



Tribunal Fiscal

Nº 09715-4-2008

EXPEDIENTE Nº	4037-2008
INTERESADO	OPERADORA PORTUARIA S.A. – OPORSA
ASUNTO	Queja
PROCEDENCIA	Callao
FECHA	Lima, 12 de agosto de 2008

VISTA la queja presentada por **OPERADORA PORTUARIA S.A. - OPORSA** contra la Autoridad Portuaria Nacional por no elevar su recurso de apelación de puro derecho contra la Resolución de Gerencia General N° 008-2008-APN/GG.

CONSIDERANDO:

Que la quejosa señala que presentó recurso de apelación de puro derecho contra la Resolución de Gerencia General N° 008-2008-APN/GG que determinó deuda por derecho de uso temporal de área acuática y franja costera, y que no obstante tratarse de un tributo conforme con lo señalado en diversas resoluciones de este Tribunal Fiscal, el referido recurso ha sido elevado al Ministerio de Transportes y no a este Tribunal de acuerdo con lo establecido por el Código Tributario.

Que mediante escritos ampliatorios de fechas 6 de mayo y 13 de junio de 2008, expone argumentos referidos a reafirmar que el derecho de uso antes mencionado califica como un tributo y no como una contraprestación económica por el aprovechamiento de un recurso natural.

Que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 155º del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por el Decreto Supremo N° 135-99-EF, la queja se presenta cuando existen actuaciones o procedimientos que afectan directamente o infringen lo establecido en el citado código.

Que el numeral 5 del artículo 101º del mencionado código, establece que son atribuciones del Tribunal Fiscal, resolver las quejas que presenten los deudores tributarios contra las actuaciones o procedimientos que los afecten directamente o infrinjan lo establecido en el citado código.

Que asimismo, la Norma II del Título Preliminar del mencionado código, señala que éste rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos, y que para dichos efectos, el término genérico tributo comprende a los impuestos, contribuciones y tasas.

Que a efecto de emitir pronunciamiento respecto de la queja materia de autos, en la que se alega la no elevación de un recurso impugnatorio de fecha 24 de marzo de 2008 formulado respecto del derecho de vigencia anual por el uso temporal de área acuática y franja costera, concepto determinado al amparo de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, y su reglamento, resulta necesario dilucidar previamente si el pago del referido derecho tiene o no naturaleza tributaria, a fin de determinar si este Tribunal tiene competencia para emitir pronunciamiento sobre la queja formulada.

Que sobre el particular se han suscitado diversas interpretaciones, una primera que señala que el pago del referido derecho de vigencia anual tiene naturaleza concesional y no constituye un tributo, una segunda, que indica que el área acuática y franja costera al ser un bien de uso público, el referido pago de derecho de vigencia anual tiene naturaleza concesional y no constituye un tributo, y una tercera, que ha sido adoptada según el Acuerdo de Sala Plena contenido en el Acta de Reunión de Sala Plena N° 2008-24 de 4 de agosto de 2008, que considera que el mencionado pago del derecho de vigencia anual exigido en virtud del otorgamiento de autorización temporal de uso de área acuática y franja costera, al amparo de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, y su reglamento, es pagado por el uso exclusivo de un bien de dominio público y en consecuencia, tiene naturaleza tributaria, constituyendo un derecho, de acuerdo con lo dispuesto por la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF.

G f M 1



Tribunal Fiscal

Nº 09715-4-2008

Que el referido criterio ha sido adoptado por este Tribunal por los fundamentos siguientes:

La Ley del Sistema Portuario Nacional, Ley N° 27943, publicada el 1 de marzo de 2003 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, publicado el 4 de febrero de 2004, establecen el marco legal de las actividades y servicios que se llevan a cabo en los terminales, infraestructura e instalaciones portuarias, ya sean de iniciativa pública o privada. De acuerdo con la citada ley, ésta es aplicable a todo lo relacionado con las actividades y servicios portuarios¹.

Las normas mencionadas prevén la participación de los particulares en el desarrollo de las actividades mencionadas así como en la construcción o mejoramiento de la infraestructura portuaria para lo cual se ha previsto un sistema de habilitaciones, autorizaciones y licencias portuarias².

Al respecto, el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, establece que las personas naturales o jurídicas que pretendan desarrollar actividades portuarias, incluyendo aquellas que se realicen en áreas acuáticas y franjas costeras³, deberán obtener previamente una autorización para su uso así como una habilitación portuaria.

Asimismo, el inciso a) del artículo 30° de la citada norma, modificado por el Decreto Supremo N° 0041-2007-MTC, publicado el 22 de noviembre de 2007, define a la autorización temporal de uso como aquella que otorga de manera exclusiva al peticionario el derecho a realizar los estudios correspondientes en el área solicitada, así como para realizar obras e instalaciones portuarias de cualquier tipo o para otras labores afines que, por su naturaleza, tengan carácter transitorio. Dicha autorización se otorga por un plazo de dos años y es renovable por uno más y genera la obligación de pagar un derecho de vigencia anual a la Autoridad Portuaria Nacional.

Por otro lado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 101° del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, modificado por Decreto Legislativo N° 953, el Tribunal Fiscal tiene competencia exclusivamente en asuntos de carácter tributario, por lo que es necesario determinar la naturaleza del denominado derecho de vigencia a efecto de establecer la competencia del Tribunal Fiscal, para lo cual debe analizarse el carácter de los bienes que son cedidos en uso temporal así como su régimen jurídico.

¹ Por Decreto Legislativo N° 1022, publicado el 17 de junio de 2008, se modificó el artículo 2° de la Ley N° 27943, estableciéndose que el ámbito de aplicación de la ley son las actividades portuarias y servicios portuarios realizados dentro de las zonas portuarias, así como las competencias y atribuciones de las autoridades vinculadas al Sistema Portuario Nacional, comprendiéndose dentro de su alcance a los puertos, marinas, infraestructuras e instalaciones portuarias de la República así como las actividades y servicios que se realicen dentro de las zonas portuarias. Asimismo, establece que no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la norma los puertos y las infraestructuras e instalaciones portuarias a cargo de las fuerzas armadas en cuanto cumplan fines propios de la defensa nacional, los que se regirán por sus normas pertinentes y que tampoco comprende, las marinas, fondeaderos, zonas de alijo, los muelles y embarcaderos dedicados a brindar facilidades a embarcaciones recreativas y/o deportivas pertenecientes a los clubes náuticos, asociaciones privadas, personas naturales, los muelles, embarcaderos, atracaderos e instalaciones privadas en las que no se realizan actividades ni servicios portuarios, ni los muelles artesanales pesqueros, ni muelles pesqueros pertenecientes a empresas pesqueras, todos los que se regirán por la normativa correspondiente emitida por la Autoridad Marítima.

² La citada ley creó la Autoridad Portuaria Nacional como un Organismo Público Descentralizado, encargado del Sistema Portuario Nacional, adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, dependiente del Ministro, con personalidad jurídica de derecho público interno, patrimonio propio, y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica, y financiera, y facultad normativa por delegación del Ministro de Transportes y Comunicaciones. Asimismo, el artículo 9° de la citada ley dispone que la referida autoridad es la competente para autorizar el inicio de obras de construcción o ampliación de puertos y que el reglamento establecerá los requisitos, derechos y obligaciones, así como los procedimientos correspondientes.

³ De acuerdo con lo dispuesto por la vigésimo sexta disposición transitoria y final de la Ley del Sistema Portuario Nacional, el área de desarrollo portuario comprende la franja costera de 50 metros hacia tierra, medida según se trate de la costa marítima o de las riberas fluviales y lacustres. En el primer caso, medida desde la línea de la más alta marea y en el segundo, desde la línea de más alta crecida ordinaria.



Tribunal Fiscal

Nº 09715-4-2008

Al respecto, el artículo 73° de la Constitución establece que los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles y que los bienes de uso público pueden ser concedidos conforme a ley para su aprovechamiento económico⁴.

Sobre el dominio público, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00003-2007-PC/TC, publicada el 24 de enero de 2008, ha señalado que es una técnica de intervención mediante la que se afectan a una finalidad pública determinada (ya sea el uso o el servicio público) ciertos bienes de titularidad pública⁵, dotándoles de un régimen jurídico de protección y utilización de derecho administrativo⁶.

Agrega el citado Tribunal que de acuerdo con la finalidad pública que motiva la afectación, se puede distinguir entre bienes destinados al "uso público" y "al servicio público". Los primeros son aquellos que integran el demanio marítimo e hidráulico así como los caminos, calles, paseos, puentes, parques y las demás obras públicas de aprovechamiento o utilización general. Por otro lado, son bienes de servicio público los edificios que sirven de soporte a la prestación de cualquier servicio público, como por ejemplo, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte⁷.

En ese sentido, los bienes de dominio público del Estado "son aquéllos que han sido reservados al Estado como ente colectivo que ejerce el poder político, y que no son susceptibles de ser transferidos a personas particulares por ningún derecho"⁸. De acuerdo con el régimen jurídico que les es aplicable, dichos bienes se encuentran fuera del tráfico jurídico y gozan de las características de inalienabilidad, imprescriptibilidad y no pueden ser susceptibles de gravamen. Debe agregarse a ello que los referidos bienes conservan la característica de inalienables mientras no se produzca su desafectación, desvinculándolos del uso público y en dicho momento, el bien será transferido al dominio privado del Estado⁹.

⁴ Cabe anotar que el Código Tributario al definir a los derechos hace referencia a bienes públicos y no a bienes de dominio público, lo que se explica en el hecho que el texto de la norma se viene recogiendo desde la vigencia de la Constitución Política de 1979, que hacía referencia a los bienes públicos. En efecto, el artículo 128° de la citada norma señalaba que los bienes públicos, cuyo uso es de todos, no eran objeto de derechos privados.

⁵ En el mismo sentido véase: DROMI, R., *Derecho Administrativo*, Tomo II, Gaceta Jurídica, 2005, Lima, p. 132 y ss.

⁶ La expresión dominio público podría ser interpretada como un conjunto de bienes, sin embargo, debe considerarse que dicha expresión es entendida como soporte jurídico de potestades que permite a la Administración controlar a quienes utilizan las cosas que son calificadas como públicas, ordenándolos para que se actúe de acuerdo con los intereses generales. Al respecto véase JIMÉNEZ MURILLO, R., en: *La Constitución Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2005, Lima, pp. 959 y ss. Por tanto, debe diferenciarse al dominio público de los bienes de dominio público.

⁷ Cabe anotar que el artículo 3° de la Ley N° 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, publicada el 14 de diciembre de 2007, establece que son bienes estatales "los bienes muebles e inmuebles, de dominio privado y de dominio público, que tienen como titular al Estado o a cualquier entidad pública que conforma el Sistema Nacional de Bienes Estatales, independientemente del nivel de gobierno al que pertenezcan". Por otro lado, el artículo 2° del Reglamento de la citada norma, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, publicado el 15 de marzo de 2008, establece que son bienes de dominio público aquellos bienes estatales, destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, estadios, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado. Tienen el carácter de inalienables e imprescriptibles. Sobre ellos, el Estado ejerce su potestad administrativa, reglamentaria y de tutela conforme a ley.

⁸ Al respecto, véase: RUBIO CORREA, M., *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo III, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, Lima, pp.387 y ss.; PARADA, R., *Derecho Administrativo*, Tomo III, Marcial Pons, 2004, p.10.

⁹ Sobre el particular, véase el análisis del artículo 73° de la Constitución elaborado por JIMÉNEZ MURILLO, R., en: *La Constitución...* pp. 959 y ss.



Tribunal Fiscal

Nº 09715-4-2008

Por su parte, los bienes de uso público, "especie de los bienes de dominio público: son aquellos destinados a que los use cualquier persona dentro del territorio porque esa es su finalidad"¹⁰. Así, los bienes de uso público son bienes de dominio público destinados al uso de todos los ciudadanos, siendo susceptibles de ser aprovechados económicamente por particulares si es que el Estado concede ese derecho¹¹.

El Decreto Ley N° 17752, Ley General de Aguas, publicado el 25 de julio de 1969, establece que las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible. Asimismo, dispone que no hay propiedad privada de las aguas ni derechos adquiridos sobre ellas y que el uso justificado y racional del agua, sólo puede ser otorgado en armonía con el interés social y el desarrollo del país.

Asimismo, señala que sus disposiciones comprenden las aguas marítimas, terrestres y atmosféricas del territorio y espacio nacionales; en todos sus estados físicos, entre ellas, las del mar, que se extiende hasta las doscientas millas. Agrega que son de propiedad inalienable o imprescriptible del Estado: a) La extensión comprendida entre la baja y la alta marea, más una faja no menor de 50 metros de ancho paralela a la línea de alta marea, lo cual constituye la franja costera, los terrenos marginales marítimos que se reservan por razones de seguridad nacional o uso público y los álveos o cauces de las aguas, entre otros. Por tanto, se considera que las aguas sin excepción alguna forman parte del dominio público y están destinadas a un uso público, del mismo modo que la franja costera.

A su vez, la Ley del Sistema Portuario Nacional, en el artículo 5°, identifica los bienes de dominio público portuario del Estado y en concordancia con ello, el artículo 15° de su reglamento establece que pertenecen al dominio público portuario, los puertos y terminales portuarios de titularidad pública, los espacios de agua en la zona portuaria, incluyendo las estaciones de prácticos, la infraestructura e instalaciones de los puertos y terminales portuarios de titularidad pública, entre otros.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 8° de la citada ley, la autoridad portuaria nacional y la autoridad portuaria regional afectan un conjunto de espacios terrestres, áreas acuáticas, franjas y terrenos ribereños e infraestructura portuaria, para el desarrollo de actividades y prestación de servicios portuarios, lo cual es un requisito previo para la obtención de autorizaciones portuarias destinadas al inicio de obras de construcción o ampliación de un puerto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° de la misma ley. Conforme con esta última norma, la autoridad portuaria comprobará previamente la idoneidad técnica de los proyectos presentados y su conformidad con los lineamientos de Política Portuaria Nacional y el Plan Nacional de Desarrollo Portuario, y otorgará las autorizaciones que define la disposición transitoria y final vigésimo sexta de la ley¹², siendo que el reglamento establecerá los requisitos, derechos y obligaciones, así como los procedimientos correspondientes.

En concordancia con ello, el artículo 29° del reglamento de la citada ley establece que las personas naturales o jurídicas que pretendan desarrollar actividades portuarias, incluyendo

¹⁰ Al respecto véase: RUBIO CORREA, M., *Estudio...*, p. 389.

¹¹ A diferencia de los bienes de dominio público, los bienes de dominio privado del Estado, son aquellos bienes estatales que siendo de propiedad del Estado o de alguna entidad pública, no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público, y respecto de los cuales sus titulares ejercen el derecho de propiedad con todos sus atributos.

¹² La citada disposición contiene el glosario de términos de la norma, estableciendo que la autorización es el acto administrativo mediante el cual la autoridad portuaria nacional confiere a una persona jurídica constituida o domiciliada en el país, la autorización para el inicio de las obras de construcción o ampliación de un puerto.



Tribunal Fiscal

Nº 09715-4-2008

aquellas a realizarse en áreas acuáticas y franjas costeras deberán obtener previamente una autorización para el uso de áreas acuáticas y franja costera¹³ y una habilitación portuaria¹⁴.

Tal como se señalara precedentemente, el inciso a) del artículo 30° del mencionado reglamento señala que la autorización temporal de uso de área acuática y franja costera otorga al peticionario el derecho a realizar los estudios correspondientes en el área solicitada, así como realizar obras e instalaciones portuarias de cualquier tipo o para otras labores afines que, por su naturaleza, tengan carácter transitorio. Esta autorización da derecho al uso temporal de las aguas y franjas costeras y a la obtención de servidumbres temporales. Agrega el inciso citado que la referida autorización temporal tiene carácter exclusivo y se otorga por un plazo máximo de dos años, renovables por un año más, y que el otorgamiento de la autorización temporal de uso obliga al administrado a cancelar a la Autoridad Portuaria Nacional un derecho de vigencia anual.

En consecuencia, puede concluirse que el derecho de vigencia es pagado por los particulares por un derecho temporal y exclusivo para usar un bien que constituye parte del dominio público, lo cual se refleja en los considerandos del Decreto Supremo N° 041-2007-MTC, publicado el 22 noviembre 2007, que modificó el reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, pues de su lectura se aprecia que se consideró que era necesario disponer dicho pago respecto de las autorizaciones temporales de uso de área acuática y franja costera conferidas a personas naturales y jurídicas con respecto de áreas de dominio público del Estado, pues si bien tienen carácter temporal, ameritan una retribución al Estado por su uso¹⁵.

Es del caso precisar que si bien la Ley del Sistema Portuario Nacional ha optado por denominar al derecho bajo análisis como "derecho de vigencia", éste no comparte las características bajo las cuales ha sido regulado el derecho de vigencia que debe pagarse a efecto de mantener vigente las concesiones mineras¹⁶, motivo por el cual no puede

¹³ De acuerdo con lo dispuesto por la vigésimo sexta disposición transitoria y final de la Ley del Sistema Portuario Nacional, el área de desarrollo portuario comprende la franja costera de 50 metros hacia tierra, medida según se trate de la costa marítima o de las riberas fluviales y lacustres. En el primer caso, medida desde la línea de la más alta marea y en el segundo, desde la línea de más alta crecida ordinaria.

¹⁴ Por habilitación debe entenderse la afectación de un conjunto de espacios terrestres, área acuática, franjas y terrenos ribereños e infraestructura portuaria, para el desarrollo de actividades y prestación de servicios portuarios, de acuerdo con lo establecido por el artículo 8° de la Ley N° 27943. Asimismo, el artículo 35° del reglamento de la referida ley establece que la habilitación portuaria califica un espacio acuático y terrestre para operar como puerto y/o terminal portuario de uso público o privado y autoriza el inicio de obras de construcción o ampliación. La habilitación portuaria constituye requisito para que otras autoridades otorguen permisos o derechos para realizar actividades y prestar servicios portuarios generales.

¹⁵ Cabe señalar que si bien podría interpretarse que el derecho de vigencia bajo comentario es pagado por el aprovechamiento de recursos naturales (agua y suelo), es decir, para retribuir al Estado por la explotación de dichos recursos, debe tomarse en cuenta que la autorización temporal de uso de área acuática y franja costera es otorgada en función a un espacio (área, medida en metros cuadrados) y no en función a volúmenes de materia aprovechada o explotada. Asimismo, la finalidad de la Ley del Sistema Portuario Nacional y su reglamento no es normar, regular o supervisar el uso sostenible y conservación de algún recurso natural sino que establecen el marco legal de actividades y servicios relacionados con la infraestructura e instalaciones portuarias. Así, de acuerdo con lo establecido por el artículo 28° de la Ley N° 26821: "El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables consiste en la explotación eficiente de los mismos, bajo el principio de sustitución de valores o beneficios reales, evitando o mitigando el impacto negativo sobre otros recursos del entorno y del ambiente", siendo que de acuerdo con lo establecido por el reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, la autorización temporal de uso de área acuática y franja costera solo autoriza a la elaboración de estudios e instalaciones temporales y en ningún caso autoriza a la explotación de recurso natural alguno.

¹⁶ El derecho de vigencia contemplado por la Ley General de Minería, es cancelado para evitar la caducidad de denuncias, peticiones y concesiones, siendo que en el caso de la concesión, esta otorga el derecho a explorar y explotar los recursos minerales. En cambio la autorización objeto de análisis no otorga tal derecho y en ese sentido, el artículo 30° del reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, establece que en el caso de la autorización definitiva de uso de área acuática y franja costera, no está permitido realizar explotación alguna de recursos naturales, regla que con mayor razón deberá ser aplicada en el supuesto de la autorización temporal.



Tribunal Fiscal

Nº 09715-4-2008

extendérselas las conclusiones que al respecto ha realizado el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente N° 00003-2007-PC/TC, antes mencionada.

En otros términos, el derecho de vigencia conforme con la Ley del Sistema Portuario Nacional es pagado por el uso temporal y exclusivo de un bien de dominio público (el área acuática y la franja costera), diferenciándose de otros conceptos que tienen origen concesional.

Ahora bien, corresponde determinar si el derecho de vigencia anual por la autorización temporal de uso de área acuática y franja costera goza de naturaleza tributaria.

Al respecto, el artículo 74° de la Constitución establece que "*Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo*".

Por su parte, la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, establece que el término tributo comprende el impuesto, la contribución y la tasa. A esta última la define como el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. Asimismo, precisa que las tasas pueden ser arbitrios, derechos y licencias, definiéndose a los derechos como tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

Como se aprecia, el Código Tributario no establece una definición general de tributo, sino que solo define sus clases (impuesto, contribución y tasa). Es por ello que resulta conveniente acudir a la definición de la doctrina, según el cual, el tributo es una obligación jurídica pecuniaria *ex lege*, que no constituye sanción por un 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 ley¹⁷. Asimismo, se le define como "*una prestación pecuniaria de carácter coactivo impuesta por el Estado u otro ente público con el objeto de financiar gastos públicos*"¹⁸.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido por el Código Tributario, el tributo comprende, entre otros, a los derechos, que son tasas que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

En ese sentido, conforme con el Código Tributario, los derechos son tasas que se pagan por el uso o aprovechamiento de los bienes que son de uso público y por tanto de dominio público, justificándose su cobro por el aprovechamiento particular o privativo de dichos bienes¹⁹.

¹⁷ Al respecto, véase: ATALIBA, G.: *La Hipótesis de incidencia tributaria*, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1985, Lima, p. 37.

¹⁸ Sobre este punto, véase: PÉREZ ROYO, F.: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, Civitas, 2000, Madrid. p.33. En similar sentido, véase PLAZAS VEGA, M.: *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*, Temis, 2000, Santa Fe de Bogota, p. 572. Por otro lado, FERREIRO LAPATZA, define al tributo como "*una obligación de dar una suma de dinero establecida por Ley, conforme al principio de capacidad, a favor de un ente público para sostener sus gastos*". Al respecto, véase: FERREIRO LAPATZA, J.: *Curso de Derecho Financiero Español*, Vol. I, Marcial Pons, 2003, Madrid, pp. 182 y ss.

¹⁹ Cabe señalar que si bien cierto sector de la doctrina califica los ingresos que el Estado percibe por el uso de bienes de dominio público como recursos patrimoniales distintos a los tributarios, nuestro Código Tributario ha optado por considerarlos como recursos tributarios a la sumas que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes de dominio público. Ello ha sido advertido por este Tribunal en diversas Resoluciones tales como las N° 796-1-99, 1438-5-2002, 5434-5-2002 y 12154-7-2007, al comentar sobre la clasificación del tributo adoptada por el ordenamiento legal peruano.

K f M 9 6



Tribunal Fiscal

Nº 09715-4-2008

Sobre el particular, FERREIRO LAPATZA afirma que el dominio público puede ser objeto de un uso privativo cuando ocurre una ocupación de una porción de dicho dominio, de modo que se limite o excluye la utilización del mismo por otros interesados. En estos casos, agrega el citado autor, el uso especial o privativo comporta una ventaja para aquel al que la Administración ha autorizado tal uso, lo cual puede y debe constituir el presupuesto de hecho de la obligación de realizar una prestación de carácter público impuesta por la ley, es decir, de pagar un tributo, específicamente, una tasa²⁰.

Conforme se advierte de las normas citadas, el pago del derecho de vigencia anual establecido por el inciso a) del artículo 30° del Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional, es exigido por el Estado en virtud del uso temporal de bienes de dominio público del Estado, como son las aguas y las franjas costeras, calificando como un derecho al amparo de lo dispuesto por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario. Por lo expuesto, el pago del derecho de vigencia bajo análisis tiene naturaleza tributaria, siendo el Tribunal Fiscal competente para resolver los casos que se presenten al respecto.

Que es preciso indicar que el mencionado criterio tiene carácter vinculante para todos los vocales del Tribunal Fiscal, conforme con lo establecido por el Acta de Reunión de Sala Plena N° 2002-10 de 17 de setiembre de 2002, en base a la cual se emite la presente resolución.

Que asimismo, conforme con lo aprobado por Acuerdo que consta en el Acta de Reunión de Sala Plena N° 2008-24 el criterio adoptado se ajusta a lo previsto por el artículo 154° del Código Tributario, por lo que corresponde que se emita una resolución de observancia obligatoria, disponiéndose su publicación en el diario oficial El Peruano.

Que estando al criterio expuesto, este Tribunal resulta competente para emitir pronunciamiento sobre la queja formulada.

Que ahora bien, obra a fojas 14 a 22, copia del escrito presentado por la quejosa el 24 de marzo de 2008 ante la Autoridad Portuaria Nacional que motiva la presente queja, mediante el cual se impugna la Resolución de Gerencia General N° 008-2008-APN/GG de 3 de enero de 2008 (fojas 23 y 24), que dispuso que la quejosa cancele por derecho de vigencia por la autorización del uso temporal de áreas acuáticas y franja costera del período de 23 de noviembre a 31 de diciembre de 2007, la suma de S/.386,881.30, en el plazo de 30 días calendario.

Que de la revisión del referido escrito se observa que lo formulado por la quejosa fue un recurso de reclamación contra la referida Resolución de Gerencia General N° 008-2008-APN/GG, lo que se corrobora del propio tenor del escrito al que denominó "recurso de reclamación", de la base legal consignada por la quejosa, cuales son los artículos 132°, 135° y 137° del Código Tributario que se encuentran referidos al recurso de reclamación, el encontrarse dirigido a la Administración que emitió el acto que la quejosa considera lesionó su derecho, y menciona que corresponde al Tribunal Fiscal resolver en última instancia dicho reclamo, de lo cual se advierte la expectativa de la quejosa de que la Administración como entidad emisora del acto recurrido, emitiese pronunciamiento en primera instancia respecto del procedimiento contencioso iniciado por ella.

Que en tal sentido, no correspondía que dicho recurso sea elevado a este Tribunal, conforme con lo dispuesto en los artículos 133° y 143° del Código Tributario²¹, por lo que procede declarar infundada la queja presentada.

²⁰ Sobre el particular, véase, FERREIRO LAPATZA, J.: *Curso...*, pp.164 y ss.

²¹ El artículo 133° del Texto Único Ordenado del Código Tributario, modificado por Decreto Legislativo N° 953, señala que conocerán de la reclamación en primera instancia: 1. La SUNAT respecto a los tributos que administre, 2. Los Gobiernos Locales y 3. Otros que la ley señale.

6 8 M M 7



Tribunal Fiscal

Nº 09715-4-2008

Con las vocales Flores Talavera, Pinto de Aliaga y Márquez Pacheco, e interviniendo como ponente la vocal Márquez Pacheco.

RESUELVE:

1. DECLARAR INFUNDADA la queja presentada.
2. DECLARAR que de acuerdo con el artículo 154° del Texto Único Ordenado del Código Tributario aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF, la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria, disponiéndose su publicación en el diario oficial El Peruano en cuanto establece el siguiente criterio:

"El pago de derecho de vigencia anual exigido en virtud del otorgamiento de autorización temporal de uso de área acuática y franja costera al amparo de la Ley N° 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, modificado por Decreto Supremo N° 041-2007-MTC, es pagado por el uso exclusivo de un bien de dominio público y en consecuencia, tiene naturaleza tributaria, constituyendo un derecho, de acuerdo con lo dispuesto por la Norma II de del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF".

Regístrate, comuníquese y remítase a la Autoridad Portuaria Nacional, para sus efectos.

FLORES TALAVERA
VOCAL PRESIDENTA

PINTO DE ALIAGA
VOCAL

MÁRQUEZ PACHECO
VOCAL

Moreno de la Cruz
Secretario Relator
MP/SG/mgp

Asimismo, el artículo 143° del mencionado Código Tributario, dispone que el Tribunal Fiscal es el órgano encargado de resolver en última instancia administrativa las reclamaciones sobre materia tributaria, general y local, inclusive la relativa a las aportaciones a ESSALUD y a la ONP, así como las apelaciones sobre materia de tributación aduanera.