



Tribunal Fiscal

Nº. 05434-5-2002

EXPEDIENTE N° : 1946-02
INTERESADO : **RITA BACA HUAYTA**
ASUNTO : Merced conductiva
PROCEDENCIA : Santiago de Surco - Lima
FECHA : Lima, 18 de setiembre de 2002

VISTA la apelación interpuesta por **RITA BACA HUAYTA** contra la Resolución N° 1203-2002-OR-MSS, emitida con fecha 8 de marzo de 2002 por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, que declaró improcedente su solicitud de prescripción de la deuda que mantiene por concepto de merced conductiva correspondiente a los años 1992 a 1995.

CONSIDERANDO:

Que la recurrente sostiene lo siguiente:

1. Si bien la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco pretende considerar la deuda por concepto de merced conductiva como una deuda de origen contractual, su administración, control y cobro se efectúa a través de su Oficina de Rentas, la cual, de acuerdo con su naturaleza, únicamente tiene competencia en materia tributaria.
2. El numeral 1) del artículo 2001° del Código Civil, que establece que la acción personal prescribe a los diez (10) años, es aplicable sólo a actos realizados entre particulares y de ninguna manera a actos que un particular realiza con la Administración Tributaria, como sucede en su caso.

Que la Administración señala:

1. La merced conductiva es el pago al que se obligan los conductores de los puestos de los mercados municipales por su uso, por lo que tiene un origen contractual y no tributario, siendo de aplicación lo dispuesto por el numeral 1) del artículo 2001° del Código Civil, que establece que la acción personal prescribe a los diez (10) años, plazo que en el presente caso no ha transcurrido.

Que de lo actuado se tiene:

Con fecha 15 de noviembre de 2001, la recurrente, al amparo del artículo 43° del Código Tributario, solicitó la prescripción de la deuda que consideró tener ante la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco por concepto de "merced conductiva" correspondiente a los años 1992 a 1995 por la ocupación del Puesto N° 362 del Mercado Municipal N° Dos ubicado en la avenida Jorge Chávez s/n Cercado, Santiago de Surco.

Mediante Resolución N° 1203-2002-OR-MSS de 8 de marzo de 2002, la referida municipalidad estableció que la recurrente tiene deudas desde el año 1995 y que debido a que el pago por el uso de los puestos de los mercados municipales no tiene naturaleza tributaria, el término prescriptorio aplicable era el contemplado en el numeral 1) del artículo 2001° del Código Civil, esto es, diez (10) años, que aún no habían vencido, resultando improcedente su solicitud de prescripción.

El 21 de marzo del año en curso, la recurrente, amparándose en el Código Tributario, interpuso apelación contra la última resolución citada, siendo elevada por la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, por considerar que es de aplicación el artículo 163° del referido código que dispone que las resoluciones que resuelven las solicitudes no contenciosas vinculadas con la determinación de la deuda tributaria, con excepción de las solicitudes de devolución, serán apelables al Tribunal Fiscal.



Tribunal Fiscal

Nº. 05434-5-2002

Como se advierte, uno de los aspectos controvertidos del caso, es si la deuda cuya declaración de prescripción solicita la recurrente, participa de la naturaleza tributaria.

De conformidad con el artículo 101º del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por el Decreto Supremo N° 135-99-EF, el Tribunal Fiscal tiene competencia exclusivamente en asuntos de carácter tributario, por lo que resulta fundamental, en primer lugar, definir si la deuda que a título de "merced conductiva" tiene la recurrente ante la municipalidad posee tal naturaleza, pues de no ser así este Tribunal no podría decidir sobre la solicitud de prescripción.

Al respecto, el literal c) de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario establece que *"Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos"*.

El artículo 68º de la Ley de Tributación Municipal aprobada por el Decreto Legislativo N° 776, señala que las municipalidades podrán imponer, entre otras, las siguientes tasas:

"b) Tasas por servicios administrativos o derechos: son las tasas que debe pagar el contribuyente a la municipalidad por concepto de tramitación de procedimientos administrativos o por el aprovechamiento particular de bienes de propiedad de la Municipalidad".

De la lectura de ambas normas parecería existir una contradicción respecto del hecho que puede dar lugar al cobro de un derecho, puesto que por una parte el Código Tributario cuando lo define se refiere al uso de un bien público, mientras que la Ley de Tributación Municipal a bienes de propiedad de la municipalidad, por lo que a fin de dilucidar el problema planteado resulta de interés desarrollar tales conceptos.

A nivel doctrinario, uno de los criterios que se emplea para dividir a los bienes es en función de su titular; así, se ha clasificado a éstos en bienes del Estado y bienes de los particulares¹.

En cuanto a los bienes del Estado, el dominio que sobre ellos ejerce éste, puede ser público o privado; en el primer caso se incluyen los bienes que son de uso público y pertenecen a la totalidad nacional y por ello son imprescriptibles e inalienables; en el segundo, se ubican los bienes de propiedad privada, como las tierras situadas dentro del territorio que carecen de otro dueño o los que posee en las mismas condiciones que un particular, como fundos rústicos o tiendas comerciales.

En el mismo sentido, Roberto Dromi establece la diferencia entre dos tipos de propiedad estatal, los bienes de dominio público que son inalienables e imprescriptibles y los de dominio privado sujetos a reglas de la propiedad privada, señalando que el criterio para distinguir ambos tipos de bienes atiende básicamente al destino o uso asignado al bien, considerando a un bien de dominio público, cuando se encuentra afectado al uso público².

Debe reconocerse que la idea de bienes de dominio público del Estado sólo se explica en tanto que representa a la nación, pues lo público, como su nombre lo indica, involucra a todos, es la pluralidad de individuos que conforman la comunidad la que lo alberga, encontrándose bajo la administración y protección de los órganos que se encuentran en el gobierno³.

¹ Al respecto ver VÁSQUEZ RÍOS, Alberto. Los derechos reales. Editorial Huallaga. Lima, 1996. Págs. 79 y ss.

² DROMI, Roberto. Derecho administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires, 1997. Págs. 601 y ss.

³ CABANELAS, Guillermo. Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo III. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1989. Pág. 322.



Tribunal Fiscal

Nº. 05434-5-2002

La clasificación de los bienes del Estado en bienes de dominio público y de dominio privado ha sido asumida también por el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 30 de enero de 1997 recaída en el Expediente Nº 006-97-AI/TC LIMA, señalando que en el primer supuesto ejerce administración de carácter tutivo y público y en el segundo ejerce la propiedad como cualquier persona de derecho privado.

A nivel legislativo, encontramos igualmente tal reconocimiento, tal es así que el Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal aprobado por Decreto Supremo Nº 154-2001-EF establece que la propiedad estatal involucra los bienes de dominio público y los de dominio privado.

En cuanto a los bienes denominados de "uso público", Alberto Vásquez Ríos en su libro "Los Derechos Reales" señala que son aquéllos que el Estado destina al uso de todos los ciudadanos y habitantes del país, como por ejemplo: las calles y avenidas; el mar y sus riberas, los ríos, los puertos, las plazas y los parques⁴. Claro está, la condición de uso público subsiste en tanto su destino así lo determine pues por ejemplo una calle que en principio es un bien de uso público, puede, luego de una reforma en los trazados efectuada por la autoridad competente, dejar de serlo.

Ahora bien, el Código Tributario, como se ha señalado líneas arriba, cuando define a los derechos lo hace como las tasas que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes públicos⁵, esto es, no alude a la clasificación de bienes de dominio público, lo cual se explica por cuanto tal texto se viene recogiendo desde la vigencia de la Constitución Política de 1979 que también hizo referencia a dicha categoría en su artículo 128°, a diferencia de la actual que sí hace mención a los bienes de dominio público señalando que son inalienables e imprescriptibles, pudiendo los de uso público concederse a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico (artículo 73°).

Sin embargo, de lo expuesto en los párrafos anteriores y de la explicación adicional que se efectúa a continuación, puede inferirse que cuando dicho Código regula los derechos, está refiriéndose al tributo que se paga por el uso o aprovechamiento de los bienes que son de uso público y por tanto de dominio público.

Como se sabe, el Código mencionado no contiene una definición de lo que es un tributo, limitándose a mencionar y definir sus clases (impuesto, contribución y tasa), por lo que resulta conveniente acudir a la definición doctrinaria elaborada para tal efecto; así, Geraldo Ataliba⁶ señala que es una obligación jurídica pecuniaria ex - lege, que no constituye sanción por acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio una persona pública, y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley.

Por su parte Héctor Villegas⁷ define al tributo como "las prestaciones comúnmente en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio sobre la base de la capacidad contributiva, en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines".

Esto es, el Estado, en el caso de los tributos, sobre la base de su poder de imperio establece, a cargo de los particulares, una obligación de ineludible cumplimiento, de allí que la tasa, dentro de la cual se ubican los derechos, es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el

⁴ VASQUEZ RIOS, Alberto. Op. Cit. Pág. 82

⁵ Nótese que si bien algunos autores como Villegas, Héctor en su obra "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario". Depalma, Buenos Aires, 1984, califican a los ingresos que el Estado obtiene tanto de los bienes de dominio público como los de dominio privado como recursos patrimoniales distintos a los tributarios, nuestro Código Tributario ha considerado como recurso tributario a las sumas que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

⁶ ATALIBA, Geraldo. "La Hipótesis de incidencia tributaria". Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima, 1985. Pág. 37.

⁷ VILLEGAS Héctor. "Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario". Depalma. Buenos Aires, 1984. Pág. 73



Tribunal Fiscal

Nº. 05434-5-2002

Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente y su origen no puede ser contractual; de esta forma queda claro que cuando entabla un negocio jurídico en virtud del cual el particular está obligado a entregarle una suma de dinero, no existe una tasa.

De otro lado, por su naturaleza también, la tasa sólo puede existir en función a la particular actividad que el Estado desarrolla, en ese sentido, la justificación del cobro de los derechos sólo puede radicar en el aprovechamiento especial o utilización privativa de un bien de dominio público, específicamente de uso público y por tanto de uso de toda la comunidad a quien representa, concedido a un particular. De tratarse de un bien de dominio privado del Estado (dentro del cual se incluye a las municipalidades), la cesión del uso a un particular se estaría haciendo bajo una relación horizontal cuyo origen es contractual, tan igual como lo haría un particular.

A estos efectos resulta ilustrativo citar nuevamente la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 006-97-AI/TC que señala que *"Los tratadistas de Derecho Constitucional consideran que el Estado tiene una doble personalidad jurídica, cuando ejerce el ius imperium, actúa como persona de derecho público, y cuando contrata o administra sus bienes patrimoniales privados actúa como persona de derecho privado. En consecuencia, cuando contrata y se obliga ante particulares, ambas partes pueden someterse a las mismas reglas y no puede el Estado tener un lugar de preeminencia..."*

Ahora bien, asumiendo que conforme con el Título Preliminar del Código Tributario, el cual establece los parámetros generales en materia tributaria en nuestro país, el cobro de un "derecho" procede en los casos en que el bien cuyo uso o aprovechamiento ha sido cedido tiene la naturaleza de bien de uso público, la Ley de Tributación Municipal, aprobada por el Decreto Legislativo N° 776 debe ser interpretada guardando coherencia con dicha definición.

En ese sentido, si bien de una interpretación literal del inciso b) del artículo 68° de la citada ley, que define a los derechos como las tasas que debe pagar el contribuyente por el aprovechamiento particular de bienes de propiedad de la municipalidad, podría concluirse que los mismos se generan como consecuencia del uso de cualquier bien de propiedad de la municipalidad, cedido a favor de un particular, sea éste de dominio público o de dominio privado, debe entenderse, partiendo del concepto de tributo, que está referido únicamente al caso de los bienes de uso público y por tanto de dominio público, cuya administración y tutela ha sido concedida según la normatividad a las municipalidades⁸. Así lo ha entendido con anterioridad este Tribunal en sus Resoluciones N°s 075-4-2000, 8296-2-2001, 8299-2-2001 y 265-4-2002 de fechas 2 de febrero de 2000, 4 de octubre de 2001 y 18 de enero de 2002, en las que ha señalado que los bienes a que se refieren las normas antes citadas no son los de dominio privado, sino los bienes de dominio público y que la cesión del uso o disfrute de una entidad pública a favor de particulares respecto de un bien de derecho privado no puede dar origen a un tributo. Este criterio ha sido adoptado por unanimidad mediante Acuerdo de Sala Plena N° 2002-09, según consta en el Acta suscrita el 22 de agosto de 2002.

En el presente caso, la deuda cuya prescripción solicita la recurrente, es la originada por la ocupación del Puesto N° 362 del Mercado Municipal N° Dos ubicado en la Av. Jorge Chávez s/n, Cercado, Santiago de Surco, que se encuentra bajo dominio privado de la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, al no constituir un bien público en los términos establecidos líneas arriba, por lo que el cobro efectuado no tiene naturaleza tributaria.

⁸ Para estos efectos debe tomarse en cuenta que según el numeral 13 del artículo 65° de la Ley Orgánica de Municipalidades, es función de estos entes conservar y administrar los caminos, puentes, plazas, avenidas, paseos, entre otros, con excepción de los que corresponden al Estado conforme a ley.



Tribunal Fiscal

Nº. 05434-5-2002

Por lo antes expuesto, no resulta válido lo señalado por la recurrente, en el sentido que porque el cobro que a título de "merced conductiva" se efectúa a través de la Dirección de Rentas de la municipalidad, éste tiene la naturaleza tributaria, pues como está demostrado, ésta queda limitada por sus características esenciales.

En consecuencia, no corresponde a este Tribunal emitir pronunciamiento en el recurso de apelación formulado, al no tratarse de una materia tributaria.

Finalmente, siendo que a la fecha existe dualidad de criterio toda vez que con anterioridad, mediante la Resolución N° 8012-2-2001 de 26 de setiembre de 2001 este Tribunal ha establecido que la merced conductiva que cobran las municipalidades por el alquiler de los mercados de su propiedad, tiene naturaleza tributaria, mientras que en otras como la Resolución N° 265-4-2002 de 18 de enero de 2002 ha señalado que el cobro efectuado por la municipalidad por el arrendamiento de tiendas, oficinas y bazares ubicados en mercados de su propiedad, al no tener la condición de bien público sino privado, no participa de tal naturaleza, procede que, en aplicación del artículo 154º del Código Tributario, que establece que *"De presentarse nuevos casos o resoluciones con fallos contradictorios entre sí, el Presidente del Tribunal deberá someter a debate en Sala Plena para decidir el criterio que deba prevalecer, constituyendo este precedente de observancia obligatoria, en las posteriores resoluciones emitidas por el Tribunal"*, la presente resolución se emita con el carácter de observancia obligatoria.

Con las vocales Chau Quispe, Olano Silva y Zegarra Mulanovich, e interviniendo como ponente la vocal Chau Quispe.

RESUELVE:

1. **INHIBIRSE** del conocimiento de la apelación interpuesta por la recurrente.
2. **DECLARAR** de acuerdo con el artículo 154º del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por el Decreto Supremo N° 135-99-EF, que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria, disponiendo su publicación en el diario oficial "El Peruano", en cuanto establece el siguiente criterio:

"La prestación efectuada por los particulares a quienes las municipalidades les permiten usar espacios físicos en los mercados de su dominio privado para el desarrollo de actividades comerciales o de servicios no tiene naturaleza tributaria, por lo que este Tribunal no es competente para pronunciarse al respecto".

Regístrate, comuníquese y remítase a la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, para sus efectos.

CHAU QUISPE
VOCAL PRESIDENTA

OLANO SILVA
VOCAL

ZEGARRA MULANOVICH
VOCAL

Ezeta Carpio
Secretario Relator
CHQ/EC/IM/njt.