

17 de agosto de 1999

Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad.

Concepto. El Licenciado Alejandro Ferrer, en representación de Elektra Noreste, S.A., para que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo N°7 de 9 de marzo de 1999, dictado por el Consejo Municipal del Distrito de San Miguelito.

Señor Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.  
Con nuestro acostumbrado respeto, nos presentamos ante Vuestra Alta Corporación de Justicia, con la finalidad de emitir, nuestro concepto en relación con la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, interpuesta por el Licdo. Alejandro Ferrer, en representación de la empresa Elektra Noreste, S.A., para que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo N°7 de 9 de marzo de 1999, expedido por el Consejo Municipal del Distrito de San Miguelito.

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:

Acto acusado como ilegal:

El acto acusado como ilegal, lo constituye el Acuerdo Municipal N°7 de 9 de marzo de 1999, ¿Por medio del cual se modifica el artículo único del Acuerdo N°19 de 18 de noviembre de 1985, adicionando y modificando algunos renglones del régimen impositivo municipal¿.

En el artículo primero del Acuerdo impugnado, el Consejo Municipal de San Miguelito modificó el Código 1125.35 Aparatos de Medición e incluyó el punto C Medidas de Energía que grava con B/.2.00 cada aparato de medición de energía para determinar los kilovatios horas de consumo. Por su parte, en el artículo segundo se adicionó al Artículo Único del Acuerdo N°19 de 18 de noviembre de 1985, el Código 1125.14, que establece un gravamen a las Empresas de Generación, Transmisión, Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica.

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

El Licdo. Alejandro Ferrer, quien representa en juicio los intereses de la empresa Elektra Noreste, S.A., estima que el Acuerdo N°7 de 9 de marzo de 1999, emitido por el Consejo Municipal del Distrito de San Miguelito, infringe las siguientes disposiciones legales contenidas en la Ley N°106 de 8 de octubre de 1973:

¿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 -

En cuanto a la supuesta violación del artículo 17 citado, el apoderado judicial de la empresa Elektra Noreste, S.A., señala que esta norma establece el principio básico y fundamental de legalidad en materia fiscal municipal. A foja 69, del expediente de marras, el Licdo. Ferrer, afirma lo siguiente:

¿... En nuestro caso, el Acuerdo No. 7 de 9 de marzo de 1999 del Consejo Municipal del Distrito de San Miguelito publicado en la Gaceta Oficial No.23,766 de 1ro. de abril de 1999, al adicionar el Código 1125.14 Empresas de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica, al Régimen Impositivo de dicho Distrito, y al establecer un impuesto sobre los aparatos de medir energía, grava una actividad que tiene clara incidencia extradistritorial 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 distribución y comercialización de energía eléctrica a pesar de su incuestionable incidencia extradistritorial 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...¿

- o - o -

Con respecto a la pretendida infracción del numeral 6, del artículo 21 de la Ley N°106 de 1973, el demandante señala que: ¿el Consejo Municipal de San Miguelito no puede gravar las actividades de distribución y comercialización de energía eléctrica, porque las mismas ya están gravadas 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, vigilancia y fiscalización a las empresas prestadoras del servicio público de electricidad y con el impuesto sobre la renta¿ (V. f. 70).

Con respecto al artículo 74 de la Ley N°106 de 1973, el representante judicial de la empresa Elektra Noreste, S.A., afirma lo que a continuación se copia:

¿Es evidente que la actividad de comercialización y distribución de energía eléctrica tiene incidencia fuera del Distrito de San Miguelito, ya que en efecto, no sólo esta actividad se lleva a cabo dentro de un área de concesión, que en el caso de ELEKTRA NORESTE, S.A., está compuesta por diez (10) Distritos, sino que además se refiere a un servicio de utilidad pública cuya prestación tiene profundas connotaciones de carácter social e importantes repercusiones en la economía nacional, especialmente en lo referente a la competitividad y producción, a nivel nacional.

La actividad de comercialización y distribución de energía eléctrica es un servicio de utilidad pública que brindan las tres (3) empresas concesionarias en todo el territorio nacional, cada una dentro de su área de concesión, pero en efecto, cubriendo, en conjunto como partes del Sistema Interconectado Nacional, todo el territorio nacional, y teniendo dicha actividad, de brindar un servicio de utilidad pública, como su propio nombre lo indica, claras repercusiones nacionales.¿ (Cf. f. 73).

- o - o -

Por último, en cuanto a la violación del artículo 79 de la Ley N°106 de 1973, el demandante, indica que no existe una Ley que autorice al Municipio de San Miguelito a gravar actividades de comercialización y distribución de energía eléctrica, las cuales ya están gravadas con un tributo nacional, establecido en virtud del artículo 5 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996.

Criterio de la Procuraduría de la Administración:

Realizada la transcripción literal de las disposiciones legales de la Ley N°106 de 8 de octubre de 1973, que se estiman violadas, y el concepto en que lo han sido, procedemos a externar nuestro criterio, en los siguientes términos:

En virtud del Acuerdo Municipal N°7 de 9 de marzo de 1999, el Consejo Municipal del Distrito del San Miguelito modificó el artículo primero y se incluyó el punto C Medidas de Energía que grava con B/.2.00 cada aparato de medición de energía para determinar los kilovatios horas de consumo, y el artículo segundo adicionó al Artículo Único del Acuerdo N°19 de 18 de noviembre de 1985, el Código 1125.14, que establece un gravamen a las Empresas de generación, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica.

Este Despacho, estima que le asiste la razón al demandante, ya que el Acuerdo Municipal impugnado, es evidentemente nulo, por ilegal, toda vez que el Consejo Municipal del Distrito de San Miguelito, rebasó las facultades que señalan 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 se debe perder de vista, lo concerniente a la potestad tributaria del Estado, como un elemento dimanante de su soberanía.

En este sentido, 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 Luigi 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, consagrado en el artículo 48 de nuestra Constitución Política, principio que se reitera en el artículo 79 de la Ley N°106 de 8 de octubre de 1973, los cuales son claros al disponer 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 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 subjúdice, es evidente que el Consejo Municipal del Distrito de San Miguelito ha establecido un impuesto a una actividad que se encuentra previamente gravada por el Estado, ya que en virtud del artículo 5 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, se establece que dichas empresas pagarán una tasa que no excederá del 1%. La norma que se comenta literalmente dice:

¿Artículo 5: Tasa de regulación. Créase la tasa control, vigilancia y fiscalización de los servicios públicos a favor del Ente Regulador. El monto de la tasa aplicable a cada servicio será fijado anualmente por el Ente Regulador, el cual guardará absoluta relación con el costo de cumplir sus funciones racional y eficientemente. La referida tasa no excederá del uno por ciento (1%) de los ingresos brutos de los sectores en el año inmediatamente anterior, será pagada por las empresas prestadoras de servicios públicos y no podrá ser transferida a los usuarios a través de la tarifa. La obligación de pagar dicha tasa se establecerá en el contrato de prestación de servicios.

El Ente Regulador se asegurará de que la tasa correspondiente a cada uno de los servicios, no se utilice para sufragar gastos claramente identificados como relacionados con otros servicios¿.

- o - o -

En consecuencia, se produce la alegada infracción al numeral 6, del artículo 21 y al artículo 74 de la Ley N°106 de 8 de octubre de 1973.

Aunado a lo anterior, es importante señalar que el Acuerdo Municipal N°7 de 9 de marzo de 1999, emitido por el Consejo Municipal de San Miguelito, vulnera los artículos 74 y 79 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 efecto, el Acuerdo impugnado infringe las disposiciones legales citadas, toda vez que la concesión administrativa otorgada a la Empresa de Distribución Eléctrica Noreste, S.A., para la distribución eléctrica no se concentra únicamente dentro de los límites del Distrito de San Miguelito, sino que dicha actividad de distribución eléctrica incluye las provincias de Darién, Colón y parte de la provincia de Panamá. Al respecto, la cláusula tercera de la Licitación N°COMVA-001-98, Contrato de Concesión de la Empresa de Distribución Eléctrica Noreste, S.A., expresa lo siguiente:

¿Cláusula 3ª: ZONA DE CONCESIÓN

LA ZONA DE CONCESIÓN es el área geográfica en la cual el CONCESIONARIO está autorizado a instalar, tener en propiedad, administrar y explotar las redes de distribución y comercialización existentes y por construir.

Los límites para la Zona de Concesión y de la Zona de Influencia, para la Empresa de Distribución Eléctrica NORESTE, S.A., se enmarcan dentro de las provincias de Darién, Colón, la parte de la provincia de Panamá al Este del Canal de Panamá (excepto la parte Oeste de la ciudad de Panamá, el Parque Natural Metropolitano, el Parque Nacional Camino de Cruces, el Parque Nacional Soberanía, y la Finca Agroforestal Río Cabuya ...¿ (Cf. f. 19 y 20).

- o - o -

Por tanto, el Acuerdo N°7 de 9 de marzo de 1999, dictado por el Consejo Municipal de San Miguelito, es nulo, por ilegal, ya que la actividad de concesión administrativa de distribución de energía eléctrica realizada por la Empresa de Distribución Eléctrica Noreste, S.A., abarca a las provincias de Darién, Colón, parte de la provincia de Panamá al Este del Canal de Panamá (excepto la parte Oeste de la ciudad de Panamá, el Parque Natural Metropolitano, el Parque Nacional Camino de Cruces, el Parque Nacional Soberanía, y la Finca Agroforestal Río Cabuya; por tanto, esta actividad tiene incidencia extradistrital, lo cual prohíbe gravarla con impuestos, tasas o contribuciones.

Por consiguiente, la actividad de distribución y comercialización de energía eléctrica, tiene incidencia fuera del Distrito de San Miguelito, y no existe hasta el momento, 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. Al respecto, el Pleno de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 21 de marzo de 1997, dictaminó lo siguiente:

¿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¿.

- o - o -

Por las anteriores consideraciones, solicitamos respetuosamente a Vuestra Honorable Sala que declare nulo, por ilegal, el Acuerdo Municipal N°7 de 9 de marzo de 1999, dictado por el Consejo Municipal del Distrito de San Miguelito, ya que infringen 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.

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