

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 274

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 10 de abril de 2008

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad**

Las licenciadas Yesenia Rodríguez, Ileana Margot Villalobos de Ortiz y Dayra Jaén de Motta, en representación del **Instituto Panameño de Turismo (IPAT)**, solicitan se declare nulo por ilegal, el acuerdo municipal 28 de 24 de noviembre de 2005, emitido por el **Consejo Municipal de Pedasí**.

Concepto

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 numeral 3 del artículo 5 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley en el proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Disposiciones jurídicas que se aducen violadas y los conceptos de las supuestas violaciones.

La parte actora aduce la violación del acápite f del artículo 4 del decreto ley 22 de 15 de septiembre de 1960 que establece el porcentaje que, en concepto de tasa de hospedaje, deben cancelar las empresas dedicadas al servicio de hospedaje, cuyo concepto de infracción se encuentra a fojas 91 y 92 del expediente judicial.

De igual manera, la actora señala como infringido el artículo 2 de la resolución 75-95 A de 27 de diciembre de 1995, expedida por la junta directiva del Instituto Panameño de Turismo, que reglamenta el porcentaje, en concepto de tasa de hospedaje, que deberán pagar al IPAT las empresas de servicio de hospedaje, conforme lo explica en el concepto de infracción visible a fojas 92 y 93 del expediente judicial.

Finalmente, la parte demandante aduce como violados de manera directa los artículos 21 (numeral 6) y 38 de la ley 106 de 1973; así como también los artículos 234 y 245 de la Constitución Nacional, de acuerdo con los criterios que expone, respectivamente, a fojas 93-94 y 94-96 del expediente judicial.

II. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Luego de la revisión de la presente demanda, este Despacho procederá a emitir concepto de manera conjunta sobre las infracciones alegadas.

El acto administrativo impugnado lo constituye el acuerdo municipal 28 de 24 de noviembre de 2005, mediante el cual el Consejo Municipal de Pedasí acordó que todos los hoteles, moteles, casas de hospedaje y similares que funcionaran en dicho distrito, deberán pagar al tesoro municipal una tasa fija mensual, en atención al valor de dichos establecimientos.

De la lectura del acuerdo 28 impugnado, se desprende con meridiana claridad que existe una contradicción entre los distintos elementos que lo integran, puesto que el acápite 2 del mismo señala que: **"No se CONFUNDA Cobro de la actividad**

económica o lucrativa que realiza (sic) estos locales, con el pago que ellos realizan al IPAT por un porcentaje por huésped.”; mientras que el número 3, a su vez establece que: **“Estas tasas(sic) fijas mensuales será por Habitación Mensual y se clasificaran(sic) de la siguiente forma:**

- A.** Locales con valores menores de B/200,000.00 pagarán...
- B.** Locales con valores de B/200,000.00 a 500,000.00 pagarán...
- C.** Locales con valores de B/500,000.00 en adelante pagarán...”

De lo antes expuesto, puede advertirse que respecto al tributo creado, al cual se denomina tasa fija mensual, existe una marcada ambigüedad en cuanto al hecho generador del mismo, que bien puede entenderse originado tanto de la actividad económica o lucrativa que realizan los establecimientos gravados, como del valor comercial de los locales en donde se brinda el hospedaje.

Como parte importante del análisis del acuerdo bajo examen, resulta oportuno aclarar que el término **“tasa”** guarda relación con el tributo que deben pagar los beneficiados o afectados por la prestación de un servicio o actividad pública proporcionada por la administración; no obstante, del acuerdo impugnado se desprende que el tributo establecido no corresponde a la prestación de un servicio público, por el contrario, la actividad gravada es de derecho privado y desarrollada por un sector comercial, por ende, el tributo creado posee las características de un impuesto que comprende

una imposición unilateral por parte de la administración, sin que el pago implique una contraprestación.

De lo anterior, podemos inferir que la naturaleza del tributo establecido en el acuerdo corresponde a un impuesto y no a una tasa; por lo que sería entonces procedente dilucidar sobre el hecho generador del impuesto en cuestión, y vemos que el acuerdo municipal impugnado señala, como se dijo anteriormente, que el tributo será cobrado en base al valor del local comercial en donde se prestan los servicios de hospedaje, por lo que parece que el Consejo Municipal de Pedasí pretende introducir una figura fiscal basada en el valor del bien raíz en donde se presta el hospedaje, el cual, a nuestro juicio, no tendría asidero legal ya que estaríamos ante un impuesto de bien inmueble, que para lo efectos, se encuentra previamente gravado por la nación, y en este momento no constituye tema objeto de discusión. En consecuencia, se debe descartar el acápite 3 del acuerdo demandado que establece como hecho imponible del tributo el valor del bien inmueble.

Hechas las anteriores consideraciones, advertimos que, el acuerdo impugnado afora, de forma exclusiva, a aquellos negocios que realizan la actividad de hospedaje dentro del distrito: hoteles, moteles, casas de hospedaje y similares, de tal suerte que se ha creado un **impuesto** que grava la actividad económica hotelera.

El Consejo Municipal utilizó como fundamento legal de su actuación administrativa el artículo 75 de la ley 106 de 1973, que señala que los municipios podrán gravar negocios o

actividades relacionadas con hoteles, casas de hospedaje, pensiones y moteles; no obstante, el numeral 6 del artículo 21 de la misma excerpta legal, cuya violación la parte actora estima infringida, establece que los municipios no podrán gravar una actividad previamente gravada por la nación.

Con respecto a la alegada infracción podemos señalar que si bien una de las citadas normas municipales (artículo 75) le permite a los municipios establecer ciertos gravámenes, también dentro del mismo cuerpo legal (artículo 21) se contemplan las prohibiciones a los concejos, dentro de las cuales se encuentra la limitante de no poder establecer impuestos sobre bienes o actividades que ya hayan sido gravados por la nación, toda vez que se estaría imponiendo doblemente un tributo en relación a un mismo bien, actividad o negocio.

De la Sala Tercera de lo contencioso administrativo existe copiosa jurisprudencia referente a la doble tributación, de la cual nos permitimos citar parte de los fallos de 23 de abril de 2003 y 31 de mayo de 2006, así:

"En cuanto a la prohibición de doble tributación, resulta oportuno señalar que la Sala Tercera y el Pleno de la Corte Suprema, se han pronunciado en forma reiterada, sosteniendo el siguiente principio, conforme lo preceptuado en el artículo 242 de la Constitución Nacional: los Municipios no pueden gravar lo que ya ha sido gravado por la Nación, salvo que una Ley lo permita." (Fallo de 23 de abril de 2003).

"... La prohibición de doble tributación ha sido reiteradamente sostenida por la Sala Tercera y por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia,

dado que el principio de que los Municipios no pueden gravar lo que ya ha sido gravado por la Nación, tiene rango legal y constitucional, pues se deriva del artículo 242 de la Texto Fundamental, que requiere que las rentas municipales y nacionales sean separadas, esto es, que no provengan de los mismos tributos. (Sentencias de 29 de septiembre de 2000, de 16 de marzo de 2001 y de 27 de marzo de 1996)". (Fallo de 31 de mayo de 2006).

En abono a lo anterior, mediante literal f del artículo 4 del decreto ley 22 de 1960, cuya infracción también se señala, el IPAT regula la actividad de hospedaje a nivel nacional; y de lo contenido en el acuerdo municipal bajo examen, puede entenderse que ambos cuerpos legales aforan la misma actividad económica con una base imponible distinta; en consecuencia, el acuerdo municipal infringe la norma citada, al tratarse del mismo tributo, previamente regulado por la nación a través de la ley orgánica del Instituto Panameño de Turismo (IPAT), independientemente que el ente edilicio intente conceptuar a este tributo de manera diferente al impuesto nacional ya existente.

Sobre este tema en cuestión, esa Sala se ha pronunciado en relación con caso similar, mediante fallo de 25 de junio de 2003, así:

"Conforme lo dispone el artículo 74 de la Ley 106 de 1973, los Consejos Municipales están facultados para gravar con impuestos municipales y contribuciones todas las actividades industriales, comerciales o lucrativas de cualquier clase que se realicen en el Distrito. No obstante, el Artículo 21 ordinal 6 de la Ley 106 de 1973 prohíbe a los Consejos Municipales cargar con impuestos lo que ya ha sido gravado por

la Nación. Enfatiza esta prohibición el ordinal 8 del artículo 17 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificado por la Ley 52 de 12 de diciembre de 1984, que atribuye a los Consejos Municipales competencia exclusiva para establecer impuestos, contribuciones, rentas, derechos y tasas de conformidad con las leyes, siempre y cuando, no se trate de cosas, objetos y servicios previamente gravados por la Nación.

(...)

La Corte observa, que no se trata de un asunto de novedosa discusión, toda vez que la Sala Tercera ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a gravámenes municipales que se han creado sobre la actividad de hotelería y hospedaje.

(...)

Los razonamientos expuestos son pertinentes en el negocio de marras, toda vez que los dos renglones impugnados del Acuerdo No. 9b del Consejo Municipal de Antón, precisamente tienen incidencia sobre las pensiones, casas de hospedaje, cabañas, hoteles y moteles, y sobre cada una de las habitaciones de estos últimos, lo que como esta Sala ha señalado en los precedentes citados, implica gravar el hospedaje.

Por consiguiente, la Corte conviene con los demandantes, en que el Acuerdo Municipal de Antón, en sus renglones impugnados, viola la prohibición legal de doble tributación consagrado en el artículo 21 ordinal 6 de la Ley 106 de 1973, y por ello prospera el cargo de violación endilgado a este respecto."

(El subrayado es de la Procuraduría de la Administración).

Por otra parte, en cuanto a la supuesta violación de los artículos 235 y 245 de la Constitución Política de la República, expresada por la demandante, debemos destacar que el proceso contencioso administrativo de nulidad "*... sólo persigue la anulación del acto lesivo. Con esta acción se discute exclusivamente la legalidad del obrar administrativo.*

(...) *La acción de nulidad o ilegitimidad, tiene por fin hacer declarar la nulidad del acto y con ello conseguir la observancia de las normas jurídicas. El juez juzga sólo la legitimidad del acto en su confrontación externa con las normas positivas.*" (Cfr. DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Cuarta Edición. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1995. Pág. 833.) y, por tanto, no pueden invocarse como infringidas disposiciones constitucionales conforme lo hace la demandante, pues su análisis le corresponde privativamente al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, a la luz de lo que dispone el artículo 2554 del Código Judicial.

En tal sentido, este Despacho se abstiene de pronunciarse en torno a la supuesta violación de los artículos 234 y 245 de la Constitución Política de la República.

Por todo lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar **ILEGAL** el acuerdo 28 de 24 de noviembre de 2005, emitido por el Consejo Municipal de Pedasí, por el cual se acuerda que todos los hoteles, moteles, casas de hospedaje y similares, deberán pagar una tasa fija al tesoro municipal de ese distrito.

Pruebas:

Aducimos el expediente judicial que reposa en ese Tribunal.

Derecho:

Se acepta el invocado, por la parte demandante tal como lo hemos expuesto.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada

OC/1314/mcs