

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 010

Panamá, 2 de enero de 2019.

**Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.**

**Concepto de la Procuraduría
de la Administración.**

El Licenciado Jaime Castillo Herrera actuando en nombre y representación de **Hidroecológica del Teribe S.A.**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el artículo segundo del Acuerdo 34 de 29 de julio de 2015, emitido por el **Concejo Municipal de Changuinola** y que se hagan otras declaraciones.

**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 reiterar nuestro criterio en **interés de la ley** en el proceso descrito en el margen superior.

I. Acto acusado de ilegal.

El Licenciado Jaime Castillo Herrera actuando en nombre y representación de **Hidroecológica del Teribe S.A.**, solicita que se declare nulo, por ilegal, el artículo segundo del Acuerdo 34 de 29 de julio de 2015, emitido por el **Concejo Municipal de Changuinola**, a través del cual se adicionó al Acuerdo 113 de 10 diciembre de 2014, el Código 1..2.2.8.04.A, que establece los pagos mensuales que deberán realizar las empresas hidroeléctricas, termoeléctricas, eólicas y de electrificación rural que se dediquen a la venta de energía eléctrica (Cfr. fojas 29 – 30 del expediente judicial).

II. Normas que se aducen infringidas.

La sociedad demandante manifiesta que el acto acusado, vulnera las siguientes disposiciones:

A. El artículo 4 del Texto Único de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, “Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos” el cual establece la competencia de la ASEP (Cfr,9 y 10 del expediente judicial)

B. Los artículos 17 (numeral 8), 21 (numeral 6), 74 y 79 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, los cuales en su orden, disponen: Las funciones de los concejos municipales; las prohibiciones de éstos; la facultad de gravar con impuestos o contribuciones todas las actividades industriales, comerciales o lucrativas de cualquier clase que se realicen en el distrito; y la restricción respecto a las cosas, objetos y servicios ya gravados por la nación (Cfr. fojas 10 a 16 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Luego de expuestos los cargos de ilegalidad en los que se sustenta la pretensión del recurrente, esta Procuraduría procede a emitir su concepto jurídico haciendo las siguientes consideraciones.

Queda claro que la **disconformidad de la empresa demandante radica en que, según ésta, el acto acusado fue emitido contrario a Derecho** debido a que si bien es cierto, la Ley 106 de 1973, faculta a los municipios a gravar las actividades que se desarrollen dentro del distrito, afirma que, la venta de energía generada por las empresas Hidroeléctricas, Termoeléctricas, Eólicas y de Electrificación Rural, es un servicio público, tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, pero además que además, dicha actividad tiene incidencia extradistrital, por lo cual contraviene el artículo 4 del Texto Único la Ley 26 de 29 de enero de 1996 y los artículos 17 (numeral 8), 21 (numeral 6), 74 y 79 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973 (Cfr. fojas 10 a 16 del expediente judicial).

Partiendo de la premisa anterior, nos corresponde **analizar si el texto del artículo segundo configura algún vicio de nulidad de las normas en materia de impuestos, tasas y otros tributos, respecto a la generación de energía**, veamos:

Según consta en Autos, el Concejo Municipal de Changuinola, emitió el Acuerdo 34 de 29 de julio de 2015, cuyo artículo segundo dice así:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Adiciónese como en efecto se adiciona al Acuerdo 113 de 10 diciembre de 2014, el Código 1..2.2.8.04.A:

Código 1..2.2.8.04.A: Las empresas Hidroeléctricas, Termoeléctricas, Eólicas y de Electrificación Rural que se dediquen a la venta de energía eléctrica cuyos ingresos anuales sean hasta 500,000.00 pagarán un impuesto de 20,000.00 mensual, de 500,001.00 hasta 1,500,000.00 pagarán al mes la suma de 30,000.00 por mes, de 1,500,001.00, en adelante pagarán la suma de 50,000.00 por mes.”

... (Cfr. foja 30 del expediente judicial).

Ahora bien, este Despacho debe advertir las normas aplicadas a la materia energética y de los servicios públicos, entre éstas, el artículo 3 del Texto Único la Ley 6 de 3 de febrero de 1997 “Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad”, dice así:

“Artículo 3: Carácter servicio de público. La generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente, **se consideran servicios públicos de utilidad pública.**”

Bajo la premisa anterior, es claro que si las actividades realizadas constituyen **transmisión, distribución y comercialización de electricidad destinadas a satisfacer necesidades colectivas primordiales en forma permanente**, son servicios públicos, por lo que es necesario aclarar si éstos son o no susceptibles de gravamen municipal.

En ese contexto, vale acotar los presupuestos jurídicos del artículo 4 del Texto Único de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, “Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos” el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 4: Competencia: La Autoridad 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 construcción de edificación 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 telecomunicaciones, radio y televisión, tampoco estarán sujetos a medidas cautelares, salvo que estos bienes garanticen obligaciones contractuales contraídas por sus propietarios.”

La norma citada en líneas anteriores, establece de manera clara y precisa que la competencia respecto a los servicios públicos, en el caso particular de electricidad, corresponde de manera exclusiva a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, **por tener incidencia de carácter nacional y, por ende, extradistrital**, y en tal sentido, advierte que **aquellos sólo pueden ser gravados con tributos nacionales; y adiciona de manera taxativa que dichas actividades, destinados a la prestación de los servicios públicos, entre ellos el de energía eléctrica, no podrán ser gravados con ningún tipo de tributo de carácter municipal**, salvo las excepciones consignadas en la ley.

Ante el escenario descrito, es claro que **el Municipio de Changuinola, mediante el Acuerdo 34 de 29 de julio de 2015, no es competente para establecer a las empresas Hidroeléctricas, Termoeléctricas, Eólicas y de Electrificación Rural, un impuesto respecto a los ingresos anuales de aquéllas, toda vez que la ley citada en líneas anteriores así lo dispone.**

En concordancia con las normas citadas, estimamos oportuno señalar las disposiciones contenidas en los artículos 17 (numeral 8), 21, 74 y 79 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, veamos:

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

...

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

“**Artículo 20:** Los Consejos Municipales podrán establecer y regular cualquier servicio público que no haya sido confiado por la Constitución y la Ley a otras entidades públicas o a las instituciones autónomas o semiautónomas.”

“**Artículo 21:** Es **prohibido** a los Concejos:

...

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

“**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.**”

“**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.**”

En el marco de lo antes expuesto, se infiere con meridiana claridad que los municipios pueden establecer tributos, **siempre que no hayan sido gravados previamente por la nación**, tal como hemos explicado en los párrafos que anteceden, no obstante, también es importante resaltar que existe un presupuesto de extraterritorialidad que también es necesario advertir al momento de establecer un impuesto, ya que sólo son gravables por los Municipios con impuestos y contribuciones las actividades industriales, comerciales o lucrativas de cualquier clase que se realicen en el distrito, lo que no sucede en el caso bajo análisis.

Este alcance de la facultad municipal de establecer impuestos ya ha sido analizado por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, y en un caso similar, particularmente del Municipio de Changuinola, ese Tribunal manifestó lo siguiente:

“El texto de los artículos segundo y tercero del Acuerdo N° 32 de 17 de mayo de 1995, dictado por el Concejo Municipal de Changuinola es el siguiente:

ARTÍCULO SEGUNDO: La explotación Agro-Industrial Bananera generara por mes o fracción de mes, un Impuesto Municipal conforme a la siguiente escala, según su volumen de explotación anual.

1-0 a 150,000 Cajas B/.100.00 a 200.00

- 2- 150,001 a 250,000 Cajas B/.200.00 a 350.00
- 3- 250,001 a 400,000 B/.350.00 a 400.00
- 4- 400,000 a 600,000 B/.450.00 a 600.00
- 5- 600,000 a _____ B/.600.00 a 1,000.00

ARTÍCULO TERCERO: Créase el Impuesto por medio del cual se grava el transporte de Bananos, en el Código 1.1.2.6.-.80-1

- 1- 0 a 150,000 cajas anuales B/.50.00 a 100.00
 - 2- 150.000 a 250,000 cajas anuales 100.00 a 175.00
 - 3- 250,000 a 400,000 cajas anuales 175.00 a 225.00
 - 4- 400,000 a 600,000 cajas anuales 225.00 a 300.00
 - 5- 600,00 a _____ cajas anuales 300.00 a 750.00.
- ... (Foja 20)

El recurrente sostiene que los citados artículos del Acuerdo N° 32 de 1995, son violatorios del artículo 242 de la Constitución Nacional, que a la letra dice:

‘Artículo 242: Son municipales los impuestos que no tengan incidencia fuera del Distrito, pero la Ley podrá establecer excepciones para que determinados impuestos sean municipales a pesar de tener esa incidencia. Partiendo de esa base, la Ley establecerá con la debida separación las rentas y gastos nacionales y los municipales.’

Esta norma define como impuestos municipales, ‘los que no tienen incidencia fuera del distrito’, contemplando la posibilidad de que por medio de una ley se consideren municipales ciertos impuestos, aunque tengan incidencia fuera del distrito.

Significa, entonces, que la regla general en materia impositiva municipal es que sólo son gravables las actividades lucrativas que se lleven a cabo dentro del respectivo distrito y, como excepción, pueden clasificarse como municipales los impuestos que generen actividades fuera del área del distrito, siempre y cuando esa excepción sea establecida por medio de una ley formal.

En el caso en estudio, las normas atacadas se refieren a la actividad agro industrial del banano en gran escala, destinada, principalmente, al mercado internacional. **Esta actividad tiene incidencia fuera de los límites** del Distrito de Changuinola, por lo que es necesario determinar si existe una ley que específicamente contemple el cobro de esos impuestos como municipales, al tenor de lo dispuesto por el artículo 242 de la Constitución Nacional.

Así, entre los considerandos del acuerdo N° 32 de 17 de mayo de 1995, se señala como fundamento legal el artículo 74 de la Ley 106 de 1973, que expresa que **‘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’**. Esta norma no contempla ninguna excepción, por lo que debe concluirse que los

artículos segundo y tercero del Acuerdo N° 32 de 17 de mayo de 1995, violan el artículo 242 de la Constitución Nacional, que como se dijo anteriormente, contiene una cláusula de reserva legal en relación con los impuestos municipales que tienen incidencia fuera del distrito correspondiente.

Aunado a lo anteriormente expuesto, el ordinal 2° del artículo 585 del Código Fiscal establece el pago de impuesto por cada caja de banano para la exportación. Consecuentemente, **el Municipio no puede gravar una actividad económica que se encuentra previamente gravada por la Nación**, al tenor de lo dispuesto por el ordinal 6° del artículo 21 y el artículo 79 de la Ley 103 de 1973.

En consecuencia, EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE SON INCONSTITUCIONALES los artículos segundo y tercero del Acuerdo N° 32 de 17 de mayo de 1995, emitido por el Concejo Municipal de Changuinola, 'Por medio del cual se crean nuevos impuestos al Acuerdo N° 40 del 23 de octubre de 1987', por ser violatorios del artículo 242 de la Constitución.' (Cfr. Sentencia de 12 de septiembre de 1996).

Conforme lo explicado, esta Procuraduría colige que toda vez que los servicios públicos, entre ellos, de electricidad, están previamente gravados por la Nación y además las actividades generadas por las empresas Hidroeléctricas, Termoeléctricas, Eólicas y de Electrificación Rural, constituyen una actividad extradistrital, por lo que, el impuesto consagrado en el artículo segundo del Acuerdo 34 de 29 de julio de 2015, es ilegal, toda vez que se aparta de las normas que rigen esta materia tributaria.

De lo antes expuesto y, a juicio de las consideraciones previas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL el artículo segundo del Acuerdo 34 de 29 de julio de 2015**, emitido por el Concejo Municipal de Changuinola.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Cecilia Elena López Cadogan
Secretaria General, Encargada

Expediente 619-16