

23 de julio de 2004

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Nulidad**

Concepto.

Propuesto por la firma forense Rosas & Rosas en representación de la **Asociación Nacional de Avicultores de Panamá**, para que se declare nulo, por ilegal, el artículo 4 del Acuerdo Municipal N°39 de 10 de septiembre de 2002, expedido por el **Consejo Municipal del Distrito de Chepo**.

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

Con nuestro acostumbrado respeto concurrimos ante esa augusta Corporación de Justicia, con la finalidad de emitir formal concepto en la demanda contencioso administrativa de nulidad enunciada en el margen superior del presente escrito, conforme lo dispone el artículo 5, numeral 3, de la Ley 38 de 2000, de la siguiente manera:

I. Peticiones de la parte demandante.

La apoderada judicial de la demandante, ha solicitado a los Señores Magistrados que conforman la Honorable Sala Tercera, que declaren nulo, por ilegal, el contenido del artículo cuarto del Acuerdo Municipal N°39 de 10 de septiembre de 2002, mediante el cual se grava la cría de aves avícola, con un impuesto de medio centésimo de balboa por mes o fracción de mes, por animal.

II. Las disposiciones legales que la parte actora considera infringidas y sus conceptos de violación, son las siguientes:

A. La demandante estima infringido el artículo 17, numeral 8, de la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984, que a la letra expresa:

"Artículo 17: Los consejos municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las siguientes funciones:

1. ...

8. Establecer impuestos, contribuciones, derechos y tasas, de conformidad con las leyes, para atender a los gastos de la administración, servicios e inversiones municipales."

- o - o -

Concepto de la violación.

"Esta norma legal fue violada en forma directa, por comisión, porque ella fue aplicada al caso que nos ocupa, pero desconociendo el derecho de los contribuyentes a que el Consejo Municipal ejerza la potestad tributaria instituida por la misma, 'de conformidad con las leyes'. Y el Consejo Municipal, desconociendo los límites de esa potestad impuesta por la falta de capacidad económica de los productores del Distrito de Chepo, creó un nuevo impuesto que no podrá ser absorbido por éstos.

Como es del conocimiento de los Honorables Magistrados que integran esa Sala, ella ha sentado como doctrina jurisprudencial consistente, que cuando el Consejo Municipal instituye un impuesto que no toma en consideración la capacidad económica del contribuyente, rebasando ésta, acaba con la fuente de ingresos del Municipio y el acto se vicia de nulidad por desviación de poder." (Cf. f. 56)

- o - o -

B. La parte demandante considera infringido el artículo 3 de la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984, que dispone lo siguiente:

"Artículo 3: Las autoridades municipales tienen el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la República, los decretos y

órdenes del Ejecutivo y las resoluciones de los tribunales de la justicia ordinaria y administrativa."

- o - o -

Concepto de la violación.

"Esta norma legal ha sido violada en forma directa, por omisión, por la disposición acusada, debido a que no fue aplicada al momento de emitirse tal disposición. En efecto, ella obliga a todas las autoridades municipales, incluyendo al Consejo Municipal, a cumplir y a hacer cumplir las leyes de la República y las resoluciones de los Tribunales de la justicia ordinaria y de la justicia administrativa, mandato que no fue acatado por el Consejo Municipal de Chepo.

Lo anterior es así, porque conociendo la doctrina jurisprudencial sentada por esa Honorable Sala, y lo ordenado por la norma legal en referencia, frente a la difícil situación financiera de las empresas avícolas que operan en el Distrito de Chepo, el Consejo Municipal hizo caso omiso a esa doctrina jurisprudencial y a la norma legal invocada, instituyendo un impuesto que grava la cría de aves, para cuyo pago no tiene la capacidad tales empresas. Ello constituye una típica violación directa a la norma legal invocada, por inaplicación." (Cf. f. 56 y 57)

- o - o -

C. La parte demandante ha señalado como infringido el artículo 53 de la Ley 38 de 2000, que reza así:

"Artículo 53: Fuera de los supuestos contenidos en el artículo anterior, será meramente anulable, conforme a las normas contenidas en este Título, todo acto que incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder."

- o - o -

Concepto de la violación.

"La norma legal reproducida instituye como causal de nulidad de los actos administrativos la desviación de poder, norma que debió ser respetada por el Consejo Municipal de Chepo, ya que se trata de una norma de orden

público y, por tanto, de derecho imperativo, cuya obligatoriedad es evidente, por lo que no puede ser desconocida. Por tanto, al emitir un acto en el que instituyó el referido impuesto, cuyos destinatarios no tienen capacidad económica para pagarlo, incurrió en desviación de poder, lo cual está prohibido por el artículo 53 de la Ley 38 de 2000..." (Cf. f. 57)

- o - o -

D. La procuradora judicial de la recurrente estima infringido el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 34: Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada."

- o - o -

Concepto de la violación.

"Como surge con claridad del texto de esta norma legal, ella obliga a todas las entidades públicas a respetar en sus actuaciones el principio de estricta legalidad, mandato que es aplicable al Consejo Municipal de Chepo, por lo que debió acatarlo. Sin embargo, este organismo municipal, al instituir un nuevo impuesto que grava la producción avícola que resulta impagable para los productores respectivos, ha emitido un acto administrativo con desviación de poder, lo que contrasta con el mandato legal

contenido en la norma invocada..." (Cf. f. 57 y 58)

- o - o -

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Previo al examen de los cargos de ilegalidad que se le endilgan al artículo 4, del Acuerdo N°39 fechado 10 de septiembre de 2002, expedido por el Consejo Municipal del Distrito de Chepo, es importante dejar sentado que a través del artículo 74 de la Ley 106 de 1973, se ha facultado a los Concejos para imponer contribuciones e impuestos, por medio de acuerdos, con la finalidad que estos tributos contribuyan al desarrollo de la vida municipal de las provincias.

No obstante, se debe considerar que los mismos no hayan sido gravados previamente por la Nación y que graven actividades industriales, comerciales o lucrativas de cualquier clase; teniendo presente, lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 106 de 1973, el cual en su parte medular dice así:

"Artículo 94: Los gravámenes o derechos establecidos por el Municipio para aquellas actividades cuyo impuesto, derecho o contribución haya sido previamente determinados se aforarán o calificarán a cada contribuyente teniendo en cuenta, entre otros, los siguientes elementos de juicio: el tipo de actividad u ocupación, el valor del inventario, el valor del arrendamiento del local, su ubicación y frente de la calle o avenida, el espacio del piso, la capacidad del asiento, el número de cuartos, unidades o piezas de equipo, el número de trabajadores, el número aproximado de clientes, el número de compañías representadas, el precio de entrada, el capital invertido, el volumen de compras, el volumen de ventas, los ingresos brutos, el tipo o tamaño del equipo, el volumen de producción o la capacidad productiva..."

- o - o -

Al revisar el acto impugnado observamos que el Consejo Municipal del Distrito de Chepo, estableció un impuesto por la cría de aves avícolas, en producción, a razón de un (1) centavo por cada ave, mensual o por fracción de mes.

A simple vista, apreciamos que el Consejo Municipal del Distrito de Chepo tiene plena potestad, para crear nuevos impuestos municipales que regulen actividades lucrativas, como la que nos ocupa; ya que, se evaluó el giro comercial de la cría de aves avícolas.

Ahora bien, esa cámara edilicia, previo a la aprobación de dicho impuesto municipal, se obligó a revisar la capacidad económica de sus contribuyentes, con la finalidad de evitar un desmejoramiento en ese sector agropecuario y el logro de una equitativa distribución de la carga tributaria; tal como lo exige el artículo 261 de nuestra Carta Política Nacional, el cual reza de la siguiente manera:

"Artículo 261: La Ley procurará, hasta donde sea posible, dentro de la necesidad de arbitrar fondos públicos y de proteger la productividad nacional, que todo impuesto grave al contribuyente en proporción directa a su capacidad económica."

- o - o -

Sobre el tema de la facultad que tienen los concejos para crear tributos, tomando en consideración la capacidad económica de los contribuyentes, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentencia fechada 26 de febrero de 1993, de la siguiente manera:

"...Es cierto que el artículo 74 señala que son gravables por los municipios todas las actividades industriales, comerciales y lucrativas de cualquier clase que se realicen en el distrito y que el artículo 75 en su numeral 48 dispone que es gravable 'cualquier otra actividad lucrativa además de las enumeradas expresamente en dicho

artículo'. Sin embargo, ambas normas legales en el fondo no hacen más que desarrollar las normas constitucionales antes señaladas porque dan a los Municipios el marco legal dentro del cual pueden establecer tributos.

El citado numeral 48 del artículo 75 de la Ley 106 es amplio en cuanto permite a los Municipios establecer tributos sobre la actividades lucrativas que no están expresamente determinadas en la ley. Pero esta norma no permite a los Municipios gravar lo que ya ha sido gravado por la Nación ni tampoco faculta a los municipios para 'inventar' cualquier tributo ya que, por ejemplo, es evidente que no podrían los Municipios gravar con impuestos actividades que no sean lucrativas. En todo caso los tributos municipales deberán constar en forma expresa y detallada en el respectivo acuerdo municipal que los regula.

En cuanto al artículo 94 de la Ley 106 estima el Pleno que aquel al detallar los factores que se han de tomar en cuenta para determinar los diversos grupos de contribuyentes municipales lo que hace es desarrollar los elementos que deben tomarse en cuenta para evaluar la capacidad económica de los contribuyentes a la que hace referencia el artículo 261 de la Constitución.

El artículo 94 de la Ley 106 de 1973 no infringe el artículo 19 de la Constitución porque no contiene distinciones legales injustas tendientes a favorecer, sin razón que lo justifique, a unos grupos de contribuyentes frente a otros. Basta con que la norma jurídica dispense un tratamiento igual para aquellos contribuyentes municipales que se encuentren en igualdad de condiciones para que la misma no infrinja el artículo 19 de la Constitución. No hay que perder de vista que todos los contribuyentes no se encuentran en las mismas circunstancias y la ley puede prever tratamientos diferenciados, con justificación, sin que esto entrañe una discriminación..." (Véase Registro Judicial de febrero de 1993. Páginas 148 a 155. Demanda de inconstitucionalidad propuesta por la

firma forense Rivera y Rivera para que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2 y 18 del Acuerdo N°5 de 23 de enero de 1980, dictado por el Consejo Municipal del Distrito de Panamá y de los artículos 74, 75 y 94 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973 modificada por la Ley 52 de 12 de diciembre de 1984).

- o - o -

Para abundar sobre el particular, el autor argentino Ramón Valdés Costa en su obra titulada "Instituciones de Derecho Tributario, comentó sobre la creación de impuestos por parte del Estado, lo siguiente:

"El criterio de la C.C. tiene dos posibilidades de aplicación. La primera se relaciona con el establecimiento del tributo y su imputación a los sujetos pasivos. Para que el tributo sea justo es imprescindible que el contribuyente tenga, a juicio del legislador, la capacidad económica suficiente para contribuir. La determinación de esa capacidad es un acto discrecional, que encuentra su fundamento en las ideas políticas dominantes. Su campo de aplicación natural está limitada, por razones obvias, a los impuestos y las tasas...

La segunda posibilidad se relaciona con la cuantificación de la obligación impositiva a los efectos de mejor adecuarla al principio de la igualdad en la ley. Como en el caso precedente, es un concepto relativo a las ideas políticas dominantes.

Este criterio parte de la base de que la igualdad no se logra con la simple igualdad de aportes, sin tener en cuenta las posibilidades de los contribuyentes. (Ibidem. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 447).

- o - o -

En virtud de lo anterior, somos del criterio que, el Consejo Municipal del Distrito de Chepo no ha incurrido en desviación de poder, tal como señala la apoderada judicial de la demandante; pues, ha quedado plenamente demostrado que la

Ley lo faculta para crear impuestos, dentro de una actividad lucrativa, como la que nos ocupa.

Además, es importante destacar que para alegar que el Consejo Municipal del Distrito de Chepo ha incurrido en desviación de poder, es necesario que la parte demandante pruebe que el acto impugnado fue emitido para favorecer a un tercero, por un beneficio político o por un interés personal.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre este tópico, en sentencia fechada 25 de agosto de 1992, en los siguientes términos:

"La Sala considera que las autoridades administrativas actúan con una finalidad ilegítima al expedir actos de su competencia, en concordancia con lo señalado por Abdré De Laubadére (obra citada, pág. 445), al menos en los siguientes casos: 1. Cuando el acto se expida obedeciendo a un móvil de tipo personal, como un interés privado o el espíritu de venganza. 2. Cuando el acto se expide por un móvil político ilegítimo como cuando se toma la decisión con el único objeto de perjudicar a un adversario político, y 3. Cuando el móvil del acto es el interés de un tercero, lo cual se produce cuando la decisión está dirigida a favorecer a un particular en detrimento de otro. No hay que perder de vista que, como señala Carmen Chinchilla, profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Madrid, el vicio de los actos administrativos denominados desviación de poder surgió como una elaboración de la jurisprudencia para fiscalizar esa manifestación de la potestad administrativa -denominada discrecional- que venía escapando del control jurisdiccional. (La desviación de poder, Editorial Civitas, Madrid, 1989, pág. 58)..."

- o - o -

En el caso bajo análisis, no evidenciamos que la intención de esa cámara edilicia se encaminara a alguno de los supuestos señalados, cuando expidió el Acuerdo Municipal

Nº39 de 2002; de manera que, hasta que no se compruebe lo contrario, estimamos que, la actuación del concejo es a todas luces legal.

Por otro lado, observamos que la apoderada judicial de la demandante ha aportado con su libelo diversas fotocopias de recortes de periódicos, donde se cuestiona el hecho de las consecuencias de gravar con un impuesto, la cría de aves avícolas.

Al respecto, nos encontramos obligados a indicar que estas pruebas no han sido aportadas, conforme a los trámites establecidos en el artículo 857 del Código Judicial; por ende, no podemos considerarlas para emitir un criterio de fondo.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se pronunció sobre el particular en sentencia fechada 1º de marzo de 1994, de la siguiente manera:

"Un documento privado de la categoría de los periódicos para que adquiera la calidad procesal de prueba, debe ajustarse a los recaudos normativos vigentes y para que se le acepte como prueba sumaria del hecho punible del que se acusa a un servidor público, debe estar revestido de idoneidad suficiente, para acreditar la conducta delictiva que se le atribuye y tales exigencias procesales como bien se puede apreciar, están ausentes en los periódicos aportados en calidad de pruebas. La doctrina nacional y extranjera es pródiga en la fundamentación conceptual de lo que debe entenderse por prueba documental y por prueba sumaria."

- o - o -

Por las razones anteriores, solicitamos a los Señores Magistrados que conforman esa augusta Corporación de Justicia, declaren que el Acuerdo Municipal Nº39 de 10 de septiembre de 2002, expedido por el Consejo Municipal del

Distrito de Chepo, cumplió con las formalidades exigidas en la Ley N°106 de 1973.

Pruebas: Aceptamos, solamente, los documentos originales y copias debidamente autenticadas conforme a los trámites de ley.

Derecho: Negamos el invocado.

Señor Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/11/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General