

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 359

Panamá, 26 de abril de 2011

**Proceso de
Inconstitucionalidad.**

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración.**

la firma forense Reyna, Pittí & Gordillo, actuando en su propio nombre y representación, promueve acción de inconstitucionalidad en contra de los **artículos 54, 55 y 61 del decreto ley 2 de 10 de febrero de 1998, modificados por la ley 49 de 17 de septiembre de 2009.**

**Honorable Magistrado Presidente del Pleno de la Corte
Suprema de Justicia.**

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Disposiciones acusadas de inconstitucionales.

La accionante solicita que se declaren inconstitucionales los artículos 54, 55 y 61 del decreto ley 2 de 10 de febrero de 1998, conforme fueron modificados por la ley 49 de 17 de septiembre de 2009, los cuales son del siguiente tenor:

"Artículo 54. Los nuevos administradores/operadores de casinos completos a quienes se les otorguen contratos de administración y operación deberán pagar a la Junta de Control de

Juegos la suma de un millón de balboas (B/.1,000,000.00) en concepto de derecho de llave por cada sala."

"Artículo 55. Los nuevos administradores/operadores de salas de máquinas tragamonedas tipo 'A' a quienes se les otorguen contratos de administración y operación deberán pagar a la Junta de Control de Juegos la suma de quinientos mil balboas (B/.500,000.00) en concepto de derecho de llave por cada sala."

"Artículo 61. A partir del 1 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011, las salas de máquinas tragamonedas tipo 'A' pagarán a la Junta de Control de juegos el 16% de sus ingresos brutos de forma mensual; a partir del 1 de enero de 2012, pagarán el 19% de sus ingresos brutos de forma mensual, y a partir del 1 de enero de 2014, pagarán el 22% de sus ingresos brutos de forma mensual.

A partir del 1 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2011, los casinos completos pagarán a la Junta de Control de Juegos el 12.5% de sus ingresos brutos de forma mensual y a partir del 1 de enero de 2012, pagarán el 15% de sus ingresos brutos de forma mensual.

La sala de máquinas tragamonedas del Hipódromo Presidente Remón pagará a la Junta de Control de Juegos el 10% de sus ingresos brutos de forma mensual. Luego de deducir el 10%, destinará el 25% de sus ingresos brutos para el desarrollo de la actividad en este hipódromo."

II. Normas constitucionales que se aducen infringidas.

La accionante aduce la infracción de las siguientes disposiciones constitucionales:

A. El artículo 19, el cual señala que no habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento,

discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas. (Cfr. fojas 6 a 14 del expediente judicial).

B. El artículo 264, que establece que la ley procurará, hasta donde sea posible y dentro de la necesidad de arbitrar fondos públicos y de proteger la producción nacional, que todo impuesto grave al contribuyente en proporción directa a su capacidad económica. (Cfr. fojas 14 y 15 del expediente judicial).

C. El artículo 32, que dispone que nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva, o disciplinaria. (Cfr. fojas 15 y 16 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Para los efectos de lograr una mejor aproximación al tema objeto de estudio, resulta pertinente referirnos a la regulación de los juegos de suerte y azar en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que desde tal perspectiva podamos analizar la constitucionalidad de los artículos modificados por la ley 49 de 2009.

En ese sentido, observamos que el artículo 297 de la Carta Política contempla la explotación de los juegos de suerte y azar como un arbitrio exclusivo del Estado. No obstante, la misma disposición crea una cláusula de reserva legal para los efectos de la reglamentación de toda actividad que origine apuestas, independientemente del sistema que éstas empleen.

En desarrollo de esta disposición constitucional, el decreto ley 2 de 1998 faculta a la Junta de Control de Juegos para asumir la representación del Estado en todo lo referente a la explotación de juegos de suerte y azar, en forma directa o a través de terceros, mediante el otorgamiento de contratos para la administración y operación de los mismos dentro del territorio de la República de Panamá.

Dentro de este contexto, consideramos pertinente señalar que el otorgamiento de un contrato de concesión para la administración y operación de las distintas modalidades de salas de juegos genera para el concesionario dos obligaciones por el derecho a explotar esta actividad y, por ende, a obtener los beneficios que se deriven de la misma, tal como se explica a continuación:

La primera, que se refiere al pago de una suma de dinero al Estado en concepto de retribución o precio que surge del perfeccionamiento de dicho contrato, lo que se conoce como el derecho de llave.

La segunda, relativa al monto mensual porcentual calculado sobre los ingresos brutos provenientes de las ganancias generadas por la explotación otorgada, que el concesionario deberá entregar en concepto de tasa de participación al Tesoro Nacional una vez que la Junta de Control de Juegos expida la licencia que lo autoriza a administrar y a operar algunas de las modalidades de los juegos de suerte y azar regulados por el decreto ley 2 de 1998.

De lo anterior, se deduce que las rentas que recibe el Estado por parte de las personas naturales o jurídicas autorizadas para administrar y operar juegos de suerte y azar, en general, constituyen ingresos al Tesoro Nacional que no tienen el carácter de impuesto, ya que dicha actividad no supone una obligación fiscal generada por la explotación de bienes y servicios de los que un particular puede servirse, lucrar y utilizar libremente, sino que la misma surge como consecuencia del contrato de concesión suscrito previamente entre éste y el Estado como titular de la actividad.

La accionante se refiere a la violación del artículo 264 de la Carta Magna, indicando al explicar el concepto de la infracción que el artículo 61 del decreto ley 2 de 1998, conforme quedó modificado por el artículo 46 de la ley 49 de 2009, lesiona el principio de proporcionalidad y capacidad contributiva, puesto que, tratándose de una misma actividad comercial, la ley debió gravar tanto a los casinos completos como a las salas de máquinas tragamonedas tipo "A", teniendo en cuenta una base impositiva única. (Cfr. fojas 14 y 15 del expediente judicial).

Esta Procuraduría no comparte los planteamientos de la recurrente, debido a que el sentido literal del término "participación en los ingresos", al que ya nos hemos referido en párrafos precedentes, consiste en el pago mensual de un canon o prestación pecuniaria periódica que recibe el Estado de un administrador u operador por el ejercicio del derecho de explotación de un determinado juego de suerte y azar resultado de una concesión administrativa otorgada al efecto,

el cual es aplicable únicamente al monto calculado sobre los ingresos brutos generados por la actividad; situación que de manera alguna puede entenderse como un tributo, en cualquiera de sus modalidades: impuesto, tasa o contribución especial, razón por la que al tema objeto del proceso bajo análisis no le son aplicables los principios orientadores del Derecho Tributario.

En un proceso contencioso administrativo en el que el objeto controvertido estaba íntimamente vinculado con la materia que ahora se analiza, la Sala Tercera mediante sentencia de 2 de marzo de 1999, aclaró la diferencia entre un canon de arrendamiento y un tributo, según se observa en el extracto que se copia a continuación:

“...En torno al primer aspecto, esta Corporación Judicial ha de destacar que, contrario a lo esbozado por el demandante, las rentas que recibe el Estado producto de la explotación de juegos de suerte y azar en general, y en concreto de las máquinas electrónicas denominadas "tragamonedas", constituyen ingresos al fisco, más no de carácter tributario.

El tributo, supone una obligación de carácter fiscal generada por la explotación de bienes y servicios de los que el particular puede servirse, lucrar y utilizar libremente, sin más cargas y restricciones que las previstas en las leyes. No es este el caso de la explotación de juegos de azar y de actividades que originen apuestas, que por mandato constitucional sólo puede ser efectuada por el Estado. Por ende, las rentas que el Estado recibe de quien sea autorizado para explotar estas actividades, no tienen el carácter de impuesto.

Para esta Sala es evidente que lo que se ha establecido en la reglamentación analizada, es el pago mensual de un canon (entendido como la prestación pecuniaria periódica que grava concesiones o arrendamientos) por cada máquina tragamoneda que se utilice en un establecimiento dedicado a estos fines, y no un tributo, sea este impuesto, tasa o contribución,..."

Por lo antes expuesto, somos del criterio que el artículo 61 del decreto ley 2 de 10 de febrero de 1998, conforme fue modificado por el artículo 46 de la ley 49 de 2009, no infringe el artículo 264 del Texto Fundamental.

La accionante también manifiesta que las disposiciones acusadas vulneran el artículo 32 de la Constitución Política de la República, señalando en tal sentido que la ley desconoció el principio del debido proceso legal, al exigirle a los administradores u operadores de los juegos de suerte y azar, por una parte, el pago de un derecho de llave menor para la salas de máquinas tragamonedas tipo "A", en perjuicio de los casinos completos, y por la otra, un impuesto sobre la renta de forma escalonada, según el cual deben pagar un porcentaje superior por la citadas máquinas y uno inferior por los mencionados casinos.

Frente a los argumentos expuestos por la actora, este Despacho debe aclarar que de la lectura de las normas acusadas no se desprende la existencia de una vulneración al principio del debido proceso legal, ya que es el propio artículo 297 del Texto Fundamental el que ha delegado en la ley la reglamentación de los juegos de suerte y azar; motivo por el cual se emitió el decreto ley 2 de 1998, mismo que

establece regulaciones especiales para cada caso, de manera que el Estado pueda administrar de mejor forma las concesiones que otorga a los particulares para la explotación de la actividad; con lo que precisamente se desarrolla uno de los elementos de la garantía constitucional que se dice vulnerada, que señala que la Administración Pública debe actuar conforme a los trámites legalmente establecidos.

Finalmente, la recurrente plantea que las normas legales cuya constitucionalidad se debate infringen el artículo 19 del Texto Constitucional, ya que, a su juicio, la ley establece una distinción entre quienes explotan la misma actividad comercial regulada, creando un privilegio en beneficio de los operadores de los casinos completos, en detrimento de aquéllos que se dedican al manejo de las salas de máquinas tragamonedas tipo "A".

Este Despacho también se opone a los argumentos planteados por la actora en el sentido, ya que si bien es cierto que el decreto ley 2 de 1998 y las demás disposiciones que regulan las actividades que se desarrollan en los casinos completos y en las salas de máquinas tragamonedas tipo "A", contienen una serie de requerimientos legales que difieren en cuanto a los requisitos y especificaciones que deben cumplir cada una de las concesionarias de los respectivos contratos, tal situación obedece a que éstas operan con términos y condiciones distintas.

Sobre el particular, los casinos completos (combinación de mesas de juegos y de máquinas tragamonedas), a diferencia de las salas de máquinas de tragamonedas tipo "A" (máquinas

tragamonedas), deben establecerse en áreas geográficas específicas y dentro de hoteles nuevos, con estándares de lujo cinco estrellas y 300 o más habitaciones, según las normas internacionales; condición que no le es aplicable a aquellas concesionarias de salas de máquinas tragamonedas Tipo A, las que de acuerdo con el decreto ley no podrán estar ubicadas en áreas designadas para los casinos.

En virtud de lo anterior, la actora no puede señalar que existe un tratamiento desigual o un desequilibrio contractual en el caso de estas empresas concesionarias, pues, como ya ha quedado dicho, ambas operadoras explotan diferentes modalidades de juegos de suerte y azar, de allí que el monto de su inversión y la capacidad para la generación de ganancias sea distinto entre una y otra.

Para concluir, conviene destacar lo ya dicho por ese Alto Tribunal de Justicia en fallo de 28 de diciembre de 1993, en el que recurrió a la obra "Derecho Constitucional" del doctor César Quintero para explicar en qué consiste la garantía que consagra el artículo 19 de la Constitución Nacional. A continuación, la parte del pronunciamiento que a su vez transcribe lo señalado en dicha obra:

"El doctor César Quintero, en su obra Derecho Constitucional, al comentar el artículo 21 de la Constitución de 1946, que es ahora el artículo 19 de la Constitución vigente, expone:

'Todo lo expresado indica que la Constitución no prohíbe que haya o se establezcan distinciones entre los habitantes del Estado. Lo que prohíbe, pues, es que haya

distingos. Y esto nos lleva, por fin, a precisar este término. El distingo entraña una limitación o restricción injustas; un trato desfavorable para determinadas personas que, en principio, se hallan en la misma situación que otras que, sin embargo, reciben un trato favorable. El concepto de distingo SE IDENTIFICA, así, con el de discriminación, el cual, no obstante ser un neologismo quizá exprese mejor la idea que hemos tratado de explicar. Pues, el término discriminación, muy usado en otros idiomas, significa distinción injusta e injuriosa.

Esto es, pues, lo que el artículo que examinamos prohíbe, o sea que las normas legales establezcan, o las autoridades públicas practiquen, un tratamiento desfavorable contra cualquier persona por la sola razón de su raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas'.

Toda esta larga exposición nos lleva a concluir que el principio de la igualdad ante la ley consiste, como ha dicho más de una vez la Corte Suprema de la República de Argentina, 'en que no se establezca excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias.

..." (QUINTERO, César. Derecho Constitucional, t. I, Costa Rica, 1967, p. 140-142).

En atención al análisis que precede, la Procuraduría de la Administración concluye que los artículos 54, 55 y 61 del decreto ley 2 de 1998, conforme fueron modificados por la ley 49 de 2009, no son violatorios de los artículos 19, 32 y 264

de la Constitución Política de la República, ni de ninguna otra disposición que la integra; por lo que, respetuosamente solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que las citadas disposiciones legales **NO SON INCONSTITUCIONALES**.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

Expediente 293-11