

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 179

Panamá, 19 de abril de 2013

Proceso de inconstitucionalidad.

La firma forense Tapia, Linares y Alfaro, actuando en nombre y representación de la sociedad **Media Visión de Panamá**, demanda la inconstitucionalidad del **artículo 1 y del último párrafo del artículo 12 de la Ley 15 de 26 de abril de 2012.**

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Pleno.

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 de la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Las normas acusadas de inconstitucionalidad.

La firma forense Tapia, Linares y Alfaro, actuando en nombre y representación de la sociedad Media Visión de Panamá, demanda la inconstitucionalidad del artículo 1 y del último párrafo del artículo 12 de la Ley 15 de 26 de abril de 2012, consultables en las páginas 2 y 6 de la gaceta oficial 27024-B de 27 de abril de 2012, cuyos contenidos se transcriben a continuación:

“Artículo 1. Se establece una tasa del 0.5% aplicable a los clientes en la facturación mensual de los servicios de telecomunicación básica local (101), nacional (102), internacional (103), de comunicaciones personales (106), telefonía móvil celular (107), de transporte de telecomunicaciones (200) y de televisión pagada (904) para cubrir los costos y la ejecución del soterramiento del cableado e infraestructura de los servicios de telecomunicaciones y de televisión pagada. Se

excluyen de la aplicación de esta tasa los servicios antes descritos prestados bajo la modalidad de prepago.”

“**Artículo 12.** El artículo 1 de la Ley 22 de 2006 queda así:

Artículo 1. Ambito de aplicación. ...

...

Las contrataciones que realicen las empresas de distribución eléctrica para el proyecto de soterramiento del cableado e infraestructura de los servicios de telecomunicaciones y de televisión pagada se registrarán por las reglas de Derecho Privado que rigen sus actos de contratación.”

II. Disposiciones constitucionales que se estiman infringidas.

La apoderada judicial de la accionante señala que los mencionados artículos de la Ley 15 de 26 de abril de 2012 infringen las siguientes normas constitucionales:

A. El artículo 20, relativo al principio de igualdad ante la Ley entre panameños y extranjeros (Cfr. fojas 19 a 21 del expediente judicial);

B. El artículo 264, de acuerdo con el cual todo impuesto que grave al contribuyente debe guardar proporción directa con su capacidad económica (Cfr. fojas 17 a 20 del expediente judicial); y

C. El artículo 266, el cual dispone que la ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública (Cfr. fojas 21 a 23 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

A continuación, procederemos a analizar cada una de las normas acusadas de inconstitucionalidad, en el orden expresado por la accionante.

En opinión de la parte actora, los nacionales y los extranjeros son iguales ante la Ley, tanto en los derechos como en las obligaciones tributarias. En adición,

manifiesta que si todos los asociados se van a beneficiar con el soterramiento del cableado e infraestructura de los servicios de telecomunicaciones y de televisión pagada, de esa misma manera todos deben estar sometidos al pago de la tasa que establece la Ley para el financiamiento y ejecución de dicho proyecto. No obstante lo anterior, el artículo 1 de la Ley 15 de 2012 excluye de la aplicación de dicho tributo a aquellos usuarios de los servicios de telefonía bajo la modalidad de prepago; situación que, según su criterio, vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República (Cfr. fojas 9 a 11 del expediente judicial).

En relación con la interpretación de este principio, ese máximo Tribunal de Justicia ha señalado que el derecho a la igualdad que consagra el artículo 20 del Estatuto Fundamental no es absoluto, admitiendo, en consecuencia, la posibilidad de un trato diferenciado ante situaciones similares. Sin embargo, como también lo ha establecido ese Tribunal, el trato diferenciado para que sea lícito constitucionalmente debe estar justificado, tal como lo expresó en su Sentencia de 13 de octubre de 1999 que en lo pertinente indica lo siguiente:

“Este Pleno ha señalado en varias ocasiones que la recta interpretación del principio de igualdad ante la ley conduce a que ésta, al regular determinados aspectos de la vida social, no introduzca, ante situaciones que son iguales, tratamientos diferenciados. No estatuye, por lo tanto, un principio de igualdad matemática, sino de igualdad ante situaciones iguales y, naturalmente, desigualdad ante situaciones que no tengan ese carácter, ... Esta aproximación del principio de igualdad, también ha señalado este Pleno, implica, además, que el principio de proporcionalidad ordena que las diferenciaciones, para que sean lícitas constitucionalmente, tengan una base objetiva que conduzcan a la racionalidad del trato diferenciado, y que, además, sean razonables, con lo que se asienta en el principio de ‘interdicción a la excesividad’, en expresión del jurisconsulto alemán KARL LARENZ.” (Lo subrayado es de este Despacho).

Contrario con lo que al efecto señala este criterio jurisprudencial, ante situaciones iguales, es decir, las derivadas de la contratación de servicios básicos de telecomunicaciones, telefonía móvil celular, de transporte de telecomunicaciones y televisión pagada, el legislador lejos de aplicar un trato igualitario a los adquirentes de estos servicios, hace una clara distinción entre los clientes que los contraten sobre la base de una facturación mensual y aquéllos que lo hagan mediante la modalidad de prepago, fijando una tasa de 0.5% aplicable a los primeros y exonerando de su pago a los otros, sin atender para ello a una base objetiva que conduzca, tal como lo ha señalado el Pleno, a la racionalidad del trato diferenciado.

A juicio de este Despacho, la creación de la denominada “tasa” a la que se refiere el artículo 1 de la Ley 15 de 2012, que por su naturaleza consideramos es una contribución especial, debe estar dirigida en forma amplia y sin distinción alguno a todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones ya descritos, puesto que todos ellos se verán beneficiados con las obras de soterramiento del cableado que, según el plan al que alude el artículo 7 de esa excerpta legal, deberán ejecutarse a nivel nacional, de ahí que el trato diferenciado que la Ley contempla en atención a la forma de adquisición de tales servicios, devenga en violatoria del principio de igualdad ante la Ley que contiene el artículo 20 constitucional.

Por otra parte, la recurrente sostiene que el artículo 1 de la Ley 15 de 2012 también infringe el artículo 264 del Texto Constitucional, pues, según indica, la capacidad contributiva es un principio con un criterio legitimador de la obligación tributaria que exige al Estado, a través del Órgano Legislativo, la creación de tributos, en este caso, de una tasa apegada a la aptitud contributiva de los contribuyentes. Añade, que al fijar los tributos, en este caso una tasa fundada sobre la base de la capacidad contributiva de los contribuyentes, las

administraciones tributarias lamentablemente se olvidan que éstos tienen otro tipo de gastos, por lo que imperan los razonamientos cuantitativos y no subjetivos de los sujetos pasivos de la obligación tributaria, lo que podría afectar sus finanzas personales, ya que tienen que hacerle frente a otros gastos de tipo familiar (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

En ese mismo orden de ideas, la accionante señala que la tasa de soterramiento de cables establecida por el artículo 1 de la Ley 15 de 2012, traerá como consecuencia que muchos contribuyentes que no están obligados a honrarla se verán beneficiados con dicha obra. También indica, que habrá personas que no estarán beneficiadas por los servicios públicos de telecomunicaciones que allí se mencionan y estarán obligadas al pago de dicho tributo, lo que, en su opinión, afecta su capacidad contributiva (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

Desde nuestra perspectiva, el accionante realiza todo un análisis conceptual que concluye en la infracción del precepto ya citado, basado en una transcripción literal del mismo que a nuestro juicio es equivocada, ya que, tal como es posible advertir, la parte final del artículo 264 constitucional se refiere de manera particular a: "... que todo impuesto grave al contribuyente en proporción directa a su capacidad económica" y no a la "capacidad contributiva" que desarrolla en su escrito de demanda; no obstante, procedemos a efectuar el análisis correspondiente a efectos de establecer la posición de esta Procuraduría en relación con la alegada infracción al Texto Constitucional.

Si bien al analizar los cargos de infracción hechos con respecto al artículo 20 del Texto Constitucional señalamos que en nuestra opinión la frase "...en la facturación mensual..." del artículo 1 de la Ley 15 de 2012, al igual que la exclusión dispuesta en su parte final con respecto a aquellos usuarios que adquieran los servicios de telecomunicaciones, telefonía móvil celular, transporte de telecomunicaciones y televisión pagada, bajo la modalidad de prepago, son

infractores de la norma superior, estimamos que el resto de dicha disposición legal no colisiona de manera alguna con el artículo 264 de la Carta Política, conforme lo alega el accionante, puesto que si se observa, la tasa de 0.5% guarda una relación de proporcionalidad directa con la capacidad económica de los clientes de los servicios indicados, de manera que quien contrate, bajo cualquiera de las modalidades, un mayor número de servicios asimismo resultará gravado en la misma proporción.

Finalmente, la accionante manifiesta que el último párrafo del artículo 12 de la Ley 15 de 2012 es contrario a lo que dispone el artículo 266 de la Constitución Política de la República, puesto que, a su juicio, permite a todas las empresas involucradas en el soterramiento del cableado e infraestructura de los servicios ya descritos, incluyendo las de Derecho Público, poder contratar de manera libre y directa, sin que tengan que recurrir a la licitación pública, pese a que tales obras se ejecutarán con fondos estatales que ingresan al Tesoro Nacional a través de una tasa (Cfr. fojas 20 y 21 del expediente judicial).

En lo que respecta a este tercer cargo de inconstitucionalidad, este Despacho estima necesario señalar que el artículo 266 de la Carta Política establece que “la ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.” (Lo subrayado es nuestro).

A nuestro entender, la expresión “...salvo las excepciones que determine la Ley...” que contiene el artículo 266, constituye una cláusula de reserva legal, que se define como el conjunto de materias que, de manera exclusiva, la Constitución Política de la República entrega al ámbito de las potestades del Órgano Legislativo para que éste, a su vez, las desarrolle a través de leyes formales.

El concepto de cláusula de reserva legal ha sido desarrollado por la doctrina constitucional panameña que ha sido recogida por el Pleno de esa máxima corporación de Justicia en Sentencia de 13 de octubre de 1997, en los siguientes términos:

“...En otras palabras, se trata de normas sujetas a la llamada ‘cláusula de reserva legal’ lo cual, a decir del doctor QUINTERO, significa ‘que la materia de que tales artículos tratan sólo puede ser regulada por medio de ley’ (QUINTERO, César. Derecho Constitucional. Tomo I. Imprenta Antonio Lehman. San José. 1967. pág. 618).” (Lo destacado es nuestro).

En la situación que se analiza, se observa que el propio artículo 266 de la Carta Fundamental permite que la Ley establezca excepciones a la regla general de la licitación pública como medio para la ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos.

Bajo la fórmula de excepción que contiene el Texto Constitucional, el Órgano Legislativo emitió la Ley 15 de 2012, que establece en su artículo 6 que: “para salvaguardar las condiciones que aseguren la continuidad y regularidad y garanticen la eficiente provisión a los clientes de los servicios públicos de electricidad, las empresas de distribución eléctrica de la zona a soterrar, serán las unidades gestoras, dentro del área de su concesión, de la tramitación de las ofertas y/o pliego de cargos y la conducción de las convocatorias de los actos relacionados para la contratación de las personas jurídicas o consorcios que realizarán la ejecución del plan de soterramiento ..., conforme a las reglas de Derecho Privado que rigen sus actos de contratación.”

En atención a lo expresado en los párrafos precedentes, el Órgano Legislativo estimó necesario modificar el contenido original del artículo 1 de la Ley 22 de 2006, sobre Contratación Pública, que ya había sido reformado por la Ley

41 de 10 de julio de 2008 y la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, e incorporado al Texto Único de dicha excerpta legal.

En esta oportunidad, el artículo 1 de la Ley 22 de 2006 ha sido modificado por el artículo 12 de la Ley 15 de 2012, acusado de inconstitucional, para adicionar un párrafo final, el que indica que: “las contrataciones que realicen las empresas de distribución eléctrica para el proyecto de soterramiento del cableado e infraestructura de los servicios de telecomunicaciones y de televisión pagada se regirán por las reglas de Derecho Privado que rigen sus actos de contratación.”

De acuerdo con su sentido literal, resulta evidente que lo dispuesto en el párrafo que se acusa como violatorio del orden constitucional, obedece a lo establecido en la cláusula de reserva legal que el propio constituyente autorizó en el artículo 266 del Estatuto Fundamental, al permitir que a través de una norma de rango legal, se puedan introducir excepciones a la obligación de recurrir a la licitación pública como mecanismo para la ejecución o reparación de obras nacionales; las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los municipios; y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos, permitiendo en esta ocasión que en el caso del soterramiento del cableado e infraestructura de los servicios de telecomunicaciones y de televisión pagada, estas obras sean contratadas por las empresas concesionarias bajo las normas del Derecho Privado.

Por lo expuesto, la Procuraduría de la Administración respetuosamente solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que SON INCONSTITUCIONALES las frases “...en la facturación mensual...” y “Se excluyen de la aplicación de esta tasa los servicios antes descritos prestados bajo la modalidad prepago”, contenidas en el artículo 1 de la Ley 15 de 2012, por ser violatorias de los artículos 20 de la Constitución Política de la República; y que NO ES INCONSTITUCIONAL el último párrafo del

artículo 12 de la Ley 15 de 26 de abril de 2012, puesto que no infringe el artículo 266 ni algún otro de la Constitución Política de la República.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 202-13-I