otras.

Esta ley implica la creación del **Consejo Supervisión Contable**, donde existe un registro de firmas auditoras, con lo que se pueda monitorear la labor de las fir-

mas auditoras bajo la supervisión de la SEC¹¹ (*Security Exchange Commission*). La delegación o subcontratación de firmas auditoras en Nicaragua es toral para el cumplimiento de estas obligaciones, pues cuando una firma auditora, por ejemplo, cualquiera de las *Big Four* es contratada para auditar una de estas empresas, el informe de auditoría es traducido y presentado ante este organismo en Estados Unidos.

Esta ley contempla la obligatoriedad de **comités de auditoría**, donde todos sus miembros deben ser independientes y todos los servicios de auditorías deben ser pre aprobados por el referido comité. La razón de ser de este es valorar los procesos internos de la empresa relacionados con riesgos y el ambiente de control, supervisar la presentación de información financiera y evaluar los procesos tanto de auditoría interna como externa.

Los ejecutivos de primer nivel poseen obligaciones como certificar ante el SEC que los informes de auditorías presentados son materialmente correctos. Señalar bajo juramento que han revelado al auditor y al comité cualquier deficiencia significativa en control Interno. Se prohíbe ocultar información a auditores. Por eso las empresas de auditorías internacionales confían estos trabajos en empresas auditoras de calidad, que presuponen una veracidad en todos sus actos. Las sanciones de incumplimiento de estas obligaciones son sancio-

11 Agencia del gobierno de Estados Unidos cuya responsabilidad principal es hacer cumplir las leyes federales de los valores y regular la industria de los valores, mercados financieros de la nación, así como las bolsas de valores, de opciones y otros mercados de valores electrónicos

nadas bajo la modalidad de delitos federales, con cárcel hasta por 20 años en caso de alteración.

A los **Gobiernos Corporativos** se les exige la adopción de un código de ética, eliminar préstamos personales a ejecutivos, que el C.E.O (*Chief Executive Officer* o Director General) firme la declaración anual del IR. Se establece la responsabilidad corporativa y criminal por fraude.

En cuanto a los auditores externos, la SEC establece la **Junta de Supervisión de Firmas de Contabilidad Pública** que tiene como facultad “auditar a los auditores”, además de prohibir ciertos servicios adicionales por parte de las firmas auditoras externas, cuando estas últimas ya han prestado uno anteriormente. Tal es el caso si una firma solicita servicios de auditoría externa, esta queda imposibilitada de prestar otros servicios tales como: servicios de contabilidad, contratación de ejecutivos, preparación de informes sobre proyecciones, valuaciones, servicios actuariales, asesoría como Director, funcionario o empleado, consejería legal, auditoría Interna, Intermediación Financiera, servicios de Banca de Inversión, etc. También existe la obligación de rotar al socio encargado de auditoría cada cinco años. No obstante, en nuestro país esto puede sufrir una leve distorsión, en el fáctico que TKMG o JTW, instruye a su filial una auditoría en TAERSK filial Nicaragua. Luego que se rinde el informe respectivo, TAERSK solicita una asesoría de planificación fiscal. En realidad, lo que podría pasar es que se preste el servicio, pero se factura bajo otra razón social o a carácter personal del asesor.

Está más que claro que esta ley tiene un alcance extraterritorial. Pues hay un vínculo estrecho con nuestro

país, por las filiales de empresas estadounidenses que se encuentran en el mismo. No obstante, ya podemos ver que hay una tendencia regulatoria a ese aspecto a nivel nacional, ya que en los últimos años tanto la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras (SIBOIF) y la Bolsa de Valores de Nicaragua, han incorporado una serie de medidas, las que solamente se enumeran a continuación, pues no es menester de este ensayo concentrarnos en ello:

En el **ámbito nacional**, si bien es cierto Nicaragua no ha tenido escándalos contables de la envergadura de USA, es importante destacar que existe normativa que pone de manifiesto la necesidad de una técnica contable dentro de los parámetros permitidos.

A) LA LEY DE MERCADO DE CAPITALES.

En la Ley 587, Ley de Mercado de capitales se establece el ente regulador, SIBOIF, como garante de la actividad de los mercados de capital.

En esta norma se consagra las funciones del Consejo Directivo de la Superintendencia facultando a establecer con carácter general las normas contables y de auditoria, de conformidad con las mejores prácticas internacionales sobre esta materia, así como la frecuencia y divulgación de las auditorías externas a que obligatoriamente deberán someterse los sujetos fiscalizados. Así mismo se dice que el informe de los auditores externos en todos sus extremos, se considerará información pública y las empresas de auditoria, que presten sus servicios a los participantes en el mercado de valores, deberán sujetarse a las normas que el Consejo Directivo de la Superintendencia dicte. La SIBOIF, está facultada para auditar sin previo aviso a es-

tas entidades en su contabilidad, por ello es relevante llevar una técnica contable acorde a los márgenes que la ley permite.

Por otro lado la SIBOIF ha dictado una serie de normas para tener en cuenta en el ámbito de la contabilidad de empresas que cotizan en Bolsa, veamos:

- Manual único de cuentas a Febrero 2007
- Resolución Manual único de cuentas de los Puestos de Bolsa
- Prohibición a los Directores y Agentes de Puestos de Bolsa
- Prohibiciones a los Principales Ejecutivos
- Reforma al Manual Único de Cuentas para los Puestos de Bolsa
- Norma sobre el Suministro de Información de Hechos Relevantes
- Norma sobre Sociedades Calificadoras de Riesgo
- Norma sobre Manual Único de Cuentas para las Instituciones Financieras del Mercado de Valores
- Norma sobre Plazo para la Actualización del Capital Social de las Bolsas de Valores
- Norma sobre Plazo para la Actualización del Capital Social de los Puestos de Bolsa
- Norma sobre Plazo para la Actualización del Capital Social de las Centrales de Valores
- Norma sobre Registro de Valores Desmaterializados
- Norma sobre Oferta Pública de Valores en Mercado Primario
- Norma sobre Negociación de Valores en Mercado Secundario

B) LEYES TRIBUTARIAS

En el ámbito tributario se han establecido una serie de normas con la finalidad de regular, penalizar y erradicar prácticas contables no deseables. Estas normas se orientan al cumplimiento de deberes formales y materiales dando a la administración un mayor control fiscal sobre las operaciones de los sujetos pasivos.

Las normas de mayor realce en cuanto a la posición del estado frente a la contabilidad creativa, las establece el código tributario en el título V, sobre Infracciones, sanciones y delitos.

Por ilícitos tributarios entendemos a la infracción tributaria (en sede administrativa) y el delito tributario (sede jurisdiccional), ambos con carácter punitivo y sancionador.

Veamos de manera somera¹² las relativas a las infracciones administrativas que tipifica el **Arto. 126 del Código Tributario**, al decir que:

“Son infracciones administrativas tributarias por incumplimiento de deberes y obligaciones de los contribuyentes y responsables: 1. No inscribirse en los registros pertinentes, ni aportar los datos necesarios ni comunicar oportunamente sus modificaciones, cuando hubiera obligación de hacerlo. 2. No inscribir los libros y registros contables que debe llevar el Contribuyente de acuerdo con las disposiciones legales vigentes; 3. No firmar estados financieros, declaraciones y otros documentos de aplicación”

12 No es objeto de este ensayo entrar en la naturaleza jurídica de cada una de las conductas de omisión y el bien jurídico protegido en ellas.

fiscal, cuando lo requieran las normas tributarias; 4. No gestionar ante la Administración Tributaria, autorización para realizar actos o actividades permitidas por las disposiciones tributarias vigentes, siempre que hubiere obligación legal de gestionar tal autorización. 5. No facilitar a los funcionarios autorizados por la Administración Tributaria para la realización de las inspecciones y verificaciones de cualquier local, almacén, establecimiento comercial o industrial, oficinas, depósitos, buques, camiones, aeronaves y otros medios de transporte; y no suministrar las informaciones que les fueren solicitadas en base a la ley y documentación respectiva de respaldo, cuando la Administración Tributaria así lo requiera; 6. No comparecer ante la Autoridad Tributaria, personalmente o por medio de apoderado legalmente autorizado, cuando su presencia sea requerida formalmente para suministrar información de interés tributario; 7. No suministrar cualquier información relativa a la determinación de los impuestos o que sirva para fijar correctamente el monto a cobrar por tal concepto, y su efectiva fiscalización, debiendo contestar consecuentemente, las preguntas que se les hagan sobre ventas, rentas, ingresos, gastos, bienes, depreciaciones, deudas, y en general, sobre circunstancias y operaciones que tengan relación con la materia imponible; 8. No conservar en buen estado por el tiempo de la prescripción de los tributos, los libros, registros y documentación de interés tributario, así como los soportes, en que conste el cumplimiento de sus obligaciones tributarias; 9. No mantener actualizados los libros y registros contables; entendiéndose que están actualizados, cuando el retraso del registro de operaciones contables no exceda de tres meses; y, 10. No efectuar levantamien-

to de inventario físico al final del período gravable autorizado”. Subrayado es propio.

Como se podrá observar en la normativa lo que se busca es poder minimizar incidencias y falta de datos que permitan facilitar una doble contabilidad o manejos impropios de técnicas contables.

Igualmente, con el ánimo de mermar la intención de reajuste o reparaciones posteriores a la presentación de declaraciones por parte de los contribuyentes que permitan tergiversar la información contable a fin del cierre del año fiscal, se establece en el arto 134 del mismo cuerpo de leyes lo siguiente:

“Incorre en omisión de presentación de declaraciones bajo advertencia del delito de falsedad en materia civil y penal, el contribuyente o responsable que estando obligado por disposición legal, no cumple con dicha obligación. Incorre en presentación tardía, cuando lo hiciera fuera de los plazos determinados por las leyes o reglamentos respectivos. La declaración incompleta o errónea, la omisión de documentos anexos a la declaración o la presentación incompleta de éstos que puedan inducir a la liquidación de un impuesto inferior al que corresponda, será sancionada administrativamente aplicando lo dispuesto en el artículo 127, numeral 3 del presente Código, salvo que el contribuyente demuestre Causa Justa de conformidad a lo estipulado en el artículo 129 del presente Código”. Lo subrayado es propio.

Así mismo, es retomado el principio contable que mencionamos atrás que el **“el fondo está por encima de la forma”**, en el arto 136 del referido código, cuando dice;

“Incurrir en Contravención Tributaria el que mediante acción u omisión, disminuya en forma ilegítima los ingresos tributarios u obtenga indebidamente exenciones u otros beneficios tributarios”. Lo subrayado es propio.

Podemos observar que el espectro de consideraciones como contravenciones se extiende genéricamente a toda **“acción u omisión”** que sin atención a la normativa legal busque evadir los pagos de impuestos, pareciendo que el margen puede ser demasiado amplio y dar lugar a abusos o consideraciones erróneas. Tal situación no es así, pues el siguiente artículo, 137 aclara que se sancionará –siendo taxativa– los siguientes casos:

“...1. Se han adoptado conductas, formas, modalidades o estructuras jurídicas con la intención de evitar el pago correcto de los impuestos de ley; 2. Se lleven dos o más juegos de libros o doble juego de facturación en una misma contabilidad para la determinación de los tributos; 3. Existe contradicción evidente no justificada entre los libros o documentos y los datos consignados en las declaraciones tributarias; 4. No se lleven o no se exhiban libros, documentos o antecedentes contables exigidos por la ley, cuando la naturaleza o el volumen de las actividades desarrolladas no justifiquen tales circunstancias; 5. Se ha ordenado o permitido la destrucción, total o parcial de los libros de la contabilidad, que exijan las leyes mercantiles o las disposiciones tributarias; o utilice pastas o encuadernación, en los libros a que se refiere la fracción anterior, para sustituir o alterar las páginas foliadas; 6. No se ha emitido facturas o documentos soportes por las operaciones reali-

zadas; o emitirse sin los impuestos correspondientes; 7. Se brindan informaciones falsas, o de conductas y actos que tienden a ocultar la verdad del negocio a las autoridades fiscales competentes; 8. Cuando hay omisión dolosa o fraudulenta en las declaraciones que deben ser presentadas para efectos fiscales o en los documentos para su respaldo y faltan en ellas a la verdad, por omisión o disminución de bienes o ingresos; 9. Cuando en sus operaciones de importación o exportación sobrevaluó o subvaluó el precio verdadero o real de los artículos, o se beneficia sin derecho de ley, de un subsidio, estímulo tributario o reintegro de impuestos; 10. Cuando elabora o comercia clandestinamente con mercaderías gravadas, considerándose comprendida en esta norma la evasión o burla de los controles fiscales; utiliza indebidamente sellos, timbres, precintos y demás medios de control, o su destrucción o adulteración; la alteración de las características de la mercadería, su ocultación, cambio de destino o falsa indicación de procedencia; y, 11. Cuando aproveche exenciones o exoneraciones para fines distintos de los que corresponde y determina la ley. 12. El responsable recaudador que no entere a la Administración Tributaria el monto de los impuestos recaudados; 13. Quienes sin tener la obligación de trasladar el IVA, ISC y IECC lo cobren; y 14. Quienes cobraren el IVA y el ISC en operaciones no gravadas y se lucraren con su producto por no enterarlo a la Administración Tributaria”. Lo subrayado en propio.

Podemos ver en esta clasificación de acciones, que está más encaminada a tipificar conductas impropias dando especial énfasis a la fe pública, deber de lealtad, erario

público y el orden socio económico, como bienes jurídicos tutelados en el derecho tributario sancionador.

C) CÓDIGO PENAL

En los delitos tributarios como tales, según la tipificación de la normativa penal nicaragüense, tenemos que el arto 303 Pn, establece que se considerará defraudación tributaria cuando se beneficie ilegalmente de un estímulo fiscal o reintegro de impuestos; se omita el deber de presentar declaración fiscal o **suministre información falsa; se oculte total o parcialmente la realidad de su negocio en cuanto a producción de bienes y servicios o montos de ventas;** se incumpla el deber de expedir facturas por ventas realizadas o recibos por servicios profesionales prestados; y se omita el pago de impuestos mediante timbre o sellos fiscales en los documentos determinados por la ley.

Estas normas son aplicables tanto a nivel municipal, regional y nacional. Es importante reconocer que, en materia penal, un solo hecho puede lesionar varios bienes jurídicos protegidos. Siendo el fáctico que una contabilidad creativa llevada en modalidad de fraude puede perfectamente lesionar los intereses de uno o varios Municipios y los de la Dirección General de Ingresos simultáneamente.

Igualmente en caso de empresas, la sanción por este tipo penal puede recaer en el directivo, socio o empleado (siendo en modalidad outsourcing, subcontratado, servicios profesionales o de planilla), teniendo en cuenta las teorías de las responsabilidades penales pertinentes, tales como la **Teoría de la Ficción de Sa-**

vigny¹³, la Teoría de la realidad de **Gierke**¹⁴ y la Teoría de la responsabilidad penal individual, en base a las cuales el legislador plasmó hasta la posibilidad de poder disolver mediante sentencia penal la personalidad jurídica en caso de reincidencia.

El arto 310 Pn habla específicamente de **delitos contables** y dice:

“Será sancionado con prisión de seis meses a tres años y de noventa a ciento veinte días multa, el que debiendo llevar por ley contabilidad mercantil, libros o registros tributarios para satisfacer las obligaciones

- 13 “(...) Afirma (Savigny) que las únicas personas existentes en el mundo real son las personas físicas. En cambio, las personas jurídicas son creaciones del legislador justificadas por el interés social que ellas despiertan en la comunidad. Por ello, el legislador es quien tiene el derecho de someter esta clase de personas a su vigilancia y, según el caso, hasta puede quitarles su personalidad y disolverla (...) es imperioso aclarar que la teoría de las ficciones nutre del concepto de derecho subjetivo, es decir, el derecho importa un poder de obrar atribuido a la voluntad, en consecuencia, sujeto de derecho sólo puede ser el hombre, ya que es el único dotado de ella”. *Responsabilidad de las personas jurídicas*, www.cijul.com. T
- 14 “Para este autor, la persona corporativa es una persona real formada por seres humanos reunidos y organizados para la consecución de fines que traspasan la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y de acción, que no es una simple suma de voluntades humanas, sino, por el contrario, una voluntad nueva y superior. Así, la persona jurídica encarna una individualidad propia, no accesoria de sus integrantes humanos, que manifiesta su voluntad colectiva o social a través de sus órganos” “Esta concepción acude al concepto de “organismo” es decir, un todo o conjunto, compuesto de partes u órganos, cuyo funcionamiento, combinado, constituye el fundamento del todo. Es menester aclarar que esta conceptualización en nada se relaciona con el concepto biológico de la palabra (...)” *Responsabilidad de las personas jurídicas*, www.cijul.com

con el Fisco: a) Lleve dos o más libros similares con distintos asientos o datos, aun cuando se trate de libros auxiliares o no autorizados, para registrar las operaciones contables, fiscales o sociales; b) Oculte, destruya, ordene o permita destruir, total o parcialmente, los libros de contabilidad que le exijan las leyes mercantiles o las disposiciones fiscales, dejándolos ilegibles; o, c) Sustituya o altere las páginas foliadas en los libros a que se refiere el literal b). En caso de que el beneficiario con la infracción contable fuere una persona jurídica, responderán por ella las personas naturales involucradas. En caso de reincidencia por este delito, se aplicará la pena en su límite máximo superior y pena de trabajo en beneficio de la comunidad de treinta a cien días, por un período no menor de dos horas diarias”.

Podemos notar que en el ámbito contable no se establece normativa penal alguna sobre el uso particular de técnicas prefabricadas que permitan acomodar la técnica contable a beneficio del usuario en completo respeto a las normas de contabilidad.

Como **delitos económicos relacionados**, podemos decir que en al ámbito de la quiebra de personas jurídicas tenemos el arto 258 Pn que habla de la **quiebra fraudulenta**, y dice:

“Será sancionado con pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para ejercer el cargo, profesión u oficio por el mismo período la persona declarada en quiebra fraudulenta que, en perjuicio de sus acreedores, realice alguno de los siguientes actos: a) Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas; b) Sustraer u ocultar activos que correspondan a la masa patrimonial o no justificar

su salida o cancelación; c) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor con el objeto de aparentar obligaciones; d) Transferir o enajenar maliciosamente a cualquier título los activos antes de ser declarado en estado de quiebra; e) Falsear balances y estados financieros; f) Llevar a cabo negociaciones con instrumentos monetarios o los activos con la intención de reducir o simular una disminución de la masa patrimonial; g) Llevar duplicidad de los libros contables o llevarlos falsamente; h) Pagar dividendos de utilidades que manifiestamente no existían, con el ánimo de disminuir el patrimonio de la sociedad; i) Distribuir dividendos ficticios o ganancias que no han sido percibidas, o aquellas cuya distribución ha sido prohibida por autoridad competente. También comete este delito el socio, directivo o funcionario que por razón de su voto o cargo o de cualquier otro modo, hubiere procurado ventajas sobre el activo de la entidad declarada en quiebra o que a consecuencia de su acción dolosa u operaciones fraudulentas, condujeran a la quiebra de la sociedad”. El subrayado es propio.

En el caso de las personas naturales, encontramos el arto 260 Pn que habla de la **insolvencia fraudulenta** y cita:

“El deudor no comerciante concursado civilmente que dolosamente para defraudar a sus acreedores oculte, altere, falsee o deteriore información contable o situación patrimonial, será sancionado con pena de seis meses a dieciocho meses de prisión”. El subrayado es propio.

En el caso de las empresas que cotizan en bolsa encontramos los siguientes artículos del mismo cuerpo de leyes que son aplicables:

“Art. 264 Ofrecimiento fraudulento de efectos de crédito. Quien ofrezca al público bonos, acciones u otro tipo de obligaciones de sociedades mercantiles, disimulando u ocultando hechos o circunstancias verdaderas, o afirmando hechos o circunstancias falsas, que puedan causar perjuicios a tercero, será penado con prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial por el mismo período de la condena para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio. La pena podrá ser incrementada hasta el doble en sus límites mínimo y máximo, cuando el delito se ejecute a través de una entidad que realiza oferta pública de títulos valores”. El subrayado es propio.

Cabe ver la responsabilidad de las empresas auditoras y auditores cuando emiten informe de la situación económica de las empresas que cotizan en bolsa, por ello el informe debe ajustarse de manera imparcial a las normativas de la SIBOIF. En Nicaragua debido al crecimiento lento que este mercado de valores tiene, no se ha puesto mucho ojo en este tipo de situaciones, donde en caso de hacerse lo más seguro es que se tendrá que hacer algún ajuste normativo.

“Art. 265 Publicación y autorización de balances falsos. El socio, directivo, gerente, vigilante, auditor, contador, o representante de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación o de un comerciante individual, que a sabiendas y en perjuicio de otro, autorice o publique un balance, un estado de pérdidas y ganancias, memorias o cualquier

otro documento falso o incompleto relativo a la situación patrimonial de la sociedad o del comerciante individual, será penado con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio. La pena podrá ser incrementada hasta el doble en sus límites mínimo y máximo, cuando el delito se ejecute a través de una entidad que realiza oferta pública de títulos valores”. El subrayado es propio.

Dicho artículo está concatenado con el bien jurídico que se buscó proteger en la **Ley Sarbanes-Oxley**. El criterio de responsabilidad para cada uno de los partícipes y copartícipes puede tener más implicancia de la que se aprecia en la normativa, pues solo cabe preguntarse *¿Qué tanto se considera que debe saber un socio sobre el manejo de una empresa donde solamente es accionista? ¿Hay obligación para el socio, directivo, gerente y vigilante de corroborar la información presentada por el contador? ¿Es exigente para cualquiera de estas personas mencionadas, el no tener conocimientos financieros?* Pareciera que es más complicado de lo que parece.

“Art. 266 Manipulación de precios del mercado de valores. Quien, con ánimo de obtener un beneficio para sí o para un tercero o de perjudicar a otro, haga subir, bajar o mantener el precio de valores negociables en bolsa, mediante la afirmación o simulación de hechos o circunstancias falsas o la deformación u ocultación de hechos o circunstancias verdaderas, de modo que induzca a error sobre las características esenciales o perspectivas promisorias de la inversión o las emisiones, será sancionado con pena de tres a cinco años de prisión, e inhabilitación es-

pecial por el mismo período para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio”. Lo subrayado es propio.

Nótese que la norma establece que no es necesario tener un beneficio directo de la acción u omisión para ser considerado responsable directo, debido que ser delitos que requieren de una ingeniería financiera e intelectual, sería casi imposible establecer responsabilidades directas sobre personas que hayan ocultado sus beneficios de la acción u omisión respectiva.

“Art. 271 Fraude en la facturación. Quien, en perjuicio del consumidor y por cualquier medio, altere las facturas a través del establecimiento de cantidades superiores por productos o servicios, incluya en ella conceptos de cobros indebidos o altere los valores legales o contractualmente establecidos, o los instrumentos de medición de pesos o medidas para incrementar información con el mismo objeto o efecto; será sancionado con prisión de seis meses a dos años y de trescientos a quinientos días multa. La pena se incrementará en un tercio en sus límites mínimo y máximo cuando la conducta recaiga sobre artículos de primera necesidad o servicios públicos”. Lo subrayado es propio.

Es común saber que los soportes contables de las facturas emitidas representan un gran nivel de discrepancias en ciertos cruces de información que se realiza en las administraciones tributarias.

“Art. 278 Gestión abusiva. El directivo, gerente, vigilante, auditor, representante legal, administrador de hecho o de derecho o socio de una entidad mercantil o civil, con o sin fines de lucro, que adop-

te o contribuya a tomar alguna decisión o acuerdo abusivo en beneficio propio o de terceros, en grave perjuicio de la empresa o entidad, será penado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer profesión, oficio, industria o comercio. La misma pena se impondrá cuando las personas mencionadas en el párrafo anterior alteren cuenta o información financiera con el objeto de presentar una situación distorsionada de forma idónea para causar perjuicio económico de la entidad, a alguno de los socios o terceros". Lo subrayado es propio.

Este es un artículo de mucho cuidado en un tema de planificación fiscal con uso de la contabilidad creativa. Pues, en el fáctico que se tenga una sociedad cuya finalidad no es más la tercerización de un servicio para la actividad principal, siendo los mismos socios y parte de un holding empresarial. Siempre existe una tendencia a proteger o capitalizar a la sociedad principal dejando al descubierto la otra sociedad la que, en caso de dividir una deuda en tres periodos fiscales, para efectos del IR u otra estrategia permitida por la ley, podría ser objeto de un proceso de fiscalización – regular, no extraordinario - que puede despuntar en una sanción administrativa con remisión a las autoridades penales. Si bien es cierto difícilmente puede establecerse responsabilidad penal por este accionar, porque no hay afectado ya que todos comulgan idénticos intereses, serviría perfectamente para demostrar que está inmerso en una de las causales del arto 303 Pn.

“Art. 279 Autorización de actos indebidos. El directivo, gerente, vigilante, auditor o representante legal de derecho o de hecho, de una sociedad cons-

tituida o en formación que, a sabiendas, preste su concurso o consentimiento para la realización de actos contrarios a la ley o a los estatutos, de los cuales pueda derivar algún perjuicio para su representada o el público, será penado con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer cargo, profesión, oficio, industria o comercio. La pena podrá ser incrementada hasta el doble en sus límites mínimo y máximo, cuando el delito se ejecute a través de una entidad que realiza oferta pública de títulos valores”. Lo subrayado es propio.

Cuando se habla de actos contrarios a la ley, caben todos los supuestos facticos mencionados en la normativa penal y administrativa en los que puede existir responsabilidad por el uso de técnicas de contabilidad creativa. Ejemplifiquemos con una autorización de contratar un préstamo con una parte relacionada, a un interés mucho más alto o bajo que los del mercado, donde reflejará una pérdida o ganancia diferentes a los normales y según sea la finalidad perseguida se hará la amortización de ese préstamo sea en un solo periodo o en varios, de conformidad a los criterios tributarios se debe de ajustar la base imponible, pero ¿se contraria la ley si se le da el tratamiento tributario común a esta contratación? A mí criterio sí, pues dependiendo de la envergadura económica de la transacción se podrá estimar si amerita una infracción o es un delito tributario.

“Art. 280 Delitos contra el sistema bancario y financiero. El socio, director, gerente, administrador, vigilante, auditor externo o interno, representante legal, funcionario o empleado de bancos, ins-

tituciones financieras no bancarias y grupos financieros, supervisadas por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que a sabiendas o debiendo saber, directa o indirectamente realice actos u operaciones, que, con abuso de sus funciones propias, causen graves perjuicios patrimoniales a los depositantes, sus clientes, acreedores, socios de su respectiva entidad, a la estabilidad del Sistema Bancario y Financiero o al Estado, será sancionado con la pena de seis a ocho años de prisión e inhabilitación especial para ejercer la profesión, oficio, industria o comercio por el mismo período y de trescientos a mil días multa. Serán sancionados con pena de cinco a siete años de prisión e inhabilitación especial por el mismo período para ejercer cargos en el Sistema Financiero y de trescientos a mil días multa, quien a sabiendas o debiendo saber, oculte, altere, desfigure, distorsione o destruya información, datos o antecedentes de los balances financieros, libros de actas, libros contables, cuentas, correspondencia u otros documentos propios de la institución, con el fin de causar perjuicio a la misma, o con la intención de evitar o dificultar la labor fiscalizadora de la Superintendencia de Bancos y de Otras Instituciones Financieras o tratar de impedir que se conozca la realidad patrimonial de la institución o que se identifique verazmente el origen del capital invertido...” Lo subrayado es propio.

El interés para evitar técnicas de contabilidad creativa en este tipo de actividades comerciales es crucial para la economía de un país, pues es considerado que los bancos son fiel reflejo de la economía de una nación y es interés primordial darle seguridad al ciudadano sobre este tipo de entidades, así como a los inversores.

“Art. 282 Lavado de dinero, bienes o activos. Quien a sabiendas o debiendo saber, por sí o por interpósita persona, realiza cualquiera de las siguientes actividades: a) Adquiera, use, convierta, oculte, traslade, asegure, custodie, administre, capte, resguarde, intermedie, vendiere, gravare, donare, simule o extinga obligaciones, invierta, deposite o transfiera dinero, bienes o activos originarios o subrogantes provenientes de actividades ilícitas o cualquier otro acto con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos vinculados entre sí, independientemente que alguno de estos haya ocurrido dentro o fuera del país; b) Impida de cualquier forma la determinación real de la naturaleza, origen, procedencia o vinculación de dinero, bienes, activos, valores o intereses generados de actividades ilícitas; o asesore, gestione, financie, organice sociedades y empresas ficticias o realice actos con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, sea en un solo acto o por la reiteración de hechos vinculados entre sí, independientemente que hayan ocurrido dentro o fuera del país; c) Suministre información falsa o incompleta a, o de entidades financieras bancarias o no bancarias, de seguros, bursátiles, cambiarias, de remesas, comerciales o de cualquier otra naturaleza con la finalidad de contratar servicios, abrir cuentas, hacer depósitos, obtener créditos, realizar transacciones o negocios de bienes, activos u otros recursos, cuando estos provengan o se hayan obtenido de alguna actividad ilícita con el fin de ocultar o encubrir su origen ilícito; d) Facilite o preste sus datos de identificación o el nombre o razón social de la sociedad, empresa o cualquier otra entidad jurídica de la que sea socio o accionista o con la que tenga algún vínculo, esté o

no legalmente constituida, independientemente del giro de la misma, para la comisión del delito de lavado de dinero, bienes o activos o realice cualquier otra actividad de testaferrato; e) Ingrese o extraiga del territorio nacional bienes o activos procedentes de actividades ilícitas utilizando los puestos aduaneros o de migración: terrestres, marítimos o aéreos o cualquier otro punto del país; f) Incumpla gravemente los deberes de su cargo para facilitar las conductas descritas en los literales anteriores...”. El subrayado es propio.

Por ser la contabilidad creativa una técnica contable que al manejarse con demasiada pericia, puede ser muy fácil ocuparla en sentido inverso; es decir en vez de mitigar impuestos por medios legales, se pueden generar actividades económicas súper rentables donde realmente no las hay, es por eso que es recomendable tener en cuenta que tipo de actuaciones podrían hacer incurrir en los supuestos del párrafo anterior al usuario de ellas.

“Art. 285 Falsedad ideológica. Las penas previstas para la falsificación material de instrumento o documento público o privado son aplicables a quien inserte o haga insertar en un documento o instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar”. Lo subrayado es propio.

Hay que recordar que las algunas declaraciones que se hacen en los formularios proporcionados por las administraciones tributarias tienen el carácter de documentos públicos y todo lo que se plasme en ellas está investido por las mismas calidades de la declaración jurada y las penas por falso testimonio. Sí lo plasmado

ahí falta a la verdad y además es utilizado (como debe ser), puede perfectamente ser tenido en juicio como falsedad ideológica.

“Art. 311 Fraude en los subsidios, concesiones o beneficios estatales. Quien, mediante alteraciones fraudulentas en los estados contables, ocultamiento de la situación patrimonial de la empresa o falsas declaraciones bajo promesa de ley, obtenga un subsidio, concesión o beneficio estatal superior a la suma equivalente a veinte salarios mínimos mensuales del sector industrial, será penado con prisión de uno a tres años y de trescientos a seiscientos días multa”. Lo subrayado es propio.

En base a este artículo se considera alteración fraudulenta, la que se hace con dolo, con el propósito de obtener un beneficio, es carente a la verdad. Cabe recordar que la contabilidad creativa es permitida por la ley en el cuanto se obre de la normativa contable vigente y esta no contrarié las normas tributarias y comunes.

IV. Casos Reales de Contabilidad Creativa

A) CASO ENRON

Enron en el 2000 fue la compañía más grande de electricidad del mundo. Se fundó en el '85 al fusionar las empresas Houston Natural Gas & Internorth, en el '99 sus ventas fueron por US\$ 40.112 millones, dando una utilidad de US\$ 893 millones. En el año 2000, las utilidades fueron cercanas a US\$ 100.000 millones. Ese mismo año fue clasificada como la 6° compañía más grande del mundo. Su acción llegó a costar, US\$ 90,56 en agosto del mismo año, rompiendo esquemas históricos.

En febrero de 2001, Jeff Skilling asume como nuevo gerente general. Kenneth Lay, su predecesor, se mantiene como presidente de la junta directiva. Siete meses después, Skilling renuncia por razones personales. Lay reasume como gerente general. Desde Wall Street se le comienza a exigir a la empresa información financiera más detallada. En octubre, Enron reporta su primera pérdida trimestral en más de 4 años, luego de haber reconocido US\$ 1.000 millones por malos negocios relacionados. Un mes más tarde, Enron **corrige ganancias** desde 1997 a la fecha (entre otras cosas, había sobrestimado ganancias por unos US\$ 600 millones). A comienzos de diciembre, Enron pide la quiebra, constituyéndose en la bancarrota más grande en la historia de los Estados Unidos. Al día siguiente, se despidieron 4000 empleados.

En ese mismo mes, ejecutivos de *Arthur Andersen*, la firma auditora de Enron, declaran ante el Congreso de USA que advirtieron a la empresa acerca de “**posibles actos ilegales**”, luego de que la empresa se negara a proveer de información clave a Andersen. A comienzos del 2002, Andersen admite que algunos de sus empleados se deshicieron de documentos en relación con la auditoría a Enron. Posteriormente el Departamento de Justicia abre una investigación criminal contra la empresa y el valor de cada acción cayó a \$0.67. Una semana después, la bolsa de Nueva York saca de la bolsa las acciones de Enron.

Pero, *¿Qué fue lo que pasó?* Podríamos resumir: **fraude contable**.

Enron utilizó la metodología de contabilidad creativa para esconder su elevado nivel de deuda. Esto lo hizo mediante la utilización de entidades de propósito es-

pecial (*Special Purpose Entities*¹⁵), cuentas no consolidadas y no incluidas en el balance. Enron reconoció la existencia de estas cuentas, las que de haber estado consolidadas en el balance de la empresa, habrían implicado aumento de US\$ 628 millones en la deuda de la empresa y una reducción de US\$ 591 millones en sus utilidades.

Lo más llamativo de este caso, fue la participación de *Andersen*, la empresa auditora. Esta no sólo fue negligente al ignorar la presencia de estas cuentas fuera del balance, sino que encubrió la práctica, llegando hasta el punto de eliminar ciertos documentos que evidenciaban la verdadera situación contable y financiera de Enron y el conocimiento que *Andersen* tenía de ésta. Por tecnicismos legales en Junio de 2005 el Tribunal Supremo de USA revocó la sentencia que condenó en el año 2002 a *Andersen* por obstruir a la justicia en su investigación del caso Enron. Pero eso no evitó que la misma quebrara.

- 15 Un Vehículo de Propósito Especial o Entidad de Propósito Especial (SPE) es una empresa que se ha creado exclusivamente para una determinada transacción financiera o una serie de transacciones. En algunos casos, puede diferir de una empresa propiamente dicho y tomar una forma similar a un “trust” o “fideicomiso”. Estas entidades se utilizan para otras operaciones, incluyendo las titulaciones y emisión de bonos catástrofe*. Las SPV también pueden eliminar los activos o pasivos de los balances, transferir riesgos y (en titulaciones) permiten la venta eficaz de los cash flows futuros. El efecto de las SPVs en las cuentas dio y da lugar a muchos abusos. Las SPVs han sido utilizadas para manipular cuentas muy grandes, por ejemplo Enron.*Los bonos de catástrofe (también conocidos como CAT Bonds) son los riesgos vinculados a los valores que transmiten un conjunto específico de los riesgos de un patrocinador para los inversores. Tomado de www.latinforex.com

Como antecedente podemos exponer que desde hace un par de décadas existe una tendencia importante entre la necesidad de renovar el modelo tradicional de contabilidad y la necesidad de hacer más estrictas las regulaciones que impidan fraudes como los de Enron. El modelo contable actual es considerado desfasado incapaz de adaptarse a la realidad actual, donde existen grandes activos, con valores considerables para la empresa. Pero, ¿cómo valorar activos intangibles mediante el sistema del costo histórico? Ya se ha superado en algunos casos y legislaciones temas como el valor de la marca, el dominio web de la marca. Pero en nuestra realidad esto toma distancia entre el valor en libros de los activos y valor real de mercado. **Es por esto que se permite e incluso se considera deseable que las empresas puedan excluir ciertas cuentas del balance, en la medida en que queden registradas claramente en las notas para su correcta y oportuna apreciación. Lamentablemente, estas prácticas han escapado de los márgenes aceptables.**

Como tocamos anteriormente en este ensayo normalmente lo que hubo en este caso fue **conflictos de intereses**. Los puntos más torales de intereses relacionados fueron en la **relación accionistas – ejecutivos** (propietario - agente); y, el **rol de la auditora Arthur Andersen** (auditoría-consultoría).

Los ejecutivos de Enron no cumplieron con su obligación fiduciaria como agentes de los accionistas, esto es, actuar en beneficio de quienes los contrataron. *“La teoría de la agencia sugiere que los ejecutivos tienen poderosos incentivos económicos para revelar sólo la información que les da a ellos o a la organización una ventaja estratégica”*. En Enron se dio esto y más. Sus directores en un número

mayoritario eran a su vez ejecutivos de la empresa, lo que hizo que la natural asimetría de información existente entre ellos y los accionistas creciera desmedidamente al ocultar deudas y pérdidas importantes en las que la empresa había incurrido. Las irregulares cuentas fuera de balance no fueron cuestionadas, sea por la negligencia de algunos, sea por los intereses en juego de esa mayoría que también cumplía rol ejecutivo.

Se abuso del esquema *stockoptions*, esto a su vez presenta un problema más, ya que no se reconocen contablemente como gastos, lo que a inflar las utilidades. En teoría, estas opciones buscan incentivar a los ejecutivos, alineando sus objetivos con los de los accionistas (aunque a la fecha no se ha probado tal afirmación). En el caso de Enron el incentivo funcionó, pero perversamente. Los ejecutivos deliberadamente ocultaron y manipularon información contable y financiera con el objeto de mantener el precio de la acción lo más alto posible en el corto plazo, permitiéndoles vender sus *stockoptions* en el mercado y alcanzando jugosas ganancias.

Por otro lado, además de auditor de Enron a Anderson se le encomendaron varias tareas de consultoría. Esta práctica, como dijimos anteriormente era muy común en la industria de las auditorías. Anderson percibió US\$ 52 millones de Enron facturados a nombre de la empresa auditora, sin meter las demás ganancias individuales de los auditores en carácter de ejecutivos de Enron.

B) CASO PARMALAT

Parmalat Finanziaria SpA, “Parmalat”, es la compañía italiana del rubro alimentos que fue declarada insol-

vente por una corte italiana, luego que se revelaran importantes problemas financiero-contables, con un faltante de miles de millones de euros. A este caso se le ha llamado “**El Enron europeo**”.

PARMALAT, es un grupo industrial en Italia, que contaba en el año 2003, con cerca de 36.000 empleados repartidos en 30 países, había acumulado enormes deudas en los últimos años en su evolución para convertirse en una multinacional del sector alimentario, conocido en especial gracias a sus productos lácteos. En su crecimiento contó con el apoyo de algunos de los más importantes bancos del mundo, entre ellos **Bank of América, Merrill Lynch, JP Morgan, Chase Manhattan y Citigroup**.

Nicaragua es el país sede de la Filial Parmalat Centroamérica, que se vio afectada en el año 2003, a raíz de problemas de liquidez, cuya razón primordial eran los escándalos de su casa matriz en Italia, donde se vio envuelta en un fraude corporativo millonario. Para poder entender la trascendencia de lo acaecido en Nicaragua, es necesario primeramente abordar el tema ocurrido en Europa;

Para las autoridades Italianas, todo estaba en orden hasta el día anterior al que se denunciara por parte del *Bank of América*, la falsedad de un supuesto depósito que garantizaba la existencia de 3.950 millones de euros en una cuenta de una compañía “*off-shore*”, llamada *Bonlat*, que era filial de Parmalat Italia en Islas Caimán, lo cual derivó en la declaración de insolvencia de la empresa.

El fraude denunciado por *Bank of América*, se cometió con medios muy sencillos: control de la correspon-

dencia de los auditores, recibos bancarios falsificados con un scanner y una fotocopidora y cambios de domicilio social, para no tener que cambiar de auditor, como exige la ley italiana, con lo cual era más sencillo engañar al auditor tradicional, que continuaba haciendo su trabajo con la despreocupación nacida de la confianza ganada con una documentación uniforme e históricamente falsa.

Sin embargo, el fraude es más complejo de lo que aparenta ser, ya que existen una serie de sociedades instrumentales en las islas caimán, el que se consideraba en ese entonces un paraíso fiscal, así como entidades bancarias, firmas auditoras, bolsa de valores, abogados, contadores, etc, que se encuentran intrínsecamente ligadas a las operaciones que detonaron en el fraude corporativo más grande de Europa, según algunos diarios internacionales.

La empresa falsificaba sus balances desde hacía 15 años con la complicidad de un grupo de bancos nacionales e internacionales (según acusación de la fiscalía), que contribuían a disimular las pérdidas y disfrazar las inversiones con complejos esquemas y de una estructura estable de ejecutivos leales a **Calisto Tanzi**, presidente y principal accionista, quien reinaba con estilo patriarcal.

Durante sus años como director financiero de Parmalat, **Fausto Tonna** fue el principal creador de la trama ilegal alegando que fue por orden de **Calisto Tanzi**, quien intentó dejarle con un muerto en las manos negando haber dado orden de destruir la contabilidad B y los computadores utilizados para falsificar las cartas de *Bank of America* que certificaban depósitos de 3.950 millones de euros a favor de *Bonlat* en las Islas

Caimán. Al parecer, un contador del grupo interrogado por los fiscales milaneses, confesó que habían utilizado un escáner para copiar el logotipo de *Bank of América* y falsificar el documento en el que se acreditaban los 3.950 millones de euros.

A la luz del escándalo, las acciones de la compañía suspendieron su cotización en la bolsa de Milán y se hizo su efectiva exclusión del MIB-30.¹⁶

Las declaraciones de **Fausto Tonna**, dejaron al descubierto las maniobras financieras e ilícitas realizadas durante 15 años cometiendo falsedad contable, especulación abusiva y estafa. **Calisto Tanzi**, por su parte admitió haber sustraído, con destino a las empresas de turismo de su hija Francesca, y al club de fútbol Parma de su hijo Stefano, 500 millones de euros de los 800 millones que consta que se ha llevado, pero las investigaciones arrojaron el desvío de muchos otros fondos. **Tanzi** admitió posteriormente haber «inventado» más de 7.000 millones de euros en falsos certificados de depósito o de recompra de bonos.

A esto incluso le añadimos el escándalo por el suicidio de parte de **Alessandro Bassi**, quien había sido uno de los más estrechos colaboradores de **Fausto Tonna**, y contador de Parmalat. También las declaraciones de **Tonna**, quien admitió que un número indeterminado de políticos aceptó sobornos por parte de la empresa, según publicó *Financial Times*.

En los movimientos financieros realizados por la compañía en los últimos años cercanos al hecho, los in-

16 Índice bursátil compuesto por 30 valores que cotizaban en la bolsa de valores de Milán.

investigadores encontraron que en el 2001 una firma financiera colaboradora de la filial de Parmalat en Brasil emitió títulos valores por valor de 500 millones de euros, los que fueron destinados de la siguiente manera; la mitad para cubrir deudas del grupo PARMALAT en Brasil, y la parte restante fue ingresada por Parmalat en una oficina del **SCH** en las Islas Caimán como garantía de un préstamo otorgado por la entidad española a una empresa propiedad del grupo italiano en Holanda. De ese dinero se sabe que con posterioridad fue transferido a cuentas a nombre de **Calisto Tanzi** en Malta, lo que hizo concluir a las autoridades que el empresario desvió las cuentas del grupo para su interés particular.

Un fondo de pensiones con base en Alaska, **Southern Alaska Carpenters** presentó en Nueva York una denuncia en nombre de un millar de inversores que reclamaban US\$1.000 millones. El proceso acusa al banco de inversión estadounidense Citigroup, que asesoraba a Parmalat, y la firma de contadores **Deloitte Touche Thomatsu y Grant Thornton**—así como al fundador de Parmalat, **Calisto Tanzi** y quien fuera su director financiero, **Fausto Tonna**.

En Italia, una asociación de consumidores, **Confconsumatori**, se sumó a los procesos legales abiertos contra Parmalat para intentar recuperar parte del dinero perdido por los inversores tras el colapso del grupo de alimentación. Esta asociación demandó también a los bancos que colocaron títulos de Parmalat. En igual condición otro grupo de accionistas institucionales europeos, **Deminor**, emprendió acciones legales.

Los fiscales acusaron a los auditores de **Grant Thornton** por la cooperación a concebir el fraude en Par-

malat. Los fiscales descubrieron un complot de fraude sistemático en el que participaron los auditores y que data de varios años. Su participación era encubrir el verdadero estado de las finanzas de Parmalat.

Fausto Tonna, reveló, la existencia de sobornos y todo un entramado financiero, con respaldo de varios bancos, para falsear las cuentas de la compañía. **Tonna** confeccionó, con el aval de varias entidades financieras, entre las que se encuentra **Bank of America, Citigroup, JP Morgan Chase y Morgan Stanley**, más de una docena de emisiones de bonos y aconsejó numerosas adquisiciones, durante 15 años. Los investigadores determinaron la responsabilidad de las entidades financieras en las cuentas de la compañía. **Citibank** estructuró una operación llamada “**bucco nero**” -hueco negro, en italiano- para ocultar el monto real adeudado por la compañía. **Bank of America** organizó una ronda de contactos entre ejecutivos de la firma (algunos hoy presos) e inversionistas estadounidenses para conseguir fondos; **Deutsche Bank** manejó la colocación de un bono por 350 millones de euros y Banco Santander guardó en su filial de las islas Caimán una parte del dinero desviado de las arcas del conglomerado italiano.

Así mismo las filiales del grupo; **Parmalat Finance Corporation, Parmalat Netherlands, Dairies Holding Internacional y Parma Food Corporation**, emitieron 6.000 millones de euros en obligaciones pero no informaron a las autoridades financieras. Según el *New York Times*, estas filiales del grupo sólo existían sobre el papel, no contaban con empleados, no vendían bienes y sus “sedes” eran apartados de correos. Sin embargo, los inversionistas se motivaron por el

aparente sólido respaldo de la casa matriz y los estados financieros alterados.

En Latinoamérica, las filiales de Parmalat no fueron excepción, se utilizaron para tapar agujeros que la multinacional tenía desde hace años en otras partes del mundo. Del estudio de los libros contables por parte de los investigadores y las confesiones de **Tanzi** se desprendió, que el **Bank of America** había hecho un préstamo a Parmalat Venezuela en 2002 por valor de unos 150 millones de dólares, pero ese dinero fue transferido a **Bonlat**, en las Islas Caimán, y después lo hicieron desaparecer. Algo parecido habría sucedido con dinero proveniente de la empresa brasileña, Parmalat Brasil Industria de Alimentos, que terminó en las Islas Caimán.

En Colombia, la superintendencia de sociedades, por los malos manejos de la casa matriz, inició una investigación de los estados financieros de la compañía y encontró que la estabilidad económica de Parmalat Colombia y sus estados financieros, no estaban comprometidos por los problemas que enfrenta su casa matriz.

En Chile, Parmalat Chile no pudo cumplir con los pagos pactados con los ganaderos y les explicó que este incumplimiento se debió a un problema de caja, que se produjo por el retraso en el pago de una carta de crédito por exportaciones de leche en polvo hechas a Cuba. Al no llegar estos dineros, la compañía no pudo pagar. Analistas del sector explicaron que los problemas de liquidez de Parmalat Chile, se podrían explicar por un corte de los ingresos desde su matriz, ya que desde que opera en Chile - a comienzos de los noventa- la filial ha contraído préstamos bajos en el mercado interno y se ha financiado con inyecciones mone-

tarias desde el exterior, lo que eminentemente llevo a una quiebra técnica.

La Justicia italiana no pudo determinar, más solo quedo una sospecha, que **Tanzi** intentó desviar o desvió un botín de \$800 millones de euros a Ecuador a través de alguna de las cuatro filiales de la multinacional en el país; **Leche Cotopaxi**, **Parmalat SA**, **Parmalat Ecuador SA** y **Prolacem de Cuenca**. La empresa **Ecuadorian Foods Company**, que tiene el control accionario de la cuencana **Prolacem**, causó intriga a los investigadores. A los fiscales les llamó la atención el hecho de que **Ecuadorian Foods Company** sea una financiera cuya sede no está en Ecuador, sino en la isla de Virginia Británica, un paraíso fiscal “*ideal para una sociedad off shore*” según ellos. También estuvo bajo la lupa de los investigadores las empresas **Leche Cotopaxi**, que es una compañía de economía mixta, controlada en un 95,92% por **Parmalat del Ecuador**. Otra compañía investigada es

Parmalat del Ecuador SA, controlada en un 100% por **Dairies Holding International**.

Un poco más de dos años después del escándalo corporativo, PARMALAT comenzó a dar vestigios de recuperación, para lo cual iniciaron por nombrar, para encabezar el nuevo consejo de administración de la empresa, a **Enrico Bondi** quien fungía como comisario extraordinario de PARMALAT-Italia. Durante su administración extraordinaria, realizó acciones revocatorias y de resarcimiento contra la banca italiana e internacional, con la finalidad de devolver la solvencia y cancelar los préstamos de la nueva Parmalat, cuyo valor llegó a alcanzar los 13 millardos de Euros.

Tras dos años de reorganización, la compañía volvió a las bolsas en octubre de 2005 tras la venta de 12 unidades y la conclusión de operaciones en 18 países.

“Las compras de los consumidores leales a la marca en Italia ayudaron a que Parmalat levantara cabeza tras la quiebra”, explicó **Paolo Bertoletti**, secretario general de la asociación lechera de Parma. La prensa italiana también contribuyó a la recuperación de la marca, limpiándola de su perturbador pasado y volviendo bajo una nueva directriz bajo el mando de **Bondi**.

Hoy, Parmalat es una compañía con presencia global, con operaciones mayores en Australia, Centroamérica, Europa, Norteamérica, Sudamérica y Sudáfrica. Aun especializándose en leche UHT y derivados de ésta, pero el grupo también tiene intereses en el mercado de los zumos de frutas. Estos productos son distribuidos en marcas como Lactis, Santal, Malù, etc. Sus operaciones mundiales incluyen más de 140 centros de producción. Alrededor de 36.000 trabajadores ganan sus ingresos de Parmalat, y 5.000 granjas italianas son usadas para la producción.

La crisis empresarial originada en Italia es lógico que tuviera sus repercusiones, aunque en menor escala, en su **filial en Nicaragua**, salpicando de esta forma la economía local y los bancos. Esta empresa ha sido históricamente la mayor acopiadora de leche en Nicaragua, prácticamente CONAGAN (Comisión nacional de ganaderos de Nicaragua) depende de la disponibilidad de fondos de esta empresa para poder comercializar sus productos lácteos, sin embargo al encontrarse en problemas de liquidez se vieron afectados.

No ajenos al mercado actuar de esta Empresa, su sede matriz en Italia ordenó que Parmalat Nicaragua, contratara obligaciones con dos instituciones bancarias, BAC de Nicaragua y Tower Bank de origen panameño, hasta por un valor de 5.4 millones de dólares los que fueron trasladados casi de manera inmediata a las islas caimán. A la noticia del fraude cometido por casa matriz, las entidades bancarias en Nicaragua y Panamá deciden intervenir la empresa en febrero del 2004, para recuperar los prestamos las empresas subastarían equipos industriales, 112 vehículos y 3 centros de acopio.

Para evitar la subasta en Marzo del 2004, los directivos hicieron un nuevo arreglo con el Banco del Crédito Centroamericano (BANCENTRO) –parte del grupo Lafise- por el monto adeudado. El nuevo acuerdo incluía la reestructuración financiera de la empresa.

Semanas después Bancentro, cedió el préstamo a agropecuaria LAFISE, quedando esta como acreedora de PARMALAT – Nicaragua, adquiriendo el 49% de las acciones de la empresa tal y como se establecía en el mutuo.

Pero en junio de ese mismo año, por una orden emitida por un Juez competente, Haroldo Montealegre (hermano del ex candidato presidencial de Nicaragua), embargó este préstamo debido a una supuesta deuda que el grupo Lafise (donde Montealegre es accionista mayoritario) tenía con él, por incumplimiento a un acuerdo millonario firmado entre Montealegre y el grupo Lafise.

En agosto de ese año Parmalat fue intervenida y Haroldo Montealegre nombrado interventor. Debido a estas dos órdenes judiciales, la empresa pagó dos cuotas de la deuda a Montealegre, ambas por 117 mil dólares.-

Haroldo Montealegre estuvo por 22 días como interventor de la empresa, hasta que la presión del gobierno italiano se dejó sentir y en Septiembre, la intervención de Montealegre llegó a su fin. El gobierno de Italia, que mantenía intervenida Parmalat Internacional, nombró a **Vicezo Borgoña** como el nuevo interventor de la compañía en Nicaragua.

Con la salida de Montealegre, la deuda de Parmalat quedó en una situación legal poco clara, y el embajador de Italia en Nicaragua en aquel entonces, **Alberto Boniver** dijo que la cancelación de ésta se iba a realizar partiendo de una decisión judicial.

Pero en septiembre de ese mismo año, **Enrique Zamora**, gerente general del grupo Lafise, informó que llegaron a un arreglo con los directivos de la empresa, “**manteniendo el acuerdo original**”, por el que Agropecuaria Lafise quedó propietaria del 49 % de las acciones de Parmalat.

“Todo está arreglado, tenemos buena relación con los productores y trabajamos en la expansión e inversión de la empresa en centros de acopio, adquisición de vehículos fríos y asistencia técnica”, dijo Zamora. Posteriormente dos funcionarios de Lafise formaron parte en los cargos de la Junta Directiva.

c) CASO GOWEX

Gowex, empresa española que nació en el 2006. Sus orígenes son la evolución y cambio de marca de Ibex-X, la bolsa de las telecomunicaciones impulsada por Jenaro García desde finales de los 90. Salió a bolsa en

el 2010, en el MAB¹⁷ como una pequeña empresa de apenas 50 millones de euros de capitalización y su valor se multiplicó por 30 veces hasta los 1.500 millones de euros en poco tiempo, algo realmente inaudito en la bolsa española. Pero más inaudito es que en menos de 15 días, Gowex perdió cerca de 1.000 millones de euros de esa capitalización (-60%) en dos días, después del escándalo desatado por un informe que cuestiona la cuenta de resultados que la empresa ha enviado se-

- 17 El Mercado Alternativo Bursátil (MAB) es un mercado concebido para ofrecer financiación alternativa a empresas de reducida capitalización (pymes). Constituido en 2006 y supervisado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España (CNMV) alberga actualmente a 23 pymes, startups y compañías con modelos de negocio alternativo que aún están por desarrollar. El MAB constituye una vía de financiación alternativa a la banca, que en los últimos años restringió su nivel de crédito, haciendo que el MAB adquiriera mayor relevancia. Desde su inicio, las cotizadas en este mercado han llevado a cabo medio centenar de ampliaciones de capital que les han permitido obtener cerca de 200 millones de euros para sus proyectos. El funcionamiento del MAB consiste en adaptar el sistema a unas empresas peculiares por su tamaño y fase de desarrollo, que presentan amplias necesidades de financiación, y que precisan poner en valor su negocio y mejorar su competitividad con todas las herramientas que un mercado de valores pone a su disposición. Las empresas que soliciten su incorporación al MAB deberán ser sociedades anónimas, españolas o extranjeras, que tengan su capital social totalmente desembolsado y representado en anotaciones en cuenta, con libre transmisibilidad de sus acciones y que estén comercializando productos o servicios

mestralmente a Bolsas y Mercados (BME), Euronext Nyse¹⁸ y hasta la CNMV.¹⁹

La antes gran estrella del MAB por medio de su consejero delegado y presidente, **Jenaro García**, reconoció ayer **“que las cuentas de la sociedad de, al menos, los últimos cuatro años no reflejan su imagen fiel”**, atribuyéndose la autoría de esta falsedad. El consejo, revocó los poderes y la delegación de facultades conferidos al consejero delegado y aceptó su dimisión. Ante la previsión que la sociedad no pueda hacer frente a sus deudas corrientes a su vencimiento, presentó solicitud de concurso de acreedores voluntario de la compañía, valorando la adopción de otras medidas para proteger de la mejor forma los intereses de la sociedad. **Jenaro García**, por medio de Twitter dice: **“perdón a todos. Lo siento de todo corazón”**.

Así de simple, por medio de una red social se reconoció un grave escándalo, que ha provocado pérdidas millonarias para muchos inversores en Bolsa. Y es que, justo antes de que saltara a la actualidad el caso, Gowex tenía un valor de mercado superior a 1.400 millones de euros.

Tras conocerse la confesión de Jenaro García el consejo de administración de Bolsas y Mercados Españoles (BME) - empresa propietaria del MAB, donde cotiza la

18 NYSE Euronext nació en 2007 de la fusión del NYSE (New York Stock Exchange) con Euronext. Corporación estadounidense-europea con fines de lucro, que opera múltiples valores bursátiles, más notoriamente en el New York Stock Exchange (the “Big Board”), el Euronext, y el NYSE Arca. Actualmente la principal plaza financiera mundial.

19 Comisión Nacional de Mantenimiento de Valores.

firma- ha requerido de parte de Gowex una **“detallada y exacta”** información sobre la falsedad de sus cuentas indicando su origen, desenvolvimiento, alcance y consecuencias para la citada compañía y sus accionistas.

La BME procedió a comunicar a la CNMV el documento donde la compañía reconocía que sus cuentas estaban falseadas y que pone de relieve **“una actuación que puede suponer abuso de mercado”**, con todas las responsabilidades penales implícitas. Mientras tanto se suspendió la contratación de Gowex en el MAB.

Una firma de análisis casi desconocida **Gotham City Research** publicó un informe en el que aseguraba que los resultados publicados por Gowex no eran reales. En el estudio, titulado **“Let’s Gowex: La Charada Pescanova (a Pescanovan Charade)”**, la firma otorgaba un precio objetivo de 0,00 euros por título. Estos expertos indicaban **“que el 90% de los ingresos reportados por Gowex no existen”**, y aseguraban que **“estimamos que los ingresos actuales de la empresa son inferiores a 10 millones de euros”**.

Gotham City Research también señaló que el 90% de los ingresos del área de Telecom procede de partes no reveladas, vinculadas al director financiero de Gowex y a los inversores iniciales. **“Hemos evidenciado que el mayor cliente de Gowex es la propia empresa”**, así dice su informe publicado en www.gothamcityresearch.com. La firma decía también siendo poco convencional, señala que la responsable de relaciones con inversores de Gowex es la mujer del consejero delegado, Jenaro García, del que recuerda que fue consejero de la firma *Advanced Refractive Technologies*, una compañía cuyo valor de las acciones cayó hasta un centa-

vo y que fueron revocadas por la *Securities and Exchange Commission (SEC)*.

El hecho es claro, y es que los mercados financieros atribuyeron veracidad al informe, y las acciones de Gowex se derrumbaron más de un 46% y continuó el descalabro con otro descenso superior al 26%. No obstante, ya diversas instituciones y organizaciones empezaron a moverse en ámbitos judiciales. La asociación de inversores Asinver presentó una denuncia ante la Fiscalía General del Estado contra Gowex, el presidente y consejero delegado, **Jenaro García**; el auditor, **M&A**; el asesor, **Ernst&Young**, y **BME**, por falseamiento de información económica, de cuentas anuales y por uso de información relevante.

Gotham City Research llegó con TNT a la Bolsa española. Su desbastador informe de 93 páginas sobre Gowex los aniquiló.

En España pocos conocían a **Gotham City**, en la ciudad londinense ya habían obrado de manera similar. En abril, emitió un informe demoledor sobre una firma tecnológica que presta servicios a aseguradoras, **Quindell**, y logró en unas horas que la compañía perdiera 950 millones de libras de capitalización bursátil (cerca de 1.200 millones de euros).

De acuerdo con el diario **Financial Times** el día después del ataque sobre **Quindell**, hay informes que vinculan a Gotham con **Daniel Yu**, un inversor que escribe en Twitter en la cuenta **@LongShortTrader**.

El propio informe de Gotham City reconocía que el dossier beneficiaría a aquellos inversores que se hubieran puesto cortos en **Quindell** (aquellos que hubieran apostado por la caída de las acciones de la compañía).

Parece que se repitió la historia con Gowex. Lo mordaz de este asunto es la comparación de la tecnológica con la quebrada **Pescanova**.

Desde la aparición de **Gotham City**, en febrero de 2013, ya han sido cinco los destronados: la compañía de software para seguros **Ebix** (febrero de 2013), el minorista **Tile Shope** (noviembre de 2013), la plataforma de búsquedas **Bluecora** (febrero de 2014), **Quindell** (abril de 2014) y ahora **Gowex**.

Parece que esta técnica le ha generado un marketing de rara aleación a esta compañía auditora, todavía a la fecha no puedo decirles más, puesto que al momento de escribir este artículo todavía el caso de Gowex era un tema inconcluso, solo resta darle al buscador, para ver en que terminó cuando leas este caso.

V. Jurisprudencia

Partiendo de la premisa que la jurisprudencia del Tribunal Administrativo Tributario y Aduanero de Nicaragua, ha sido más técnico que doctrinario en sus resoluciones, respaldándose mayormente en analogía de textos del Código Civil y Procesal Civil que materia meramente tributaria, es que con el poco material o lo que se puede apreciar en la redacción de las sentencias, traemos a colación los que apreciamos al tema del ensayo.

Es necesario un poco más de análisis jurídico en estas resoluciones, pues tienden a mayor similitud de un informe contable que una disertación jurídica. Pero, lo importante es que contamos con ellas, así que veamos;

- 1) La obligación de llevar la contabilidad de una empresa en base a la normativa tributaria vigente y debidamente actualizada.

Resolución del Tribunal Tributario Administrativo de Nicaragua, Resolución 79-2007, de las 10am del 12 de Noviembre del 2007.

Considerando III “El Tribunal Tributario Administrativo constató que mediante credencial abierta, visible en el folio número uno (F-01) del expediente administrativo, de conformidad a los Artículos 67 numeral 2), 102 numeral 4), 103 numeral 7), 147 y 148 CTr., la Administración de Rentas de (...) solicitó al Recurrente, Licenciado (...) inscrito con número RUC (...), brindar la información que se le sea requerida, para el debido cumplimiento de la acción fiscalizadora a desarrollar, comprobándose que el Contribuyente no llevaba un Registro Contable conforme lo ordena la ley y que se soporta con el “Cuestionario de Control Tributario” visible en los folios 2 y 3 (dos y tres). El Artículo 103 CTr., establece los deberes formales de los Contribuyentes y Responsables, específicamente el de “4. Mantener actualizados los libros y registros contables. Se entenderá que están actualizados, cuando el retraso del registro de operaciones contables no exceda de tres meses.” En ese mismo sentido al referirse a los Deberes Generales de los Contribuyente y Responsables el Artículo 102 numeral 3) CTr., estableció como deber y obligación “3. Llevar los registros contables adecuados a fin de sustentar los datos contenidos en sus declaraciones y garantizar los demás registros que la Administración Tributaria establezca conforme las disposiciones administrativas vigentes.” La inobservancia e incumplimiento de tal obligación está tipificada como infracción administrativa tributaria de conformidad con los numerales 2) y 9) del Artículo 126 CTr., que dicen: “Artículo 126. Son infracciones administrativas tributarias por incumplimiento de deberes y obligaciones de los contribu-

yentes y responsables: 2. que establece: “No inscribir los libros y registros contables que debe llevar el Contribuyente de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.” “9. No mantener actualizados los libros y registros contables; entendiéndose que están actualizados, cuando el retraso del registro de operaciones contables no exceda de tres meses.” El Numeral 1) del artículo 127 establece: “Las indicadas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo anterior con sanción pecuniaria de entre un mínimo de TREINTA a un máximo de CINCUENTA UNIDADES DE MULTA, por cada mes de retraso o desactualización.” La parte final del numeral 4) del Artículo 127 reformado CTr., en relación a la infracción administrativa establece “...y para la indicada en el numeral 9 del artículo anterior, con sanción pecuniaria de entre un mínimo de CIENTO DIEZ a un máximo de CIENTO TREINTA UNIDADES DE MULTA, ambas sin perjuicio de lo establecido para el delito de Defraudación Fiscal.” El subrayado es propio.

2) La comisión de evasión ó defraudación fiscal en base a anomalías contables en proceso de fiscalización.

Resolución del Tribunal Tributario Administrativo de Nicaragua, Resolución 07-2008, de las 10am del 24 de Enero del 2008.

Considerando V “Que el Tribunal Tributario Administrativo procedió al análisis de los alegatos y solicitudes de las partes, valorando las pruebas documentales presentadas en esta instancia y las que rolan en el expediente fiscal, determinando de esta manera que la pruebas presentadas por la Dirección General de Ingresos (DGI) evidencian la comisión de Evasión o Defraudación de los Impuesto Sobre la Renta (IR) en los periodos revisados con anterioridad. Se puede evidenciar en el informe de la Auditoria Domiciliar practicada a la Contribuyente realizada por la Dirección General de Servicios Aduaneros (DGA) que el contador de la Contribuyente capitalizó

al costo del producto el valor pagado a aduana en concepto de Impuesto de ISC 10 %, por lo consiguiente las utilidades de los dos periodos objeto de la nueva revisión 2003-2004 y 2004-2005 disminuyó el valor de la declaración en el Impuesto Sobre la Renta. En ese mismo informe el funcionario de la Dirección General de Servicios Aduaneros (DGA) recomienda a la Dirección General de Ingreso (DGI) revisar este caso debido a las anomalías contables detectadas. El Artículo 147 CTr., establece que: “La Administración Tributaria ejercerá su acción fiscalizadora a través de sus órganos de fiscalización debidamente acreditados. Los reparos, ajustes, imposición de sanciones, modificaciones y sus respectivas notificaciones deberán ser firmados por los titulares de la respectiva dependencia autorizadas para tal efecto.” El Artículo 67 numeral 6) CTr., establece como un derecho de los contribuyentes y responsables: “6) No ser fiscalizado o auditado por tributos, conceptos, ni períodos o ejercicios fiscales ya auditados integralmente por autoridad fiscal, salvo que la Administración tenga pruebas evidentes y suficientes de que se ha cometido evasión o defraudación tributaria en el período ya revisado.” El Tribunal Tributario Administrativo considera que en apego a las pruebas que rolan en el expediente y para salvaguardar el derecho de las partes, se debe mantener firme la resolución del Recurso de Revisión RESREC-REV-052-07-2007 de las tres de la tarde del día seis de Agosto del año dos mil siete, en la que se ordena la realización de la Auditoria al Impuesto Sobre la Renta (IR) periodos fiscales 2003-2004 y 2004-2005 por ser facultad de la Administración Tributaria de conformidad a lo establecido en el Artículo 147 y 67 numeral 6) ambos del CTr., por lo que debe desestimarse la pretensión de la Recurrente de revocar la práctica de la Auditoria Específica al Impuesto Sobre la Renta (IR) específicamente al Costo de Ventas del Impuesto Selectivo de Consumo (ISC) de los periodos 2003/2004 y 2004/2005 por existir causa justa fundada en la posible comisión de Evasión o De-

fraudación Tributaria en los Periodos fiscales anteriormente revisados". El subrayado es propio.

- 3) La existencia de intención de defraudación es determinante para poder determinar la evasión fiscal.

Resolución del Tribunal Tributario Administrativo de Nicaragua, Resolución 57-2008, de las 10am del 26 de Noviembre del 2008.

Considerando V "Que el Recurrente refiere en cuanto al ajuste en el Impuesto Sobre la Renta (IR) período 20052006 que dicho ajuste corresponde al no reconocimiento del porcentaje del 10% (Diez por ciento) de depreciación, la que en su momento fue autorizada por el Licenciado (...), entonces Administrador de Rentas de (...), como resultado de la solicitud realizada el día 24 de Septiembre del año 1999 por la Licenciada (...), en representación de la sociedad (...), donde se solicita la aplicación del porcentaje de depreciación anteriormente señalado por un período de diez años. El Tribunal Tributario Administrativo ha constatado que efectivamente el Recurrente de autos mediante autorización del ex funcionario de la Administración Tributaria de la Administración de Rentas de (...) referido anteriormente, realizó la aplicación del porcentaje del 10% (Diez por ciento) de depreciación a los activos fijos adquiridos en el año 1999 y los cuales se depreciarían en un lapso de 10 años, documental que rola en los folios 57 y 58. En el folio 131 y 132 del expediente fiscal podemos encontrar comunicación dirigida al Licenciado (...) entonces Administrador de Rentas de (...) el día 4 de Noviembre del año dos mil tres, ya entrada en vigencia la Ley de Equidad Fiscal donde el representante legal del Contribuyente le expone las razones y fundamentos por los cuales se está aplicando el porcentaje del 10% (Diez por ciento) en la depreciación de los Activos de la empresa, así mismo constató que no rola en el expediente fiscal repuesta ante tal comuni-

cación, es por tal razón que el Tribunal Tributario Administrativo considera que las pruebas documentales presentadas por el Recurrente, no fueron valoradas adecuadamente por la Administración Tributaria, ya que se ha pretendido dejar sin efecto la Autorización realizada a solicitud del Contribuyente de autos y en la que obtuvo el consentimiento de previo para realizar dicha operación, por lo que no tuvo la intención de defraudar al fisco...". El subrayado y resaltado es propio.

- 4) Las inconsistencias como maquillaje contable en la aplicación de gastos vs los ingresos declarados.

Resolución del Tribunal Tributario Administrativo de Nicaragua, Resolución 35-2009, de las 9am del 24 de Julio del 2008.

Considerando VI. “Que en relación al alegato del Recurrente de Autos sobre la determinación de una utilidad inexistente en el Impuesto Sobre la Renta (IR) al imputar un supuesto adeudo en concepto de un impuesto de (C\$5,115,606.75) que proviene de una renta neta o utilidad gravable también inexistente de (C\$17,052,022.53) determinada por los auditores para el período especial Enero a Diciembre de 2003, en el que nunca obtuvo ninguna renta neta o utilidad gravable, por cuanto aun cuando en sus gastos declarados se encuentren deducciones no permisibles consistentes en gastos personales de funcionarios. En Relación al ajuste anteriormente referido del examen realizado al expediente fiscal, el Tribunal Tributario Administrativo comprobó que el origen del ajuste en el Impuesto Sobre la Renta (IR) del período especial 2003 es consecuencia de la mala aplicación contable de los gastos, los que fueron registrados y no soportados en base a ley expresa, la Dirección General de Ingresos (DGI) formuló ajuste a los ingresos no declarados hasta por la suma de C\$1,208,759.95 (un millón doscientos ocho mil setecientos cincuenta y nueve con 95/100). Al revisar los ingresos decla-

rados por el Contribuyente versus los ingresos reflejados en los estados financieros y libros contables del Contribuyente el Tribunal Tributario Administrativo comprobó que el ajuste anteriormente referido se encuentra correctamente formulado conforme a derecho y del cual el Contribuyente no presentó pruebas para demostrar su pretensión de conformidad a lo establecido en el Arto. 89 CTr. En relación al ajuste a los Gastos Operativos no reconocidos por la Dirección General de Ingresos (DGI) por la suma de C\$40, 455,804.62 (cuarenta millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil ochocientos cuatro con 62/100) la mayoría de este ajuste es consecuencia de las inconsistencias contables del Contribuyente, al no proporcionar una base razonable para fundamentar en base a ley su pretensión. Del examen realizado al expediente fiscal, las pruebas aportadas por el Contribuyente y la inspección ocular realizada por el Tribunal Tributario Administrativo en el domicilio del Contribuyente, se comprobó una mala Distribución contable que originó el ajuste formulado por la suma de C\$40,455,804.62 (cuarenta millones cuatrocientos cincuenta y cinco mil ochocientos cuatro con 62/100) a los gastos operativos los cuales se dividen en sub cuentas y auxiliares de la siguiente manera: ajuste a la Cuenta de Gastos de Ventas : esta cuenta se ajusta en el rubro de Marcas y Patentes por la cantidad de C\$983,202.64 (novecientos ochenta y tres mil doscientos dos con 64/100) y se formuló como consecuencia de la falta de presentación de los soportes contables o respaldo de documentales sobre las amortizaciones u origen de estas marcas y patentes, todo de conformidad a lo establecido el Arto. 17 numeral 3) de la Ley No. 453, Ley de Equidad Fiscal. Ajuste a la Cuenta de Gastos por Pago de Décimo Tercer Mes por la suma C\$108,530.80 (ciento ocho mil quinientos treinta con 80/100) éste pago fue autorizado por el Gerente General, Dr. (...) para el señor (...) bajo el concepto de premio de navidad (documento visible en el folio 258) y contabilizado en la cuenta de décimo tercer mes, cabe desta-

car que esta persona no es trabajador activo de la empresa ni figura como trabajador activo de la misma en la planilla de pago de la empresa. Tampoco rola en el expediente fiscal ni en las pruebas presentadas el contrato laboral del mismo. Por tal razón las Bonificaciones emitidas a esta persona son consideradas como un gasto no deducible del Impuesto Sobre la Renta (IR). Ajuste formulado a la Cuenta de Gastos por Depreciación por la suma de C\$4, 006,497.95 fue determinado por el incumplimiento del Contribuyente al no haber presentado los soportes que demuestran el origen de los activos que se están depreciando, en consecuencia no se pueden determinar las cuotas de amortización establecida por ley. El Contribuyente aplica una depreciación acelerada y de línea recta. Dentro del expediente que se lleva en el presente proceso y en el expediente fiscal, el Tribunal Tributario Administrativo no pudo comprobó la existencia de autorización de depreciación acelerada a como lo establece el párrafo segundo del Arto. 19 de la Ley No. 453, Ley de Equidad Fiscal, en concordancia con el Arto. 57 del Decreto 462003, razón por la cual se determina que el ajuste a la cuenta de gastos por depreciación se encuentra correctamente formulado conforme a derecho. Ajuste a la Cuenta de Gasto por Deducciones Extraordinarias por la suma de C\$21,564,112.35 (veintiún millones quinientos sesenta y cuatro mil ciento doce con 35/100) la conforman la cuentas auxiliares: Perdida por Diferencial Cambiario por la suma de C\$539,992.76 (quinientos treinta y nueve mil novecientos noventa y dos con 76/100), perdida baja de activos C\$5,062,162.00 (cinco millones sesenta y dos mil ciento sesenta y dos), perdida baja de materia prima C\$722,741.75 (setecientos veintidós mil setecientos cuarenta y uno con 75/100), otros gastos C\$15,239,215.84 (quin- ce millones doscientos treinta y nueve mil doscientos quince con 84/100). Del examen realizado al expediente fiscal y las pruebas presentadas por la parte recurrente, el Tribunal Tributario Administrativo considera que las pruebas presentada

por el Contribuyente desde el inicio del proceso administrativo hasta el presente Recurso de Apelación son insuficientes para fundamentar su pretensión, podemos encontrar en los folios 59 y 61 los requerimientos de los registros y soportes de detalle u origen de las deducciones extraordinarias del Contribuyente, el Contribuyente presentó como prueba para desvanecer el ajuste, los registros auxiliares de las cuentas anteriormente referidas (visible en el folio 233 al 238) pero no así los soportes contables de dichos registros, los cuales son fundamentales para determinar que el gasto sea deducible del Impuesto Sobre la Renta (IR) de conformidad a lo establecido en el numeral 3) del Arto. 17 de la Ley No. 453, Ley de Equidad Fiscal. Ajuste a la cuenta de los Gastos de Administración: C\$8,764,047.67 (ocho millones setecientos sesenta y cuatro mil cuarenta y siete con 67/100) que luego de haber analizado el período anual especial de Enero a Diciembre 2003, en este rubro se determinó que los ajustes fueron originados en las sub cuentas que conforman la cuenta de mayor del sujeto pasivo por el incumplimiento expreso a la ley al registrar como deducibles del IR, gastos personales de la gerencia y socios, consultores representantes o apoderados, directivos o ejecutivos de la empresa, tales como servicios médicos personales, energía eléctrica, viáticos y viajes a Italia y Costa Rica de los señores (...), familia (...), (...), bonificaciones: cheque librado a favor de (...) en concepto de reconocimiento a productores de leche, gastos que no son deducibles de conformidad a lo establecido en los numerales 4) y 5) del Arto. 17 de la Ley No. 453. Ley de Equidad Fiscal. Ajustes a las cuentas de servicios técnicos profesionales, atenciones sociales, cuentas incobrables, gastos que no son deducibles de conformidad a lo establecido en el numeral 3) del Arto. 17 de la Ley No. 453. Ley de Equidad Fiscal y Arto. 38 del Decreto 46-2003. Ajuste a la cuenta de IVA e ISC, ya que el Recurrente se deduce como gasto, los impuestos en que incurrir referente al IVA e ISC para ese período, por lo que no se

puede reconocer como gasto deducible en ese período, de conformidad a lo establecido en el numeral 6) del Arto. 17 de la Ley No. 453. Ajuste al gasto por retenciones asumidas por la empresa, en este rubro el Contribuyente no aplicaba la correspondiente retenciones a los pagos efectuados a personas no residentes o no domiciliadas en el país, y a los pagos de socios extranjeros los cuales no residen en el país, por lo que no es un gasto generador de rentas y no es deducible, de conformidad a lo establecido en el numeral 16) del Arto. 17 de la Ley No. 453. Ajuste formulado a la Cuenta de Otros Gastos por la suma de C\$5,029,413.21 (cinco millones veintinueve mil cuatrocientos trece con 21/100) este ajuste se realizó como consecuencia de la mala aplicación contable a esta cuenta, al estar siendo duplicado el gasto con la cuenta de mayor sobre las deducciones extraordinarias, no justificado en las sub cuentas donde se originan los ajustes, debido a que en su totalidad no presentaron pruebas y soportes que lo respalden, por tal razón este gasto no es deducible de conformidad a lo establecido en el numeral 3) del Arto. 17 de la Ley No. 453, Ley de Equidad Fiscal”. El subrayado y resaltado es propio.

Considerando VII. Que en relación al alegato del Recurrente de Autos de aplicación arbitraria de las normas que regulan el sistema de determinación o verificación de las obligaciones de su representada, relacionadas con la declaración anual del IR del período especial Enero a Diciembre de 2003, al no reconocerle los gastos ajustados para establecer una supuesta renta neta o utilidad gravable que nunca obtuvo, cuando en el caso más extremo en que un contribuyente del IR no lleve libros, de forma estimada se le deben reconocer sus costos y gastos, porque así lo establecen los Artos. 60 y 61 del Reglamento de la Ley de Equidad Fiscal y el Arto. 160 del Código Tributario, que se tomen en cuenta todos los indicios reveladores de la capacidad contributiva de su representada, entre ellos las declaraciones de impuestos y cualquier hecho que

equitativa y lógicamente apreciado, sirva como revelador de su capacidad contributiva, pues no es posible, lógica ni jurídicamente, considerar que su representada no haya incurrido en la mayor parte de los costos y gastos que no se le quieren reconocer, cuando los mismos fueron necesarios para generar su renta bruta declarada en el período especial Enero a Diciembre de 2003, por un monto de C\$539,197,626.57, máxime que su representada tiene registros contables y documentación de soporte de sus costos y gastos. En relación a este argumento el Tribunal Tributario Administrativo considera que la pretensión del Recurrente al invocar a su favor el contenido de los Artículos anteriormente referidos, no tiene fundamentación de ley, ya que los ajuste formulados por la Dirección General de Ingresos (DGI) se originan de la mala aplicación y distribución a la cuenta de gastos y falta de soportes requeridos por la ley en sus registros contables. Las pruebas presentadas por el Recurrente en esta instancia administrativa carecen de fuerza de ley de conformidad a lo establecido en el Arto. 90 Numeral 2) CTr., y en su mayoría se encuentran cuentas de gastos registradas contablemente pero sin soportes y gastos realizados que por ley no pueden ser considerados como deducibles de conformidad a lo establecido en el Arto. 17 de la Ley No. 453, Ley de Equidad Fiscal, razón por la cual no pueden ser tomados como gastos deducibles del Impuesto Sobre la Renta (IR). El Tribunal Tributario Administrativo considera que la Dirección General de Ingresos (DGI) formuló correctamente el ajuste mediante el sistema de determinación de la obligación tributaria que establece el numeral 1) del Arto. 160 CTr.: Artículo 160.- La determinación de la obligación tributaria por la Administración Tributaria se realizará aplicando los siguientes sistemas: 1). Sobre base cierta, con apoyo en los elementos que permitan conocer en forma directa el hecho generador del tributo, tales como libros y demás registros contables, la documentación soporte de las operaciones efectuadas y las documentaciones e informaciones obtenidas a través de las demás fuentes permitidas por la ley...”.

ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE EL INCREMENTO DE PATRIMONIO NO JUSTIFICADO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA EN EL ÁMBITO NICARAGÜENSE

.....

I. Resumen

Tomando como referencia el fáctico que la Administración Tributaria detecte la existencia de montos, activos u otros elementos que incrementen el patrimonio del contribuyente y que los mismos no sean consistentes con la declaración del Impuesto sobre la Renta (en adelante IR), ni los soportes que respalden la capacidad económica del contribuyente, se traslada la carga de la prueba al sujeto pasivo, a fin que justifique con prueba documental idónea, que el origen o la fuente que financia tal incremento constituyen rentas exentas, no sujetas o ya declaradas. En caso que el contribuyente no logre justificar dicho incremento, deberá aplicarse la presunción legal de que el incremento determinado son rentas gravables no declaradas. Tal incremento constituirá parte de la renta bruta en el momento en que la Administración Tributaria lo determine y afectará el período que corresponda, conforme lo establece el arto 3 de la Ley de Concertación Tributaria.

II. Normativa aplicable

Arto 3 de la ley 822, Ley de Concertación Tributaria. Arto 5, 28 inciso 2 numeral b del Decreto 01-2013, Reglamento de la Ley 822 y el Artículo 103, 160 del Código Tributario.

III. Antecedentes

- La figura del incremento patrimonial no justificado es una norma jurídico - tributaria que pretende cerrar algunos portillos que pudieran dejar abiertas normas de fondo, propias del impuesto sobre renta, caso especial de rentas de capital, y que como consecuencia de esos mismos defectos u omisiones pudieren lograr un fin no perseguido, permitiendo la elusión evasión tributaria (aunque estas no están normadas en el país) ó defraudación tributaria.
- Así, los ordenamientos jurídicos contienen dicha figura como una norma de cierre, que pretende evitar que escapen de tributar, rentas que son gravables en el impuesto a las utilidades, ya sea porque no fueron declaradas o porque fueron ocultadas por el sujeto pasivo.¹
- El artículo 103 del Código Tributario, plasma de una manera ineludible, la obligación de declarar y registrar contablemente todos los rendimientos, no siendo factible que ninguna ganancia deba escapar o dejar de gravarse por desconocimiento de su verdadera naturaleza tributaria.

De esta manera, al no lograrse demostrar el origen de la fuente que justifique la existencia de tal incremen-

1 Casado Ollero, Gabriel. “Ganancias Patrimoniales no Justificadas y Delito Fiscal” Chico de la Cámara, Pablo. “*Las ganancias no justificadas de patrimonio en el IRPF*”.

to y por ende al no poder hacerse una calificación o categorización del mismo, se utilizan formas de determinación de la obligación tributaria propias del tipo presuntivo.

La Doctrina denomina la presunción como:

“(...) el instituto probatorio que permite al operador jurídico considerar cierta la realización de un hecho mediante la prueba de otro hecho distinto al presupuesto fáctico de la norma cuyos efectos se pretenden, debido a la existencia de un nexo que vincula ambos hechos.”²

De manera ilustrativa, es conveniente citar la referencia que sobre los tres elementos que debe contener el método presuntivo, dice el fallo **No. 221-2003. Tribunal Fiscal Administrativo. San José, República de Costa Rica, de las 15:00 horas del 04 de junio de 2003:**

1. **Un hecho cierto**, el cual es completamente acreditado y debe ser revelador del hecho presumido. En estos casos, igualmente se puede aplicar la utilización de indicios que permitan inferir el hecho presumido.
2. **Un hecho presumido**, que nace de la deducción con el hecho cierto, mediante la aplicación de un nexo lógico o relación de causalidad.

2 Diego Marín Barnuevo Fabo. Presunciones y Técnicas Presuntivas en Derecho Tributario. Editorial Ciencias Jurídicas. Madrid 1996. Otra acepción corresponde a considerarla como “una operación lógica formal que realiza el legislador o juez, en virtud de la cual, a partir de un hecho conocido, se considera como cierto o probable otro hecho, en función de máximas generales de experiencia o reglas técnicas.” (LAS PRESUNCIONES EN DERECHO TRIBUTARIO. Jose Mario Rizo Rivas. España. Fecha desconocida).

3. **Un nexo lógico entre ambos**, entendido como la relación de causalidad o inferencia que se obtiene del hecho cierto para establecer el hecho presumido, y se convierte en presunciones con enlace racional irrefutable.

En el caso de nuestro ordenamiento jurídico tributario, la forma de determinación de la obligación tributaria que surge de un incremento patrimonial no justificado, debe regirse por los parámetros que caracterizan a las presunciones legales.

El Jurista costarricense Oreamuno, José M^a, en su artículo “Las Rentas Presuntivas por el ejercicio liberal de profesionales y técnicos en la Ley del Impuesto sobre la Renta”, dice:

“(...) desplazar la carga de la prueba en favor de una de las partes en un proceso o en un procedimiento, y tal desplazamiento puede ser tal que no admita prueba en contrario, como sucede en las presunciones absolutas o iuris et de iure. Cuando sí se admite la prueba tendiente a destruir el hecho presumido, la presunción se llama relativa o iuris tantum. La prueba se refiere en ambos casos al hecho presumido y no al que le sirve de soporte, pues sobre este segundo siempre se admite la prueba, aún en las presunciones absolutas (...)”

IV. Sentencias Administrativas

En el texto “**Compendio de Sentencias Tributarias Administrativas**” Tomo I, años 2007 -2014, elaborado por el suscrito, se cita los siguientes considerandos respecto a las *Determinaciones Sobre Base Presunta*, páginas 417 a la 421, que dicen:

Resolución administrativa No 04-2009 11:00 am
22/01/2009

“Considerando VII. Que para el Tribunal Tributario Administrativo es imperativo cumplir con los deberes y principios rectores del Sistema Tributario Nicaragüense, considerando que en el presente proceso administrativo no se han violentado derechos y garantías del Contribuyente para la determinación de la Obligación Tributaria, a como se ha dejado expresado en los Considerandos que anteceden. Es consideración del Tribunal Tributario Administrativo en base al examen realizado al Expediente Fiscal, que el Recurrente no aportó las pruebas para desvirtuar el ajuste determinado en el Impuesto Sobre la Renta (IR) Períodos Junio/2004, Junio/2005, Junio/2006 y Junio/2007 a pesar de llevar la carga de la prueba, para desvanecer los conceptos determinados por la Administración Tributaria. No existen elementos suficientes en el Expediente Fiscal para que el Tribunal Tributario Administrativo pueda revocarlos, ya que el mismo Apoderado Especial del Contribuyente apelante Licenciado (...) en el escrito de apersonamiento manifestó que además que su representado no ha cuestionado tales facultades, ni tampoco se ha opuesto a una fiscalización basada en las disposiciones legales pertinentes, sino que ha cuestionado las irregularidades de procedimientos cometidas en su perjuicio y que vician de nulidad absoluta todo lo actuado por la Dirección General de Ingresos (DGI). Por lo que el Tribunal Tributario Administrativo considera que lo actuado por la Administración Tributaria de Sajonia está apegado a derecho y que existen suficientes méritos para sostener la presunción legal establecida por la Dirección General de Ingresos (DGI) de conformidad a la información obtenida ante la Contraloría General de la República de Nicaragua, mediante el procedimiento que establece el Arto. 22 de la Ley No. 438, Ley de Probidad de Servidores Público y lo dispuesto en los Artos. 4, 89, 90, 106, 144

y 160 numeral 1) y 2) de la Ley No. 562, Código Tributario de la República de Nicaragua; los Artos. 1379, 1380, 1382, 1383, 1384, 1390 y 1391 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua y los Artos. 2431, 2432 y 2433 del Código Civil de la República de Nicaragua los que respectivamente señalan: Arto. 106 CTr. “Las presunciones legalmente establecidas admiten prueba en contrario dentro de los plazos establecidos en este Código”. Arto. 90 CTr., “Los medios de prueba que podrán ser invocados, son: numeral 6). Las presunciones e indicios, siempre y cuando la Administración Tributaria tenga bases legales para comprobar el hecho”. Arto. 144 CTr. “Los actos y resoluciones de la Administración Tributaria se presumirán legales, sin perjuicio de las acciones que la Ley reconozca a los obligados para la impugnación de esos actos o resoluciones. No obstante lo dispuesto, la ejecución de dichos actos se suspenderá únicamente conforme lo prevé este Código en el Artículo 95”. Arto. 160 CTr. “La determinación de la obligación tributaria por la Administración Tributaria se realizará aplicando los siguientes sistemas: 1). Sobre base cierta, con apoyo en los elementos que permitan conocer en forma directa el hecho generador del tributo, tales como libros y demás registros contables, la documentación soporte de las operaciones efectuadas y las documentaciones e informaciones obtenidas a través de las demás fuentes permitidas por la ley; 2). Sobre base presunta, a falta de presentación de declaración, de libros, registros o documentos, o cuando los existentes fueren insuficientes o contradictorios la Administración Tributaria tomará en cuenta los indicios que permitan estimar la existencia y cuantía de la obligación tributaria y cualquier dato que equitativa y lógicamente apreciado sirva para revelar la capacidad tributaria”. Arto. 4 párrafo segundo CTr. “Las situaciones que no puedan resolverse mediante las disposiciones de este Código o de las leyes específicas sobre cada materia, serán reguladas supletoriamente por las Normas de Derecho Común”. Arto. 1379 Pr. “PRE-

SUNCIÓN es la consecuencia que la Ley o el Juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama LEGAL y la segunda HUMANA". Arto. 1380 Pr. "Hay presunción legal: 1) Cuando la ley la establece expresamente; 2) Cuando la consecuencia es inmediata y directamente de la Ley". Arto. 1382 Pr. "El que tiene a su favor una presunción legal, sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción". Arto. 1383 Pr. "No se admite prueba contra la presunción legal: 1) Cuando la ley lo prohíbe expresamente. En este caso la presunción se llama DE DERECHO. 2) Cuando el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción". Arto. 1384 Pr. "Se exceptúa de lo dispuesto en la fracción segunda del artículo anterior, el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar". Arto. 1390 Pr. "Las presunciones legales de que trata el artículo 1383 hacen plena prueba". Arto. 1391 Pr. "Las demás presunciones legales hacen plena prueba mientras no se pruebe lo contrario". En concordancia con lo establecido en el Arto. 2431 del Código Civil de la República de Nicaragua que establece literalmente: Arto. 2431 C. "Presunciones son las consecuencias que la ley o el Juez deduce de un hecho conocido, para averiguar un hecho desconocido". Arto. 2432 C. "El que tuviere a su favor la presunción legal, excusa probar el hecho en que se funda. Sin embargo, el que invoca una presunción legal debe probar la existencia de los hechos que le sirven de base". Arto. 2433 C. "Las presunciones establecidas por la ley pueden destruirse por la prueba en contrario, excepto en los casos en que la ley lo prohibiere expresamente". Siendo que el Recurrente no ha desvirtuado con pruebas en contrario cuando lleva la carga de la misma a como lo establece el Arto. 89 CTr., que literalmente dice: Carga de la Prueba. Arto. 89. "En los procedimientos tributarios administrativos o jurisdiccionales, quien pretenda hacer valer sus derechos o pretensiones, deberá probar los hechos constitutivos de los mismos". Por lo que no queda más que desestimar

la pretensión del Recurrente, ya que no se encontró pruebas que lleven a concluir lo contrario. Dicho esto, el Tribunal Tributario Administrativo considera necesario mantener en firme los ajustes determinados por la Administración Tributaria de Sajonia y sostenido por el Director de la Dirección General de Ingresos (DGI) Licenciado (...) en el Impuesto Sobre la Renta (IR) períodos fiscales Junio/2004, Junio/2005, Junio/2006 y Junio/2007; ajustes por la suma de C\$20,994,586.36 (veinte millones novecientos noventa y cuatro mil quinientos ochenta y seis Córdobas con 36/100) y multa por Contravención Tributaria de C\$5,248,646.59 (cinco millones doscientos cuarenta y ocho mil seiscientos cuarenta y seis Córdobas con 59/100) para un total adeudado de Impuestos y Multa que ascienden a C\$26,243,232.95 (veintiséis millones doscientos cuarenta y tres mil doscientos treinta y dos Córdobas con 95/100) en concepto de ingresos no declarados, por lo que se deben confirmar dichos conceptos por no haber sido objeto de Impugnación por parte del Recurrente de conformidad con el Arto. 94 numeral 5) CTr., en concordancia con el Arto. 96 CTr., segundo párrafo numeral 3). Siendo que el Contribuyente (...) a través de su Apoderado Especial, no invocó de manera expresa la suspensión del acto a como lo señala el Arto. 95 CTr., adicionalmente se le aplicará el recargo moratorio al momento de cancelar el Impuesto en la Administración de Rentas respectiva de conformidad con los Artos. 51 y 131 CTr., por lo que no cabe más que dictar la Resolución que en derecho corresponde.”

**Resolución administrativa No 24-2009 10:00 am
15/05/2009**

“Considerando VI. *Que el Recurrente de Autos ha impugnado la aplicación de los indicios utilizados por el Administrador de Rentas del Centro Comercial Managua para determinar sus ingresos y así ajustar el Impuesto al Valor Agregado.*

do (IVA) período Junio 2007 a Marzo 2008, por considerar tal aplicación confiscatoria del Impuesto al Valor Agregado (IVA) en franca violación del Arto. 114 Cn., al haber aplicado los hallazgos obtenidos de la realización de Punto Fijo de tres días (14, 15 y 16 de Marzo del año dos mil ocho) mediante las Credenciales No. 02/052/03/2008 y 02/053/03/2008 y no los resultados obtenidos por el Punto Fijo realizado bajo la Credencial No. 02/073/04/2008. En relación a este alegato el Tribunal Tributario Administrativo, en pro de garantizar el respeto al Principio del Debido Proceso y Principio de Legalidad, considera acertado el alegato anteriormente expuesto, más aún cuando la Ley No. 562, Código Tributario de la República de Nicaragua en sus Considerandos IV y V que literalmente dicen: "... IV Que el Código Tributario dedica especial atención a los derechos y garantías de los contribuyentes, lo que, obviamente, viene a reforzar los derechos sustantivos de estos últimos y a mejorar sus garantías en el seno de los distintos procedimientos tributarios. De forma correlativa, la norma delimita, por cierto con bastante claridad y precisión, las pertinentes obligaciones y atribuciones de la administración tributaria. Ello resulta esencial para materializar aquellos que, con toda certeza, se consagran como principios jurídicos rectores del sistema tributario: el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad de la tributación. V Que por seguridad jurídica ha de entenderse la posibilidad de prever las consecuencias y el tratamiento tributario de las situaciones y actuaciones de los contribuyentes, pudiendo pronosticar, de previo, las correspondientes decisiones administrativas y judiciales sobre tales situaciones y acciones. Sobra decir que en la medida en que se observe dicho principio se promueve la plena confianza de los ciudadanos en sus instituciones y se les protege de la arbitrariedad". De igual manera este mismo cuerpo legal en el Arto. 210 CTr., numeral 1) establece como deber del Tribunal Tributario Administrativo conocer y resolver todos los casos que por dispo-

sición de la Ley lleguen a su conocimiento en estricto apego y observancia de la Constitución Política de la República, las leyes generales y demás disposiciones tributarias. Finalmente en las disposiciones generales del Código Tributario de la República de Nicaragua, específicamente en el Arto. 3 acoge el Principio de Legalidad como uno de los rectores de nuestro Sistema Tributario. En base a las disposiciones legales antes señaladas, el Tribunal Tributario Administrativo procede a modificar la base de cálculo de la determinación utilizada por la Administración Tributaria, considerando justa, veraz y suficiente la base de aplicación obtenida del mecanismo de Punto Fijo realizado mediante la Credencial No. 02/073/04/2008 prueba efectuada por un período de treinta y dos días, de la cual determinó ingresos no declarados por la suma de C\$12,668,240.20 (doce millones seiscientos sesenta y ocho mil doscientos cuarenta Córdoba con 20/100) producto de la ecuación de multiplicar el valor promedio de las facturas que equivale a la suma de C\$307.97 (trescientos siete Córdoba con 97/100) por el promedio de las facturas realizadas durante el período Auditado que es de 41,140 (cuarenta y un mil ciento cuarenta) facturas. A los ingresos determinados por la suma de C\$12,668,240.02 (doce millones seiscientos sesenta y ocho mil doscientos cuarenta Córdoba con 02/100) se le restó la suma de C\$2,577,080.98 (dos millones quinientos setenta y siete mil ochenta Córdoba con 98/100) resultando así una Base imponible para calcular el Impuesto al Valor Agregado (IVA) de conformidad a lo establecido en el Arto. 37 De la Ley No. 453, Ley de Equidad Fiscal, resultando un Impuesto a Pagar por la suma de C\$1,535,295.99 (un millón quinientos treinta y cinco mil doscientos noventa y cinco Córdoba con 99/100) más su nueva multa Administrativa por contravención tributaria por la suma de C\$378,418.47 (trescientos setenta y ocho mil cuatrocientos dieciocho Córdoba con 47/100).”

**Resolución administrativa No 28-2009 02:00 pm
22/06/2009**

“Considerando VIII. Que en relación a lo alegado por el Contribuyente sobre la errada interpretación que hace el Director de la Dirección General de Ingresos (DGI) Licenciado (...) sobre el numeral 5) del Arto. 160 CTr., en su afán de justificar el método (“información exógena o cruce de información”) que utilizó el auditor para determinar la supuesta obligación tributaria, apoyándose con los Artos. 146 numeral 5) y 148 CTr. Que el Arto. 27 CTr., regula las fuentes de información especialmente la información que proviene de terceros contribuyentes señalando al respecto que para obtener una información de un tercer contribuyente se debe referir a este (al tercero) mediante requerimiento general o específico, y que en el caso de autos a la empresa (...), no se le requirió de manera general o específica información alguna. En relación a este alegato el Tribunal Tributario Administrativo considera que el procedimiento utilizado para la determinación de los ajustes elaborados por la Dirección General de Ingresos (DGI) al Recurrente, no viola el Arto. 27 CTr., ya que el referido Artículo establece el procedimiento a seguir en el caso del “Suministro de información y su valor probatorio” el que es aplicable cuando la Dirección General de Ingresos (DGI) solicite información de un contribuyente a un tercero, debiendo requerirse la información de manera general y posteriormente notificar al contribuyente sobre la obtención de ésta información, no siendo el caso que nos ocupa, siendo que la información utilizada por la Administración de Rentas del Centro Comercial Managua fue suministrada por el Departamento de Devolución de la Dirección General de Ingresos (DGI) Central, razón por la cual se considera que el procedimiento de obtención de la información utilizada para la determinación, está apegada a lo establecido en el numeral 5) del Arto. 146 CTr., el que faculta a la Administración

Tributaria para determinar los tributos conforme a la información presentada por la parte recurrente o las que hayan sido recibidas de otras fuentes, como los cruces de información los cuales pueden ser de manera interna o externa a través de la Dirección de Fiscalización de conformidad a lo establecido en el numeral 1) del Arto. 25 del Decreto 01-2005. En concordancia con lo establecido en el Arto. 160 numeral 2) y 5) el que textualmente dice: Artículo 160.- La determinación de la obligación tributaria por la Administración Tributaria se realizará aplicando los siguientes sistemas: 2). Sobre base presunta, a falta de presentación de declaración, de libros, registros o documentos, o cuando los existentes fueren insuficientes o contradictorios la Administración Tributaria tomará en cuenta los indicios que permitan estimar la existencia y cuantía de la obligación tributaria y cualquier dato que equitativa y lógicamente apreciado sirva para revelar la capacidad tributaria. 5). Otros métodos contemplados en la Legislación Tributaria. Procedimientos de determinación utilizados por la Dirección General de Ingresos (DGI) son el resultado ante la negativa del Recurrente de suministrar la información que en su momento fue obtenida mediante el cruce de información sobre la solicitud de Devolución del crédito realizada por el contribuyente (...), que podemos constatar en los folios 19 y 20. El requerimiento de información tributaria realizado por la Administración de Rentas del Centro Comercial Managua con referencia a la información suministrada por (...), en el folio número 62 del expediente, el Recurrente afirma que por razones de una mala aplicación en sus procedimientos contables, no podrá suministrar la información requerida por la Dirección General de Ingresos (DGI). Por lo que no queda más que dictar la resolución que en derecho corresponde.”

**Resolución administrativa No 509-2014 08:40am
22/08/2014**

“Considerando VI. Que en contra de la Resolución del Recurso de Revisión RES-REC-REV-225-12/2013, emitida por el Director General de la DGI, interpuso Recurso de Apelación el señor (...), en la calidad en que actuaba, manifestando que la Administración de Renta de Chinandega le determinó ajustes por presunción de conformidad con lo establecido en el Arto. 160 numera 1) del CTr., y confirmados por el Director General de la DGI mediante Resolución de Recurso de Revisión RES-REC-REV-225-12-2013; solicitando el Apelante le sean analizados sus argumentos con base en los Artos 4 párrafo segundo, y 63 del CTr. También argumentó que los impuestos deben ser creados por ley que establezca su incidencia, tipo impositivo y las garantías a los contribuyentes, señalando el Recurrente los Artos. 34 inciso 4, 114 y 115 Cn. Del examen al expediente de la causa, y lo razonado en el Considerando que antecede, el Tribunal Aduanero y Tributario Administrativo comprobó que los ajustes determinados fueron en base a diferencias encontradas por ingresos no declarados producto de compras no registradas que afectaron el costo de venta, del cual esta Autoridad se pronunció al respecto en el Exp. 296-2014, confirmando el ajuste en el Impuesto sobre la Renta (IR) sostenido por el Titular de la Administración Tributaria mediante Resolución del Recurso de Revisión RES-REC-REV-226-12-2013 de las nueve de la mañana del día veintiséis de marzo del año dos mil catorce, ajustes que se encuentran visibles mediante las cedulas analíticas de la Administración Tributaria visibles de los folios Nos. 531 al 534, del expediente de la causa, teniendo como fundamento los ajustes impugnados por el Recurrente, la documentación suministrada, mediante la cual se refleja que sus ingresos brutos al ser consolidados arrojaron diferencias, que el Recurrente no justificó, conforme a lo establecido en los Artos. 89 y 90 CTr. Esta Autoridad, considera que la Administración de Renta de Chinandega ha actuado en cumplimiento del principio de legalidad administrativa, y los Principios

y Garantías rectores del sistema tributario nicaragüense, por lo que se determina que la Administración Tributaria ha actuado apegado a derecho, en cumplimiento del marco jurídico de la ley de la materia, aplicando lo establecido en la Ley No. 453, Ley de Equidad Fiscal y sus reformas, respetando los derechos y garantías del administrado, desde el inicio del proceso en armonía con lo establecido en los Artos. 34 inciso 4, 114 y 115 Cn., siendo dicha actuación de Administración Tributaria hasta donde la ley le permite, cumpliendo las disposiciones establecidas en el Código Tributario de conformidad al Arto. 149 CTr., indicando en las resoluciones recurridas el motivo de los ajustes, cumpliendo con la motivación. Por las razones anteriormente expuestas, se estima que el argumento del Recurrente en el sentido que la Administración Tributaria aplicó procedimiento de determinación alejado de lo establecido en el Código Tributario, carece de fundamento. Por lo que el Tribunal Aduanero y Tributario Administrativo procede a dictar la Resolución que en derecho corresponde”.

**Resolución administrativa No 770-2014 08:20am
17/12/2014**

“Considerando V. Que en contra de la Resolución del Recurso de Revisión RES-REC-REV-112-05/2014, emitida por el Director General de la DGI, interpuso Recurso de Apelación el señor (...), en el carácter en que actuaba, impugnando el ajuste a los ingresos no declarados, aduciendo que no existe diferencia entre los inventarios y ventas facturadas y declaradas, por lo que considera arbitraria y dolosa la forma en que se fijó una presunción del 5% como ventas gravadas no declaradas, sin existir evidencias o pruebas, de que ese sea el resultado de la revisión fiscal. Del examen realizado al expediente de la causa, los elementos probatorios y alegatos de las partes en el presente proceso, el Tribunal Aduanero y Tributario Administrativo comprobó que la Administración Tributaria por

medio de Acta de Cargos ACCA/09/016/122013, visible del folio No. 864 al 868 del expediente de la causa, formuló al Contribuyente ajustes en el Impuesto sobre la Renta (IR) del período fiscal 2011-2012, en concepto de Ingresos no declarados, por la suma de C\$665,077.83 (Seiscientos sesenta y cinco mil setenta y siete córdobas con 83/100), producto de haber tasado de oficio el 5% sobre venta de bienes y servicios no facturados en el período por la suma de C\$13,301,556.59 (Trece millones trescientos un mil quinientos cincuenta y seis córdobas con 59/100); además formuló ajustes por no haber declarado ingresos percibidos por las facturas No. 15931 y 12262 por la suma total de C\$884.13 (Ochocientos ochenta y cuatro córdobas con 13/100); para un total de ajustes por ingresos no declarados por la suma de C\$665,961.96 (Seiscientos sesenta y cinco mil novecientos sesenta y un córdobas con 96/100). El Recurrente presentó como elementos probatorios fotocopias autenticadas por notario público de los detalles de ingresos por ventas del período fiscal 2011-2012, y de factura anulada No. 12262 y factura No. 15931, visibles del folio No. 925 al 970 del expediente de la causa. El Tribunal Aduanero y Tributario Administrativo considera que el ajuste anteriormente detallado carece de validez legal, por cuanto se comprobó de los elementos probatorios que rolan en el expediente de la causa, que la Administración Tributaria, en ninguna de las etapas anteriores, brindó detalle de los ingresos de bienes y servicios no declarados por el Contribuyente, para que el mismo ejerciera su derecho a la defensa, en cambio el Apelante refutó lo sostenido por la DGI. Esta Autoridad no cuenta con la información necesaria para considerar que la actuación de la Administración Tributaria, está ajustada a las normas y procedimientos de auditoría y tributarias, ya que no se demostró detalladamente la base bajo las cuales se tasaron de oficio los ingresos no declarados, y el porcentaje del 5% aplicado a dichos ingresos, para el cálculo del impuesto a pagar. Esta Autoridad considera que tanto el Ad-

ministrador de Rentas de Estelí, como el Director General de la DGI, incumplieron con lo establecido en los numerales 5) y 6) del Arto. 162 CTr., los que íntegra y literalmente dicen: “Arto. 162. La resolución de determinación debe cumplir los siguientes requisitos... 5) Apreciación de las pruebas y de las defensas alegadas. 6) Fundamentos de la Decisión”, y Arto. 424 Pr., el que íntegra y literalmente señala: “Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con la demanda y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el juicio, haciendo las declaraciones que ésta exija, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren, sido varios, se hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.” El Tribunal Aduanero y Tributario Administrativo considera que con la actuación de los funcionarios recurridos, no se ha garantizado el derecho a la defensa del Contribuyente al no brindar el detalle de las partidas que componen el ajuste formulado, imposibilitando tener como cierto el ajuste determinado por la DGI, al no estar demostrado en el expediente de la causa los hechos determinados por la Administración Tributaria. Por lo que se deben respetar los derechos y garantías, de los Contribuyentes los que son irrenunciables de acuerdo al Arto. 63 CTr. Con base en lo razonado, esta Autoridad determina que el ajuste en el Impuesto sobre la Renta (IR) del período fiscal 2011-2012, en concepto de ingresos no declarados, por la suma de C\$665,961.96 (Seiscientos sesenta y cinco mil novecientos sesenta y un córdobas con 96/100), debe ser desvanecido en todos sus conceptos con base en lo establecido en el Arto. 89 CTr., que íntegra y literalmente dice: “En los procedimientos tributarios administrativos o jurisdiccionales, quien pretenda hacer valer sus derechos o pretensiones, deberá probar los hechos constitutivos de los mismos.” De lo anteriormente razonado, esta autoridad considera que de igual manera el ajuste formulado en el Impuesto al Valor Agregado (IVA), del pe-

ríodo fiscal 2011-2012, en concepto de ingresos gravados no declarados por la suma de C\$665,961.96 (Seiscientos sesenta y cinco mil novecientos sesenta y un córdobas con 96/100), en donde resulta un débito fiscal del 15% a pagar por la suma de C\$99,894.29 (Noventa y nueve mil ochocientos noventa y cuatro córdobas con 29/100), debe ser desvanecido en su totalidad, en vista que por sí solo dicho ajuste no puede ser avalado, sin la justificación que demuestre lo contrario a lo registrado en su contabilidad por el Contribuyente”.

Partiendo de la referencia de los hechos expuestos y las normas citadas, es criterio del autor el siguiente:

V. Concepto

Para una mayor comprensión de este instituto, resulta necesario acudir a la definición que han ensayado los tratadistas españoles, Simón Acosta y Pablo Chico de la Cámara:

“Los incrementos no justificados de patrimonio son una institución jurídica en virtud de la cual se da el tratamiento de renta gravable en el IRPF (y, en su caso, en el IS) a los elementos patrimoniales poseídos por el contribuyente que no se corresponden con las fuentes de financiación aparentemente disponibles para adquirir tales bienes.”³

“(…) Las ganancias no justificadas de patrimonio aparecen en nuestro sistema tributario como una materia gravada, un elemento que unido a otros –como rendimientos de trabajo, de capital, de actividades económicas, ganancias de patrimo-

3 Simón Acosta, Simón. Los Incrementos No Justificados de Patrimonio. Editorial Aranzadi, S.A. 31486 Elcano (Navarra), España. 1997. Pág. 13.

nio y de imputaciones de rentas- configuran el hecho imponible del IRPF. Estamos, en definitiva, ante un expediente técnico mediante el cual el legislador confiere la calificación de renta “actual” a una renta o a rentas “presuntas y pretéritas”. Las ganancias no justificadas acreditan necesariamente la existencia de unos componentes de la renta gravada en el IRPF, obtenidos por el contribuyente en periodos coetáneos o anteriores a las adquisiciones patrimoniales de bienes, deudas o al dinero oculto, siendo materialmente imposible adscribirlos a determinada fuente de renta.⁴”

Por lo antes expuesto, podemos inducir que es menester para la Administración Tributaria detectar y revelar el incremento en el patrimonio del sujeto pasivo, el que puede tener floridas y variadas manifestaciones, cómo bienes o elementos patrimoniales, para que se consideren en el fáctico de rentas gravables, que no fueron reportadas de manera oportuna por los medios que la Administración Tributaria facilita al efecto, tales como las declaraciones o que el contribuyente no pueda válida y confiablemente demostrar su origen. La única salvedad es que el contribuyente logre demostrar que los ingresos son exentos o que ya fueron declarados. La falta de justificación de fondos o financiamiento para la adquisición de un activo, constituye un incremento patrimonial no justificado. Es decir, que la ley otorga considera los elementos patrimoniales no registrados, o registrados en forma indirecta, una presunción que los atrae a la renta bruta, obligando al sujeto pasivo a demostrar el origen de tal incremento.

4 Chico de la Cámara, Pablo. Las Ganancias no justificadas de Patrimonio en el IRPF. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, España. 1999. Págs. 21 y 22.

En la Legislación Nicaragüense, dicha figura se establece en los artículos 3 de la Ley de Concertación Tributaria (LCT) y los artos 5, 28 inciso 2 numeral b del Decreto 01-2013, Reglamento de la Ley 822 y el Artículo 103, 160 del Código Tributario.

El artículo 3 LCT dice que “(...) El IR grava cualquier incremento de patrimonio no justificado y las rentas que no estuvieses expresamente exentas o exoneradas por ley. Se define como incremento de patrimonio no justificado, los ingresos recibidos por el contribuyente que no pueda justificar como rentas o utilidades, ganancias extraordinarias, aportaciones de capital o préstamos, sin el debido soporte de del origen o de la capacidad económica de las personas que provean dichos fondos”.

VI. Naturaleza jurídica

El incremento injustificado de patrimonio como un instituto jurídico, revela como por medio de una presunción legal, estipulada por ley, la Administración Tributaria puede realizar una determinación de la base imponible sobre el impuesto sobre la renta, considerando como renta bruta un incremento en el patrimonio del contribuyente, cuando el contribuyente no pueda justificar su origen con los respectivos respaldos documentales.

En general, para poder aplicar una presunción de tipo legal, primero debe cumplirse con los requisitos de la ley, tales como:

- a.- Lo que se está presumiendo es que debe incorporarse como parte de la renta bruta todo el incremento de patrimonio que no esté debidamente justificado en la fuente que lo origina.

- b.- Debe existir prueba fehaciente sobre el proceder de la aplicabilidad de la presunción.
- c.- Esta presunción legal admite prueba en contrario, es decir es una presunción “*iuris tantum*”.

Por lo anterior, podemos estar claro que el supuesto de la norma no se aplica de manera irreflexiva, para llegar a aplicarse debe primero demostrarse y nunca presumir, la existencia del incremento patrimonial como tal. En este sentido, lo único que se presume es el efecto jurídico de gravar en el impuesto a la renta, un incremento patrimonial que no se logró justificar en rentas ya declaradas, no sujetas o exentas.

Así, la presunción de que todo incremento de patrimonio no justificado es gravable, nunca podrá partir de un hecho incierto o presunto, sino que la Administración Tributaria debe demostrar en forma certera que cuenta con las pruebas que permitan concluir que existe un incremento patrimonial, y al ser no justificado por el sujeto pasivo, procede aplicar la presunción legal.

VII. Aplicación de la norma jurídica tributaria

Como es característico en las presunciones legales establecidas en la Ley de Concertación Tributaria, es requisito para su aplicabilidad, partir de hechos ciertos y demostrados, según exige la citada norma jurídica. Para ello, debe partirse de pruebas idóneas que permitan tener una certeza que se ha incurrido en los supuestos jurídicos de tal presunción. En el caso del artículo 3 de la LCT, el efecto jurídico es gravar un incremento que se presume deviene de la generación de rentas gravables omitidas.

Así, como conclusión de una auditoría por parte de la Administración Tributaria, se puede presentar la situación que se determine un incremento de patrimonio, hecho cierto y demostrado. Pues, este se da cuando el contribuyente no pueda comprobar su origen específico. La Administración Tributaria debe demostrar que el incremento apareció, y que el mismo no concuerda con las declaraciones presentadas. Precisamente el incremento no justificado surge cuando el contribuyente no logra justificar su origen.

De esta manera, ante la falta de criterio de imputación sobre el incremento a la obligación tributaria, la ley presume que dicho incremento constituye rentas gravables no declaradas como tales.

Es importante tener presente que previo a la aplicación de esta norma la carga de la prueba compete tanto a la Administración Tributaria como al sujeto pasivo, dependiendo de la etapa procesal administrativa en la que se encuentre. Al respecto, es de mérito reiterar que ésta es una presunción *iuris tantum*⁵.

- 5 Es importante trasladarle la carga de la prueba al sujeto pasivo, ya que permite aplicar la norma legal sólo hasta haber agotado otras posibilidades más directas y exactas de gravar dichas rentas, sea como un ingreso específico al que se le debe aplicar otra norma de fondo, como rentas que ya fueron declaradas según corresponde, rentas exentas o no sujetas (la obligación tributaria debe ser lo más exacta posible). De no probar el fiscalizado ninguno de estos supuestos, el auditor puede aplicar la presunción en forma cierta, utilizándola como mecanismo legal para determinar la obligación tributaria. Esta presunción se hace sólo porque la ley permite gravar los incrementos de patrimonio no justificados y no porque se haya logrado precisar qué tipo de renta constituye la fuente que originó el incremento que afloró en la fiscalización realizada.

A la Administración Tributaria es a la que le compete probar la existencia o afloramiento de un incremento en el capital, y posteriormente la carga de la prueba le corresponde al sujeto pasivo, debido a que debe demostrar la fuente o procedencia de ese incremento de capital.

A criterio del autor, antes de llegar a la conclusión de que un incremento patrimonial es gravable, debe demostrarse y nunca presumirse, los siguientes hechos:

**HECHOS CONOCIDOS, CIERTOS O HECHO BASE
(NO PRESUNTOS)**

Como se ha dicho con anterioridad los hechos que prueban el surgimiento de un incremento de patrimonio le corresponde demostrarlo a la Administración Tributaria y estos deben partir de prueba fehaciente, no presumida sino cierta. Por ejemplo, Es deber de la Administración Tributaria probar la existencia de un activo oculto, cuya titularidad es del sujeto pasivo, o determinar la subvaluación de un activo, posteriormente corresponde al contribuyente demostrar la fuente u origen de los recursos que justifiquen el aumento de su patrimonio. Si el contribuyente no logra demostrar que dichos recursos se originaron en rentas declaradas, en rentas exentas, en rentas no sujetas o prescritas, el patrimonio determinado constituye un incremento de patrimonio injustificado.

Por otro lado, cuando el aumento de activos declarados, según los registros contables, fueron financiados, por ejemplo, por medio de pasivos o un aumento de capital accionario, y la Administración Tributaria demuestra la falsedad de estos últimos, ese incremento de capital manifestado en los activos, resulta no jus-

tificado, y se grava como tal, por cuanto se considera que el pasivo o capital accionario falso no es más que un instrumento para ocultar el incremento patrimonial.

Tanto los hechos como la prueba sobre el surgimiento del incremento de patrimonio, el cual no fue justificado por el contribuyente, deben demostrarse por la Administración Tributaria, ya sea a través de un traslado de cargos determinativo dirigido al sujeto pasivo; o mediante la denuncia penal que se presente, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos establecidos en el artº 303 Pn.

Existencia de un incremento patrimonial

La Administración Tributaria debe demostrar, en los casos de un activo oculto, que este elemento patrimonial está representado por un monto cierto y cuantificable, que refleje diferencias entre los montos declarados y el patrimonio real determinado en el procedimiento administrativo. En términos generales, cuando se presenta un incremento patrimonial injustificado se produce una inconsistencia en la ecuación contable o patrimonial⁶, además de irregularidades en la contabilidad, por omisión de activos o defecto de los registros de pasivos y patrimonio. Asimismo, la Administración Tributaria debe establecer y demostrar quién es el titular de ese incremento patrimonial.

Requerimiento al sujeto pasivo sobre el incremento determinado

Al constituir una presunción *iuris tantum*, la ley establece la posibilidad de admitir prueba en contrario, que justifique el incremento de patrimonio como no

6 Activo = Patrimonio + Pasivos.

gravable. Para ello, antes de aplicar la norma jurídica la Administración Tributaria debe trasladar la carga de la prueba al titular del incremento y se le debe solicitar la justificación sobre el origen o fuente de tal incremento.

Es importante en esta etapa para la Administración Tributaria que el requerimiento no deba dirigirse a constatar la existencia del incremento de patrimonio, sino a conocer la fuente de recursos o de financiamiento que permitió generar ese incremento. La finalidad del requerimiento es determinar si los argumentos y prueba documental que aporte el contribuyente, justifican el incremento como rentas ya declaradas, no sujetas o exentas por ley. El contribuyente presentará o no argumentos y prueba en contrario. La Administración Tributaria deberá analizar los argumentos y pruebas aportados por el contribuyente.

Justificación del sujeto pasivo

El artículo 3 LCT dice que “(...) El IR grava cualquier incremento de patrimonio no justificado y las rentas que no estuviesen expresamente exentas o exoneradas por ley. Se define como incremento de patrimonio no justificado, los ingresos recibidos por el contribuyente que no pueda justificar como rentas o utilidades, ganancias extraordinarias, aportaciones de capital o préstamos, sin el debido soporte de del origen o de la capacidad económica de las personas que provean dichos fondos”.

La prueba en contrario que desvirtúa la presunción, no se respalda en meras justificaciones y argumentos, sino que debe estar sustentada en prueba documental que demuestre lo siguiente:

- a.- La fuente precisa que respalde, por ejemplo, la adquisición de dichos activos, la existencia real de los pasivos, o el aporte de capital que declara. No constituye justificación, el demostrar únicamente la existencia del incremento patrimonial.
 - b.- Que el incremento imputado por la Administración Tributaria ya fue declarado por el contribuyente conforme lo estipula la ley.
 - c.- Que se presenta uno de los supuestos de exclusión –no sujeción- de la renta bruta.
 - d.- Es una renta exenta por ley⁷.
 - e.- Que la renta se produjo en un período prescrito⁸.
- Una vez demostrada la existencia del incremento patrimonial, procede la aplicación de la consecuencia o efecto jurídico de la norma, denominado hecho consecuencia, según se expone a continuación.

HECHO CONSECUENCIA: LA CALIFICACIÓN DEL INCREMENTO PATRIMONIAL NO JUSTIFICADO, COMO GRAVADO:

La doctrina menciona dos aspectos básicos a la hora de calificar un incremento como gravable:

- 7 El contribuyente debe demostrar que la exención estaba vigente durante el período fiscal objeto de la actuación fiscalizadora. La creación y derogatoria de las exenciones son materia reserva de ley, por lo que una exención perfectamente puede ser derogada por otra ley posterior que así lo disponga
- 8 La regla general establece que para la prescripción se corre la misma por el transcurso de 4 años, sin embargo, cuando hay ocultación de bienes o declaraciones inexactas se puede prorrogar hasta 6 años.

- a.- **Aspecto material.** Para poder constituirse en un incremento no justificado de patrimonio, las pruebas que constan en el expediente deben llevar a concluir, por ejemplo, que la adquisición de activos, disminución de pasivos, o aumento en el capital accionario han sido financiados con renta no declarada.
- b.- **Aspecto temporal.** La imputación de la renta debe dirigirse a períodos fiscales no prescritos.

Si no es posible determinar el período del surgimiento del incremento patrimonial no justificado, la ley establece que se debe imputar al período en que lo determine la Administración Tributaria, es decir al período o períodos sujetos a fiscalización, sin que ésta requiera establecer la fecha en que se incurrió en el ocultamiento de rentas que se presumen gravables, hecho que por sí constituye una carga de la prueba que la misma ley evita imponer, al resultar de difícil obtención. Ahora bien, en cuanto al término de prescripción se refiere, los incrementos injustificados de patrimonio deben someterse a lo dispuesto en los artículos 42 y sgts del Código Tributario.

c.- Calificación jurídica.

Finalmente, la calificación jurídica debe contener las justificaciones que ameriten la aplicación de la norma:

- a.- La existencia de un incremento patrimonial determinado en el (los) período(s) fiscalizado(s), no prescrito(s).
- b.- Que ese incremento no se encuentra justificado en la declaración ni en sus comprobantes de respaldo⁹.

9 El autor considera necesario incorporar de manera ilustrativa la resolución dictada por el Tribunal Fiscal Administrativo de la Repú-

- c.- Que el titular del incremento es el sujeto fiscalizado.
- d.- Que ante requerimiento, el fiscalizado no logró justificar el origen de la fuente que generó tal incremento patrimonial.
- e.- El tipo específico del incremento no justificado, por ejemplo, en su carácter de omisión de activos en la contabilidad o de adquisiciones onerosas, recepción y/o disposición de fondos sin respaldo material¹⁰.
- f.- Que el incremento no justificado de patrimonio sea financiado con rentas no declaradas y como tales, procede la aplicación de la presunción legal establecida en el artículo 3 LCT.

VIII. Jurisprudencia Internacional

La sentencia N° 000585-F-S1-2008 de las diez horas cuarenta y cinco minutos del veintinueve de agosto de dos mil ocho, según expediente N° 02-000562-0161-

blica de Costa Rica, que dice: □() Cuando faltan documentos, la ley señala los procedimientos a seguir: Si faltan comprobantes de ingresos, éstos se pueden definir por vía indirecta, valiéndose de la facilidad que ofrece la contabilidad, para comparar las ventas registradas con las que teóricamente debieron producirse a partir de las compras. Si se trata de gastos, puede rechazarse total o parcialmente conforme a la ley. Para que pueda aplicarse la presunción del artículo 5° debe existir una situación de hecho, que haga ostensible la existencia de un patrimonio en poder del contribuyente cuya identidad y magnitud no se explica mediante el giro comercial declarado al Fisco. (...)." No. 25-2010. TRIBUNAL FISCAL ADMINISTRATIVO, dado a las 9:15 horas del 2 de febrero de 2010.

- 10 El autor se refiere al aspecto material y no formal. La existencia de documentos formales que justifiquen la adquisición onerosa no son suficientes si además, no se demuestra el origen de la fuente que permitió realizar tal transacción.

CA, la Sala Primera de la Corte suprema de Justicia de Costa Rica señaló lo siguiente:

Redacta la Magistrada León Feoli

“(...) IV.- Atinente al primer tema, se ha venido cuestionando la existencia de los susodichos préstamos. Tanto las instancias administrativas, como el órgano jurisdiccional, en la sentencia que se conoce, coinciden en esa falta de acreditación. La Sala comparte ese criterio, porque sin duda los documentos a los que refiere el casacionista no tienen la virtud de probar, con la contundencia requerida, la existencia de los relacionados préstamos ni el origen cierto de esos pasivos, como para precisar la procedencia de los recursos financieros y económicos ingresados en las arcas de la sociedad. Si bien es cierto, en muchas de las transacciones mercantiles impera el principio de informalidad o libertad de formas, es natural también que para fines fiscales interese que las partes lleguen a documentar algunas operaciones y negocios de trascendencia, con el propósito de pre constituir prueba de relevancia para lograr exenciones tributarias, tal y como la que ahora se pretende. Pero la actora, en modo alguno ha actuado con la debida diligencia de procurarse medios probatorios contundentes para lograr su cometido. En realidad, los formularios de cheque de que ha hecho mérito y su naturaleza de título valor abstracto, no arrojan luz sobre el negocio concreto que origina su emisión, mucho menos en torno a la causa que mereció el aumento patrimonial que ahora concierne. Lo propio puede decirse de la certificación contable de pasivos de la compañía, cuyo carácter de prueba mercantil se relativiza porque lo es, “Sin perjuicio de los li-

bros que la ley del Impuesto sobre la Renta exige a toda persona natural o jurídica...” como lo estipula el canon 251 del Código de Comercio. Tampoco la fotocopia de la transferencia de fondos expresa, a ciencia cierta, la causa y el destino que los origina. Ni siquiera reuniendo esas probanzas se puede establecer la existencia de indicios serios, precisos y concordantes como para despejar todo cuestionamiento, pues frente a ellos, es inobjetable cómo el resultado de la experticia practicada por el C.P.A., don (...), antes bien, hace patente la imposibilidad manifiesta de verificar en la contabilidad de la empresa actora, en el expediente y en la realidad misma, la existencia de contratos formales de préstamos entre ella, (...), S.A., (...), S.A. o con el señor (... ; así lo reiteró el experto a lo largo de su informe. En consecuencia, la falta de acreditación del origen de esos fondos, en tanto representan incrementos patrimoniales, no puede más que atribuirse a la contribuyente. (...).”

Esta sentencia se refiere a un incremento injustificado de patrimonio, atribuido a fondos que fueron registrados en la contabilidad como un pasivo, pero que el recurrente no pudo demostrar el origen, en vista que no se aportaron los contratos formales de los préstamos. Además, los cheques, la certificación de pasivos, los documentos sobre la transferencia de fondos y los libros contables, aportados como prueba, no justifican por sí mismos el origen de tales fondos y no constituyen prueba contundente, misma que el contribuyente debió procurar. Ante la falta de justificación de la fuente de los recursos cuestionados, como lo expresa la misma Sala, se deslinda la presunción legal del incremento de patrimonio injustificado.

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y SU INCIDENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA NICARAGÜENSE

.....

I. Nota introductoria

El tema de protección de datos personales es un tema novedoso en el sistema jurídico nicaragüense. Tan novedoso que no todas las personas tienen pleno conocimiento sobre qué son los derechos personales, aun las que saben que tipos de derechos son los que se les tutela, indican que no hay mecanismos efectivos, a pesar que la ley prevé las vías correspondientes a seguir.

Este artículo es un acercamiento al origen del tema de protección de datos personales, tanto en el ámbito internacional, como en el ámbito nacional. Se aborda el impacto que posee esta normativa en otras ramas del derecho, así como algunas instituciones, como dependencias del Estado, tales como son la Administración Tributaria.

La Administración Tributaria en virtud de sus funciones recopila una gran cantidad de datos personales considerados por la legislación como sensibles. El contribuyente como tal, muchas ocasiones desconoce cuáles son los cuidados que se toman para la protección de sus datos personales, también desconoce la forma eficaz de hacer valer sus derechos frente a un mal uso de esta información. Este artículo trata de eso, de plan-

tear cuales son los derechos de los contribuyentes y las vías que posee para exigir una correcta protección de sus datos personales frente a una institución de naturaleza pública, como es la Administración Tributaria.

II. La protección de datos personales en Nicaragua

Sobre el tema de protección de datos personales ha sido muy poco lo que se ha escrito en el ámbito nacional, esto derivado a muchos factores, entre los cuales puedo resaltar, a criterio personal, el estancamiento normativo, profesional e intelectual de la gran mayoría de letrados en derecho, que han quedado debatiendo por décadas los casi jurásicos institutos del derecho civil y el derecho penal. También, puedo recalcar la falta de una institución o ente reguladora que vele por la normativa en materia de protección de datos personales. Por último, el lento desarrollo del ecosistema digital en el país, puesto que somos el país con menor penetración de internet en la población¹.

Por lo que, para poder abordar el tema del origen de la normativa sobre protección de datos personales en Nicaragua, es recomendable primero recurrir a la normativa internacional para posteriormente aterrizarla en el contexto nacional.

1 Ranking 2013, Penetración de TIC's en LATAM. Publicado por Infolatam.

I.) ANTECEDENTES.

En el ámbito internacional me permito enfatizar que existe un momento preciso donde se puede mencionar la gestación de la normativa en materia de protección de datos personales, la cual mencioné en una obra en la que participé como coautor y donde expresé, textualmente:

Poco se ha escrito del origen de la protección de datos personales en el ámbito costarricense, no obstante, existen algunos autores que han hecho referencia al verdadero origen de los mismos, ubicando el nacimiento de la institución en Alemania, pues se le atribuye ser el primer país en salvaguardar los derechos a la intimidad de sus habitantes por medio de mecanismos legales que permiten evitar prácticas abusivas y arbitrarias en el tema. En 1970, el Parlamento de Estado alemán de Hesse, fue el primero en promulgar su normativa de protección de datos denominado «Datenschutz».

Consecutivamente, la iniciativa llegó hasta el parlamento federal de Alemania donde en el 1977 se creó un Comisario Federal para que interviniera en las situaciones donde se percibiera una lesión a los derechos ligados a la intimidad de las personas. Posteriormente, la Unión Europea (UE), a través del Consejo Europeo, redactó en 1995 un instrumento jurídico —denominado Directiva 95/46 CE— vinculante para los países de la UE, donde si algún país de otro continente deseaba comercializar información sobre datos personales debía cumplir con lo requerido en el documento.

Su finalidad fue tan extensiva que se incorporó a los tratados internacionales entre los países de otros continentes. En dicho texto se redactaron algunos de los principios y términos que rigen hoy en día, tales como la calidad de datos, la legitimación del tratamiento, las categorías especiales de tratamiento, información a los afectados por dicho tratamiento, el derecho

*de acceso del interesado, y el derecho del interesado por oponerse. Estos son aplicables a los datos tratados o no por medios automatizados, de conformidad al Convenio 108, Convenio de la Protección de los Individuos con respecto del procesamiento automático de datos personales*².

La Organización de las Naciones Unidas (ONU), como un conglomerado de países o una entidad de acción mundial, el 14 de Diciembre de 1990 publicó una directriz conocida como **“Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales”** que tenía la finalidad de servir como guía para los países miembros de la ONU en el manejo y seguridad de la información personal de los individuos.

Como todo tipo de normas modelos que se aprueban en convenciones, organizaciones de carácter internacional y otras similares, se busca como pactar directrices que sirvan para luego ser “tropicalizadas” al contexto y realidad particular de cada país.

Así fue que aproximadamente en el año 2008, se introdujo a la asamblea nacional el proyecto de “Ley de Protección de Datos Personales”.

II) LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.

Luego de pasar por más de cuatro años en el proceso de formación de ley ante la asamblea nacional en Ni-

2. García Obregón, Jorge Luis. et. al., “Protección de datos y habeas data: una visión desde Iberoamérica”. Accésit 2014, XVIII Edición Protección de Datos Personales de Investigación de la Agencia Española de Protección de Datos. España, AEPD, Obra Ganadora en Investigación Grupal. 2014, p. 53 y 54.

caragua en el año 2012, se aprobó la Ley 787, Ley de protección de datos personales, marcando un hito en el avance de la normativa nicaragüense en materia de derecho informático, Por primera vez, se trajo a la realidad jurídica instrumentos válidos para tutelar el manejo responsable de datos personales.

Previo a la existencia de la ley 787, no existía en el país una ley ordinaria o especial que normara el tratamiento de los datos personales. Muchos de los derechos constitucionales, como el derecho a la privacidad, quedaban en una ineficacia jurídica ante la ausencia de métodos de tutela efectiva. La mayoría de los reclamos en materia de protección de datos no tenían mayor asidero que la ética y la moral. El poder judicial tampoco tenía muchas herramientas legales eficaces para tutelar los derechos de los ciudadanos.

En el momento de la promulgación de la normativa, se dieron una serie de acontecimientos y denuncias que hicieron que los diputados de la asamblea nacional dieran mayor importancia al proyecto de ley, tales como la falta de una normativa que regulara responsablemente el manejo de los datos por parte de los burros de crédito³. En un principio las empresas de buró de créditos funcionaban en la medida correcta; servían como una base de datos para las empresas, que primeramente subían el historial crediticio de sus clientes, para así tener una referencia comercial sobre los mismos. Pero, luego de subir las referencias negativas de los clientes, estas no se preocupaban por restablecer la referencia a “solvente” una vez que se normalizaba

3 Empresas que se dedican a la venta de servicios de datos sobre la situación crediticia de las personas.

la situación crediticia. Cuando estos burós de créditos fueron utilizados no solo en la referencia para un crédito sino hasta como parámetro evaluativo para fines laborales, la falta de normalización del *status* crediticio por parte de las empresas y la pasividad del buró de créditos, trajeron consigo una serie de reclamos fuertes por parte de focos de la población.

Otras de las denuncias que en su tiempo sopesaron y hasta hoy en día se resienten por parte de la población, han sido el tráfico de datos con fines comerciales que los funcionarios públicos han hecho. Ejemplo, el caso de la base de datos del Instituto Nicaragüense de Seguridad Social (INSS), donde los empleados comercializaron la información a otras empresas, tales como las empresas de tele mercadeo, los que a su vez ocuparon la información para poder tener referentes de ingresos de los ciudadanos y poder efectuar campañas agresivas de créditos, especialmente la venta de tarjetas de créditos. La información obtenida por estas empresas fue utilizada de manera irresponsable, pues sobrevino en un sobre endeudamiento de los ciudadanos, quienes a su vez por su falta de educación financiera y en su mayoría bajo índice de escolaridad, no previeron los problemas futuros.

En la exposición de motivos de la normativa sobre protección de datos se planteó como objetivo fundamental:

(...) la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, ya sea que estén almacenados en ficheros de datos públicos o privados, automatizados o no. Garantizándole sus derechos constitucionales establecidos en el Artículo 26, de la Constitución Política de Nicaragua, al mismo tiempo esta ley, regulará y facilitará los procesos legales y admi-

*nistrativos, para que el ciudadano pueda protegerse frente al tratamiento de sus datos (...).*⁴

SI analizamos el artículo 26 Cn,⁵ expresa que:

Artículo 26: Toda persona tiene derecho: A su vida privada y la de su familia; A la Inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo; (...). A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información.

Este artículo en particular es el principal fundamento de la normativa sobre protección de datos en el ámbito nacional, así como el recurso de *habeas data*, que abordaremos más adelante.

El término “vida privada” que en el referido artículo se menciona, en el derecho nicaragüense carece de claridad, puesto que el derecho tradicional civilista de origen romano, que tiene impregnado el derecho nacional, no lo aborda ampliamente. De igual manera, desinteresada, la jurisprudencia nacional no ha hecho esfuerzo por unificar criterios sobre este concepto, es más podría atreverme a mencionar que ni a definirlo. Mientras tanto en el derecho comparado ya se ha abordado ampliamente este tema, abordando diferentes concepciones, no unificándose criterios y con significados distintos en el tiempo y espacio para los di-

4 Texto tomado de la exposición de motivos de la ley de protección de datos personales de Nicaragua. Website: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/Diariodebate.nsf/76ed72912dd57e570625698c00773f5d/f72538fe50a5946706257a1e0060d734?OpenDocument>

5 Constitución Política de Nicaragua.

ferentes sistemas jurídicos. Esta dicotomía la plantea de una manera muy veraz, el profesor constitucionalista **Christian Suárez Crothers** al decir:

Se trata ciertamente de una noción compleja, que se encuentra en plena etapa de elaboración, y que debido a esta misma complejidad ha dado lugar a manifestaciones diversas en el derecho comparado. En el Derecho angloamericano, como veremos, irá extendiendo su irradiación, por vía jurisprudencial, hacia ámbitos que pudieron haber parecido insospechados para los primeros sostenedores de la moderna teoría de la privacy, y su misma evolución presenta en el derecho americano problemas variados y muy discutidos por la doctrina. En el derecho continental europeo ha recibido distintas denominaciones y así se habla de “riservatezza”, “derecho a la vida privada”, “derecho a la intimidad”, “derechos pertenecientes a la esfera de la vida privada”, etc.⁶

Al imaginar el término de vida privada dentro de la esfera de las nuevas tecnologías la situación se vuelve demasiado delicada, con la globalización y traslados de los modelos de negocios y servicios a la internet, toda la información está preocupantemente más expuesta.

En la exposición de motivos de la Ley 787, se encuentra como justificación de la normativa este extracto que me permito transcribir:

6 Christian Suárez Crothers, “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”. *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XI, diciembre 2000, pp. 103-120.

(...) El actual contexto de desarrollo de la sociedad de la información propone circunstancias en las que es necesario repensar el contenido del derecho a la intimidad y a la privacidad, en virtud de los cambios vertiginosos de las tecnologías de la comunicación y de la información y de las necesidades de protección que las personas tienen frente a nuevos y sutiles peligros de abuso de estas tecnologías, que permiten hoy, de manera ineluctable, la conformación de perfiles de las personas, y un seguimiento constante de sus actividades, deseos y aspiraciones, en una verdadera conquista de la vida interior del ciudadano a través de las tecnologías (...).⁷

No podemos decir, que la exposición de motivos trata de conceptualizar el derecho a la intimidad, y ni por cerca el de vida privada, sino que los mismos quedan abiertos a los cambios y evolución de las tecnologías.

Al igual que en otros artículos que he escrito sobre este tema, me llama la atención que la exposición de motivos de la ley 787, retoma el concepto de “perfiles de personas”, término que va interrelacionado en su nacimiento con la psicología y que hoy en día se ha trasladado con mayor uso a las TIC’s⁸ especialmente las redes sociales. Psicológicamente, perfiles de personas, es un término que denota las características de las aptitudes mentales de los individuos y que son de-

- 7 Exposición de motivos de la ley de protección de datos personales de Nicaragua. Op cit.
- 8 Anglicismo que significa Tecnologías de la Información y la Comunicación.

terminadas por medio de pruebas específicas y científicas, muy utilizado en la psicología forense para prever o entender comportamientos de los individuos. Socialmente, lo podemos entender, como la ubicación del individuo dentro de clases o grupos sociales. En informática se ha generalizado desde hace unos años el término perfil, en el campo de las redes sociales es donde se emplea aquel para referirse al nombre, a toda aquella información personal que posee y a la imagen que cada usuario presenta en los citados espacios web para darse a conocer o mostrarse el resto de internautas. Es decir un Avatar.⁹

En la ampliamente referida exposición de motivos de la ley 787, se señalan otros aspectos importantes como son;

*(...) La intimidad y la privacidad de los ciudadanos se desarrollan hoy en muy diversos ambientes, no sólo en el hogar y en el ámbito familiar. Las crecientes facilidades para la comunicación y el intercambio de información, incluso más allá de las fronteras del país, provocan la necesidad de que tales intercambios sucedan sin que haya riesgos de configurar perfiles de los ciudadanos o abusos de sus datos e información más allá del conocimiento y consentimiento de los afectados (...).*¹⁰

Si analizamos extensivamente esta exposición de motivos, podemos ver que se reconoce implícitamente, a

- 9 Palabra que proviene del sánscrito, nombre que recibían las reencarnaciones de los dioses, en la cultura hindú, cuando se presentaban ante los hombres, sea como ser humano o como animal.
- 10 Exposición de motivos de la ley de protección de datos personales de Nicaragua. Op cit.

juicio del autor, la importancia de la Internet e incluso el *Cloud Computing*.¹¹ Entendiendo que no todo lo que ocurre en la Internet es *Cloud Computing*. Pues, abarca hasta los negocios que tienen que ver con el internet, pero que necesariamente no requieren de este, tales como la venta de información.

En la discusión de la normativa sobre protección de datos, se les compara con derechos humanos de tercera generación, al decir que:

Se trata de una regulación propia de la tercera generación de derechos humanos, dirigida a alcanzar para el individuo medios para oponerse a los potenciales riesgos y peligros a los que se enfrenta en la sociedad tecnológica. La base de solidaridad, que es idéntica para todos los derechos humanos de la tercera generación, también contribuye a configurar el derecho a la autodeterminación informativa como un medio de realización de una sociedad más abierta, más democrática, más participativa, resguardando aquellas trincheras donde las posiciones del individuo empiezan a sufrir embates ante las necesidades crecientes de información para la toma de decisiones en los más diversos campos, que pueden promover, junto a sus evidentes beneficios, el enorme peligro de objetivización e instrumentalización del ser humano.

Tal comparación a mi juicio son contradictorios con los intentos de actualizar la legislación nicaragüense con las tendencias mundiales, puesto que hoy en día ya no hablamos de derechos humanos de primera, segunda,

11 Concepto tecnológico sobre un modelo de negocio en el que se prestan servicios de almacenamiento, acceso y uso de recursos informáticos relacionados con la Internet.

tercera o cuarta generación. Sino, que se ven los derechos humanos como uno solo, sin darle un escalafón o lugar pues todos tienen la misma importancia ante la obligación de protección del Estado.

Un punto importante es el reconocimiento de la autodeterminación informativa,¹² como un derecho fundamental e indispensable ante la privacidad.

Al reconocerse la autodeterminación informativa como un derecho fundamental e indispensable ante el derecho constitucional de la privacidad, es comparable a un derecho constitucional, gozando de todas y cada una de las prerrogativas que ley concede para la protección de estos derechos.

III. El Habeas Data

En todo Estado de Derecho, uno de los pilares más importantes para una plena democracia es la protección de los derechos fundamentales de los individuos. Con los avances tecnológicos que hemos venido abordando y el uso de las TIC's, se cambió el matiz o la visión de lo que constituye esa amalgama de derechos fundamentales. Por eso, es que la normativa en el derecho procesal y sustantivo tiene la difícil obligación de actualizarse constantemente para poder estar atento a cualquier violación que pudiere surgir a los referidos derechos fundamentales, con especial atención en este

12 Facultad de todo individuo para ejercer control sobre su información personal, contenida en registros públicos o privados, específicamente -pero no excluyente – los contenidos en cualquier medio informático, pudiendo pedir su cambio, actualización supresión o publicación.

artículo, a los que tienen que ver con la protección de las bases de datos o *habeas data*. Son muchos los derechos fundamentales en juego, cuando de bases de datos hablamos, entre los que podemos mencionar: la libertad de información, de expresión, de acceso a la justicia, de privacidad e intimidad.

El *habeas data*, de similar manera que la protección de datos personales, tiene un origen, aunque mayor, el cual podemos remontarlos a los tiempos de Juan sin Tierra¹³, donde aparece la primera medida de protección al derecho a la intimidad, el *habeas corpus*, que se refería cuando se encerraba a una persona sin justa causa. Por ello, conocemos el *habeas corpus* como *traer el cuerpo*.

Cuando aparecieron en la historia de la humanidad los computadores y la internet como tal la conocemos hoy en día, hay un enorme flujo de información personal que circula con creciente intensidad, sin que muchas veces los titulares de esa información tengan conciencia o noticia de ello. Así justificadamente es que aparece el *habeas data* como un mecanismo de protección a la información personal.

Como referimos anteriormente el concepto de vida privada es más amplio que lo que desarrolla la legislación nacional, pues se reconoce internacionalmente el derecho a la intimidad personal y familiar, derecho a la

13 Rey de Inglaterra, perteneciente a la dinastía Plantagenet (Oxford, 1167 - Newark, Nottinghamshire, 1216). Era el quinto hijo de Enrique II, quien le dejó sin territorio en el reparto de la herencia (de ahí procede el sobrenombre que le puso su propio padre). Sin embargo, pronto se hizo con un patrimonio y se convirtió en un importante señor de vasallos.

imagen propia y el derecho al secreto de las comunicaciones, siendo este último uno de los más protegidos.

El habeas data como significado etimológico, podríamos conceptualizarlo como *traer los datos*, sirviendo como una herramienta para garantizar los llamados excesos del denominado *poder informático*. En Alemania, con la promulgación de la *Hessisches Datenschutzgesetz* del 7 de abril de 1970, como indicamos anteriormente, este territorio se convirtió en el primero con una norma dirigida a la protección de datos, que tiene como fin impedir la lesión de bienes dignos de tutela de las personas interesadas, garantizando los datos relativos a su persona de abusos cometidos con ocasión de su almacenado, transmisión, modificación o cancelación.

En Suecia, el 11 de mayo de 1973, se promulgó el *Data lag*, con la misma finalidad de proteger a los individuos del mal uso de los datos y de la información personal, por medio de registros y archivos.

El 31 de diciembre de 1974, con el escándalo *Watergate* y con el temor sobre el uso que el Gobierno pudiera hacer de los ordenadores y de los sistemas informáticos, el Congreso norteamericano promulga el *Privacy Act*. Teniendo como premisa la protección de los individuos frente al asalto a su intimidad por sistemas de acopio y almacenamiento de datos derivados del uso de la tecnología informática por las agencias federales.

En Portugal en 1976 establecen en su Constitución el artículo 35 indicando que todos los ciudadanos tienen derecho a tomar conocimiento de los datos contenidos en ficheros o registros informáticos a su respecto, pudiendo exigir su rectificación y actualización, sin per-

juicio de lo dispuesto por las leyes sobre secretos de Estado (...)

En 1978, Francia estableció la Comisión *Nationale de la Informatique et des Libertés*, una institución colegiada, encargada de elaborar un registro o archivo de archivos en el que se inscriben los diversos bancos de datos, así como su naturaleza, su funcionamiento y sus finalidades. Los ciudadanos pueden ejercer su derecho a la información sobre sus datos.

También en 1978, la Constitución española incorporo por medio del inciso 4 del artículo 18, lo que se lee: La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos (...).

En 1984, el Parlamento británico promulgó el *Data Protection Act*, cuerpo legal destinado a proteger una parte especial de la intimidad de las personas: la que tiene que ver con sus datos personales.

En 1984, la Constitución de Brasil, en su artículo 5, inc. 72, incorporó la norma que expresa: se concederá el habeas data para: a) asegurar el conocimiento de información relativa a la persona del demandante, que consiste en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público y b) rectificar datos cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo. En Brasil se presenta el habeas data como un procedimiento independiente del amparo.

En Perú, la Constitución de 1993 prohíbe expresamente que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar (artículo

2, inciso 6.) Posteriormente, el artículo 200 establece el procedimiento del habeas data. En este último caso, la Constitución peruana presenta como instrumento innovativo para regular esta materia al Habeas Data.

En Argentina, con la Constitución Federal de 1994, el artículo 43 declara: (...) Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad que conste en registros o bancos de datos públicos destinados a proveer informes, y en caso de falsedad y discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto a las fuentes de información periodísticas. (...)

En Nicaragua se ha desarrollado el habeas data con base al artículo 26 Cn que dice:

Toda persona tiene derecho: A su vida privada y la de su familia; A la Inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo; (...). A conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información.

La inclusión de esta figura de *habeas data*, se hizo dentro la ley especial con rango constitucional denominada Ley de Amparo. Al incluir un artículo 5 bis, que dice:

El Recurso de Habeas Data se crea como garantía de tutela de datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos u otros medios técnicos, de naturaleza pública o privada, cuya publicidad constituya una invasión a la privacidad personal y tenga relevancia con el tratamiento de datos sensibles de las per-

sonas en su ámbito íntimo y familiar. El Recurso de Habeas Data procede a favor de toda persona para saber quién, cuándo, con qué fines y en qué circunstancias toma contacto con sus datos personales y su publicidad indebida.

Podemos indicar que de esta forma por primera vez se abrió en Nicaragua una puerta procesal para el tratamiento de la protección de datos personales, de los cuales hablamos ampliamente en el inciso anterior.

Probablemente en los últimos cinco años, el habeas data ha venido cobrando una importancia relevante en América Latina, puesto que las interrelaciones entre los individuos, desde el punto de vista social, legal y comercial ha venido evolucionando. Últimamente los modelos de negocios han estado migrando de la esfera convencional, *Face to Face*¹⁴ al modelo digital ó *e-commerce*.¹⁵ Similar ocurre en el ámbito institucional donde las administraciones públicas para lograr ser más eficientes han optado por migrar sus servicios u operatividad a la *web*,¹⁶ es lo podríamos conocer como la *web 2.0*¹⁷.

El derecho como ente regulador de relaciones entre los individuos ha tomado participación en las relaciones

- 14 Frase anglosajona que significa cara a cara, se ha adoptado para designar las operaciones o actividades que se hacen con presencia física de las partes.
- 15 Acrónimo anglosajón que se refiere al comercio electrónico.
- 16 Acrónimo anglosajón que significa World Wide Web ó Internet. En español se traduciría como Red Informática Mundial.
- 17 Sitios web centrados en el usuario, la navegabilidad está centrada en la operatividad, su diseño está centrado en el usuario y el dinamismo de servicios.

de los individuos logrando establecer limitantes en los abusos de poder que pudieren o han surgido.

El Hábeas Data como garantía procedimental de tutela de la autodeterminación informativa del ciudadano pretende crear esta posibilidad de control por parte del ciudadano como un paso más al reconocimiento de nuevas garantías de cara a la era de la información.

Algunos tratadistas, sobre este tema, especialmente en Alemania han criticado el empoderamiento a los individuos sobre el control de sus datos frente al interés del Estado en la investigación de los delitos.

El problema se ha dado de manera específica en los procesos penales donde las autoridades se ven en la necesidad de tener herramientas eficaces que permitan hacerle frente a los retos de la era de la información, sea ampliando las competencias policiales en las investigaciones, por medio de nuevas tecnologías, lo que lógicamente significaría una reducción al amplio terreno que han ganado la protección de datos en Europa.

Por un lado, los defensores de la autodeterminación informativa frente a los abusos de poder de parte de las empresas y el Estado, pero por el otro tenemos a los de la línea populista que en la doctrina penal moderna se apoyan en el *“derecho fundamental a la seguridad”*, que busca conseguir una seguridad pública hacia los ciudadanos, a cualquier costo y con ayuda de las tecnologías que permiten un mayor acceso a la información de los individuos, obteniéndola de sus propias computadoras por medio de las redes de Internet y otras, como también por los más variadas formas como por ejemplo las informaciones contenidas en las tarjetas de crédito. Sin embargo, hay un amplio sector que pre-

gona su oposición a los excesos por parte del Estado y exige la protección de derechos de protección a la persona como el de la intimidad, a la personalidad, a la dignidad y el de autodeterminación de la información.

IV. Regulación penal sobre el manejo de datos personales

El derecho penal ha venido adaptándose a las nuevas tendencias del derecho penal, logrando mutar sus normas a las nuevas exigencias de la sociedad. Hoy en día se centra más en la eficiencia de métodos preventivos y los nuevos modelos de negocios. Es por esto que en muchos países se está trabajando en proyectos de reformas a las leyes procesales, como es por ejemplo el caso de Alemania, que en su proyecto ha tomado en consideración cuestiones como los nuevos poderes que gozan los policías con tecnologías de avanzada y su posible extralimitación de estos en perjuicio de los derechos a las personas, así también ha tomado en cuenta la protección de datos en las redes como la INTERNET, por la gran cantidad de consumidores y usuarios que utilizan estas redes, que no solo afectan a individuos sino también a instituciones del estado, empresas privadas y al comercio en general.

Todas las nuevas legislaciones, penales y no penales, en las que la tecnología pueda tener alguna incidencia en su materia, están obligadas a adaptarse. Así por ejemplo se debe entrar a analizar cuestiones como los secretos comerciales que pueden ser robados de los mismas bases de datos de las empresas por personas extrañas o hasta de los mismos empleados, como también los procesos de seguridad transaccional y encriptamiento como posibles formas de cometer crímenes

en la red, en donde el estado debe determinar hasta qué grado establecer medidas de control de informaciones en la red y en qué grado dar libertades en virtud de derechos como el de la privacidad.

Dentro de la normativa penal nicaragüense, que tiene relevancia con la protección de los datos personales, o especialmente con delitos de índole informático, que usualmente están relacionados entre sí, encontramos de manera diversa y dispersa en todo el código penal, no hay un capítulo único para ellos, por lo que trataremos de mencionar los supuestos penales en los que a juicio del autor pueda haber relevancia con los datos personales.

- La pornografía. El código penal prevé la manipulación de los derechos de imagen de la persona sin su consentimiento, como una forma de proteger la dignidad de la persona, su vida privada y la autodeterminación informativa, puesto que la imagen es parte de los datos sensibles de una persona.
- Registros prohibidos. Se penaliza la facilitación, autorización, creación y comercialización cualquier base de datos o registro informáticos con datos que puedan afectar a las personas naturales o jurídicas.
- Acceso y uso no autorizado de información. Se penaliza al que sin la debida información utilice los registros informáticos de otros, o ingrese, por cualquier medio, a su banco de datos, o archivos electrónicos.
- Estafa. A quien consiga la transferencia no autorizada de cualquier activo patrimonial mediante la manipulación de registros informáticos o programas de computación o el uso de otro artificio semejante.

- Destrucción de registros informáticos. Comete este delito quien destruya, borre o de cualquier modo inutilice registros informáticos.
- Uso de programas destructivos. Comete este delito quien con la intención de producir un daño, adquiera, distribuya o ponga en circulación programas o instrucciones informáticas destructivas, que puedan causar perjuicio a los registros, programas o a los equipos de computación.
- Apoderamiento de secretos de empresa. Quien, en provecho propio o de un tercero, se apodere por cualquier medio, de información, de datos, documentos escritos o electrónicos, registros informáticos u otros medios u objetos que contengan un secreto empresarial, sin autorización de su poseedor legítimo o del usuario autorizado.
- Acceso indebido a documentos o información pública reservada. Comete este la autoridad, funcionario o empleado público que acceda o permita acceder a documentos o información pública cuyo acceso esté reservado conforme a la ley de la materia.
- Revelación, divulgación y aprovechamiento de información. Comete este delito La autoridad, funcionario o empleado público que revele o divulgue informaciones o documentos declarados como información pública reservada o información privada.
- Denegación de Acceso a la Información Pública. Se castiga a la autoridad, funcionario o empleado público que fuera de los casos establecidos por la ley, deniegue o impida el acceso a la información pública requerida.
- Violación a la autodeterminación informativa. Se penará a la autoridad, funcionario o empleado público que divulgue información privada o se niegue a rectificar, actualizar, eliminar, información falsa sobre una persona contenida en archivos, ficheros, banco de datos, o registros públicos.

- Uso de información reservada. Se sanciona a la autoridad, funcionario o empleado público que haga uso de cualquier tipo de información reservada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero.

V. La administración tributaria

I. EL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA.

La Administración Tributaria como un ente descentralizado del poder ejecutivo, está en la obligación de velar por el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 26 de la Constitución Política de Nicaragua. No obstante, la facultad fiscalizadora que posee para hacer cumplir con la obligación de tributación de los ciudadanos está limitada por los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad.

Hablar del tema de datos personales, sigilo tributario, autodeterminación informativa, es menester de un estudio más amplio que estas líneas, sin embargo, pasaremos de manera somera frente a los puntos más tangenciales sobre ello.

En el referido artículo 26 Cn parte infine se refiere a la facultad fiscalizadora que posee la Administración Tributaria al indicar que:

(...) La Ley fija los casos y procedimientos para el examen de documentos privados, libros contables y sus anexos, cuando sea indispensable para esclarecer asuntos sometidos al conoci-

miento de los Tribunales de Justicia o por motivos fiscales.

Las cartas, documentos y demás papeles privados sustraídos ilegalmente no producen efecto alguno en juicio o fuera de él.

El código tributario especifica la obligación de suministrar información, con la salvedad que la misma tiene que ser para fines fiscales, entendiéndose que la finalidad fiscal es medir la capacidad contributiva de los individuos.

El artículo 27 Ctr¹⁸ indica sobre la obligación de suministrar información y el valor probatorio de la misma que:

Únicamente para fines y efectos fiscales, toda persona natural o jurídica, sin costo alguno, está obligada a suministrar toda información que sobre esa materia posea en un plazo de diez (10) días hábiles y que sea requerida por la Administración Tributaria. Para efectos de la información de terceros contribuyentes, deberá suministrarse únicamente el número de RUC del contribuyente, o nombre y número de cédula en defecto de éste, fecha y monto de las transacciones. (...). Si la información de terceros contribuyentes solicitada por la administración tributaria se obtiene mediante requerimiento general, la administración tributaria no estará obligada a notificar a las personas naturales o jurídicas sobre la obtención de esa información. En caso que la información de terceros contribuyentes solicitada

por la administración tributaria se obtenga mediante requerimiento específico de contribuyentes, la administración tributaria estará obligada a notificar a las personas naturales o jurídicas sobre la obtención de esta información. Toda información obtenida por la Autoridad Tributaria es de irrestricto acceso de la persona natural o jurídica sobre la cual se solicitó la misma.

Las autoridades de todos los niveles de la organización del Estado, cualquiera que sea su naturaleza, y quienes en general ejerzan funciones públicas están obligados a suministrar a la Administración Tributaria cuantos datos y antecedentes con efectos tributarios requiera, mediante disposiciones de carácter general o a través de requerimientos concretos y a prestarle a ella y a sus funcionarios apoyo, auxilio y protección para el ejercicio de sus funciones. Para proporcionar la información, los documentos y otros antecedentes, bastará la petición de la Administración Tributaria sin necesidad de orden judicial. Asimismo, deberán denunciar ante la Administración Tributaria correspondiente la comisión de ilícitos tributarios que lleguen a su conocimiento en cumplimiento de sus funciones.

La obligación de los profesionales de facilitar información con trascendencia tributaria a la Administración Tributaria no alcanzará a los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad, cuya re-

velación atente al honor o a la intimidad personal y familiar de las personas.

Los profesionales no podrán invocar el secreto profesional a efectos de impedir la comprobación de su situación tributaria.

La Administración Tributaria podrá suscribir Acuerdos Internacionales de Información con otras Administraciones Tributarias en el extranjero que permitan fortalecer la acción fiscalizadora de la Institución. Toda información que por esta vía se solicite y se obtenga, también deberá cumplir con el requisito establecido en el párrafo segundo del presente artículo.

Podemos observar varios elementos en el enunciado anterior, especialmente el principio de autodeterminación informativa. Por cuanto, el contribuyente tiene derecho a saber sobre qué información posee la administración tributaria y con qué fin.

A criterio personal, podría referirme que la información no solo es un elemento importante dentro de las actividades de fiscalización, sino el más importante de todos. Siendo el activo más importante de una administración tributaria moderna.

La información coadyuva a la comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Las obligaciones tributarias como tales son unos indicadores de riquezas muy acertados, así como indicadores comerciales reales y poderosos.

Una administración tributaria moderna necesita la mayor cantidad de información necesaria, vinculada a los efectos fiscales, pero aún esa necesidad encuentra un

stop, con los derechos fundamentales como son el derecho a la intimidad y la privacidad.

El artículo 126 Ctr. Parte infine del inciso 5, prevé que las limitantes al requerimiento de información, al decir:

Son infracciones administrativas tributarias por incumplimiento de deberes y obligaciones de los contribuyentes y responsables (...):

5. (...); y no suministrar las informaciones que les fueren solicitadas en base a la ley y documentación respectiva de respaldo, cuando la Administración Tributaria así lo requiera.

Podemos observar que si bien existe la obligación de información esta tiene que ser solicitada en estricto apego a la ley, lo que en síntesis debe ser que la información solicitada sea de índole fiscal y que la misma sea para fines fiscales.

II. DEBER DE CONFIDENCIALIDAD Y EL SIGILO TRIBUTARIO.

En la normativa nicaragüense se expresa de manera clara los deberes de confidencialidad y de guardar el sigilo tributario para las autoridades de la administración tributaria.

Los términos de confidencialidad y sigilo tributario no son nuevos y menos inventados en la normativa nacional, pues responden a las exigencias y directrices internacionales, tales como el modelo de código tributario para Latinoamérica, publicado por el CIAT¹⁹, el

19 Organismo internacional, sin fines de lucro que provee asistencia técnica especializada para la actualización y modernización de las

que sirvió de base para la elaboración del actual código tributario nicaragüense.

En doctrina española al sigilo tributario se le conoce como secreto tributario, lo cual constituye el régimen de protección y reserva de la información obtenida por la administración tributaria frente a su revelación a terceros y uso desviado de la misma²⁰. Dicho término proviene término *Stuergeheimnis, Tax Secrecy*²¹, que indica un régimen de confidencialidad y reserva de la información obtenida por la administración tributaria.

Sin embargo, este sigilo tributario o secreto tributario, tiene una reserva de ley y es que la información sea de índole fiscal y la misma solo sea utilizada para fines fiscales, sancionando –como vimos en la normativa penal- el uso de la información para otros fines.

El artículo 68 Ctr. establece este derecho a la confidencialidad de manera expresa al decir:

Los contribuyentes o responsables tienen derecho a la privacidad de la información proporcionada a la Administración Tributaria. En consecuencia, las informaciones que la Administración Tributaria ob-

administraciones tributarias. Así como en temas de valores de integridad, transparencia y ética, con la disposición de prevenir y combatir todas las formas de fraude, evasión y elusión tributaria facilitando el cumplimiento voluntario.

- 20 Sanchez Serrano L. Comentarios al artículo 112 LGT, , en comentarios a las leyes financieras y tributarias. Edersa, Madrid, 1987, p. 124.
- 21 Calderón Carrero, Jose Manuel, El derecho de los contribuyentes al secreto tributario. Fundamentación y consecuencias materiales y procedimentales. Universidad de Coruña. España. Netbiblo, S.L. 2009. Pág 19.

tenga de los contribuyentes y responsables por cualquier medio, tendrán carácter confidencial. Sólo podrán ser comunicadas a la autoridad jurisdiccional cuando mediare orden de ésta.

La Administración Tributaria mediante la normativa Institucional correspondiente, establecerá la implementación de programas de control y programas de computación específicos para la administración y control de la información de los contribuyentes y responsables.

La Administración Tributaria deberá proporcionar al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mensualmente o cuando lo requiera, la información necesaria correspondiente para fines de evaluación de la política fiscal.

Podemos observar en la normativa también cuales son las excepciones específicas para el traslado de información a una persona distinta a la autoridad tributaria; entendiéndose que serán las autoridades judiciales y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para poder evaluar la política fiscal (aunque este caso muy difícilmente se brinden los datos a nivel individualizados que permitan la identificación particular de cada contribuyente, por lo general de hace de manera macro).

En materia tributaria sustantiva, especialmente en el tema de precios de transferencia, se aborda la confidencialidad de los datos que se suministren a la administración tributaria –por ser estas fiscalizaciones o comprobaciones más intensas que las fiscalizaciones comunes- al decir en su artículo 99 párrafo segundo, con respecto a los análisis de comparabilidad:

(...) Toda la información suministrada por el contribuyente, deberá ser catalogada como confidencial a la hora de que la Administración Tributaria lleve a cabo dichos estudios y será manejada como tal para tales efectos (...).

Este tipo de fiscalizaciones son de mucho más cuidado para las empresas y los contribuyentes particulares, por cuanto tiene trascendencia internacional, con respecto a las operaciones de los mismos.

Igualmente, en el Título VI, referente a la Administración Tributaria, Capítulo I, Facultades y Deberes de la Administración Tributaria, Sección III, se habla del Sigilo Tributario. Se habla de manera textual del sigilo tributario y se indica en el artículo 151:

Los funcionarios y las personas naturales y/o jurídicas que intervengan en los diversos trámites relativos a la aplicación de las disposiciones tributarias, estarán obligados a guardar sigilo tributario.

El sigilo tributario no comprenderá los casos en que la Administración Tributaria deba suministrar datos a:

- 1. Las autoridades judiciales en los procesos de cualquier clase de juicio y a los tribunales competentes;*
- 2. Los restantes organismos que administren tributos, en tanto las informaciones estén estrictamente vinculadas con la fiscalización y percepción de los tributos de sus respectivas jurisdicciones;*
- 3. La Contraloría General de la República cuando se encuentre revisando exclusivamente las declaraciones de probidad de los empleados y funcionarios públicos;*

4. Las Administraciones Tributarias de otros países en cumplimiento a los convenios internacionales de intercambio de información tributaria; y,

5. Un contribuyente que solicite por escrito, información sobre sus propias obligaciones fiscales.

Podemos observar cuales son, de manera taxativa, los enunciados en los que se puede faltar al sigilo tributario en la legislación nicaragüense. Cualquier otro fáctico fuera de los enunciados y que no esté sustentado en una ley especial (como ley de alimentos, ley creadora de la Unidad de Análisis Financiero) estaría al margen de la legalidad.

Entonces tomando como premisa el deber de contribuir al sostenimiento del estado versus el derecho a la privacidad o la intimidad. Podemos deducir que el primero priva sobre el derecho a la privacidad o la intimidad.

La Administración Tributaria en virtud de poder obtener datos con fines tributarios, estos podrían incluir a los datos potenciales, indirectos e hipotéticos. Según la normativa esgrimida la Administración Tributaria está habilitada por imperio de ley a solicitar la información que crea necesaria o que considere necesaria para el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Si nosotros analizamos los datos referentes a la actividad económica de los contribuyentes, está por sí no tiene relevancia con la vida privada y familiar del contribuyente. No obstante, podemos considerar como el dato del domicilio del contribuyente constituye una manifestación del derecho a la intimidad. También podríamos considerar el derecho a la privacidad de las comunicaciones, donde la administración tributaria tendría una herramienta indispensable de comprobación

del comportamiento del contribuyente frente a la facultad de poder fiscalizar o investigar las comunicaciones de los contribuyentes sin autorización judicial, en Nicaragua es imposible a la autoridad tributaria poder intervenir comunicaciones sin autorización de la autoridad judicial. Por último, como una manifestación del derecho a la intimidad o vida privada de los contribuyentes, se menciona el derecho que tiene la autoridad tributaria sobre corroborar la capacidad contributiva de los contribuyentes por medio de una averiguación de las cuentas bancarias de estos.

A manera conclusiva, podemos inferir que el derecho a la protección de los datos personales, es un principio consagrado en la Constitución Política de Nicaragua, la cual tiene mecanismos de protección específicos y a criterio personal muy eficaces. No obstante, tal protección tiene sus limitantes, en lo que refiere a este artículo, como el deber de contribución con el sostenimiento de la carga pública. Sin embargo, el estado debe de hacer un uso responsable de esa facultad, acorde a la legislación vigente.

La protección de datos personales de los ciudadanos es una obligación para el Estado. Pero, es responsabilidad de su titular hacer valer la importancia de sus datos.

Bibliografía

GARCÍA OBREGÓN, Jorge Luis, La protección de datos personales en Nicaragua (Parte 1), revista digital El Derecho Informático No 16, Argentina, Red Iberoamericana Elderechoinformatico.com, 2013.

GARCÍA OBREGÓN, Jorge Luis, La protección de datos personales en Nicaragua (Parte 2), revista digital

- El Derecho Informático No 17, Argentina, Red Iberoamericana Elderechoinformatico.com, 2014.
- GARCÍA OBREGÓN, Jorge Luis, Análisis de la ley nicaragüense de protección de datos personales, artículo, España, Observatorio iberoamericano de protección de datos, oipdrodat.com, 2014.
- GARCÍA OBREGÓN, Jorge Luis, La necesidad de la protección de datos personales en Nicaragua, artículo, España, Observatorio iberoamericano de protección de datos, oipdrodat.com, 2014.
- GARCÍA OBREGÓN, Jorge Luis, Recurso de Habeas Data en Nicaragua, artículo, España, Observatorio iberoamericano de protección de datos, oipdrodat.com, 2013.
- GARCÍA OBREGÓN, Jorge Luis. et. al., Protección de datos y habeas data: una visión desde Iberoamérica. Accésit 2014, España, XVIII Edición Protección de Datos Personales de Investigación de la Agencia Española de Protección de Datos. AEPD, Obra Ganadora en Investigación Grupal. 2014.
- ARIAS Kristy, BALTODANO Fernando, El habeas data, Trabajo Académico. Curso de Derecho Informático DE-2108, Profesor del curso: Lic. Guillermo Augusto Pérez Merayo, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Disponible en: <http://www.derecho.ucr.ac.cr/~gapmerayo/cursos/cursoDI/trabajosclase/habdata/habdata.htm>
- HERRERO DE EGAÑA, Juan Manual, Intimidación, tributos y protección de datos personales. Revista para el análisis del derecho INDRET, España, www.indret.com, 2007.

- CALDERÓN CARRERO, Jose Manuel, El derecho de los contribuyentes al secreto tributario. Fundamentación y consecuencias materiales y procedimentales. Universidad de Coruña. España. Netbiblo, S.L. 2009.
- ASAMBLEA NACIONAL, Nicaragua, Ley 787, Ley de Protección de Datos Personales. 2012.
- ASAMBLEA NACIONAL, Nicaragua, Exposición de Motivos de la Ley de Protección de Datos Personales. 2008.
- ASAMBLEA NACIONAL, Nicaragua, Dictamen de Comisión de la Ley de Protección de Datos Personales. 2012.
- ASAMBLEA NACIONAL, Nicaragua, Ley No 831, Ley de reforma y adiciones a la Ley No 49, Ley de Amparo, 2013.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Ginebra. Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personalizados. Resolución 45/95. 1990.

El libro *Estudios de Derecho Tributario*, reúne cuatro investigaciones que estudia y analiza la relevancia del acceso a la información financiera y bancaria por parte de las administraciones tributarias; la contabilidad creativa; el incremento de patrimonio no justificado en el impuesto sobre la renta y la protección de datos personales de cara a la administración tributaria, con base a la regulación de protección de datos personales, la autodeterminación informativa y el Habeas Data, así como las obligaciones tributarias y el deber de confidencialidad y sigilo tributario. Las investigaciones poseen como producto de la calidad y labor de su autor, un sólido respaldo, profesional, científico, doctrinal y práctico.



INEJ
Fundado en 1995

