

23 de diciembre de 1999

Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad.

Concepto. La firma Alemán, Cordero, Galindo y Lee, en representación de Cable & Wireless Panamá, S.A., para que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo N°2 de 20 de febrero de 1998, dictado por el Consejo Municipal del Distrito de Pesé.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Nos presentamos ante Vuestra Alta Corporación de Justicia, en cumplimiento de la providencia de 25 de octubre de 1999, visible a foja 177 del expediente judicial, con la finalidad de emitir nuestro concepto en relación con la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por la Firma Forense Alemán, Cordero, Galindo y Lee, en representación de la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. para que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo N°2 de 20 de febrero de 1998, dictado por el Consejo Municipal del Distrito de Pesé.

En consecuencia, procedemos a intervenir en este proceso, de conformidad con el numeral 1, del artículo 348 del Código Judicial.

Al efecto exponemos lo siguiente:

Disposiciones legales que se estiman infringidas y los conceptos de violación expuestos por el demandante:

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo y Lee, en representación de la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. estima que el Acuerdo N°2 de 20 de febrero de 1998, ¿Por medio del cual el Consejo Municipal de Pesé, modifica el Acuerdo N°11 de 15 de junio de 1993 y se establece otro gravamen en el Régimen Impositivo del Municipio de Pesé¿, infringe disposiciones legales de la Ley N°106 de 8 de octubre de 1973, que textualmente dicen así:

¿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.¿

- o - o -

¿Artículo 21: Es prohibido a los Consejos:

...

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

- o - o -

¿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.¿

- o - o -

¿Artículo 79: Las cosas, objetos y servicios ya gravados por la Nación, no pueden ser materia de impuestos, derechos y tasas municipales sin que la Ley autorice especialmente su establecimiento¿.

- o - o -

También, el apoderado judicial de la parte actora considera que el Acuerdo impugnado, viola el artículo 3 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, modificado por el artículo 43 de la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, que reza así:

¿Competencia. El Ente Regulador ejercerá el poder de regular y controlar la prestación de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural, en adelante llamados servicios públicos, según lo establecen la presente Ley y las Leyes sectoriales.

Por tener incidencia de carácter nacional y por ende, extradistrital, y para los fines legales correspondientes, los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural, y los bienes dedicados a la prestación de tales servicios, solamente estarán gravados con tributos de carácter nacional, entre ellos, la contribución nacional establecida en el artículo 5 de la presente Ley. Por lo tanto, dichas actividades, servicios o bienes destinados a la prestación de los servicios públicos antes mencionados, no podrán ser gravados con ningún tipo de tributo de carácter municipal, con excepción de los impuestos de anuncios y rótulos, placas para vehículos y construcciones de edificaciones y reedificaciones.

La administración de los concesionarios que prestan los servicios públicos antes mencionados, no estará sujeta a ninguna medida cautelar.

Adicionalmente, los bienes inherentes a la prestación de los servicios públicos de radio y televisión, tampoco estarán sujetos a medidas cautelares, salvo que estos bienes garanticen obligaciones contractuales contraídas por sus propietarios¿.

La representante judicial de la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., afirma que el Acuerdo N°2 de 20 de febrero de 1998, emitido por el Consejo Municipal del Distrito de Pesé, viola el artículo 17 citado, ya que los Consejos Municipales solamente pueden establecer los gravámenes que dispongan las normas constitucionales y legales. Igualmente, el demandante, realiza el siguiente señalamiento:

¿En nuestro caso, el Acuerdo No. 2 de 20 de febrero de 1998, del Consejo Municipal del Distrito de Pesé, publicado en la Gaceta Oficial No.23,508 de 25 de marzo de 1998, al establecer un impuesto a las casetas telefónicas ubicadas en servidumbres municipales y en propiedad privada, y a los teléfonos residenciales y comerciales, y gravar, de hecho, una actividad que tiene clara incidencia extradistrital sin que haya mediado, como lo ordena el artículo 242 de la Constitución Nacional, una Ley formal que establezca la facultad de los Municipios de gravar la actividad de telecomunicaciones a pesar de su incuestionable incidencia extradistrital, y que establezca además la debida separación de rentas y gastos, viola lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley No. 106 de 1973¿. (V. f. 151)

En cuanto a la supuesta infracción del numeral 6, del artículo 21 de la Ley N°106 de 1973, el actor señala que la norma in comento, establece que no les es permitido a los

Consejos Municipales gravar con impuestos lo que ya ha sido gravado por la Nación; en consecuencia, ¿el Consejo Municipal de Pesé 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 No. 26 de 29 de enero de 1996, esto es, la tasa de servicios de control, vigilancia y fiscalización a las empresas prestadoras del servicio público de telecomunicaciones, y con el impuesto sobre la renta.¿ (V. f. 153).

En relación con la infracción al artículo 74 de la Ley N°106 de 1973, la demandante señala que: ¿un acto municipal no puede gravar una obra o una actividad que tiene trascendencia fuera del Distrito para el cual se impone el gravamen municipal, esto es, cuando ésta, por su importancia, es una obra o actividad nacional¿. Además señala, que:

¿En el caso que nos ocupa, esto es, la creación de un impuesto municipal a la actividad de telecomunicaciones, no se ha promulgado una Ley que establezca una excepción por la cual los Municipios puedan gravar esta actividad, cuya incidencia sobrepasa el Distrito de Pesé. Tampoco se ha dictado una Ley que establezca la debida separación de las rentas y gastos municipales de aquellas rentas y gastos fuera del Municipio.

Al establecerse, mediante el artículo primero, del Acuerdo No. 2 de 20 de febrero de 1998, un impuesto municipal a la actividad de telecomunicaciones, la cual tiene una incidencia fuera del Distrito de Pesé, sin que haya mediado una Ley que establezca la excepción para esta actividad específica, y además, no habiendo establecido la Ley, la debida separación de rentas y gastos municipales de aquellos fuera del Municipio, se está violando directamente el artículo 74 de la Ley No. 106 de 1973.¿ (V. f. 156 y 157).

En cuanto a la infracción del artículo 79 de la Ley N°106 de 1973, la firma Alemán, Cordero, Galindo y Lee, quien representa en juicio los intereses de la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A. advierte, que: ¿tanto la tasa de servicios de control y vigilancia, como el propio impuesto sobre la renta y los impuestos municipales establecidos mediante el Acuerdo No. 2 de 20 de febrero de 1998, inciden sobre los ingresos provenientes de la actividad de telecomunicaciones, lo cual constituye una doble, o en este caso múltiple, tributación¿. (V. f. 157).

Finalmente, en lo que respecta a la violación del artículo 3 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, modificado por el artículo 43 de la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, el demandante señala lo siguiente:

¿Esta norma tiene como finalidad el establecer, de manera clara e inequívoca que los Municipios no pueden gravar, con ningún tipo de tributo, salvo los allí enumerados (anuncios y rótulos, placas para vehículos y construcción de edificaciones y reedificaciones) ni las actividades del servicio público de telecomunicaciones, ni los bienes dedicados a la prestación de tal servicio, y que los mismos solamente estarán gravados con tributos de carácter nacional como la tasa de control, vigilancia y fiscalización establecida por el Ente Regulador de los servicios públicos.

Dicha norma igualmente reconoce y establece que el servicio público de telecomunicaciones tiene incidencia de carácter nacional, y por ende extradistrital.

Al establecerse, mediante el artículo primero (incluyendo su párrafo), en lo que respecta a las casetas telefónicas y a los teléfonos residenciales y comerciales, del Acuerdo No. 2 de 20 de febrero de 1998, impuestos a la actividad de telecomunicaciones y a los bienes destinados a prestar dicho servicio (casetas telefónicas y teléfonos), a pesar de que este artículo expresamente lo prohíbe,

indiscutiblemente se está violando el artículo 3 de la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996. (V. f. 158 y 159).

Criterio de la Procuraduría de la Administración:

Realizada la transcripción literal de las disposiciones legales que se estiman violadas, y el concepto en que lo han sido, procedemos a externar nuestro criterio, en los siguientes términos:

Mediante el Acuerdo N°2 de 20 de febrero de 1998, emitido por el Consejo Municipal del Distrito de Pesé, se establece lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: Modificar el Acuerdo #11 del 15 de Junio de 1993 y establecer otro gravamen en el Régimen Impositivo del Municipio de Pesé, en lo que al siguiente código se refiere, así:

1.1.2.5. 09 CASETAS SANITARIAS, quedará así

CASETAS SANITARIAS Y DE EXPENDIO VARIOS:

...

Las casetas de teléfonos, pagarán por mes o fracción de mes así:

1. Las ubicadas en servidumbres municipales (aceras), por cada una \$15.00.
2. Las ubicadas en propiedad privada pagarán por cada una \$10.00.

Parágrafo: Los teléfonos residenciales pagarán por mes \$0.15 cada uno y los comerciales \$0.25 cada uno.

En lo que respecta a la pretensión del demandante, consideramos que se debe acceder a la misma, ya que el Consejo Municipal del Distrito de Pesé, rebasó las facultades enunciadas en el numeral 8, del artículo 17; el numeral 6 del artículo 21 y los artículos 74 y 79 de la Ley N°106 de 8 de octubre de 1973.

Vuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, al referirse a la potestad tributaria, su naturaleza, clases y limitaciones, ha señalado que no debe perderse de vista, lo concerniente a la potestad tributaria del Estado, como un elemento dimanante de su soberanía, fundamentada en la Constitución y la Ley.

En este sentido, el reconocido jurista 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 Luigi Rastello (Diritto Tributario, 3ª edición, Ed. Cedam, Padua, 1987, pág. 136), no es menos cierto que, esa potestad está limitada, ya que debe ejercerse de acuerdo con el principio de legalidad tributaria, consagrado en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, el cual se reitera en el artículo 79 de la Ley N°106 de 8 de octubre de 1973.

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 que, la segunda se encuentra limitada a las materias que la ley le permita gravar a los

Municipios; en consecuencia, emana principalmente y en forma inmediata de la ley. El profesor Rastello, señala que 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).

En el caso bajo estudio, es evidente que el Consejo Municipal del Distrito de Pesé, ha establecido un impuesto a un servicio que se encuentra previamente gravado por el Estado, ya que la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., paga, de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, una tasa por los servicios de control, vigilancia y fiscalización, así como también el impuesto sobre la renta. Además, en virtud del artículo 3 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, modificado por el artículo 43 de la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, se establece claramente que los servicios públicos de telecomunicaciones, agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, radio y televisión, transmisión y distribución de gas natural son actividades que tienen una incidencia de carácter nacional, y por ende extradistrital, en consecuencia, únicamente podrán ser gravados con tributos de carácter nacional; igualmente, se hace énfasis que ¿dichas actividades, servicios o bienes destinados a la prestación de los servicios públicos antes mencionados, no podrán ser gravados con ningún tipo de tributo de carácter municipal, con excepción de los impuestos de anuncios y rótulos, placas para vehículos y construcciones de edificaciones y reedificaciones¿.

En consecuencia, se vulnera el numeral 8, del artículo 17 y el numeral 6, del artículo 21 de la Ley N°106 de 8 de octubre de 1973, ya que es evidente que el Acuerdo Municipal impugnado grava actividades y servicios de telecomunicación que se encuentra previamente gravados por la Nación.

Aunado a lo anterior, estimamos que el Acuerdo Municipal N°2 de 20 de febrero de 1998, emitido por el Consejo Municipal del Distrito de Pesé, infringe los artículos 74 y 79 de la Ley N°106 de 1973, ya que a través del Acuerdo impugnado se ha gravado un servicio que trasciende los límites del Distrito de Pesé, es decir, de importancia nacional y que se realiza a través de toda la geografía nacional.

En este punto, es importante precisar que la concesión administrativa otorgada a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., comprende todo el territorio de la República de Panamá, incluidas todas las áreas que reviertan de acuerdo a los Tratados del Canal de Panamá, denominados Torrijos Carter, por ende, los servicios de telecomunicaciones que la misma brinda no se concretan únicamente a los límites del Distrito de Pesé, sino que dicha actividad del servicio de telecomunicaciones sobrepasa los límites de la Provincia de Herrera. Al respecto, las cláusulas segunda, tercera y cuarta de la Licitación Pública Internacional N°06-96 para el Otorgamiento de la Concesión para la Prestación de Servicios de Telecomunicaciones, expresan lo siguiente:

¿CLÁUSULA 2ª: OBJETO

Este CONTRATO DE CONCESIÓN tiene por objeto otorgar al CONCESIONARIO, durante su término de duración y renovación, el derecho a instalar, prestar, operar y explotar por su cuenta y riesgo, dentro del área de CONCESIÓN, los servicios de telecomunicaciones que se describen en la Cláusula 4 de este Contrato, así como el derecho, por cuenta y riesgo, a instalar tener en propiedad, administrar y explotar las redes e instalaciones necesarias para la prestación de los servicios establecidos en la Cláusula 4ª antes mencionada y el derecho al uso de las frecuencias incluidas en el

Anexo B, de conformidad con las disposiciones legales existentes en materia de telecomunicaciones, sus reglamentos, tratados internacionales y otras leyes y reglamentos de la República de Panamá que sean aplicables a la operación de dichas redes y la prestación de dichos servicios.

CLÁUSULA 3ª. ÁREA GEOGRÁFICA

EL ÁREA DE CONCESIÓN donde el CONCESIONARIO está autorizado a instalar, tener en propiedad, administrar y explotar redes y prestar los servicios establecidos en la Cláusula 4ª de este Contrato, es todo el territorio de la República de Panamá, incluidas todas las áreas que reviertan de acuerdo a los Tratados del Canal de Panamá denominados Torrijos Carter.

CLÁUSULA CUARTA. ALCANCE.

El CONCESIONARIO está autorizado por este Contrato, a prestar los siguientes servicios de telecomunicaciones dentro del área de CONCESIÓN, de acuerdo a la clasificación de servicios contenida en la Resolución JD 025 de 12 de diciembre de 1996 emitida por el ENTE REGULADOR:

101 Servicio de telecomunicación básica local;

102 Servicio de telecomunicación básica nacional;

103 Servicio de telecomunicación básica internacional;

104 Servicios de terminales públicos y semipúblicos;

105 Servicio de alquiler de circuitos dedicados de voz. (V. f. 30 y 31).

Por tanto, el Acuerdo N°2 de 20 de febrero de 1998, dictado por el Consejo Municipal del Distrito de Pesé, es ilegal, ya que el Estado a través de la Licitación Pública Internacional citada, le concedió a la empresa Cable & Wireless Panamá, S.A., la potestad para administrar y explotar los servicios de telecomunicaciones a nivel nacional. Esta actividad no está circunscrita al Distrito de Pesé, ya que el área de concesión se extiende a toda la República de Panamá; el servicio de telecomunicaciones, tiene una incidencia extradistrital, por lo que no puede ser gravada con impuestos, tasas o contribuciones a nivel municipal.

En consecuencia, el servicio de telecomunicaciones, y su prestación a través de las casetas telefónicas, tiene incidencia fuera del Distrito de Pesé, y no existe hasta el momento ley que permita a los municipios gravar esta actividad, ya que, a contrario sensu, si existe una disposición legal, que prohíbe que tales servicios sean gravados con impuestos de carácter municipal, como lo es el comentado artículo 3 de la Ley No. 26 de 29 de enero de 1996, modificado por el artículo 43 de la Ley No. 24 de 30 de junio de 1999, excerta legal que únicamente permite que los Municipios graven los anuncios, rótulos, placas para vehículos y construcciones de edificaciones y reedificaciones.

Con respecto a la facultad de los Municipios para gravar actividades que se desarrollen fuera de sus límites, el Pleno de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 11 de noviembre de 1999, expresó lo siguiente:

¿La jurisprudencia del Pleno de la Corte, fundamentada en los artículos 48 y 243 de la Constitución Política, ha sostenido reiteradamente que los Concejos Municipales no pueden gravar ningún tipo de actividades que tengan incidencia extramunicipal, salvo que existiese alguna Ley que autorice el establecimiento de dicho gravamen, pese al carácter extradistrital de la actividad gravada. Así lo ha expresado el Pleno en numerosas sentencias mediante las cuales declaró inconstitucionales diversos actos administrativos que gravaban actividades que incidían fuera de los límites de los respectivos distritos, entre ellas, las Sentencias del 12 de septiembre de 1996; 20 y 21 de marzo de 1997 y de 26 de septiembre de 1997.¿

Por las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a Vuestra Honorable Sala que declare nulo, por ilegal, el Acuerdo N°2 de 20 de febrero de 1998, expedido por el Consejo Municipal del Distrito de Pesé, ya que infringe el numeral 8, del artículo 17, el numeral 6 del artículo 21 y los artículos 74 y 79 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, y el artículo 3 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, modificado por el artículo 43 de la Ley N°24 de 30 de junio de 1999.

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. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/8/mcs

Licdo. Víctor L. Benavides P.
Secretario General