

Panamá, 30 de septiembre de 1998.

Licenciado

JORGE SÁENZ M.

Tesorero Municipal

Municipio de Panamá.

E. S. D.

Señor Tesorero:

Nos referimos a Nota s/n fechada 3 de agosto del año en curso, en la cual nos expone problemática relativa al cobro de impuestos por parte de los Municipios, específicamente, si pueden éstos gravar o no las actividades que se realicen paralelamente, a las actividades de suerte y azar, esto es, en aquellos casos en que la administración de negocios en los que se exploten juegos de suerte y azar o aquellos que originen apuestas, estén bajo contrato de Concesión Administrativa o en los casos en que los negocios estén en manos privadas.

Pareciera, que la Consulta formulada no trae consigo opinión jurídica de la Dirección de Asesoría Legal del Municipio, sino la opinión particular de quien suscribe, pasaremos no obstante, a externar nuestras consideraciones jurídicas en torno al tema planteado exhortándole a que en el futuro próximo, a la consulta que tenga a bien formularnos anexe la opinión legal del Asesor de la entidad, para de esta forma cumplir con los requisitos que señala la Ley al respecto. (Cfr. Artículo 346, num.6 del Código Judicial).

Primeramente, es necesario revisar la Constitución Política, instrumento de carácter superior que regula las actuaciones de todo Estado de derecho. En este sentido, señala en su artículo 292, que la explotación de los denominados juegos de suerte y azar y las actividades que originen apuestas corresponden exclusivamente al Estado. Los artículos 1043, 1045 y 1046 del Código Fiscal, ubicados dentro del Libro IV, Impuestos y Rentas, Título XVI, Del Producto de los Juegos de Suerte y Azar y de las

actividades que originen Apuestas, desarrollan plenamente este principio constitucional.

En esta misma dirección apunta el Decreto Ejecutivo No.162 de 8 de septiembre de 1993, a través del cual fue aprobado el Reglamento de Juegos de Suerte y Azar, de Actividades que originan Apuestas y de Promociones Comerciales, el cual en sus artículos 1 y 2, ha establecido lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. Ninguna persona natural o jurídica podrá explotar juegos de suerte y azar o actividades que originen apuestas. Tal explotación corresponde únicamente al Estado como arbitrio rentístico por medio de la Junta de Control de Juegos.”

=====0=====

ARTÍCULO 2. Corresponde a la Junta de Control de Juegos resolver, en cada caso particular, si determinado juego es de suerte y azar o si determinada actividad es de las que originan apuestas, conforme el artículo 1° de este reglamento.”

Puede inferirse de las normas copiadas, que indudablemente, corresponde al Estado la explotación de juegos de suerte y azar. La propia norma indica de manera prístina no sólo que el Estado efectuará la explotación, regulación, control y fiscalización de dichos juegos a través de la Junta Control de Juegos, sino también que ésta determinará en cada caso particular de qué clase de juegos de suerte y azar se trata o si las actividades se enmarcan dentro de las que originan apuestas, en atención al artículo 1 del reglamento pre-inserto.

Sin embargo, a pesar de que solamente el Estado puede explotar los juegos de suerte y azar y las actividades que originen apuestas y, hacerse de sus productos y rentas; éste, puede a través de un contrato administrativo de concesión, conferir a un particular la explotación directa de dichas actividades a cambio de un precio o regalía (porcentaje sobre las ganancias). La concesión, en este caso, implica la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la Administración a un particular. Se trata de los denominados juegos “permitidos” o “autorizados”..

Nuestro Derecho Positivo regula la figura de la Concesión Administrativa, en la Ley No.5 de 15 de abril de 1998, que fue modificada por la Ley No.31 de 30 de diciembre de 1994 y por la Ley No.36 de 6 de

julio de 1995. En el artículo 20 de esta última Ley, al definirse la Concesión Administrativa se nos dice:

“ARTÍCULO 20. El Artículo 2 de la Ley No.5 de 1988 queda así:

Artículo 2. Mediante el sistema de concesión administrativa, una persona jurídica o entidad se obliga, por su cuenta y riesgo, a realizar cualesquiera de las actividades susceptibles de concesión a que se refiere esta Ley, bajo el control y la fiscalización de la entidad concedente a cambio de una retribución que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación del Organo Ejecutivo, el primero cobre a los usuarios de tales obras, por el tiempo que se determine en el acto que otorga la concesión, mediante la utilización o enajenación de bienes del Estado a favor del concesionario, incluyendo la facultad de rellenar tales bienes, o por cualquier otra forma que convenga.

“En el caso de rellenos sobre bienes de dominio público, las áreas rellenadas constituirán bienes patrimoniales del Estado.”

Observamos, pues, que el Estado prevé legalmente, la figura de la concesión administrativa. De modo que una persona jurídica o cualquier entidad se obliga espontáneamente, a realizar cualesquiera actividades susceptible de concesión, por su propia cuenta y riesgo pero, bajo la fiscalización de la entidad concedente, a cambio de una retribución consistente en los derechos o tarifas que con previa autorización del Ejecutivo, se cobre a los usuarios de tales servicios.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en Fallo de 1 de febrero de 1996, al referirse a la Concesión Administrativa, lo hizo en los siguientes términos:

“En efecto, definida por el destacado administrativista JOSÉ ROBERTO DROMI, la concesión es un contrato por el cual el Estado encomienda a una persona física o jurídica, privada o de derecho público, la organización, funcionamiento de un bien o un servicio por un lapso determinado, donde esta persona concesionario actúa por su propia costa y riesgo y la responsabilidad que deriven de hechos que concreten el “ejercicio” de la concesión corresponde al concesionario. Su labor se retribuye con el precio pagado por los usuarios o beneficiarios.

La concesión implica a favor del concesionario una delegación por parte de la Administración Pública, que sin embargo conserva la dirección y control. El concesionario

actúa bajo la severa y constante vigilancia de la autoridad concedente. Al término del contrato, los bienes afectados a la prestación del servicio pasan al dominio del Estado, con o sin indemnización.

... De ello se desprende que concurren en el contrato los principales caracteres del contrato de concesión: a) bilateralidad (es sinalagmático porque ambas partes se obligan recíprocamente, el concesionario a prestar el servicio, y el concedente permite que el concesionario perciba de los usuarios el importe de los mismos); b) oneroso y conmutativo; existe equivalencia de prestaciones; c) intuito-personae; la concesión debe ser ejercida personalmente y por cuenta y riesgo del concesionario y no puede ser transferido o cedido el contrato sin autorización del concedente.

... Por otro lado, esta Corporación Judicial no puede soslayar el hecho de que la doctrina administrativa moderna más aceptada, habla de la "crisis de la noción de servicio público tradicional" indicando que si bien los servicios públicos administrativos, entendidos aquellos como "los que consisten en el ejercicio de actividades tradicionalmente propias del Estado porque ostentan el máximo grado de interés general, de manera que la prestación se realiza sin ánimo de lucro" son la generalidad, coexisten los llamados "servicios públicos industriales y comerciales" que corresponden a actividades que tradicionalmente han sido consideradas más propias de los particulares que los ejercen con ánimo de lucrativo, y en ellos persiste el elemento de interés general. (Cfr. RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo*, Editorial Temis, pág.393)".

Sin embargo, en el caso subjúdice de lo que realmente se trata es de distinguir entre las actividades de juegos de suerte y azar y de aquellas que originen apuestas, de otro tipo de actividades conexas que no pueden ser catalogadas como tales, pero que de ellas se perciben beneficios económicos, por lo que al Municipio le interesa definir sí estas actividades deben ser gravadas o no y bajo que fundamento.

El Municipio como célula primaria del Distrito, tiene diversas funciones que desarrollar para lograr el bienestar común de la comunidad, en este sentido la ley lo faculta para gravar todas aquellas actividades de tipo comercial, industrial por ende lucrativas que se desarrollen en su circunscripción distrital. Teniendo como limitante el que los objetos, cosas o servicios a gravar no hayan sido ya gravados por la Nación. (Cfr. Artícs.74 y 79 de la Ley 106 de 1973). (Lo resaltado es de la Procuraduría).

En este caso se cita como ejemplo la Administración del Hipódromo, en donde dada la naturaleza de sus actividades, las mismas originan apuestas, si esta Administración al darse en concesión administrativa, es decir, que el control de estas actividades, aun estando en concesión las controla y fiscaliza el Estado, pueden efectuarse actividades de otro tipo, tales como; la venta de comidas, bebidas u otros; o, el subarriendo de sitios como los establos y si tales actividades deben ser gravadas o no por el Municipio.

Somos del criterio que lógicamente, el Municipio no puede gravar las actividades de suerte y azar y todas aquellas que originen apuestas pues les está prohibido tanto constitucionalmente como legalmente, tal como hemos apuntado anteriormente, sin embargo se trata aquí de actividades que son propias de los particulares y que además se realizan con animo de lucro, de allí entonces que este tipo de actividades sí pueden ser objeto de gravamen Municipal, con fundamento en el artículo 75 numerales 41, 46 y 48 de la Ley 106 de 1973, toda vez que dichas actividades no forman parte de la actividad que ya ha gravado el Estado, por lo que mal puede considerarse bajo el supuesto de doble tributación ni tampoco como extralimitación de funciones por parte del funcionario encargado de imponer el tributo ya previsto en la Ley antes referida. No obstante, cualquier duda que surja respecto de administraciones dadas en Concesión Administrativa, sería saludable revisar el Contrato de Concesión respectivo para determinar lo procedente atendiendo el contenido de éste.

En estos términos esperamos haber dado respuesta satisfactoria a la solicitud planteada, me suscribo, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher.
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/cch.

AMdeF/7/hf.