ENTRADA N° 219-08 MAGISTRADO PONENTE: WINSTON SPADAFORA F.

Demanda Contenciosa Administrativa de Nulidad interpuesta por la firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee en representación de **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, para que se declare nulo, por ilegal, la totalidad del aparte 1.1.2.5.35.01 del artículo 1 del Acuerdo N° 101-40-55 de 27 de diciembre de 2005, emitida por el Consejo Municipal de Colón, publicado en la Gaceta Oficial N° 25,474 de 30 de enero de 2006.

Panamá, lunes 5 de julio de dos mil diez (2010)

VISTOS:

La firma forense Alemán, Cordero, Galindo y Lee, actuando en representación de **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, presentó demanda contencioso administrativa de Nulidad, para que se declare nulo, por ilegal, el aparte 1.1.2.5.35.01 del artículo primero del Acuerdo Nº 101-40-55 de 27 de diciembre de 2005, emitido por el Consejo Municipal de Colón, publicado en la Gaceta Oficial N° 25,474 de 30 de enero de 2006.

I. EL ACTO IMPUGNADO

A través del aparte impugnado, la Cámara Edilicia del Distrito de Colón gravó "los aparatos de medir energía que utilizan las empresas distribuidoras o generadoras de corrientes energéticas, es decir, medidores que determinan el consumo de dicha energía, con diferentes propósitos..."

II. FUNDAMENTO DE LA PRETENSIÓN

En lo medular, sostiene la empresa demandante, que el Municipio de Colón, al momento de establecer el mencionado gravamen, impuso una carga tributaria a nivel municipal sobre actividades y bienes que ya

han sido gravados por la Nación, de tal forma que se ha producido una doble tributación.

En este sentido, agrega que dicho Municipio ha gravado un servicio que tiene clara incidencia extramunicipal, sin que exista una Ley que autorice al Municipio a imponer dicho tributo. Seguidamente, afirma que la Ley 26 de 1996, expresamente ha establecido que el servicio público de electricidad y los bienes dedicados a la prestación de tal servicio, no podrán ser gravados con ningún impuesto municipal, excepto los de anuncios y rótulos, placas para vehículos, y construcción de edificaciones y reedificaciones.

Finalmente, alega que las disposiciones cuya nulidad se solicitan, resultan violatorias de normas de rango legal en materia de tributos, y contravienen reiterados pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte, referentes a la prohibición de doble tributación y los efectos extradistritales de impuestos municipales, en la legislación panameña.

III. NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

A juicio de la apoderada judicial de **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, la disposición impugnada, infringe los artículos 17 (numeral 8), 21 (numeral 6), 74 y 79 de la Ley 106 de 1973 y, 4 de la Ley 26 de 1996, cuyo texto y cargo de ilegalidad se pasan a considerar:

En primer término, se dice violado el artículo 17, numeral 8 de la Ley 106 de 1973 que dice 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 a los gastos de la administración, servicios e inversiones municipales".

En concepto de la actora, la norma citada se infringe en forma directa, toda vez que la potestad tributaria del Municipio sobre actividades que tengan incidencia fuera del respectivo distrito, tiene que constar en una Ley formal; supuesto que no ocurre en el presente caso, pues no hay ninguna Ley que le permita al Concejo Municipal de Colón, la imposición de tributos municipales sobre la prestación del servicio de electricidad y los medidores de energía.

En cuanto al artículo 21, numeral 6 de la Ley 106 de 1973, que se alega violado, tenemos que su tenor es el siguiente:

> "Artículo 21. Es prohibido a los Consejos:
> ...
> 6. Gravar con impuestos lo que ya ha sido gravado por la Nación"...

Al respecto, se arguye que "la actividad de electricidad", fue gravada como un tributo nacional, por ende, no puede el Municipio de Panamá gravar nuevamente este tipo de actividad. Precisa al respecto, que en la actualidad se le paga a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos por la prestación del servicio de distribución y generación de electricidad, por tanto, el cobro de un impuesto municipal implica un doble gravamen.

Por su parte, el artículo 74 de la Ley 106 de 1973 que también se aduce infringido señala en su texto:

> "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".

En concepto del recurrente, y de acuerdo a la norma en cita, el Municipio de Colón únicamente puede gravar aquellas actividades que

repercuten exclusivamente en el distrito, excepto que exista una Ley que permita lo contrario.

Sobre el particular, la parte actora reitera, que la actividad de generación y distribución de energía eléctrica, gravada por el Municipio de Colón, la cual es brindada por la empresa **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, a través de postes, tendidos eléctricos y medidores, entre otros, constituye un servicio de utilidad pública que beneficia a todos los usuarios en el territorio nacional, por lo que repercute a nivel nacional y, por tanto tiene incidencia extramunicipal. De ahí, que al no haberse dictado una Ley que le permita a dicho Municipio cobrar un impuesto sobre este tipo de actividad, se infringe la citada disposición legal.

En lo que se refiere a la infracción del artículo 79 de la Ley 106 de 1973, su contenido contempla lo que a continuación se detalla:

> "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 el establecimiento".

Al efecto se señala, la infracción del artículo anterior en concepto de violación directa, pues a pesar de la prohibición contenida en la norma transcrita, el Concejo Municipal del Distrito de Colón ha gravado la actividad de generación y distribución de electricidad, que ya es objeto de un tributo a nivel nacional por parte del Ente Regulador de los Servicios Públicos, según lo preceptuado en el artículo 5 de la Ley 26 de 1996.

Finalmente, se aduce infringido el artículo 4 de la Ley 26 de 1996, modificado por la Ley 26 de 1996, que dice así:

> "Artículo 4. Competencia. La Autoridad ejercerá el poder de regular y controlar la prestación de 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 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".

En opinión de la accionante, esta norma es clara, cuando dispone que por la incidencia extradistrital, las actividades de generación y distribución de electricidad así como los bienes dedicados a la prestación de este servicio, podrán ser gravados como tributo de carácter nacional, y no municipal, por lo que el aparate 1.1.2.5.35.01 del artículo 1 del Acuerdo N° 101-40-55 de 27 de diciembre de 2005 violan de manera directa, este texto legal.

IV. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

La representante del Ministerio Público, a través de la Vista Fiscal Nº 898 de 31 de octubre de 2008, legible de fojas 167-171 del expediente, solicitó a esta Superioridad que accediera a la pretensión de la demandante, por considerar que el acto impugnado, infringe el ordenamiento legal que regula la materia.

El colaborador de la instancia acoge los planteamientos de **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, en el sentido de que el Concejo Municipal de Colón ha rebasado las facultades otorgadas por la Ley 106 de 1973 sobre Régimen Municipal, al gravar los servicios y bienes dedicados a la generación de electricidad en distintas provincias del territorio nacional, con un tributo que no se ha establecido mediante una Ley formal. Aunado a este hecho, advierte que los bienes utilizados para prestar el servicio de electricidad, ya han sido gravados con un impuesto de carácter nacional, por lo que dicha imposición tributaria, a nivel municipal, al haberse establecido sin la expedición de una Ley especial que permita la doble tributación, es ilegal.

V. EXAMEN DE LA SALA TERCERA

Una vez cumplidos todos los trámites procesales correspondientes, la Sala Tercera pasa a resolver la controversia planteada, previa las siguientes consideraciones:

El Municipio de Colón, por medio del aparte 1.1.2.5.35.01 del artículo 1 del Acuerdo Nº 101-40-32 de 1 de diciembre de 1998, gravó con un impuesto municipal los medidores que utiliza **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, para prestar el servicio de electricidad.

Disconforme con el acto administrativo dictado por la Cámara Edilicia del Distrito de Panamá, dicha empresa solicitó la nulidad del aparte No. 1.1.2.35.01, sustentando su pretensión en estos tres puntos:

1- La creación de un impuesto sobre la actividad de generación y distribución de energía eléctrica, no tiene base legal, por lo que infringe el artículo 17 de la Ley 106 de 1973.

2- La actividad gravada tiene incidencia extradistrital, por lo que resulta violatoria de los artículos 74 ibídem y 4 de la Ley 26 de 1996.

3- Al haberse gravado como un tributo nacional, el servicio público de electricidad y los bienes inherentes a su prestación, la imposición del impuesto municipal in examine, implica una doble tributación para las empresas dedicadas a esa actividad, en detrimento de lo preceptuado en los artículos 21 y 79 de la Ley 106 de 1973.

A la demanda presentada, se acompañó una solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto impugnado, por lo que ante un análisis preliminar de los cargos de ilegalidad endilgados al aparte 1.1.2.5.35.05 del artículo 1° del Acuerdo N° 101-40-55 de 27 de diciembre de 2005, esta Superioridad ordenó la suspensión provisional de sus efectos, porque a su juicio con la creación de un gravamen sobre los medidores utilizados por las empresas generadoras y distribuidoras de electricidad, el Municipio de Colón incurrió en una ostensible violación al artículo 4 de la Ley 26 de 1996, conforme la cual los servicios públicos y bienes dedicados a la prestación de tales servicios sólo pueden gravarse con tributos de carácter nacional. A su vez, se señaló que la exigencia en el pago del impuesto municipal por parte del Municipio de Colón, por el servicio público de electricidad y los bienes utilizados implicaba una doble tributación y, por ende, infringía lo contemplado en los artículos 21 y 79 ibidem.

Ahora bien, al efectuar un análisis de fondo de los hechos que fundamentan la pretensión de la actora, la Sala estima procedente reiterar lo expuesto en el Auto de 18 de junio de 2008. Veamos por qué.

Del examen de la Cláusula 3ª de la Licitación Pública No. COMVA-001-98 sobre el Contrato de Concesión para la prestación del servicio de

distribución y comercialización de electricidad, legible en el expediente administrativo, se advierte claramente que el área geográfica de la concesión del servicio que presta a **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, se enmarca en "las provincias 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 Soberanía y la Finca Agroforestal Río Cabuya, según indica en el Anexo C de este Contrato), la Comarca de San Blas y las Islas del Golfo de Panamá". (Ver Cláusula Tercera).

Por tanto, esta Superioridad concluye que la actividad brindada por **ELEKTRA NORESTE, S.A.**, a través de los medidores de electricidad, es de carácter extramunicipal, toda vez que tiene repercusiones en más de una provincia, e inclusive en el servicio de electricidad que tiene como fin suplir de energía a todo el territorio nacional.

Así las cosas, resulta oportuno señalar que el artículo 74 de la Ley 106 de 1973 prevé que son gravables por el Municipio, las actividades que se realicen en el respectivo **distrito**. La excepción a esta regla se produce, cuando se expide una Ley formal que autorice el establecimiento de un impuesto municipal con incidencia extradistrital, situación que no ha ocurrido en el caso en estudio, por lo que el tributo establecido por el Concejo Municipal de Colón, a través del acto impugnado, viola ostensiblemente el mencionado artículo.

Bajo esta premisa, el Pleno de la Corte ha expresado en forma categórica, que los Concejos Municipales no pueden gravar ninguna actividad que tenga incidencia extradistrital, salvo que existiese alguna Ley que autorizara el establecimiento de dicho gravamen. (Ver Sentencias de 25 y 11 de noviembre de 1999. Registro Judicial. Págs.

143-146, 122-124, entre otras) Al respecto, recordemos que la potestad tributaria de los Municipios es derivada, en la medida que se origina fundamentalmente en la Ley, por tanto, los Municipios no pueden crear impuestos no previstos en una norma con rango legal (Cfr. Sentencia de 29 de septiembre de 2000. Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste vs. Consejo Municipal de Parita).

En consecuencia, al no existir en el presente caso, una ley que expresamente autorizara al Municipio de Colón a establecer un tributo sobre la actividad extradistrital de generación y distribución eléctrica, dicha Cámara Edilicia ha infringido de manera directa, el texto del artículo 17 de la Ley 106 de 1973.

Finalmente, este Tribunal advierte que la Ley 26 de 1996 autorizó a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, para el cobro de una Tasa de servicios de control, vigilancia y fiscalización a las empresas que prestan el servicio público de electricidad. Ante esta situación, resulta claro que la actividad y los bienes utilizados para prestar ese servicio, ya han sido gravados por la Nación, por lo que el cobro de un gravamen municipal sobre los mismos produce una doble tributación.

En cuanto a la prohibición de doble tributación, resulta oportuno señalar que la Sala Tercera y el Pleno de la Corte Suprema, se han pronunciado en forma reiterada, sosteniendo el siguiente principio, conforme lo preceptuado en el artículo 242 de la Constitución Nacional: los Municipios no pueden gravar lo que ya ha sido gravado por la Nación, salvo que una Ley lo permita.

Por lo expresado, se concluye que al no existir una Ley que lo autorice en forma expresa, el Municipio de Panamá de conformidad con lo preceptuado en los artículos 21 y 79 de la Ley sobre Régimen

Municipal, no puede gravar la actividad de electricidad y los medios utilizados para prestar dicho servicio, toda vez que ya ha sido objeto de un gravamen nacional.

En virtud de lo anterior, la Sala reconoce los cargos de ilegalidad contra los artículos 17 (numeral 8), 21 (numeral 6), 74 y 79 de la Ley 106 de 1973 y 4 de la Ley 26 de 1996 y, procede a acceder a la pretensión de la demandante.

Por consiguiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES NULO, POR ILEGAL**, el aparte 1.1.2.5.35.01 del artículo primero Acuerdo Nº 101-40-55 de 27 de diciembre de 2005, expedidos por el Concejo Municipal del Distrito de Colón.

NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE EN LA GACETA OFICIAL,

WINSTON SPADAFORA F.
MAGISTRADO

NELLY CEDEÑO DE PAREDES
MAGISTRADA

ALEJANDRO MONCADA LUNA
MAGISTRADO

LIC. KATIA ROSAS
SECRETARIA DE LA SALA TERCERA