

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Alegato de Conclusión.

Vista Número 075

Panamá, 26 de febrero de 2014

La firma forense Sofer, Altafulla y Asociados, actuando en representación de **Sky Solutions (Panamá), S.A.**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Nota 202-01-463 de 16 de agosto de 2011, emitida por la **Sub Directora General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas**, su acto confirmatorio, la negativa tácita, por silencio administrativo, y se hagan otras declaraciones.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, con el propósito de presentar el alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración dentro del proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción descrito en el margen superior, momento procesal que nos permite reiterar lo ya expresado en nuestra contestación de la demanda, en cuanto a la carencia de sustento que se advierte en la tesis planteada por la recurrente, Sky Solutions (Panamá), S.A., en el sentido de que lo actuado por la Sub Directora General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas, al emitir la Nota 202-01-463 de 16 de agosto de 2011, es contrario a Derecho.

De acuerdo con las constancias procesales, la controversia que nos ocupa tuvo su origen en la solicitud hecha por la sociedad recurrente para ser exonerada del pago del Impuesto Selectivo al Consumo (ISC), por tratarse de una empresa que se encontraba incorporada al régimen establecido por la Ley 54 de 22 de julio 1998, mediante la cual se adoptan medidas para la estabilidad jurídica de las

inversiones, lo que le posibilitaba recibir ventajas de naturaleza impositiva, como el derecho a que únicamente estuviera sujeta a las normas tributarias vigentes al momento de su inclusión.

En razón de lo anterior, la actora es de la opinión que la entidad demandada no podía dejar de desconocerle el derecho antes señalado, pues, aunque al momento de su incorporación a dicho régimen de estabilidad jurídica, en materia del Impuesto Selectivo al Consumo regía el Decreto Ejecutivo 85 de 26 de agosto de 2005 que no contemplaba a los intermediarios entre aquellos que estaban sujetos a ese régimen impositivo; con posterioridad, se expidió el Decreto Ejecutivo 79 de 5 de agosto de 2010, que incluyó a quienes participen en tal condición en la prestación de los servicios de telefónica celular, como contribuyentes de este impuesto, de ahí su oposición a que se le aplicara esta última normativa, ya que se trataba de un instrumento jurídico posterior a su ingreso al régimen ya indicado (Cfr. fojas 10 a 12 y 18 a 19 del expediente judicial).

En relación con lo expuesto, debemos recordar que, conforme lo indicamos en nuestra Vista 426 de 28 de octubre de 2013, a través de la cual contestamos la demanda, la entidad demandada no le desconoció a Sky Solutions, S.A., su condición de empresa incorporada al régimen de estabilidad jurídica de las inversiones de acuerdo con lo establecido en la Ley 54 de 1998, por el solo hecho de haber rechazado a través de la nota impugnada su solicitud de exoneración del pago del Impuesto Selectivo al Consumo, puesto que tal medida estuvo debidamente fundamentada en la propia Ley 54 de 22 de julio de 1998 que, en el numeral 2 del artículo 10, establece lo siguiente:

“Artículo 10. La persona natural o jurídica que lleve a cabo inversiones en las actividades a que se refiere el artículo 5 y cumpla con las obligaciones señaladas en el artículo 16 de esta ley, a partir de su promulgación, gozará de los siguientes beneficios por un plazo de diez años:

...

2. Estabilidad impositiva en el orden nacional, por lo cual quedará sujeta únicamente al régimen vigente a la fecha de su registro ante el Ministerio de Comercio e Industrias.

Los impuestos indirectos se entienden excluidos de la estabilidad tributaria contemplada en este numeral... (Lo subrayado es nuestro).

El Impuesto Selectivo al Consumo es un impuesto indirecto, tal como es reconocido en la Doctrina y en nuestro ordenamiento positivo, particularmente en las leyes que aprueban el Presupuesto General del Estado desde el año 2007, incluyendo dentro de esta categoría los ingresos tributarios, los derivados de la telefonía celular. Por su carácter, este tributo repercute hacia adelante y aplica por una sola vez, por parte del operador autorizado al intermediario, en este caso, Sky Solutions (Panamá), S.A., cuyo negocio incluye pero no está limitado a la compra de tiempo aire pre-pago a las empresas concesionarias del Estado en materia de telecomunicaciones para su posterior reventa a terceras personas (Cfr. fojas 20 a 22, 25 y 26 del expediente administrativo).

Frente a lo indicado, advertimos que si bien es cierto que mediante el Decreto Ejecutivo 79 de 5 de agosto de 2010, entre otras medidas, se incluyó a los intermediarios, como es el caso de la recurrente, en el ámbito de aplicación del Impuesto Selectivo al Consumo, no lo es menos que tal medida no puede ser considerada por Sky Solution (Panamá), S.A., como una infracción al régimen de estabilidad jurídica de las inversiones al que se encuentra incorporada, puesto que, como hemos visto, este renglón tributario es un impuesto indirecto y, en consecuencia, ya se encuentra expresamente excluido del mencionado régimen de estabilidad, según lo establecido en el numeral 2 del artículo 10 de la citada Ley 54 de 1998, antes transcrito.

De igual manera, resulta preciso indicar que en materia tributaria rige el principio de estricta legalidad, el cual constituye la fuente esencial de las obligaciones y de las exenciones fiscales, por lo que, al estar exceptuado el

Impuesto Selectivo al Consumo del régimen de estabilidad jurídica de las inversiones establecido en la Ley 54 de 1998, la sociedad recurrente no podía pretender que la Dirección General de Ingresos la exonerara del pago del mismo (Cfr. foja 81 del expediente judicial).

También debemos recordar, que de conformidad con el artículo 7 del Decreto Ejecutivo 85 de 26 de agosto de 2005, tal como quedó modificado por el Decreto Ejecutivo 79 de 5 de agosto de 2010, las empresas operadoras de telefonía móvil son las únicas obligadas a cobrar el Impuesto Selectivo al Consumo, lo que deberán hacer en la primera venta, y a remitir su importe al Tesoro Nacional; obligación que no incluye a los intermediarios, como es el caso de Sky Solutions (Panamá), S.A., quienes en la factura, recibo o documento relativo a su respectiva actividad, solamente deberán discriminar el Impuesto de Transferencia de Bienes Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS).

En razón de lo anterior, al no poder considerar como un crédito el Impuesto Selectivo al Consumo pagado por Sky Solutions (Panamá), S.A., al operador de telefonía móvil, la recurrente deberá supeditarse a lo establecido en el artículo 697 del Código Fiscal, correspondiente a los costos y gastos deducibles del Impuesto sobre la Renta, que se causa por dichas operaciones (Cfr. fojas 33 y 80 del expediente judicial y 13 del expediente administrativo).

Actividad probatoria.

En relación con la actividad procesal desarrollada por las partes en esa sede jurisdiccional, resulta necesario destacar la nula o escasa efectividad de los medios probatorios ensayados por la demandante para demostrar al Tribunal la existencia de las circunstancias que constituyen el supuesto de hecho en que sustenta su pretensión; puesto que mediante el Auto 10 de 14 de enero de 2014 el Tribunal dispuso no admitir las pruebas documentales visibles en las fojas 30 a 43 del expediente judicial, por no cumplir con el requisito de autenticidad establecido

en los artículos 833, 856 y 857 del Código Judicial (Cfr. fojas 102 y 102 del expediente judicial).

Así mismo, la Sala tampoco admitió la inspección judicial que la demandada había propuesto, pues, concordó con lo expresado por esta Procuraduría en el sentido de que se trataba de una prueba que se llevaría a cabo en la propias oficinas de Sky Solutions (Panamá), S.A., por lo que resultaba contraria a lo establecido en el artículo 828 del Código Judicial (Cfr. fojas 102 a 103 del expediente judicial).

En el mencionado auto de pruebas la Sala admitió los testimonios de Roberto A. Jiménez A., Erwin R. Gutiérrez F., Juan J. Porcell y Rogelio Alvarado, propuestos por la actora en su demanda; no obstante, resulta relevante indicar que llegadas las fechas establecidas para llevar a cabo las respectivas diligencias, estos testigos no concurrieron a rendir su declaración, razón por la cual la recurrente no logró acreditar los hechos que en un momento pretendía probar por medio de los mismos (Cfr. fojas 103, 120 y 121 del expediente judicial).

Como consecuencia de lo antes expuesto, este Despacho estima que en la situación bajo examen la actora incumplió con la carga procesal a la que se refiere el artículo 784 del Código Judicial y que obliga a quien demande a acreditar su pretensión; deber al que se refirió la Sala en su Auto de 30 de diciembre de 2011, señalando en torno al mismo lo siguiente:

“La Corte advierte que, al adentrarse en el análisis del proceso, la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los hechos plasmados en sus argumentos... Adicional a ello, consta en el expediente, que la actora no ha demostrado interés real de suministrar y/o practicar las pruebas por ellos solicitadas, que pudieran reflejar resultados a su favor, contrario a lo expresado en el artículo 784 del Código Judicial.

‘Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables...’ (el subrayado corresponde a esta Sala)

Al respecto del artículo transcrito, es la parte actora quien debe probar que la actuación surtida por la Entidad emisora de la Resolución recurrida, así como sus actos confirmatorios, carecen de validez jurídica.

Es oportuno en esta ocasión hacer alusión al jurista colombiano Gustavo Penagos, quien dice en relación a la carga de la prueba que: *'en las actuaciones administrativas se debe observar los principios de la carga de la prueba, la cual corresponde a los acusadores'*. (PENAGOS, Gustavo. Vía Gubernativa. Segunda Edición. Ediciones Ciencia y Derecho. Bogotá, Colombia, 1995. Pág. 14).

En este mismo sentido, Jairo Enrique Solano Sierra, dice que *'la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la acción corresponden al actor'*. (SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Derecho Procesal Administrativo y Contencioso. Vía Administrativa- Vía Jurisdiccional- Jurisprudencia-Doctrina. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Santa Fé, Bogotá, D. C. Colombia, 1997. Pág. 399)...”

De igual manera, el Tribunal en Sentencias de 9 de febrero y 8 de mayo de 2006, ha cuestionado en los siguientes términos la nula actividad probatoria desplegada por los demandantes en el curso de los procesos que se desarrollan en esa sede jurisdiccional:

9 de febrero de 2006:

“En tal sentido, lo primero que la Sala debe cuestionar es la nula actividad probatoria desplegada por el apoderado judicial del actor para comprobar los cargos de ilegalidad expuestos en la demanda. Conforme consta en autos, uno de los argumentos empleados por la Administración para no reconocer la deducción de la donación supuestamente hecha por el actor, dice relación con el incumplimiento por parte de éste de ciertas condiciones establecidas en el artículo 39 del Decreto Ejecutivo No. 170 ibídem, es decir, que se dé la prestación efectiva del servicio y que éste se preste por un profesional idóneo. Al revisar las piezas procesales, se advierte que ni en el expediente administrativo, ni mucho menos durante la etapa probatoria verificada en este proceso, la parte actora aportó alguna prueba para desvirtuar el referido argumento jurídico-fáctico que sirvió de base a la decisión adoptada por la Administración.” (El subrayado es de la Procuraduría de la Administración).

8 de marzo de 2006:

“Las hechos expuestos, aunados a la nula actividad probatoria de la empresa demandante y de su apoderada judicial, tanto en la etapa gubernativa como en el presente

proceso, llevan a esta Superioridad a concluir no sólo que el incumplimiento alegado por la CSS realmente existió, sino que además a la actora se le brindaron las oportunidades para su adecuada defensa, sin que presentara elementos de juicio suficientes para enervar el incumplimiento endilgado.” (La subraya es de este Despacho).

De la lectura de los precedente judiciales reproducidos, se infiere la importancia que tiene que la parte actora cumpla con su responsabilidad de acreditar su pretensión ante el Tribunal, por lo que en ausencia de mayores elementos de prueba que fundamenten la demanda presentada por Sky Solutions (Panamá), S.A., esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL la Nota 202-01-463 de 16 de agosto de 2011, emitida por la Sub Directora General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas ni su acto confirmatorio, así como tampoco la negativa tácita, por silencio administrativo y, en consecuencia, se desestimen las pretensiones de la demandante.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 368-12