

Panamá, 1 de febrero de 1999.

Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad.

Concepto. Propuesto por el Licdo. Olmedo Arrocha, en representación de la Alcaldesa del Distrito de Panamá, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera, Contencioso Administrativa, de la Corte Suprema de Justicia.

Fundamentados en el artículo 348, numeral 1, del Código Judicial, y conscientes de nuestro papel de actuar en interés de la legalidad en los Procesos Contencioso Administrativos de Nulidad, procedemos a externar el concepto correspondiente, respondiendo de esta manera al traslado que nos ha corrido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante la Resolución calendada 12 de octubre de 1998.

I. La pretensión de la parte actora.

La demandante, en este proceso, es la Alcaldesa del Distrito Capital, Señora Omayra Mayín Correa, quien ¿a través de su apoderado legal- concurre ante Vuestra Honorable Sala, para solicitar a Ustedes, se pronuncien respecto de la Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998, que ordena a todos los prestadores de los Servicios Públicos de Agua Potable, Alcantarillado Sanitario, Telecomunicaciones y Electricidad, que cuenten con un régimen de exclusividad temporal o tarifas reguladas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Una evaluación preliminar del Acto Administrativo, cuya nulidad se requiere, nos lleva a solicitar a los Señores Magistrados que acojan las pretensiones planteadas en el libelo de la demanda, porque consideramos que existen fundadas razones constitucionales y legales, que respaldan la petición formulada.

II. Síntesis de la normativa contenida en la Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998.

La Resolución bajo análisis posee una serie de considerandos que motivan y justifican las decisiones adoptadas en su parte resolutive, y que por considerarlas importantes, procedemos a hacer referencia a los mismos.

La Ley N°26 de 29 de enero de 1996, por el cual se creó el Ente Regulador, pretende ser el fundamento legal de la Resolución in examine, basándose en la atribución de esa institución, de controlar y fiscalizar los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad y telecomunicaciones.

Concretamente, el numeral 25, del artículo 19, el cual le permite al Ente Regulador la facultad de realizar los actos necesarios para que se cumplan las funciones y objetivos contenidos en la Ley N°26 de 1996 y las Leyes Sectoriales; ello sin perder de vista, lo dispuesto en el numeral 18, del artículo 17 de la Ley N°106 de 1973, que faculta a los Consejos Municipales a establecer impuestos, contribuciones y tasas, de conformidad con las Leyes y el artículo 229 de la Constitución Nacional.

Como una forma de garantizar las ¿tarifas reguladas¿ y acordadas con las concesionarias de los Servicios Públicos, se resolvió ordenar a los prestadores de dichos

servicios, que cuenten con un régimen de exclusividad temporal o tarifas reguladas por el Ente Regulador de los Servicios Públicos (valga la redundancia), que los impuestos, contribuciones, derechos y tasas fijados o que se fijen en los Consejos Municipales que afecten específicamente la actividad, los ingresos brutos que perciban por razón de esa actividad y/o aquellos que individualmente graven a los clientes de estos servicios, se registren en sus libros de contabilidad como Costos Municipales Tipo A, en renglón aparte de los costos corrientes, y que se identifiquen en renglones separados por Municipios y por Provincia.

Además, autoriza a los prestadores a transferir, discrecionalmente, a sus clientes en cada Municipio, los Costos Municipales Tipo A y Tipo B (relativos a instalación de postes, torres, hidrantes, conductos, terminales, etc.) que fijen sus respectivos Consejos Municipales.

Ordena a los prestadores que opten por transferir los Costos Municipales Tipo A y/o Tipo B a la facturación de sus clientes, que adopten las metodologías que sean necesarias, con sujeción a una serie de reglas que allí se establecen.

III. Las normas que la parte actora considera infringidas y su concepto, son las que analizamos a continuación:

a. En primer lugar, se invoca como vulnerado el artículo 74 de la Ley N°106 de 1973, modificado por la Ley N°52 de 1984, cuyo texto transcribimos:

¿Artículo 74: Son gravables por los Municipios con impuestos y contribuciones todas las actividades industriales, comerciales o lucrativas de cualquier clase que se realicen en el Distrito.¿

Concepto de la Violación:

La señora Alcaldesa del Distrito Capital manifiesta que la Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998, viola de manera directa, por comisión, el contenido normativo del Artículo 74 de la Ley N°106 de 1973, modificado por la Ley N°52 de 1984, porque el Estado y los Municipios gozan de potestad tributaria, es decir que tienen la capacidad legal para gravar con impuestos y contribuciones a las personas naturales o jurídicas, cuando ocurre el presupuesto previsto en la ley.

Agrega que, para que se pueda ejercer el deber de imperio del Estado y los Municipios, a fin de exigir el pago de tributos, es importante que se cumpla con ciertos requisitos: que el tributo esté establecido en la Ley, ello es un límite formal, sometido al principio de legalidad, tal como reza el aforismo latino NULLUM TRIBUTUM SINE LEGE y segundo, todas las leyes que establezcan normas tributarias, determina un presupuesto de hecho hipotético, cuyo mandamiento cuando ocurre en la vida real, surge la obligación jurídica entre el Estado y el contribuyente.

El Artículo 17, numeral 8, de la Ley N°106 de 1973, reviste a los municipios de capacidad legal para establecer impuestos, contribuciones, derechos y tasas. En este sentido queda claro que estas entidades autónomas cuentan con capacidad legal para dictar Acuerdos Municipales, en las que se establezcan impuestos y demás tributos, que forman parte de los ingresos directos que perciben los Municipios.

En la Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998 el Ente Regulador de los Servicios Públicos dispone en los Artículos Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno, Décimo, Undécimo que los impuestos municipales con los cuales se gravan a las empresas prestadoras de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad que cuentan con un régimen de exclusividad temporal o tarifa regulada por el Ente Regulador serán trasladadas a los clientes o usuarios de estos servicios.

La transferencia del tributo municipal a los usuarios o clientes de las empresas prestadoras de servicios públicos rompe la vinculación jurídica entre el Municipio y la empresa y crea un impuesto no previsto en la ley, que en todo caso sería el impuesto al consumo, el cual lo establecería la empresa y no el Municipio.

b. En segundo lugar, la señora Alcaldesa considera que la Resolución N°-973 de 24 de agosto de 1998, infringe el contenido normativo del Artículo 78 de la Ley 106 de 1973, modificado por la Ley 52 de 1984, que a la letra dice:

¿Artículo 78: Ningún gravamen puede ser rematado, ser motivo de contratación por tiempo determinado ni traspasado a particulares por ningún concepto.¿

Concepto De La Violación:

La demandante conceptúa que la Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998, viola de manera directa por omisión el contenido normativo del Artículo 78 de la Ley 106 de 1973, modificado por la Ley 52 de 1984, como respaldo sostiene que la Ley N°106 de 1973 es muy clara al señalar que ningún gravamen municipal puede ser traspasado a particular bajo ningún concepto y la Resolución N°973 de 1998, emitida por el Ente Regulador expresamente ha ordenado el traslado de impuestos municipales a los particulares en calidad de usuarios y clientes de las empresas privatizadas.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Antes de abocarnos al estudio de las dos disposiciones del Régimen Municipal que ha invocado, como infringidas, la señora Alcaldesa, quisiéramos hacer una serie de reflexiones, en torno a la situación planteada.

En primer lugar, la Constitución Política de la República de Panamá, en su artículo 48, dispone que nadie está obligado a pagar contribución ni impuesto que no estuviera legalmente establecido y que no se realice en la forma establecida en la Ley.

Como puede observarse, los Constitucionalistas fijaron la reserva de la Ley, para el cobro de los tributos, que en el orden municipal, están contemplados en la Ley N°106 de 1973.

De allí que entre los requisitos necesarios para la fijación de los tributos municipales, entre otros, se indique que los mismos deben crearse mediante Ley; veamos:

Requisitos:

a. Que sea creado por la Ley, tal como lo sostuvo la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante Fallo calendarado 23 de marzo de 1994, que en lo medular dice:

¿Con fundamento en estas normas, la sala considera que la actividad que realizan las compañías capitalizadoras no causa impuesto, porque así ha sido establecido mediante Ley, esta actividad no puede ser gravada mediante un Acuerdo Municipal. La facultad de los Municipios de establecer impuestos se deriva de la Ley, no puede ejercerse contra legem¿¿ (Registro Judicial de marzo de 1994, pág. 277)

b. Que no haya sido gravado previamente por la Nación, ya que se estaría ante una doble tributación:

¿Es notoria la aludida doble tributación a la cual venimos haciendo referencia, en virtud de que (sic) los afectados tendrán que pagar al Fisco Nacional, como al Tesorero Municipal, sumas de dinero producto del impuesto atribuido por el Estado a las concesiones de albinas, y del tributo que les impuso como obligación el Municipio de Chame a los criaderos de camarones a través del artículo 2, Código 1.1.2.6.9.9. del Acuerdo No. 8 de 24 de noviembre de 1992, recurrido por la Asociación de Acuicultores demandante: procediendo en consecuencia los cargos endilgados¿¿ (Fallo de 26 de noviembre de 1993, Sala Tercera de la Corte)

También en relación con este tema de la doble tributación, la Sala Tercera de la Corte en Fallo de fecha 18 de diciembre de 1996, indicó que:

¿Según lo establecido en el ordinal 8 del artículo 17 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificada por la Ley N°52 de 12 de diciembre de 1984, los Consejos Municipales tienen competencia exclusiva para establecer impuestos, contribuciones, rentas, derechos y tasas de conformidad con las leyes, para atender los gastos de la administración servicios e inversiones municipales, siempre y cuando, no se trate de cosas, objetos y servicios previamente gravados por la Nación. (Subraya la Sala)

En el presente caso, vemos que los referidos códigos del Acuerdo Municipal N°6 de 1995, se pretende gravar en primer lugar, con un impuesto de B/.25.00 a B/.30.00 mensuales por cada habitación en los hoteles y moteles de la Isla de Contadora. Esta situación, a nuestro juicio, rebasa los límites de la facultad legal conferida a los Consejos Municipales en la Ley N°106 de 1973, en razón a que la actividad está gravada por la Ley N°83 de 22 de diciembre de 1976.¿

c. Para que proceda el cobro de dichos impuestos o contribuciones, deben ser debidamente calificados por el Tesoro Municipal:

¿Expresa la Sala que el Tesoro Municipal debe en todo caso, realizar el aforo o calificación si estima que la sociedad demandante debe hacer efectivo el pago de cierto impuesto y observar, además, todo el procedimiento instituido por la Ley N°106 de 1973 antes de exigir el pago del impuesto.¿ (Sentencia de 17 de julio de 1991)

d. Es indispensable que tenga incidencia dentro del Distrito, y si se desea gravar una actividad que incida fuera de los límites del Distrito, es necesaria la autorización legal correspondiente. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia dictaminó lo siguiente:

¿Seguidamente, la actora estima vulnerado el artículo 242 de la Constitución. Esta norma precisa la naturaleza de los impuestos municipales, estableciendo que son aquéllos que tienen incidencia dentro del distrito y facultando al legislador para establecer las excepciones necesarias a los efectos de que (sic) ciertos impuestos se consideren municipales, pese a que tengan una incidencia fuera del distrito ¿

De la lectura de la citada norma fundamental queda aclarado que la regla general en materia impositiva es que los municipios sólo pueden gravar con impuestos aquellas actividades lucrativas que repercuten exclusivamente de los confines del Distrito. Sin embargo, la Constitución autoriza clasificar como municipales impuestos que tengan incidencia extra distrito, siempre que la ley formal establezca tal excepción.¿

Pese a lo indicado, el artículo 17 de la Ley N°26 de 1996 es prístino al indicar que las decisiones del Ente Regulador serán adoptadas, mediante Resoluciones.

La Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998, expedida por el Ente Regulador pretende obligar a los usuarios de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad y telecomunicación para que asuman o paguen los tributos que establezcan los diversos Consejos Municipales, a nivel nacional, en ejercicio de las atribuciones que les concede el numeral 8, del artículo 17 y el artículo 74 de la Ley N°106 de 1973, bajo el concepto de ¿ordenar a todos los prestadores de los servicios públicos [mencionados] a transferir discrecionalmente, a sus clientes en cada Municipio los Costos Municipales Tipo A y/o Tipo B que fijen sus respectivos Consejos Municipales.

Según la pirámide de Kelsen y la jerarquía normativa establecida en el artículo 757 del Código Administrativo, la Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998, expedida por el Ente Regulador, dista de poseer la categoría de una Ley, por lo que mal puede indicar a quién le corresponde el pago de los tributos municipales.

En la Sentencia fechada 30 de noviembre de 1995, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, se indicó lo siguiente:

¿El reglamento, en cambio, desde el punto de vista estrictamente técnico, es un acto de carácter general, dictado con la formalidad y eficacia de una resolución que emana del Organismo Ejecutivo, con las firmas del Presidente de la República y del Ministro respectivo¿

¿no es posible que un simple resuelto, empleado en la práctica ordinaria para el trámite y resolución de asuntos administrativos de carácter individualizado, sea utilizado, como en este caso, para desarrollar o ejecutar directamente normas constitucionales, tarea que corresponde, fundamentalmente, a la ley formal¿¿

Ligado a ello, las autoridades del Ente Regulador, como el resto de las autoridades de la República están instituidas para proteger la vida, honra y bienes de los nacionales; cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Estatuto Fundamental y el artículo 752 del Código Administrativo.

La emisión de la Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998, infringe lo dispuesto en la Carta Magna y la Ley Codificada; máxime cuando el artículo 19, numeral 1°, de la Ley N°26 de 1996 indica que el Ente Regulador tiene como función cumplir y hacer cumplir esa Ley, las demás normas legales complementarias y las leyes sectoriales.

Adicional a lo anterior, la Constitución Política, en su artículo 256 señala que las concesiones para la utilización de aguas y empresas de servicio público, entre otras cosas, se inspirarán en el bienestar social y el interés público. Es evidente que la Resolución emanada del ente Regulador, que es objeto de este análisis, no está inspirada ni en el bienestar social, ni en el interés público.

Nótese que el artículo 5, numeral 5, del Decreto Ley N°2 de 7 de enero de 1997, dispone como objetivo del marco regulatorio e institucional, para la prestación de los servicios de agua potable y alcantarillado nacional, ¿conciliar un eficaz y efectivo suministro de los servicios por parte de los prestadores, con el adecuado ejercicio de las facultades estatales relativas a la protección de la salud pública, el bienestar de la población, y la preservación del medio ambiente y de los recursos hídricos en todo el territorio de la República de Panamá.¿

En ese orden existen una serie de elementos indispensables en toda concesión administrativa que no pueden obviarse, que son:

1. El Estado cedente, que constituye la autoridad soberana, a cargo de la administración pública, y es a quien corresponde la prestación y funcionamiento de los servicios públicos, por razón de los derechos y garantías de los asociados establecidos en la Constitución Nacional.

2. El concesionario. Es la persona natural o jurídica a quien se le hace la concesión u otorgamiento, y es quien se obliga a realizar las obras o a brindar el servicio público, en subsidio del Estado. Para ello, debe contar con el capital necesario que le permita efectuar tales actividades. Es importante resaltar que el concesionario no actúa en nombre y representación de la Administración, sino por su cuenta y riesgo.

3. La propia concesión, que en sí misma constituye el otorgamiento de una gracia, autorización o permiso. En el ámbito administrativo, se traduce en aquellos

actos de autoridad del Estado, por el cual se delega en un particular (o en un funcionario público, de acuerdo con algunas doctrinas) la prestación de los servicios públicos.

La concesión se formaliza mediante un Contrato, en el que se establecen los derechos y obligaciones del Estado cedente y del concesionario, así como los plazos términos y condiciones en que la misma se va a llevar a efecto.

4. La retribución, que consiste en los derechos o tarifas que cobra el concesionario (previa autorización del Estado), por la realización de una obra o por brindar un servicio público a los particulares. También se denominan retribuciones económicas.

En este aspecto de la retribución, hay que señalar que la misma no es absoluta y debe abarcar y comprender los gastos de inversión, así como otros costos que sean necesarios para la prestación del o los servicios.

Como respaldo a nuestra posición, citamos a Andrés Serra Rojas, destacado autor mexicano de Derecho Administrativo, quien reconoce la justicia de las retribuciones económicas, cuando acota que «el Estado no debe olvidar que si un particular adquiere una concesión, es para sacar un provecho razonable de ella, poniendo su capital y trabajo en una empresa que puede ofrecer beneficios o pérdidas» (Serra Rojas, Andrés. Derecho Administrativo. 5ª. ed., Impresora Galve, S.A. México, 1972, Tomo II, pág. 970).

A nuestro juicio, el Estado debe tener presente que el interés público debe primar siempre, en beneficio de los asociados.

Consideramos, además, que el Ente Regulador no tiene facultad para ordenar la transferencia del pago de los tributos a que hace referencia la Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998, expedida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, porque el artículo 3 de la Ley N°26 de 1996 faculta a esa institución pública para regular y controlar la prestación de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad y telecomunicación; sin que ello deba interpretarse como un poder absoluto que le permita rebasar los límites establecidos por la Constitución y la Ley.

En abono a lo expuesto, el artículo 78, invocado por la señora Alcaldesa, es imperativo al indicar que ningún gravamen [entiéndase municipal] puede ser traspasado a particulares en ningún concepto, como es el deseo del Ente Regulador, plasmado en la Resolución acusada de ilegal.

Por todo lo expuesto, reiteramos nuestra solicitud a los Señores Magistrados para que acojan las pretensiones inmersas en el libelo de la demanda y, en consecuencia, se declare nula, por ilegal, la Resolución N°973 de 24 de agosto de 1998, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Pruebas: Aceptamos las aducidas por cumplir con los requisitos que exige el Código Judicial.

Derecho: Aceptamos el invocado por la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/5/mcs.

Licdo. Víctor L. Benavides P.

Secretario General

MATERIAS:

ENTE REGULADOR

SERVICIOS PUBLICOS

TRIBUTOS

IMPUESTOS

DERECHOS

CONTRIBUCIONES

TASAS

RESERVA LEGAL

TRIBUTOS (DEBEN CONSTAR EN UNA LEY)