

19 de noviembre de 1999

Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad.

Concepto. El Licdo. Alejandro Ferrer, en representación de Cable & Wireless Panamá, S.A., para que se declaren nulos, por ilegales, los numerales 5, 31, 79 y 84 del artículo segundo del Acuerdo N°136 de 29 de agosto de 1996, expedido por el Consejo Municipal del Distrito de Panamá.

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

En cumplimiento de la providencia de veintinueve (29) de octubre de 1999, visible a foja 202 del expediente judicial, nos corresponde emitir concepto en relación con la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por el Licdo. Alejandro Ferrer, en representación de la Empresa Cable & Wireless Panamá S.A., para que se declaren nulos, por ilegales, los numerales 5, 31, 79 y 84 del artículo segundo del Acuerdo N°136 de 29 de agosto de 1996, expedido por el Consejo Municipal del Distrito de Panamá.

I. Intervención de la Procuraduría de la Administración.

Nuestra intervención la fundamentamos en el artículo 348, numeral 1, del Código Judicial.

II. La pretensión de la parte actora.

Conforme llevamos expresado, la pretensión de Nulidad se circunscribe al Acuerdo N°136 de 29 de agosto de 1996, expedido por el Consejo Municipal del Distrito de Panamá.

Este Despacho observa que le asiste el derecho a la sociedad demandante, por lo que solicitamos, respetuosamente, a los Señores Magistrados se sirvan acceder a la pretensión planteada en el libelo de la demanda.

III. Disposiciones legales que se dicen infringidas y sus conceptos.

Las normas legales que se consideran vulneradas, son las siguientes:

1. El numeral 8, del artículo 17 de la Ley N°106 de 1973, que dispone:

¿Artículo 17: Los Consejos Municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las siguientes funciones:

...

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

La sociedad demandante considera que se ha violado el artículo 17 citado, ya que la norma consagra el principio fundamental de la legalidad tributaria, que consiste en que nadie está obligado a pagar impuestos o contribuciones que no estuvieren previamente establecidos en la Ley.

Agregan que al no existir ninguna Ley que establezca la excepción y separación exigidas por la Constitución para que los Municipios hayan podido establecer, mediante Acuerdo un impuesto Municipal para gravar los servicios de utilidad pública, en este caso la actividad de las telecomunicaciones, la cual evidentemente tiene incidencia fuera del respectivo Distrito, dicho Acuerdo no solamente viola el principio de reserva legal o

estricta legalidad en materia tributaria establecido en el artículo 48 de la Constitución Nacional, sino que, además, viola el artículo 17, numeral 8 de la Ley N°106 de 1973.

2. El numeral 6, del artículo 21 de la Ley N°106 de 1973, que expresa lo siguiente:

¿Artículo 21: Es prohibido a los Consejos:

...

6. Gravar con impuestos lo que ya ha sido gravado por la Nación.¿

Al explicar la violación de la disposición citada, la demandante señala que la norma in comento, establece que no le es permitido a los Consejos Municipales el gravar con impuestos lo que ya ha sido gravado por la Nación. Por ende, el Consejo Municipal de Panamá no puede gravar la actividad de telecomunicaciones, porque la misma ya está gravada con un tributo nacional, establecido en virtud del artículo 5 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, esto es, la tasa de servicios de control, vigencia y fiscalización a las empresas prestadoras del servicio público de telecomunicaciones, y con el impuesto sobre la renta.

3. El artículo 74 de la Ley N°106 de 1973, cuyo tenor es el siguiente:

¿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.¿

La demandante conceptúa que, de acuerdo a lo normado en la disposición jurídica citada, los Municipios pueden gravar únicamente aquellas actividades que se realicen en el Distrito, en consonancia con la norma constitucional (Art. 242) que establece que sólo son municipales aquellos impuestos que no tienen incidencia fuera del Distrito.

4. Finalmente, se dice vulnerado el artículo 79 de la Ley N°106 de 1973, en el que se indica que las cosas gravadas por la Nación, no pueden ser materia de impuestos, derechos y tasas municipales sin que la Ley autorice expresamente su establecimiento.

Al indicar su inconformidad, la demandante asevera que la disposición citada reitera la prohibición de la doble tributación, establecida en el numeral 6 del artículo 21 de la Ley 106 de 1973, salvo que exista una Ley que autorice especialmente su establecimiento.

De igual forma, el demandante señala, como infringido, el artículo 3 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, modificado por la Ley 24 de 1999, que hace referencia a la competencia del Ente Regulador, para regular y controlar estos servicios.

Examen de ilegalidad.

Corresponde a esta Procuraduría, exponer su criterio u opinión, respecto a las posibles infracciones a los textos de las normas citadas, previa exposición del acto acusado de ilegal y de las disposiciones infringidas y su concepto, el cual externamos de inmediato:

A nuestro juicio, el Acuerdo Municipal expedido por el Consejo Municipal del Distrito de Panamá, es nulo e ilegal, ya que según el artículo 43 de la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, ¿compete al Ente Regulador, ejercer el poder de regular y controlar la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones entre otros, estableciendo además, que solamente serán gravados con tributos de carácter nacional, entre ellos, la contribución nacional establecida en el artículo 5 de la citada ley y, que no pueden ser gravados con ningún otro tipo de tributo municipal¿, salvo los impuestos de anuncios y rótulos, placas para vehículos y construcción de edificaciones y reedificaciones.

Las constancias procesales acopiadas, reflejan que el Consejo Municipal de Panamá, no atendió lo que establece el numeral 8, del artículo 17 de la Ley N°106 de 1973, al rebasar las facultades contenidas en esta norma, el numeral 6, del artículo 21 y los artículos 74, y 79 de la Ley in comento, al pretender gravar a la empresa de Telecomunicaciones CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., con el cobro de un tributo, que no se encuentra establecido mediante una ley formal, ni la forma de recaudarlo.

Es evidente que con el Acuerdo N°136 de 29 de agosto de 1996, el Consejo Municipal de Panamá, pretende establecer un tributo municipal, existiendo por ley un tributo nacional que debe pagar la empresa de telecomunicaciones, infringiendo además el artículo 43 de la Ley 24 de 30 de junio de 1999, tal y como lo señalan los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la Resolución que suspende provisionalmente los efectos del Acuerdo Municipal atacado.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la potestad tributaria, su naturaleza, clases y limitaciones, ha señalado que no se debe perder de vista, lo concerniente a la potestad tributaria del Estado, como un elemento dimanante de su soberanía.

El Tratadista argentino Héctor Villegas, ha señalado que la potestad tributaria *¿es la capacidad potencial de obtener coactivamente prestaciones pecuniarias de los individuos y de requerir el cumplimiento de los deberes instrumentales necesarios para tal obtención¿*. (Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, Ed. Depalma, 4ª edición, Buenos Aires, 1990, Tomo I, pág. 184). Esa potestad es ilimitada en cuanto al número y clase de tributos que puede crear el Estado, es inderogable, no es transferible y es imprescriptible.

En nuestro ordenamiento constitucional la potestad tributaria tiene una serie de limitaciones dentro de las cuales debe ejercerse. Si bien la potestad tributaria es ilimitada en cuanto a las manifestaciones de riqueza que puede gravar con tributos (impuestos, tasas o contribuciones especiales), como lo ha destacado el tratadista italiano Luigui Rastello (Diritto Tributario, 3ª edición, Ed. Cedam, Padua, 1987, pág. 136), no es menos cierto que esa potestad está limitada en cuanto debe ejercerse de acuerdo con el principio de legalidad o respetando la reserva de la ley que consagra el artículo 48 de la Constitución, reiterado en el texto del artículo 79 de la Ley N°106 de 1973, los cuales son prístinos al señalar que los tributos municipales no deben exceder los límites materiales que entrañen.

Ahora bien, la potestad tributaria del Gobierno Central es originaria, mientras que la potestad tributaria de los Municipios es derivada. Esto es así, porque la primera es ilimitada en cuanto a los tributos que puede crear y emana de la soberanía del Estado, mientras la segunda se encuentra limitada a las materias que la ley le permita gravar a los Municipios y, por lo tanto, emana principalmente y en forma inmediata de la ley. Como bien lo destaca el profesor Rastello, la potestad tributaria municipal no faculta a los Municipios para inventar tributos propios, no determinados previamente por la Ley que en nuestro caso es la Ley 106 de 1973. En este sentido, los Municipios no pueden crear mediante acuerdos municipales otros tributos distintos de los previstos en la Ley 106 de 1973 u otra ley que al efecto se dicte. Su potestad tributaria no es pues soberana, ilimitada sino derivada. (Sentencia del Pleno de la Corte de 26 de febrero de 1993).

Por otro lado, también se vulneran los artículos 17, 21, numeral 6, 74 y 75 de la Ley N°106 de 1973, relativas al carácter territorial de la actividad lucrativa, circunscrita al Distrito, señalando como excepción que pueden ser clasificados como municipales, aquellos impuestos que generen actividades fuera del área distrital, siempre y cuando sea por medio de una ley formal.

En el caso sub júdice, el servicio público de telecomunicaciones, tiene incidencia fuera del Distrito de Panamá, por abarcar la totalidad del territorio nacional, no existiendo hasta el momento, ninguna ley que permita a los municipios gravar esta actividad, ni establecer la debida separación de las rentas y gastos municipales de las rentas y gastos fuera del Municipio.

En caso similar al que nos ocupa, el Pleno de la Honorable Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia de 21 de marzo de 1997, en lo medular se pronunció de la siguiente manera:

¿Pues bien, la Corte ha sentado ya jurisprudencia respecto a la imposición de tributos municipales sobre obras que son de clara incidencia nacional; así tenemos este fallo bajo la ponencia de la Magistrada Aura E. Guerra de Villalaz, fechado 8 de febrero de 1994.

El Pleno considera que la resolución demandada de inconstitucional viola el artículo 242 de la Constitución Nacional, ya que el Tesorero Municipal del Distrito de Gualaca grabó a SKANSKA, A. B., al pago de un impuesto de edificaciones y reedificaciones por la construcción de obras civiles en la Central Hidroeléctrica Arquitecto Edwin Fábrega o Presa Fortuna, obras que independientemente sean de propiedad del IRHE y guarden relación con el servicio de luz eléctrica, tienen un efecto que trasciende las fronteras del distrito de Gualaca, es decir el impuesto que se pretende cobrar, tiene incidencia fuera de dicho Distrito. Registro Judicial- Febrero de 1994.

De lo examinado se desprende que el Oficio N°123 de 24 de abril de 1996 viola expresamente lo dispuesto en el artículo 242 constitucional ya que se trata de una obra que trasciende los límites del distrito, es decir que es de importancia nacional.

Por otro lado y respecto a la excepción que establece el artículo 242 de la Carta Fundamental, advierte el Pleno que no existe Ley que establezca el cobro de impuestos municipales sobre la obra que nos ocupa, de modo que el impuesto que la Tesorera Municipal de Antón pretende cobrar deviene en inconstitucional y corresponde a la Corte declararlo así.

Frente a las anteriores consideraciones, somos de opinión que los numerales 5, 31, 79 y 84 del artículo segundo del Acuerdo N°136 de 29 de agosto de 1996, expedido por el Consejo Municipal de Panamá, es violatorio de los artículos 17, 21, numeral 6, 74, 75 y 79 de la Ley N°106 de 1973, y así lo solicitamos respetuosamente sea declarado.

Pruebas: Aceptamos las aducidas por ser originales y copias autenticadas, conforme lo dispone el artículo 820 del Código Judicial.

Derecho: Aceptamos el invocado por la demandante.

Del Señor Magistrado Presidente,

Licda. Linette Landau
Procuradora de la Administración
(Suplente)

LL/4/mcs.

Licda. Martha García
Secretaria General, a. i.