

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA ALEMÁN, CORDERO, GALINDO & LEE, EN REPRESENTACIÓN DE CABLE & WIRELESS PANAMA, S. A., PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N 538/08/V.F. DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2008, EMITIDA POR EL TESORERO MUNICIPAL DE PANAMÁ, EL ACTO CONFIRMATORIO Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: VÍCTOR L. BENAVIDES P. PANAMÁ, VEINTICUATRO (24) DE MARZO DE DOS MIL QUINCE (2015).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente: Víctor L. Benavides P.
Fecha: 24 de Marzo de 2015
Materia: Acción contenciosa administrativa
Plena Jurisdicción
Expediente: 17-2009

VISTOS:

La firma forense ALEMÁN, CORDERO, GALINDO & LEE, actuando en representación de CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., ha presentado demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, para que se declare nula por ilegal, la Resolución N°538/08/VF de 5 de septiembre de 2008, dictada por el Tesorero Municipal del Distrito de Panamá (visible a fojas 1 a 11 del expediente).

La demanda fue admitida mediante auto de siete (7) de agosto de 2009, en la que se ordenó correr traslado de la misma al Tesorero Municipal de Panamá y a la Procuradora de la Administración. Conjuntamente con la demanda quien recurre solicitó la suspensión provisional de los efectos de los resueltos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno, Décimo, Décimo Primero, Décimo Segundo, Décimo Tercero, Décimo Cuarto, Décimo Quinto, Décimo Sexto, Décimo Séptimo, Décimo Octavo y Décimo Noveno de la Resolución N°538/08/VF de 5 de septiembre de 2008, solicitud a la que accedió la Sala mediante Resolución de 8 de julio de 2009 (Véase fojas 209-215 y 218).

FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

En la demanda se formula pretensión consistente en una petición dirigida a la Sala Tercera para que se declare que es nulas, por ilegales determinadas partes de la Resolución N° 538/08/VF de 5 de septiembre de 2008, emitida por el Tesorero Municipal del Distrito de Panamá, confirmada mediante Resolución N°303 de 24 de octubre de 2008 emitida por la Junta Calificadora del Consejo Municipal de Panamá, en todo lo que respecta al cobro del impuesto municipal de “Ventas al Por Menor” a CWP como prestador de servicios de telecomunicaciones. Específicamente solicita se declare nulo por ilegal lo siguiente:

“PRIMERO: CONSIDERAR a los negocios denominados CABLE & WIRELESS, S.A. (negocios N° 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12) propiedades de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N° 02-1995-2848, ubicados en:

Negocio N°6: Gran Terminal de Transporte, Albrook.

Negocio N°7: Bethania, C.C. Aventura, local 3 y 4.

Negocio N°8: 24 de Diciembre, Centro Comercial La Doña.

Negocio N°9: Juan Díaz, Centro Comercial Los Pueblos..

Negocio N°10: Avenida Balboas, Multicentro, 3er piso, local 314.

Negocio N°11: Multiplaza Pacific, Calle De las Aves.

Negocio N°12: Obarrio, Ave. Samuel Lewis y CL. 58.

SEGUNDO: CONMINAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. negocio N°3 propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en Vía España, Plaza Internacional, Torre B, Bella Vista, al pago de la suma total de B/44,455.00 desglosados de la siguiente manera:

B/.44,455.00 en concepto de impuestos adeudados por la actividad de Establecimientos de ventas al por menor, renta 1125-0501, detallados así:

.B/.6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2003, a razón de . B/.500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2004, a razón de B/500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2005, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2006, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2007, a razón de B/. 500.00 mensuales.

Totalizados B/.30,000.00

B/. 8,555.00 en concepto de intereses vencidos

B/. 5,900.00 en concepto de recargos.”

“TERCERO CONMINAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°3 propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N° 02-1995-2848, ubicado en Río Abajo, al pago de la suma total de B/.44,455 desglosados de la siguiente manera:

B/. 44,455.00 en concepto de impuestos adeudados por la actividad de Establecimientos de ventas al por menor, renta 1125-0501, detallados así:

.B/.6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2003, a razón de . B/.500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2004, a razón de B/500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2005, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2006, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2007, a razón de B/. 500.00 mensuales.

Totalizados B/.30,000.00

B/. 8,555.00 en concepto de intereses vencidos

B/. 5,900.00 en concepto de recargos.”

“CUARTO: CONMINAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. negocio N° 6, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en la Gran Terminal de Transporte, Albrook, al pago de la suma total de B/. 52,037.50 desglosados de la siguiente manera:

B/. 51,955.00 en concepto de impuestos adeudados por la actividad de Establecimientos de ventas al por menor, renta 1125-0501 detallados así:

B/. 44,455.00 en concepto de impuestos adeudados por la actividad de Establecimientos de ventas al por menor, renta 1125-0501, detallados así:

.B/.6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2003, a razón de . B/.500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2004, a razón de B/500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2005, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2006, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2007, a razón de B/. 500.00 mensuales.

Totalizados B/.30,000.00

B/. 8,555.00 en concepto de intereses vencidos

B/. 5,900.00 en concepto de recargos.

B/. 7,500.00 en conceptos del 25% por defraudación Fiscal".

QUINTO: CONMINAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A. negocio N° 7, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N° 02-1995-2848, ubicado en Bethania, C.C. Aventura, local 3 y 4, al pago de la suma de B/.52,037.50 desglosados de la siguiente manera:

B/.51,955.00 en concepto de impuestos adeudados por la actividad de Establecimientos de ventas al por menor, renta 1125-0501, detallados así:

.B/.6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2003, a razón de . B/.500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2004, a razón de B/500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2005, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2006, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2007, a razón de B/. 500.00 mensuales.

Totalizados B/.30,000.00

B/. 8,555.00 en concepto de intereses vencidos

B/. 5,900.00 en concepto de recargos.

B/. 7,500.00 en conceptos del 25% por defraudación Fiscal".

SEXTO: CONMINAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°8 propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en 24 de Diciembre, Centro Comercial La Doña, al pago de la suma total de B/52,037.50 desglosados de la siguiente manera:

B/. 51,955.00 en concepto de impuestos adeudados por la actividad de Establecimientos de ventas al por menor, renta 1125-0501, detallados así:

.B/.6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2003, a razón de . B/.500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2004, a razón de B/500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2005, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2006, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2007, a razón de B/. 500.00 mensuales.

Totalizados B/.30,000.00

B/. 8,555.00 en concepto de intereses vencidos

B/. 5,900.00 en concepto de recargos.

B/. 7,500.00 en conceptos del 25% por defraudación Fiscal".

SÉPTIMO: CONMINAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°9, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en Juan Díaz, centro Comercial Los Pueblos, al pago de la suma total de B/.52,037.50 desglosados de la siguiente manera:

B/. 51,955.00 en concepto de impuestos adeudados por la actividad de Establecimientos de ventas al por menor, renta 1125-0501, detallados así:

.B/.6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2003, a razón de . B/.500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2004, a razón de B/500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2005, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2006, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2007, a razón de B/. 500.00 mensuales.

Totalizados B/.30,000.00

B/. 8,555.00 en concepto de intereses vencidos

B/. 5,900.00 en concepto de recargos.

B/. 7,500.00 en conceptos del 25% por defraudación Fiscal".

OCTAVO: CONMINAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A, negocio N° 10, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N° 02-1995-2848, ubicada en Ave. Balboa, Multicentro, 3er piso, local 314, al pago de la suma total de B/. 52,037.50 desglosados de la siguiente manera:

B/. 51,955.00 en concepto de impuestos adeudados por la actividad de Establecimientos de ventas al por menor, renta 1125-0501, detallados así:

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2003, a razón de . B/.500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2004, a razón de B/500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2005, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2006, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2007, a razón de B/. 500.00 mensuales.

Totalizados B/.30,000.00

B/. 8,555.00 en concepto de intereses vencidos

B/. 5,900.00 en concepto de recargos.

B/. 7,500.00 en conceptos del 25% por defraudación Fiscal.

NOVENO: CONMINAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°11, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N° 02-1995-2848, ubicado en Multiplazaq Pacific, Calle de la Aves, al pago de la suma de total de B/. 52,037.50 desglosados de la siguiente manera:

B/. 51,955.00 en concepto de impuestos adeudados por la actividad de Establecimientos de ventas al por menor, renta 1125-0501, detallados así:

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2003, a razón de . B/.500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2004, a razón de B/500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2005, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2006, a razón de B/. 500.00 mensuales.

.B/. 6,000.00 desde el mes de enero al mes de diciembre de 2007, a razón de B/. 500.00 mensuales.

Totalizados B/.30,000.00

B/. 8,555.00 en concepto de intereses vencidos

B/. 5,900.00 en concepto de recargos.

B/. 7,500.00 en conceptos del 25% por defraudación Fiscal.

DÉCIMO PRIMERO: GRAVAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°1, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en Vía España, Plaza Internacional, Torre B, Bella Vista, con la suma de B/. 500.00 mensuales en concepto de Establecimientos de Ventas al por menor, renta 1125-0501, a partir del mes de enero de 2008.

DÉCIMO SEGUNDO: GRAVAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°3, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en Río Abajo, con la suma de B/. 500.00 mensuales en concepto de Establecimientos de Ventas al por menor, renta 1125-0501, a partir del mes de enero de 2008.

DECIMO TERCERO: GRAVAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°6, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en Gran Terminal de Transporte, con la suma de B/. 500.00 mensuales en concepto de Establecimientos de Ventas al por menor, renta 1125-0501, a partir del mes de enero de 2008.

DECIMO CUARTO: GRAVAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°7, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en Bethania, C.C. Aventura, locales 3 y 3, , con la suma de B/. 500.00 mensuales en concepto de Establecimientos de Ventas al por menor, renta 1125-0501, a partir del mes de enero de 2008.

DECIMO QUINTO: GRAVAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°8, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en la 24 de Diciembre, Centro Comercial La Doña, con la suma de B/. 500.00 mensuales en concepto de Establecimientos de Ventas al por menor, renta 1125-0501, a partir del mes de enero de 2008.

DECIMO SEXTO: GRAVAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°9, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en Juan Díaz, Centro Comercial Los Pueblos, con la suma de B/. 500.00 mensuales en concepto de Establecimientos de Ventas al por menor, renta 1125-0501, a partir del mes de enero de 2008.

DECIMO SÉPTIMO: GRAVAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°10, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en Avenida Balboa, Multicentro, 3er piso, local 314, con la suma de B/. 500.00 mensuales en concepto de Establecimientos de Ventas al por menor, renta 1125-0501, a partir del mes de enero de 2008.

DECIMO OCTAVO: GRAVAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°11, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-

2848, ubicado en Multiplaza Pacific, Calle de la Aves con la suma de B/. 500.00 mensuales en concepto de Establecimientos de Ventas al por menor, renta 1125-0501, a partir del mes de enero de 2008.

DECIMO NOVENO: GRAVAR al negocio denominado CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., negocio N°12, propiedad de la sociedad denominada del mismo modo, Contribuyente Municipal N°02-1995-2848, ubicado en Obarrio, Ave. Samuel Lewis y Cl. 58, con la suma de B/. 500.00 mensuales en concepto de Establecimientos de Ventas al por menor, renta 1125-0501, a partir del mes de enero de 2008.

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, también se solicita se reestablezca los derechos subjetivos violados a CWP, y en este sentido:

1. Declare que CWP como empresa prestadora del servicio público de telecomunicaciones no está sujeta al pago de impuestos municipales de "Ventas al Por Menor."
2. Deje sin efecto el cobro a CWP como prestadora de servicios de telecomunicaciones de impuestos municipales de "Venta al Por Menor", y para el evento que CWP ya haya sido requerida de pago y haya pagado este impuesto, se ordene al Municipio de Panamá o a quien corresponda, rembolsar a CWP el pago realizado.

I. Hechos u omisiones que fundamentan la demanda

En los hechos u omisiones fundamentales de la demanda se plantea que el Municipio de Panamá no puede gravar la actividad de telecomunicaciones, porque la misma tiene incidencia en todo el territorio nacional y no existe ninguna Ley formal que autorice a los Municipios para ello. Desde su punto de vista, al pretender cobrar el impuesto municipal de ventas al por menor (ventas de celulares y tarjetas llamadas pre-pago) a CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., como prestadora de servicios de telecomunicaciones, lo que de hecho se está gravando es la actividad de telecomunicaciones y los bienes dedicados a su prestación, que ya está gravada con tributos nacionales, esto es, la tasa de servicios de control, vigilancia y fiscalización a las empresas prestadoras del servicio público de telecomunicaciones, y el impuesto sobre la renta. A ello añade que con la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, se prohíbe expresamente a los municipios gravar, con cualquier tributo, la actividad de telecomunicaciones o los bienes dedicados a la prestación de la misma, con excepción de los impuestos de anuncios y rótulos, placas para vehículos y constricciones de edificaciones y reedificaciones. Finalmente destaca que la Tesorería Municipal del Municipio de Panamá, pasa por alto pronunciamientos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió declarar ilegal la aplicación del impuesto municipal de ventas al por menor a las actividades y servicios de telecomunicaciones.

Disposiciones legales infringidas

Como disposiciones legales infringidas se aducen los artículos 17, numeral 8, el artículo 21 numeral 6, el artículo 74, el artículo 79, el artículo 84, el artículo 85 de la Ley N° 106 de 8 de octubre de 1973, sobre Régimen Municipal; y el artículo 4 de la Ley N° 26 de 29 de enero de 1996, Texto Único, "Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos."

La violación que se señala al artículo 17, numeral 8 de la Ley 10 de 8 de octubre de 1973, relativo a la competencia de los Consejo Municipales, obedece a que se ha dejado de aplicar a la situación correcta, en la medida que el acto impugnado grava una actividad de telecomunicaciones que tiene clara incidencia

extradistrital. Desde su punto de vista esto se dio sin que mediara, como lo ordena el artículo 245 de la Constitución Nacional, una Ley Formal que establezca la facultad del Municipio para el cobro de un impuesto municipal de ventas al por menor sobre la actividad de telecomunicaciones y los bienes dedicados a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, y, además, que establezca la debida separación de rentas y gastos.

En cuanto al artículo 21 numeral 6, también de la Ley N°106 de 8 de octubre de 1973, referente a la prohibición impuesta a los Consejos Municipales de gravar con impuestos lo que ya ha sido gravado por la Nación, quien recurre lo estima violado en la medida que no puede gravar la actividad de telecomunicaciones, en este caso, venta de celulares y tarjetas pre-pago, por que la misma ya ha sido gravada con un tributo nacional establecido en el 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 telecomunicaciones, y con el impuesto sobre la renta. Afirma entonces que con el impuesto municipal que se pretende cobrar mediante el acto impugnado, se da una doble tributación.

También señala infringidos de forma directa por omisión los artículos 74 y 79 de la Ley 2106 de 8 de octubre de 1973, donde esta previsto que las actividades, industriales, comerciales o lucrativas que se realicen dentro de un Distrito son gravables por los Municipios, y se excluyen las cosas, objetos, y servicios ya gravados por la Nación, salvo Ley que autorice especialmente el establecimiento, respectivamente. Según la apoderada de la parte actora, tales disposiciones resultan infringidas, toda vez que al imponer el acto impugnado el pago de impuestos municipales por la venta al por menor de celulares y tarjetas pre-pago a sus clientes, se grava una actividad que tiene incidencia fuera del Distrito de Panamá, y no existe una Ley que establezca la excepción para esta actividad específica y la debida separación de las rentas y gastos municipales de aquellos. Destaca que la actividad de telecomunicaciones es un servicio público que brinda CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., en todo el territorio nacional, a través de una red que comunica a los usuarios del país, y además a éstos con los sistemas de comunicación internacionales, teniendo dicha actividad un carácter de servicio público, con claras repercusiones nacionales.

De la misma Ley N°106 de 8 de octubre de 1973, señala infringidos los artículos 84 y 85, referentes a la obligación de comunicar a Tesorería Municipal el establecimiento de cualquier negocio, empresa o actividad en los distritos de la República, para su clasificación e inscripción en el registro respectivo, y, al incumplimiento de esta orden, respectivamente. Según la firma recurrente las señaladas disposiciones resultan infringidas en la medida que fueron aplicadas a una situación jurídica concreta a la cual no corresponde, pues, nos encontramos ante una actividad con incidencia eminentemente extradistrital.

Finalmente, se señala violado el artículo 4 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, sobre la competencia del entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, y que expresamente prevé el servicio público de telecomunicaciones tiene incidencia de carácter nacional y que los bienes destinados a la prestación de estos servicios no podrán ser gravados con ningún tributo de carácter municipal, con excepción de los impuestos de anuncios y rótulos, placas para vehículos y construcciones de edificaciones y reedificaciones. Afirma, pues, que el acto impugnado al haber aplicado dicha disposición desconoce un derecho claro que la norma consagra a favor de CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., y resolver a su vez algo contrario a lo que establece una norma de superior jerarquía.

INFORME DE CONDUCTA DE LA TESORERÍA MUNICIPAL DE PANAMÁ

De fojas 220 a 229 del expediente, figura el informe explicativo de conducta rendido por el Tesorero Municipal del Distrito de Panamá, donde contrario a lo expuesto por la firma Alemán, Cordero, Galindo y Lee, que insiste en indicar que el gravamen de venta al por menor es por el servicio de telecomunicaciones, señala que la Tesorería Municipal, procediendo de buena fe y con estricto apego a las Leyes Nacionales, gravó al negocio CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., porque ha realizado y sigue realizando la actividad comercial de venta al por menor de radiotelefonos o aparatos de celular, Tarjetas Pre-pago más móvil, Telechip Total y Telechip Internacional, incluidas dentro de la renta 1125-0501, la cual, luego del análisis jurídico realizado, escapa de la regulación, protección y exención que contempla la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, por la cual se regulan los servicios públicos de radio y televisión y se dictan otras disposiciones. Finalmente, señala que dicha actividad se realiza dentro de la circunscripción del Municipio de Panamá sin haberlo notificado al Tesorero Municipal como cualquier otro contribuyente, razón por la que solicita a esta Sala Tercera "DENEGAR DE MANERA CATEGÓRICA su solicitud, en virtud de que carece de fundamento".

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante la Vista Fiscal N° 1211 de 25 de noviembre de 2009, legible de fojas 231 a 239, la Procuraduría de la Administración contesta la demanda y se opone a las violaciones de las disposiciones alegadas como infringidas y los argumentos en que se fundamentan, razón por la que solicita a la Sala que desestime las pretensiones de la parte actora.

Advierte que la Tesorería Municipal de Panamá al emitir la Resolución 538/08/V.F. de 5 de septiembre de 2008, no pretendía gravar la actividad de telecomunicaciones ni los bienes que la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., utiliza para brindar dicho servicio, en su opinión, la comercialización de celulares y de tarjetas prepago constituye un acto de comercio que debe ser gravado con los respectivos impuestos de carácter municipal, porque no son parte del sistema de telefonía móvil celular. Según la Procuraduría de la Administración, lo anterior tiene fundamento en el Contrato de Concesión 309 de 1997, celebrado entre el Estado Panameño y la empresa CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., según el cual no forman parte del sistema de telefonía móvil los radiotelefonos de los abonados, y que el concesionario no podrá obligar a éstos ni a los usuarios del servicio, a la adquisición de determinados radiotelefonos, bienes, servicios o valores como condición para la prestación del servicio de telefonía móvil celular.

Finalmente anota que la concesión que ostenta CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., no abarca como parte de sus servicios la venta al por menor de celulares o de tarjetas pre-pagos, ya que como bien lo señala la Cláusula 1 del Contrato, dicha concesión tiene por objeto, instalar, mantener, administrar, operar y explotar comercialmente por cuenta y riesgo propio, en régimen de competencia, el servicio de telefonía móvil celular en la Banda "B".

DECISIÓN DE LA SALA TERCERA

Una vez cumplidos todos los trámites procesales correspondientes, la Sala Tercera procede a resolver la presente controversia con las siguientes consideraciones.

Tal como se ha visto, la Tesorería Municipal del Municipio de Panamá por medio de las disposiciones impugnadas, gravó con un impuesto municipal el servicio de telecomunicaciones y ventas al por menor (tarjetas pre-pago para celulares) que presta CABLE & WIRELESS PANAMA, S.A., en diversas sucursales.

CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., por su parte, cuestiona la actuación de la Tesorería Municipal centrada en los siguientes aspectos: 1. Que la creación de un impuesto sobre la actividad de telecomunicaciones y los medios para prestar el servicio a través de ventas al por menor de tarjetas pre-pago, no tiene base legal razón por la que contraviene lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 106 de 1973; 2. Que la actividad gravada tiene incidencia extradistrital; 4. Que el haberse gravado como un tributo nacional el servicio público de telecomunicaciones y los bienes inherentes a su prestación, la imposición del impuesto municipal que nos ocupa, implica una doble tributación.

Para resolver, la Sala estima oportuno indicar que de conformidad a la Licitación Pública N°06-96 sobre el Otorgamiento de la Concesión para la prestación de servicios de telecomunicaciones y que fue publicada en la Gaceta Oficial N°23,311 de 17 de junio de 1997, el área geográfica de la concesión del servicio de telecomunicaciones es "todo el territorio nacional", independientemente de que se trate del servicio de telecomunicaciones básica local, nacional, internacional, o en terminales públicos o semipúblicos o alquiler de circuitos dedicados de voz (Cláusulas 3 y 4). La Sala reitera una vez más, que la actividad brindada por CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., a través de aparatos que hacen parte de una red que interconecta a todo el territorio nacional, es de carácter extradistrital, pues, tiene repercusiones nacionales.

El artículo 74 de la Ley 106 de 1973, prevé que son gravables por el Municipio, las actividades que se realicen en el distrito, no obstante, la excepción de lo así normado está contenida en el artículo 79 ibidem, al prever que la incidencia extradistrital de un gravamen será siempre que se expida una Ley formal que autorice el establecimiento de un impuesto, habida cuenta que la potestad tributaria de los Municipios es derivada, es decir, que se origina fundamentalmente en la Ley.

Ante el marco jurídico expuesto, resulta evidente que lo actuado por la Tesorería Municipal infringe el texto del artículo 17 de la Ley 106 de 1973, norma que como bien plantea la firma Alemán, Cordero, Galindo & Lee, establece el principio básico y fundamental de "legalidad" en materia tributaria, y esto es así, en la medida que en el presente caso no existe una Ley que expresamente autorice a esa autoridad para establecer un tributo sobre la actividad extradistrital de telecomunicaciones que presta CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., específicamente en lo que concierne a "Ventas al Por Menor" sobre la venta de celulares y tarjetas pre-pagos a los clientes de servicio de telecomunicaciones.

Lo anteriormente señalado trae aparejada la doble tributación, ya que lo que el acto impugnado grava no es más que la actividad misma de telecomunicaciones y los bienes dedicados a su prestación que ya han sido gravados por la Nación mediante la tasa de servicios de control, vigilancia y fiscalización a las empresas prestadora del servicio de telecomunicaciones, y, el impuesto sobre la renta; dichas actividades, servicios o bienes sólo están sujetos a los impuestos de anuncios y rótulos, placas para vehículos y construcciones de edificaciones y reedificaciones, tributos de carácter municipal. Lo anterior tiene claro fundamento en lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996.

En cuanto a la doble tributación, diversos pronunciamientos ha efectuado el Pleno de esta Corporación de Justicia, y la Sala Tercera y en los que se ha dejado sentado lo siguiente:

"En el mismo sentido, la Ley 26 de 29 de enero de 1996 faculta al Ente Regulador de los Servicios Públicos al cobro de la tasa de servicios de control, vigilancia y fiscalización a las empresas prestadoras del servicio público de electricidad, de manera que al expedirse la

Resolución N° JD-134 de 10 de noviembre de 1997 del Ente Regulador, que fijó en 0.844% la citada tasa, y el gravar los aparatos de medir energía por parte del Consejo Municipal de Colón, trae como resultado que de hecho lo que se está gravando es la actividad que incide en la distribución y comercialización, se le aplica a estas empresas una doble tributación, aunado a que la tasa impuesta por el Ente Regulador de los Servicios Públicos es un tributo nacional, por ende, los municipios no pueden gravar una actividad que ha sido previamente gravada por una entidad de carácter nacional en ausencia de una ley que así lo autorice.

Por lo expuesto, el Pleno coincide con lo expuesto por el Señor Procurador General de la Nación, en el sentido de que de que al Consejo Municipal de Colón se le impide gravar las actividades de generación y distribución de energía eléctrica por el hecho de ya estas empresas están sujetas a un tributo nacional establecido por la Ley 26 de 29 de enero de 1996, artículo 5, que configura la tasa de servicios de control, vigilancia y fiscalización a las empresas que prestan el servicio público de electricidad, además del impuesto sobre la renta. Además, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 18 de marzo de 1996, ha señalado referente a la aplicación del artículo 242 constitucional que "si un impuesto, derecho tasa o contribución tiene incidencia fuera de un distrito no es municipal y, por tanto, no puede entenderse un cobro impositivo en tal calidad, puesto que se violaría directamente esta norma constitucional."

Por su parte, el artículo 48 de la Constitución Política instituye el principio de legalidad en materia tributaria, así como su cobranza, de tal suerte que si un municipio, en ejercicio de su potestad tributaria, que no es originaria sino derivada establece un tributo municipal sin que una ley autorice al municipio el establecimiento de un tributo, se genera una violación al medular artículo 48 de la Constitución Política, lo que ha ocurrido en este caso al no existir una ley que permita gravar con un tributo los aparatos para medir energía eléctrica, los que se utilizan en todo el territorio nacional y no solamente en el Municipio de Colón, es decir, con medidores extramunicipal"

(Sentencia de 25 de noviembre de 1999, expedida en ocasión de la acción de inconstitucionalidad formulada por ELECTRA NORESTE, S. A. CONTRA EL ACUERDO NO. 101-40-32 DE 1 DE DICIEMBRE DE 1998, EMITIDO POR EL CONSEJO MUNICIPAL DE COLON).

"Del supuesto que la renta generada por la actividad de la universidad demandante está gravada por la Nación, deriva la imposibilidad que se establezca un nuevo impuesto municipal sobre la misma actividad. Esta manifestación tiene su sustento en el artículo 21, ordinal 6 de Ley 106 de 1973, que prohíbe a los Consejos Municipales gravar con impuestos lo que ya ha sido gravado por la Nación; y en el artículo 79 de la citada Ley, que establece que no puede ser materia de impuestos, derechos y tasas municipales, las cosas, objetos y servicios ya gravados por la Nación, con la excepción que la ley autorice especialmente su establecimiento.

En el caso que nos ocupa, la imposición del tributo municipal creado por medio del acto impugnado, implica gravar nuevamente la actividad de la UNIVERSIDAD AMERICANA, S.A., objeto de impuesto sobre la renta, lo que comprende desconocer la prohibición de doble tributación consagrada en las disposiciones antes referidas.

Esta limitación al régimen impositivo municipal, respecto a las actividades industriales, comerciales y lucrativas efectuadas dentro del distrito respectivo, obedece a que la potestad tributaria del Municipio es derivada. Ello significa que los gravámenes municipales se originan de una norma con rango legal y por lo mismo, no puede establecerse un impuesto municipal que no haya sido previsto por la Ley.

Al respecto hay que distinguir que la potestad tributaria de la Nación es originaria y, en cuanto a tal, es ilimitada en cuanto al número y clase de tributos que puede crear. En cambio la potestad tributaria de los Municipios es derivada, ya que se origina fundamentalmente en la Ley, autorizada por la Constitución.

(Sentencia de 20 de noviembre de 2009, expedida en ocasión de la demanda contencioso administrativa de nulidad promovida por el Instituto Panameño de Turismo contra los renglones 1,2 y 3 Acápites A, B y C del Acuerdo Municipal N°28 de 24 de noviembre de 2005, emitido por el Consejo Municipal del Distrito de Pedasi).

Al no existir una Ley que autorice en forma expresa conforme a los lineamientos previstos en los artículos 21 y 79 de la Ley 106 de 1973, el Municipio de Panamá no puede gravar la actividad de telecomunicaciones y los medios utilizados para prestar dicho servicio, ya que han sido gravados por la Nación.

En razón de todo lo antes expuesto, la Sala estima que se configura la violación que se alega los artículos 17 numeral 8, 21 numeral 6, 74, 79, 84, 85 de la Ley 106 de 1973, y el artículo 4 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, Texto Unico.

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE SON NULO, POR ILEGALES los resueltos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, Octavo, Noveno, Décimo Primero, Décimo Segundo, Décimo Tercero, Décimo Cuarto, Décimo Quinto, Décimo Sexto, Décimo Séptimo, Décimo Octavo y Décimo Noveno de la Resolución N°538/08/VF de 5 de septiembre de 2008, emitida por el Tesorero Municipal. Como resultado de las declaraciones anteriores, SE DECLARA que:

1. CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., no está sujeta al pago de impuesto municipales de "Ventas al Por Menor".
2. Se deja sin efecto el cobro a CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., como prestadora de servicios de telecomunicaciones de impuestos municipales de "Venta al Por Menor" y ORDENA al Municipio de Panamá el reembolso a CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., de los pagos efectuados en este concepto.

Notifíquese Y CUMPLASE

VICTOR L. BENAVIDES P.
LUIS RAMÓN FÁBREGA SÁNCHEZ -- ABEL AUGUSTO ZAMORANO
KATIA ROSAS (Secretaria)

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR EL LCDO. LEONARDO PINEDA PALMA EN REPRESENTACIÓN DE YVONNE MARLENE MURAD PAEZ, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL EL DECRETO DE PERSONAL N° 166 DE 8 DE FEBRERO DE 2010, EMITIDO POR CONDUCTO DEL MINISTRO DE VIVIENDA, EL ACTO CONFIRMATORIO Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: ABEL AUGUSTO ZAMORANO PANAMÁ, VEINTICUATRO (24) DE MARZO DE DOS MIL QUINCE (2015)

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo
Ponente: Abel Augusto Zamorano
Fecha: 24 de Marzo de 2015
Materia: Acción contenciosa administrativa
Plena Jurisdicción
Expediente: 1134-10

VISTOS:

El licenciado Leonardo Pineda Palma, en representación de Yvonne Marlene Murad Páez, ha presentado demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, para que se declare nulo, por ilegal, el Decreto de Personal N° 166 de 8 de febrero de 2010, emitido por conducto del Ministro de Vivienda, el acto confirmatorio; y en consecuencia, solicita se ordene el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir.

I. ANTECEDENTES.

En los hechos presentados por el apoderado judicial del accionante, señala que el señora Yvonne M. Murad Páez laboraba en el Ministerio de Vivienda desde el mes de noviembre de 1994, como personal permanente, contando con más de cuatro (15) años continuos de brindar sus servicios, hasta el momento en que se emitió el acto impugnado.

Señala que la recurrente fue acreditada a la carrera administrativa mediante resolución No. 29 de 22 de enero de 1999, por la Dirección General de Carrera Administrativa y le fue conferido certificado de incorporación a la carrera administrativa No. 5342. Agrega que, durante el tiempo en que se desempeñó como funcionaria de la entidad demandada, demostró capacidad, constancia, templanza, altruismo y responsabilidad; cumpliendo con los principios legales, éticos y morales que rigen en el Sector Público.

Sostiene que, como servidora pública de carrera tenía derecho a la estabilidad laboral, y solo podía ser despedida, previa comprobación de que había incurrido en alguna causal disciplinaria, donde se le había garantizado plenamente su derecho de defensa.