

---

Sentencia impugnada: Tercera Sala (Liquidadora) del Tribunal Superior Administrativo, del 28 de junio de 2013.

Materia: Contencioso-tributario.

Recurrente: Dirección General de Impuestos Internos (DGII).

Abogado: Dres. Lorenzo Natanael De la Rosa, Licdos. Víctor L. Rodríguez y Abel Ramírez Fernández.

Recurrida: Tropical Tours, S. A.

Abogada: Dra. Emelina Turbides García.

**TERCERA SALA.**

*Casa.*

Audiencia pública del 17 de septiembre de 2014.

Preside: Manuel Ramón Herrera Carbuccia.

Dios, Patria y Libertad

En Nombre de la República, la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Suprema Corte de Justicia, dicta en audiencia pública la siguiente sentencia:

Sobre el recurso de casación interpuesto por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), institución de Derecho Público con personalidad jurídica propia conforme a la Ley núm. 227-06, del 19 de junio del Dos Mil Seis (2006), representada por su Director General, Demóstenes Guarocuya Félix Paniagua, dominicano, mayor de edad, Cédula de Identidad y Electoral núm. 017-0002593-3, con domicilio legal en la Av. México, Edif. 48, del sector de Gazcue, de esta ciudad, contra la sentencia dictada por la Tercera Sala (Liquidadora) del Tribunal Superior Administrativo, el 28 de junio de 2013, cuyo dispositivo se copia más adelante;

Oído al alguacil de turno en la lectura del rol;

Oído en la lectura de sus conclusiones al Dr. Lorenzo Natanael De la Rosa, abogado de la recurrente;

Oído en la lectura de sus conclusiones a la Dra. Emelina Turbides García, abogada de la recurrida Tropical Tours, S. A.;

Oído el dictamen del Magistrado Procurador General de la República;

Visto el memorial de casación depositado en la secretaría de la Suprema Corte de Justicia el 2 de agosto de 2013, suscrito por los Licdos. Víctor L. Rodríguez y Abel Ramírez Fernández, Cédulas de Identidad y Electoral núms. 001-0252282-8 y 001-1669254-2, respectivamente, abogados de la recurrente, mediante el cual proponen los medios que se indican más adelante;

Visto el memorial de defensa depositado en la secretaría de la Suprema Corte de Justicia el 19 de septiembre de 2013, suscrito por la Dra. Emelina Turbides García, Cédula de Identidad y Electoral núm. 001-0198503-4, abogada de la recurrida;

Que en fecha 2 de julio de 2014, esta Tercera Sala en sus atribuciones de lo Contencioso Tributario, integrada por los Jueces: Manuel Ramón Herrera Carbuccia, Presidente; Edgar Hernández Mejía, Sara I. Henríquez Marín y Francisco Antonio Ortega Polanco, asistidos por la Secretaria General, procedió a celebrar audiencia pública para conocer del presente Recurso de Casación;

Visto la Ley núm. 25 de 1991, modificada por la Ley núm. 156 de 1997, y los artículos 1 y 65 de la Ley sobre Procedimiento de Casación;

Visto el auto dictado el 15 de septiembre de 20 por el magistrado Manuel Ramón Herrera Carbuccia, Presidente de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, por medio del cual llama, en su indicada calidad, al magistrado Robert C. Placencia Alvarez, Juez de esta Sala, para integrar la misma en la deliberación y fallo del recurso de casación de que se trata, de conformidad con la Ley núm. 684 de 1934;

Considerando, que en la sentencia impugnada y en los documentos a que hace referencia consta lo siguiente: a) que en fecha 9 de enero de 2009, mediante comunicación núm. 358, la Dirección General de Impuestos Internos le notificó a la empresa Tropical Tours, S. A., los ajustes practicados al impuesto sobre la renta correspondiente al ejercicio fiscal 2007, así como mediante comunicación núm. 359, le fueron notificados en la misma fecha los ajustes practicados al Impuesto sobre las Transferencias de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS) correspondiente a los períodos fiscales comprendidos entre el 1ro. de enero de 2007 al 30 de junio de 2008; b) que no conforme con estas notificaciones dicha empresa interpuso recurso de reconsideración mediante instancia de fecha 16 de enero de 2009; c) que sobre este recurso, la Dirección General de Impuestos Internos dictó la resolución núm. 316-09 del 29 de septiembre de 2009, cuyo dispositivo resuelve lo siguiente: “1) Declarar como al efecto declara, regular y válido en cuanto a la forma el recurso en reconsideración interpuesto por Tropical Tours, S. A., por haber sido interpuesto en tiempo hábil; 2) Rechazar en cuanto al fondo el recurso interpuesto; 3) Mantener en todas sus partes el ajuste por la suma de RD\$2,269,138.48 por concepto de “Gastos no admitidos”, practicado al impuesto sobre la renta correspondiente al período fiscal 2007; 4) Mantener en todas sus partes los ajustes practicados a las declaraciones juradas del impuesto a las transferencias de bienes industrializados y servicios (ITBIS) correspondientes a los periodos fiscales comprendidos entre el 1ro. de enero de 2007 al 30 de junio de 2008; 5) Admitir un saldo a favor por la suma de RD\$114,171.57 generado en el impuesto sobre la renta correspondiente al período fiscal 2007; 6) Requerir del contribuyente el pago de la suma de RD\$431,843.60 por concepto de recargos por mora de anticipos no pagados, equivalente a un 10% el primer mes o fracción de mes y un 4% progresivo, de acuerdo a los artículos 251 y 252 del código tributario; y la suma de RD\$164,692.20 por concepto de interés indemnizatorio de 1.73% por mes o fracción de mes, conforme el artículo 27 del referido código tributario; más la suma de RD\$567,284.62 por concepto de sanción por la impugnación de gastos no admitidos, de conformidad con el artículo 288 literal e) del código tributario; y al ser admitido un saldo a favor por la suma de RD\$114,171.57, el total a pagar es de RD\$1,049,648.85, en el impuesto sobre la renta al periodo fiscal 2007; 7) Requerir del contribuyente el pago de las sumas de RD\$349,791.00, RD\$568,349.00, RD\$500,279.00, RD\$441,517.00, RD\$298,545.00, RD\$196,150.00, RD\$150,765.00, RD\$200,591.00, RD\$191,411.00, RD\$678,058.00, RD\$371,254.00, RD\$156,632.00, RD\$668,847.00, RD\$557,570.00, RD\$365,065.00, RD\$467,588.00, RD\$213,415.00, RD\$311,044.00 por concepto de impuestos; mas las sumas de RD\$272,837.00, RD\$420,578.00, RD\$350,195.00, RD\$291,401.00, RD\$185,098.00, RD\$113,767.00, RD\$81,413.00, RD\$100,295.00, RD\$88,049.00, RD\$284,784.00, RD\$141,077.00, RD\$53,255.00, RD\$200,654.00, RD\$144,968.00, RD\$80,314.81, RD\$84,165.60, RD\$29,878.00, RD\$31,104.44, por concepto de recargos por mora de un 10% el primer mes o fracción de mes y un 4% progresivo, de acuerdo a los artículos 26, 251 y 252 del código tributario; y las sumas de RD\$187,593.00, RD\$294,973.00, RD\$250,990.00, RD\$213,871.00, RD\$139,450.00, RD\$88,228.00, RD\$65,206.00, RD\$83,295.00, RD\$76,162.00, RD\$258,069.00, RD\$134,877.00, RD\$54,195.00, RD\$219,850.00, RD\$173,627.00, RD\$107,365.20, RD\$129,428.38, RD\$55,382.00 y RD\$75,335.00 por concepto de intereses indemnizatorios de 1.73% por cada mes o fracción de mes, conforme el artículo 27 del referido código tributario, aplicados a las diferencias determinadas en el impuesto a las Transferencias de Bienes Industrializados y Servicios (ITBIS) correspondientes a los períodos fiscales comprendidos entre el 1ro. de enero de 2007 al 30 de junio de 2008; 8) Remitir al contribuyente un (1) formulario IR-2 y dieciocho (18) formularios IT-1 para que realice el pago de las sumas adeudadas al fisco; 9) Conceder un plazo de treinta (30) días a partir de la fecha de notificación de la presente resolución a la empresa recurrente para que realice el pago de las sumas adeudadas al fisco; o en su defecto proceda a interponer el recurso que le confiere la ley 11-92; 10) Notificar la presente resolución a la empresa Tropical Tours, S. A., para su conocimiento y fines procedentes”; d) que sobre el recurso contencioso tributario interpuesto contra esta resolución, la Tercera Sala (Liquidadora) del Tribunal Superior Administrativo dictó en fecha 28 de junio de 2013 la sentencia objeto del presente recurso de casación, cuyo dispositivo dice lo siguiente: “**Primero:** Declara bueno y válido en cuanto a la forma el recurso contencioso tributario incoado por la empresa Tropical Tours, S. A., contra la resolución de

reconsideración núm. 316-09 de fecha 29 de septiembre de 2009, dictada por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII); **Tercero:** Acoge cuanto al fondo el recurso contencioso tributario interpuesto por la empresa Tropical Tours, S. A., en fecha 30 de octubre de 2009 y en consecuencia, revoca en parte la resolución de reconsideración núm. 316-09 de fecha 29 de septiembre de 2009, dictada por la Dirección General de Impuestos Internos (DGII), por las razones expuestas en esta misma sentencia; **Cuarto:** Ordena la comunicación de la presente sentencia por secretaría a la parte recurrente, Tropical Tours, S. A., a la parte recurrida Dirección General de Impuestos Internos (DGII) y al Procurador General Administrativo; **Quinto:** Ordena que la presente sentencia sea publicada en el Boletín del Tribunal Superior Administrativo”;

Considerando, que en su memorial de casación la entidad recurrente propone el siguiente medio de casación contra la sentencia impugnada: **Único Medio:** Desnaturalización de los hechos e incorrecta interpretación de la Ley 11-92, código tributario dominicano”;

### **En cuanto a los medios de inadmisión del presente recurso:**

Considerando, que en su memorial de defensa, la empresa recurrida Tropical Tours, S. A., por conducto de su abogada constituida propone dos medios de inadmisión un con respecto al recurso de casación de que se trata, a saber: a) que el recurso fue interpuesto fuera del plazo establecido por la ley, ya que fue depositado un (1) día después de vencido dicho plazo; b) que el acto de emplazamiento núm. 531/2013 mediante el cual fue notificado dicho recurso es un acto nulo, ya que señala una fecha distinta a la de la sentencia recurrida y designa a un tribunal diferente al que la dictó, además de que en la segunda página de dicho acto se dice que está emplazando a la empresa Acea Dominicana, S.A., que es una entidad desconocida para la parte recurrida y que no tiene ninguna calidad en el presente proceso, por lo que estos vicios de fondo deben conducir a que este recurso sea declarado inadmisibile;

Considerando, que en cuanto al primer pedimento de inadmisibilidad formulado por la parte recurrida donde alega que el recurso de casación incoado por la Dirección General de Impuestos Internos resulta inadmisibile por haber sido interpuesto fuera del plazo previsto por el artículo 5 de la ley sobre procedimiento de casación, modificado por la ley núm. 491-08, al ponderar este planteamiento y luego de examinar el expediente que nos ocupa se advierte, que la sentencia recurrida fue dictada en fecha 28 de junio de 2013 y que fue notificada a la hoy recurrente, Dirección General de Impuestos Internos, en fecha 2 de julio de 2013, según consta en la certificación expedida en la misma fecha por la Secretaría General del Tribunal Superior Administrativo y que reposa en el expediente;

Considerando, que de acuerdo al citado artículo 5 de la Ley sobre Procedimiento de Casación, el recurso de casación en materia tributaria debe ser interpuesto dentro del plazo de treinta (30) días a partir de la notificación de la sentencia recurrida; debiendo también tomarse en cuenta que todos los plazos establecidos en dicha ley a favor de las partes, son francos, ya que así lo dispone el artículo 66 de la misma; que al haber sido notificada la sentencia recurrida en fecha 2 de julio de 2013, la hoy recurrente tenía hasta el día 2 de agosto de 2013 para interponer su recurso de casación en tiempo hábil y al comprobarse que su memorial de casación fue depositado en la Secretaría General de esta Suprema Corte de Justicia, ese mismo día, esto es, el 2 de agosto de 2013, esta Tercera Sala considera que el presente recurso fue interpuesto dentro del plazo previsto por la ley al haber sido incoado dentro de los 30 días francos contados a partir de la notificación de la sentencia recurrida; por lo que se rechaza este primer pedimento propuesto por la parte recurrida al ser improcedente y mal fundado;

Considerando, que con respecto al segundo pedimento donde la parte recurrida alega que el acto de emplazamiento resulta nulo porque contiene una serie de errores que lo vician, al analizar este planteamiento y observar dicho acto, esta Tercera Sala ha podido advertir, que si bien es cierto que dicho emplazamiento adolece de una serie de errores, tales como la designación de la Segunda Sala del Tribunal Superior Administrativo cuando realmente la sentencia recurrida fue emitida por la Tercera Sala, así como una fecha errónea de dicha sentencia y que en la segunda página de dicho acto se deslizó el nombre de otra empresa, no menos cierto es que no obstante estas irregularidades el acto de emplazamiento notificado por la hoy recurrente cumplió su cometido, ya que llegó

a las manos de la parte recurrida, puesto que en dicho acto consta que fue notificado en el domicilio social de la hoy recurrida, Tropical Tours, S. A., siendo recibido personalmente por el señor Juan del Rosario, empleado de dicha empresa; que no obstante estos errores materiales invocados por la parte recurrida, ésta pudo perfectamente defenderse del recurso de casación interpuesto en su contra, ya que en el expediente figura su memorial de defensa en respuesta al recurso de casación de que se trata, lo que indica que dicha recurrida no sufrió lesión en los intereses de su defensa y visto que en materia de casación también se aplica la máxima general que reza que “No hay nulidad sin agravio”, esta Tercera Sala, concluye en el sentido de que estas irregularidades no conducen a la nulidad del emplazamiento como pretende la parte recurrida, puesto que pudo defenderse oportunamente del recurso de casación de que se trata; en consecuencia, se rechaza este segundo pedimento, lo que habilita a esta Tercera Sala para conocer del fondo del recurso de casación de que se trata;

### **En cuanto al fondo del recurso:**

Considerando, que en el desarrollo del medio invocado la recurrente alega en síntesis lo que sigue: “Que el tribunal a-quo cometió una grave desnaturalización de los hechos y consecuentemente una errónea interpretación de la ley al establecer en su sentencia que los ajustes practicados por los auditores de la Dirección General de Impuestos Internos a las declaraciones juradas del impuesto sobre la renta y del impuesto a las transferencias de bienes industrializados y servicios de la empresa Tropical Tours, S. A., carecen de fundamento y de base legal, ya que dicho tribunal no observó que estos ajustes fueron practicados tomando en cuenta los resultados de un proceso de fiscalización realizado a través de auditores asignados para tales fines y conforme a la facultad de inspección y fiscalización que le otorga el artículo 44 del código tributario, que inviste de fe pública a dichos funcionarios para el ejercicio de estas facultades; que fruto de este proceso de inspección fue que los auditores pudieron verificar que los servicios ofrecidos por la hoy recurrida no eran realmente de transporte sino de servicios de excursiones turísticas, por lo que dicho tribunal incurrió en una errónea interpretación del artículo 344 del código tributario al establecer en su sentencia que los ajustes practicados al ITBIS se hicieron contraviniendo las disposiciones de dicho texto, ya que no observó que dichos auditores le suministraron a la Administración Tributaria las informaciones que le permitieron determinar que las exenciones establecidas en el citado artículo 344 no aplicaban para el caso de la especie, ya que la verdadera actividad comercial de la hoy recurrida no se encontraba contemplada dentro de los servicios exentos por dicho texto, contrario a lo decidido por dicho tribunal; que la facultad discrecional de la Administración fue ejercida en virtud de lo dispuesto por el artículo 2 del código tributario que le permite descartar las formas jurídicas adoptadas por los contribuyentes para atribuirle a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, lo que no fue tomado en cuenta por dicho tribunal al dictar su decisión”;

Considerando, que al examinar la sentencia impugnada se advierte que para considerar que las impugnaciones practicadas por la hoy recurrente a las declaraciones juradas del impuesto sobre las transferencias de bienes industrializados y servicios de la hoy recurrida resultaban improcedentes, dicho tribunal actuó bajo el criterio de que la actividad de transporte prestada por dicha recurrida no estaba alcanzada por el ITBIS y para pretender justificar su decisión, se fundamentó en el artículo 344 del código tributario que considera como servicio exento de este impuesto al transporte terrestre de personas y de cargas y esto condujo a que dichos jueces entendieran que la actuación de la Dirección General de Impuestos Internos al requerir el pago del ITBIS por la actividad de transporte de paquetes turísticos carecía de fundamento y de base legal, lo que evidencia, que tal como lo plantea la hoy recurrente en el medio de casación que se examina, al decidir en este sentido, dicho tribunal aplicó indebidamente las disposiciones del señalado artículo 344 del código tributario, cuando entendió que el servicio de transporte de turistas prestado por la hoy recurrida como un servicio conexo al servicio de hoteles, moteles y aparta-hoteles, se asimilaba al servicio de transporte de personas y cargas, declarado como exento por el indicado artículo 344, lo que constituye una interpretación errónea;

Considerando, que siguiendo con lo anterior, al dictar su decisión dicho tribunal no observó que la exención contemplada por el referido artículo 344 del código tributario solo aplica en los casos del servicio de transporte terrestre de personas y cargas cuando es ejecutado de forma general como una actividad principal, lo que evidentemente no aplica en el caso de la especie, ya que en el caso que nos ocupa la prestación del servicio de

transporte turístico ejecutada por la hoy recurrida constituye un servicio conexo o derivado de un servicio gravado como lo es el de hoteles, moteles y aparta-hoteles; que al ser este tipo de transporte un servicio especial conexo al de alojamiento hotelero, que facilita la materialización del mismo, resulta indudable que también está alcanzado por el ITBIS, tal como se desprende de las disposiciones del artículo 335 del código tributario, complementado por el artículo 3, numeral 3, inciso i) del Reglamento para la aplicación del ITBIS núm. 293-11, textos que fueron desconocidos e inaplicados por el tribunal a-quo al dictar su decisión, no obstante a que este aspecto le fuera invocado por la hoy recurrente en sus alegatos de defensa, sin que dicho tribunal haya procedido a ponderarlos, como era su deber, sino que por el contrario procedió a fundamentarse en un texto legal que no era el que regía el caso de la especie, lo que condujo a que dictara una sentencia que carece de motivos que la justifiquen y que evidencia la falta de base legal al contener una errónea aplicación de la ley, por lo que procede acoger el medio de casación que se examina;

Considerando, que por último y como un medio que esta Tercera Sala entiende que debe suplir de oficio por derivarse de aspectos vinculados con el debido proceso, al examinar esta sentencia también se advierte que al proceder a revocar en todas sus partes la resolución de reconsideración, sin observar que en la misma estaban contenidos aspectos que no fueron recurridos ante dicho tribunal puesto que la hoy recurrida aceptó y reconoció los ajustes que le fueran practicados con relación al impuesto sobre la renta del ejercicio 2007, al actuar de esta forma, el Tribunal Superior Administrativo desconoció los límites de su apoderamiento incurriendo con ello en la violación de los principios de la inmutabilidad del proceso y de la autoridad de la cosa juzgada, lo que constituye otro motivo que revela la falta de base legal de esta decisión y que conduce a que sea ordenada la casación de esta sentencia con envío, al contener una aplicación errónea de la ley, así como por haber incurrido dichos jueces en la inobservancia de principios derivados del debido proceso que los condujo a desconocer el alcance de su apoderamiento; con la exhortación a los jueces de envío de que al fallar nuevamente este asunto procedan a instruirlo de forma amplia y suficiente, estableciendo motivos que justifiquen lo decidido y que contenga una interpretación correcta de las disposiciones del código tributario y de sus reglamentos de aplicación que regulan el caso de la especie;

Considerando, que conforme a lo previsto por el artículo 20 de la Ley sobre Procedimiento de Casación, siempre que la Suprema Corte de Justicia casare un fallo, enviará el asunto a otro tribunal del mismo grado o categoría que aquel de donde proceda la sentencia que sea objeto del recurso; pero al resultar que esta sentencia proviene del Tribunal Superior Administrativo que es de jurisdicción nacional, dividido en salas, esta Tercera Sala entiende procedente enviarlo a una sala distinta del mismo tribunal, tal como será indicado en el dispositivo de esta decisión; con la advertencia al tribunal de envío de que al fallar nuevamente este asunto se acoja a los puntos de derecho que han sido objeto de casación y que han sido expresamente señalados en el considerando anterior, obligación que pone a su cargo el artículo 176, párrafo III del Código tributario que regula el recurso de casación en materia tributaria;

Considerando, que en el recurso de casación en esta materia no hay condenación en costas, ya que así lo dispone el citado artículo 176 en su párrafo V.

Por tales motivos, **Primero:** Casa la sentencia dictada en sus atribuciones de lo contencioso tributario por la Tercera Sala (Liquidadora) del Tribunal Superior Administrativo, el 28 de junio de 2013, cuyo dispositivo figura copiado en parte anterior del presente fallo, y envía el asunto a la Primera Sala del mismo tribunal; **Segundo:** Declara que en esta materia no hay condenación en costas.

Así ha sido hecho y juzgado por la Tercera Sala de lo Laboral, Tierras, Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario de la Suprema Corte de Justicia, y la sentencia pronunciada por la misma, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República, en su audiencia pública del 17 de septiembre de 2014, años 171° de la Independencia y 152° de la Restauración.

Firmado: Manuel Ramón Herrera Carbuca, Edgar Hernández Mejía, Sara I. Henríquez Marín y Robert C. Placencia Álvarez. Grimilda Acosta, Secretaria General.

La presente sentencia ha sido dada y firmada por los señores Jueces que figuran al pie, en la audiencia pública

del día, mes y año en ella expresados, y fue firmada, leída y publicada por mí, Secretaria General, que certifico.