

Lex Negotii III

La selección de los mejores
artículos para el abogado de hoy



Asociación Nacional
de Abogados de Empresa,
Colegio de Abogados, A.C.



Dofiscal®

de hoy, una que no se puede hacer de otro modo, que sea administrativamente y más sabiduría que las contribuciones.

Montesquieu

Pago de derechos por el uso, goce, aprovechamiento o explotación del espectro radioeléctrico²

*Fernando Pérez Noriega y
Juvenal Lobato Díaz³*

Pago de derechos por el uso, goce, aprovechamiento o explotación del espectro radioeléctrico

del espectro radioeléctrico

*Fernando Pérez Noriega y
Juvenal Lobato Díaz*

¹ Charles-Louis de Secondat, Señor de La Brède y Barón de Montesquieu. *Del Espíritu de las Leyes*. Ed. Porrúa, México, 2001. Pág. 187.

² Caracterización del Artículo Primero Transitorio del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos", publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de noviembre de 2005.

³ Socios de la Firma Pérez Noriega y Asociados, S.C. y socios de la ANADE, Colegio de Abogados y Titulares de la Firma Pérez Noriega y Asociados, S.C.

No hay nada que los gobernantes deban calcular con más prudencia y más sabiduría que las contribuciones.

Montesquieu¹

Pago de derechos por el uso, goce, aprovechamiento o explotación del espectro radioeléctrico²

Fernando Pérez Noriega y
Juvenal Lobato Díaz³

INTRODUCCIÓN

Dentro del paquete de reformas fiscales para 2010, aprobado por el Congreso de la Unión el año pasado, se discutieron una serie de modificaciones a la Ley Federal de Derechos. En particular, existió un tema que generó un debate singular entre las fuerzas políticas, así como una serie de manifestaciones en pro y en contra de los diversos actores involucrados en el tema.

Dicho tema fue el establecimiento de una llamada "*vacatio legis*" respecto al cobro de derechos por el otorgamiento de uso, goce, aprovechamiento o explotación de un bien de dominio público de la Nación, en este caso, diversos bloques de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico comprendidas en los rangos de frecuencias de 1710 MHz a 1770 MHz y de 2110 MHz a 2170 MHz (que permiten brindar el llamado

¹ Charles-Louis de Secondat, Señor de La Brède y Barón de Montesquieu. *Del Espíritu de las Leyes*, Ed. Porrúa, México, 2001, Pág. 197.

² Inconstitucionalidad del Artículo Primero Transitorio del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos", publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de noviembre de 2009.

³ Socios de la Firma Pérez Noriega y Asociados, S.C. y asociados de la ANADE, Colegio de Abogados.

servicio de “triple play”) que el Ejecutivo Federal licitará en este año y el siguiente.

El debate se suscitó, ya que *de facto*, lo que se genera con esa pretendida “*vacatio legis*” es permitir a los particulares que obtengan, en su momento, las concesiones o permisos sobre dichas bandas de frecuencias que **no realicen el pago de los derechos correspondientes** por un determinado lapso, que varía dependiendo del momento del otorgamiento de la concesión, **a pesar de contar con tal concesión o permiso** y, por tanto, estar usando, gozando, aprovechando o explotando un bien del dominio público de la Nación, *so pretexto* de una pretendida “*vacatio legis*”.

Así, la norma cuyo contenido se considera contrario al texto constitucional, misma que debe relacionarse con la adición del artículo 244-E de la Ley Federal de Derechos, generó que las distintas fuerzas políticas representadas en el Congreso, al interior de cada una de ellas, dividieran sus votos. Asimismo, existió la posibilidad que la reforma propuesta se enviara al siguiente periodo de sesiones, por los diferendos originados en su discusión.

Al respecto, consideramos que el citado debate se dio debido a que la reforma envuelve dos aspectos fundamentales y de actualidad: por un lado, el desarrollo tecnológico de las telecomunicaciones, particularmente, en materia de telefonía móvil, cuyo beneficiario, en principio, es la población en general, a través del uso, goce, aprovechamiento o explotación de bienes de dominio público que hacen de ellos ciertos particulares y, por otro, el tema recaudatorio generado con motivo del gravamen a los potenciales concesionarios o permisionarios que se verán beneficiados de manera lucrativa por la disposición de tales bienes.

Por lo que se refiere al desarrollo tecnológico, estamos en presencia de la licitación de diversos bloques de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio de acceso inalámbrico que contribuyen a un mayor desarrollo de la telefonía móvil con servicios agrandados, esto es, que permiten no sólo un mejor servicio de comunicación e intercambio de datos (escrito y verbal), sino una mejor conectividad a la red global mundial, conocida como “Internet” (*world wide web*), así como la posibilidad de tener acceso a la televisión, vía un dispositivo móvil, conocido como “celular” o “teléfono móvil”, lo que de suyo y considerando la utilización que tiene en nuestro país este medio de comunicación, implica un aspecto que debe ser regulado cuidadosamente, sobre todo, a la luz del texto de nuestra Constitución.

Respecto al punto relativo al impacto recaudatorio, es necesario mencionar que el uso, goce, aprovechamiento o explotación de bienes de dominio público de la Nación por parte de particulares que reciben

una concesión o permiso para ello (concesionarios o permisionarios) debe ser remunerado, ya que están obteniendo un lucro con dichas actividades y, por tanto, resulta claro que no puede dejar de cobrarseles algún tipo de gravamen por realizar tales actividades al utilizar un bien que es de todos los mexicanos.

Normalmente y en particular en nuestro país, la forma de gravar o retribuir al Estado la explotación de dichos bienes por parte de un particular que, a su vez, tendrá una ganancia o utilidad por ello, es a través del pago de "derechos" (lo que en otros países se conoce como "tasas", por ejemplo).

En otras palabras, los derechos se cubren, entre otros aspectos, "por el uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público de la Nación" y deben cumplir con ciertos principios constitucionales, encontrando su justificación, básicamente, en que quienes usan o aprovechan tales bienes son particulares que, por su parte, obtienen un lucro a costa de un bien público que es de todos los mexicanos.

En virtud de lo anterior, para el Estado no sólo resulta congruente y obligatorio fomentar el desarrollo tecnológico del país, pero sin perder de vista, en el caso particular, que éste debe ir de la mano con la retribución por la explotación de bienes de dominio público, como ha venido sucediendo.

En este sentido, lo que, en nuestra opinión, se hace con la norma en análisis, más que establecer una "vacatio legis", es otorgar un auténtico periodo de gracia o privilegio impositivo a los nuevos concesionarios o permisionarios de bandas del espectro radioeléctrico respecto del pago de los derechos que, en principio, les correspondería cubrir, lo que desde nuestro punto de vista vulnera el Pacto Federal consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Lo anterior, lo demostraremos dividiendo nuestro análisis en dos puntos fundamentales: primero, que no se trata de una "vacatio legis", sino de una verdadera exención tributaria y, segundo, que tal exención tributaria deviene en inconstitucionalidad.

NO SE TRATA DE UNA "VACATIO LEGIS", SINO DE UNA EXENCIÓN TRIBUTARIA

En efecto, a pesar de que una mayoría de Diputados y Senadores de la República al emitir el artículo 244-E de la Ley Federal de Derechos, igualmente, determinaron, mediante la disposición transitoria citada, una "vacatio legis" sobre el mismo, esto no puede ser calificado de tal manera, **puesto que se no se trata de un lapso prudente para que las personas a las que va dirigida la norma sustantiva (artículo**

244-E) la conozca y analicen, sino de una verdadera exención tributaria que crea un privilegio económico injustificado, desde un punto de vista constitucional y legal, en virtud de que los potenciales concesionarios o permisionarios de las bandas de frecuencia descrita dejarán de cubrir de *facto* y de manera temporal el monto de derechos que se haya generado por el uso, goce, aprovechamiento o explotación del citado bien del dominio público.

Al respecto, es necesario mencionar que el artículo 244-E de la Ley Federal de Derechos establece que los concesionarios y permisionarios de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico están obligados a pagar anualmente el Derecho por el uso, goce, aprovechamiento o explotación de bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico, por cada región en la que operen y por cada kilohertz concesionado o permisionado. Además, que dicho Derecho se cubrirá con independencia del diverso que se está obligado a pagar por el otorgamiento de las concesiones correspondientes (artículo 14 de la Ley Federal de Telecomunicaciones), esto es, se trata de un Derecho que debe cubrirse por el servicio de otorgamiento de las concesiones (derecho por servicios) y otro por el uso, goce, aprovechamiento o explotación del bien de dominio público concesionado (derechos por el uso de bienes de dominio público).

Por su parte, el Artículo Primero Transitorio cuya validez constitucional se cuestiona, establece que el Derecho por el uso de bienes de dominio público que autoriza a cobrar el diverso 244-E “no entrará en vigor”, hasta dos momentos diferentes, que dependerán de la fecha en que se otorgue la concesión respectiva, hasta el 1 de enero de 2012 (para las concesiones otorgadas a más tardar el 30 de noviembre de 2010) y el 1 de enero de 2013 (cuando las concesiones se otorguen después del 1 de diciembre de 2010).

Ahora bien, en nuestra opinión, la anterior disposición no contempla una “*vacatio legis*” para el artículo 244-E de la Ley Federal de Derechos, sino un auténtico privilegio fiscal, injustificado constitucionalmente hablando, ya que se autoriza a que los particulares que obtengan una concesión o permiso sobre los bloques de las citadas bandas de frecuencia no paguen el Derecho que les correspondería por el uso de un bien de dominio público, a pesar de ya contar con tal concesión y, por tanto, con el uso del espectro radioeléctrico concesionado.

Para corroborar la aseveración anterior es necesario conocer cuál es el significado de la llamada “*vacatio legis*”, para lo cual resulta oportuno acudir a la Enciclopedia Jurídica Mexicana que la define como “*el periodo que media entre la publicación de la ley y su entrada en vigor (...) La vacatio legis responde a la idea de que debe haber un término durante el cual quienes deben cumplir la ley puedan enterarse de su*

contenido y obedecerla consecuentemente. Transcurrido este plazo, la ley obliga para todos lo que se encuentren en su hipótesis normativa, haciéndose evidente el principio de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento.”

Para el maestro García Maynez, la “*vacatio legis*” (*Introducción al Estudio del Derecho*, 48 ed., Ed. Porrúa, México, 1996) es el “**término durante el cual racionalmente se supone que los destinatarios del precepto estarán en condiciones de conocerlo y, por ende, cumplirlo**” (p. 57)

Al respecto, resulta aplicable la tesis I.6o.C.30 K del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* IV, diciembre de 1996, página 479, registro electrónico 199,994):

VACATIO LEGIS

La **vacatio legis** es el lapso de tiempo (**sic**) que debe existir entre la publicación de una norma legal y su entrada en vigor, ello **con el objeto de que la ley pueda ser conocida suficientemente**, antes de que adquiera fuerza obligatoria.

(Énfasis añadido.)

Por su parte, Arrijoa Vizcaíno (*Derecho Fiscal*, 18ª ed., Ed. Themis, México, 2004) establece que:

...la prudencia y las normas más elementales de buen gobierno aconsejan dejar que transcurra un **cierto lapso entre la publicación y la iniciación de la vigencia, a fin de que las mismas puedan ser estudiadas, analizadas y ponderadas por sus destinatarios y por la ciudadanía en general.** Casi siempre, una nueva norma tributaria implica múltiples cambios en la contabilidad y en la planeación financiera de los causantes, por lo que este lapso –que en derecho se denomina *vacatio legis*– es de vital importancia para que los contribuyentes se encuentren en condiciones de cumplir con debida forma con los nuevos deberes fiscales que la ley de que se trate les imponga (p. 42).

Tal y como se aprecia de las transcripciones anteriores, la “*vacatio legis*” no tiene otro objeto o fin más que el de conceder a los destinatarios de la norma un tiempo suficiente para que la conozcan y, por tanto, estén en condiciones de cumplirla, pero no para conceder prerrogativas que desnaturalicen la propia norma sustantiva que regulan.

Así, en particular, en materia tributaria la *“vacatio legis”* implica conceder un tiempo prudencial tanto para el contribuyente como para la autoridad fiscal para que conozcan los alcances de la norma aprobada por el legislador, más no para establecer una falta de cumplimiento de una obligación tributaria, una vez que ésta ha nacido y se ha determinado, ya que ello implica, en todo caso, una forma de exención velada.

Con lo anterior, se estaría, por lo menos, atentando contra la naturaleza de la figura de la *“vacatio legis”*, dándole un alcance que no le corresponde.

Lo anterior se corrobora, incluso, con algunas de las aseveraciones contenidas en el Dictamen de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados que incluyó la propuesta de reforma que nos ocupa, donde se afirma, por ejemplo, que *“(...) la propuesta de mérito plantea una vacatio legis para los derechos, a efecto de que entren en vigor el 1 de enero de 2012, cuando las concesiones correspondientes se otorguen a más tardar el 30 de noviembre de 2010 y el 1 de enero de 2013, cuando dichas concesiones se otorguen después del 1 de diciembre de 2010”*, de lo que se desprende, por un lado, que la *“vacatio legis”* se hace sobre *“los derechos per se”* y no sobre la norma que los establece, y, por otro, presupone que los derechos se generarían y, por tanto, de acuerdo con ese lapso de gracia, dejarían de cubrirse.

De igual manera, se afirma que *“la vacatio legis que se plantea constituye un incentivo no sólo en la adquisición de las concesiones relativas a las bandas de frecuencias de mérito, sino como una manera de promover la pronta y debida inversión en dicho rubro, lo que redundará en un eficaz uso del bien concesionado, permitiendo la modernización de las telecomunicaciones en el país”*, ¿cuándo se ha visto que en el sistema jurídico mexicano la *“vacatio legis”* constituye un *“incentivo”*?, esa no es su finalidad, y lo único que demuestra dicha afirmación es la intención velada de constituir un verdadero privilegio fiscal discordante con nuestro texto constitucional.

En ese sentido, en el precepto que nos ocupa, no puede hablarse de una *“vacatio legis”*, pues ésta, en todo caso, se hubiese dado desde el momento en que se publicó, esto es, el 27 de noviembre de 2009 y hasta su entrada en vigor general, es decir, el 1 de enero de 2010; y lo que se presenta a partir de esta fecha y el 1 de enero de 2012 y el 1 de enero de 2013, es una verdadera exención en el pago de los derechos correspondientes, ya que la hipótesis de causación de los mismos se actualiza desde el momento en que los concesionarios o permisionarios usan, gozan, aprovechan o explotan las bandas de frecuencia del espectro radioeléctrico por cada región en la que operen y por cada kilohertz concesionado o permisionado, cuyo pago, de acuerdo con lo estableci-

PAGO DE DERECHOS POR EL USO, GOCE, APROVECHAMIENTO O...

do por el artículo 244-E de la Ley Federal de Derechos, debe realizarse anualmente.

En efecto, la obligación tributaria relativa al pago de derechos que nos ocupa, su pago es el que se está exentando, vía una mal llamada “*vacatio legis*”.

En este orden de ideas y con independencia de ahondar con más detalle en el tema líneas más adelante, es fundamental mencionar, cuando menos, algunas ideas sobre la naturaleza de un Derecho y, particularmente, de su hecho imponible, lo que nos permitirá acreditar, contrario a lo sostenido por los órganos legislativos señalados, que estamos en presencia de una norma de exención y no de una “*vacatio legis*”; para tal efecto, hay que acudir a lo establecido en la fracción IV del artículo 2 del Código Fiscal de la Federación y al artículo 1 de la Ley Federal de Derechos que definen a los derechos como las contribuciones establecidas en la ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, así como por recibir los servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público, excepto cuando se presten por organismos descentralizados u órganos desconcentrados siempre que, en este último caso, se trate de contraprestaciones que no se prevén en la Ley Federal de Derechos y, asimismo, son derechos las contribuciones a cargo de los organismos descentralizados por prestar servicios exclusivos al Estado.

De este modo, el legislador ha establecido dos clases de derechos:

- a) Los que se refieren a las contribuciones cuyo presupuesto de hecho se actualiza cuando el particular recibe los servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público (derechos por servicios), y
- b) Cuando se trata de contribuciones cuyo presupuesto de hecho se actualiza cuando el particular aprovecha los bienes del dominio público de la Nación (derechos por uso de bienes del dominio público).

En ese sentido, Margáin Manautou (*La base imponible*, Ed. Porrúa, México, 2009) establece que:

En tratándose del uso o aprovechamiento de bienes de dominio público el hecho generador del pago de derechos surge cuando se usan o aprovechan dichos bienes y por ley está establecida la cantidad a pagarse, sea por anticipado, o al momento o después de efectuado el uso o aprovechamiento de dichos bienes” (p. 68).

Y ese autor agrega que:

La situación o circunstancia que da origen al pago de esta contribución, derechos o tasas, surge (...) cuando se usa o aprovecha un bien de domi-

... *nio público. (...) La autorización que otorga el Estado (...) no hace surgir la obligación de tributar, sino (...) al momento del uso o aprovechamiento de un bien de dominio privado (sic)*".

De lo que se desprende que la obligación de pago del derecho se da en el momento en que se configura el hecho imponible, por lo que, en nuestro caso, si la concesión se otorga y el concesionario usa, goza, aprovecha o explota, el bien de dominio público concesionado está obligado al pago de los derechos correspondientes y la norma, con independencia del nombre que se le dé, que le permite dejar de cubrirlos no puede ser otra cosa que una norma de exención, esto es, que contempla un trato privilegiado para el sujeto pasivo y que para que resulte válida debe pasar el examen constitucional respectivo.

En otras palabras, lo dispuesto en el artículo primero transitorio tildado de inconstitucional, es una exención ya que permite a los nuevos concesionarios o permisionarios dejar de cubrir los derechos por concepto del uso de un bien de dominio público durante cierto lapso, a pesar de haberse configurado el hecho imponible de la obligación tributaria (uso, goce, aprovechamiento o explotación del espectro radioeléctrico) y, por tanto, de su nacimiento, a pesar de que a ese lapso se le denomine *vacatio legis*, en virtud de que la norma estaría produciendo efectos jurídicos, ya no se diga en el momento del uso del bien de dominio público, sino desde el otorgamiento de la concesión.

Corroboramos lo anterior, lo dicho por Lozano Herrera (*Exenciones tributarias y derechos adquiridos*, Tecnos, España, 1998) cuando afirma que:

... la exención debe entenderse devengada en todo caso –igual que la obligación tributaria- al realizarse el hecho imponible (...) la exención y el tributo no son dos fenómenos opuestos, sino que aquélla es una forma de ser de ésta, una modalidad del mismo (p. 68).

De igual forma, Figueroa Neri ("La exención tributaria" en la Revista Jurídica Jalisciense, Año 8, número 2, Julio-Diciembre, 1998, Depto. de Estudios e Investigaciones Jurídicas, pp. 265-281) establece que:

Ferreiro Lapatza, siguiendo a Berliri, explica que se da una exención cuando concurriendo todos los elementos del hecho imponible además haya 'un hecho o circunstancia al que la ley liga el no nacimiento de la obligación tributaria... [Son normas que] privan al hecho imponible de su eficacia jurídica para generar la obligación tributaria (p. 363).

Así, lo que se está haciendo con esta llamada "*vacatio legis*" es justamente privar al hecho imponible de su eficacia jurídica para no generar la obligación tributaria de pago.

Por su parte, Valdés Costa (*Instituciones de Derecho Tributario*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2004) al hablar de la "exoneración" (exención en nuestro sistema tributario) en relación con su vigencia afirma que:

...la norma exoneratoria no excluye del hecho generador a las personas beneficiadas, sino que las libera de la obligación, total o parcialmente, por un plazo determinado o sin plazo, y eventualmente en forma condicionada. (...); si la exoneración es total y se dicta simultáneamente con la ley que define el hecho generador, es obvio que no nace ningún crédito para el fisco, pero ésta es una cuestión de hecho (que depende de la fecha en que la norma exoneratoria entre en vigencia); jurídicamente la obligación está en potencia y renacerá automáticamente en caso de vencimiento del plazo o de incumplimiento de la condición, o de la derogación de la norma exoneratoria, porque esas personas no están excluidas del hecho generador.

En nuestro caso, la "norma exoneratoria" establece su propia vigencia.

En virtud de todo lo expuesto, es claro que la llamada "*vacatio legis*" del artículo 244-E, establecida en el diverso Primero Transitorio del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos", publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de noviembre de 2009, constituye un verdadera "exención tributaria" y no una "*vacatio legis*", cuya validez constitucional debe analizarse a la luz de las siguientes consideraciones.

ES UNA EXENCIÓN TRIBUTARIA INJUSTIFICADA DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

En efecto, consideramos que el artículo primero transitorio del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos", emitido por el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, promulgado por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos y publicado en el *Diario Oficial de de la Federación* del 27 de noviembre de 2009, es inconstitucional por conculcar lo dispuesto por el artículo 28, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que permite que los particulares

que obtengan, en su momento, las concesiones o permisos sobre bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico para el uso, goce, aprovechamiento o explotación de diversos bloques de bandas de frecuencias de 1710 MHz a 1770 MHz y de 2110 MHz a 2170 MHz **no realicen el pago de los derechos correspondientes por un determinado lapso, que varía dependiendo del momento del otorgamiento de la concesión, a pesar contar con tal concesión y, por tanto, de estar usando, gozando, aprovechando o explotando un bien de dominio público de la Nación.**

Al respecto, es pertinente traer a colación lo dispuesto por artículo 28, primer párrafo, de nuestra Carta Magna:

Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, la *(las, sic DOF 03-02-1983)* prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las *(las, sic DOF 03-02-1983)* prohibiciones a título de protección a la industria.

(...)

Ahora bien, para entender los alcances del citado dispositivo constitucional es menester establecer qué es una “exención”.

Así, para Pérez Royo (*Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, 11ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001):

La exención tributaria tiene lugar cuando una norma contempla que en aquellos supuestos expresamente previstos en ella, no obstante producirse el hecho imponible, no se desarrolle su efecto principal: el deber de pagar el tributo (...) En los casos en que existen motivaciones de otro orden (extrafiscal), debe tratarse, como ya hemos explicado, de finalidades no arbitrarias, sino compatibles con valores del propio ordenamiento, en base a los cuales se admite excepcionalmente una desviación respecto de las exigencias de la igualdad y capacidad económica (p. 137).

Para Manuel Andreozzi (*Derecho Tributario Argentino 1*, Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951), la exención:

...constituye una excepción de la regla y debe tener un fundamento de bien público. Es un privilegio creado por razones de equidad, conveniencia o política económica (...) La exención es un privilegio que aparece solamente cuando se han cumplido los presupuestos de la ley. (pp. 200 y 202).

PAGO DE DERECHOS POR EL USO, GOCE, APROVECHAMIENTO O...

Para Albert Hensel (*Derecho Tributario*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005), la "exención" implica que determinados hechos sean excluidos del hecho imponible y sirven para delimitar su contenido (pp. 159 y 160)

Para Clemente Checa González (*La exenciones tributarias en el Ordenamiento Estatal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2001):

Las normas de exención... no son más que unas normas de codefinición del hecho imponible, unas normas, en suma, que contribuyen en la misma medida que la definición del hecho gravado a la delimitación del ámbito del gravamen del tributo, no sustrayendo supuestos fácticos a la definición genérica del hecho imponible, sino delimitándolo, configurándolo de otra forma.

En la doctrina nacional, nos dice Alvarado Esquivel ["La impugnación de los decretos de exención de impuestos del Ejecutivo Federal mediante la controversia constitucional", en Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Ed. Porrúa, México, 2006, t.I.]:

La exención tributaria, al (...) constituir el elemento que neutraliza el hecho imponible o hipótesis por virtud de la cual habrá de surgir el tributo, es evidente que constituye un elemento esencial de éste (p. 841).

De las anteriores definiciones y en la que nos interesa, podemos señalar algunas características de la figura jurídico-tributaria llamada "exención", a saber:

- La exención genera, a pesar de producirse el hecho imponible, el derecho de no cumplir con el pago del tributo, o bien, co-define el hecho imponible.
- La existencia de una norma de exención solamente encuentra justificación en la medida en que su establecimiento no obedezca a criterios caprichosos o arbitrarios del legislador e incompatibles con los principios del propio ordenamiento, nosotros agregaríamos que fueran incompatibles con los propios principios constitucionales.
- Debe tener como justificación un bien público, esto es, un beneficio colectivo y no particular, y debe ser creada con base en razones de equidad, conveniencia o política económica debidamente justificadas.

- Sin una debida justificación de la norma de exención podría generarse un trato desigual entre contribuyentes en similares condiciones y atentatorio contra principios de índole económico.
- En nuestro sistema tributario, como elemento esencial de las contribuciones, debe cumplir con todos los principios constitucionales exigidos para tales elementos.

Una vez precisado el alcance del término exención, podemos decir que del artículo 28 constitucional supra transcrito, se desprende que, por regla general, se prohíben las exenciones de impuestos, empero, el propio dispositivo constitucional que se escolia, contempla que éstas podrán presentarse bajo los términos y condiciones que el legislador ordinario quiera fijar, siempre y cuando su establecimiento, no genere un beneficio o privilegio particular. Además, no obstante que únicamente se refiere a "impuestos", este término debe entenderse referido a cualquier tipo de contribución.

En este sentido, Miguel Carbonell (*Los derechos fundamentales en México*, 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 2009) señala que sí pueden establecerse:

...exenciones de impuestos, pero las mismas tendrán que pasar un estricto test de razonabilidad, porque son medidas que pueden atentar contra la libre concurrencia al beneficiar a un cierto sector de la industria o a determinados sujetos de la actividad económica (pp. 578 y 579).

Para Margáin Manautou (*Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano*, 15ª ed., Ed. Porrúa, México, 2000):

...una exención será violatoria de las garantías individuales cuando el legislador la establezca para favorecer a una o determinadas personas, es decir, cuando carezca de los requisitos de ser abstracta, general e impersonal (...) mientras una exención se establezca con carácter de general, sin pretender favorecer a determinada persona, sino para que gocen de ella todos lo que se encuentran incluidos dentro de la situación prevista, no se viola lo dispuesto por el citado artículo 28 constitucional. (pp. 283 y 284)

Para Alvarado Esquivel (*Op. cit.*, Pág. 830), el texto del citado artículo constitucional:

...pone en evidencia que la intención del Constituyente con el pasar del tiempo ha sido prohibir exclusivamente los privilegios fiscales, o bien, evitar que bajo el rótulo de exenciones puedan encubrirse diversos pri-

vilegios exclusivos e indebidos que perjudiquen el interés nacional (...)

Y concluye, siguiendo a Pedro Salinas Arrambide, que:

...la prohibición explícita del artículo 28 constitucional en materia de exenciones no es de carácter absoluto, sino más bien, relativa; relativa en los siguientes casos:

a) Aquellos tratos diferenciados que bajo la denominación de exenciones se escondan verdaderos casos de privilegios o prerrogativas tributarias.

b) Aquellas exenciones que instauren o tiendan a instaurar regímenes monopolísticos o vulneren la libre competencia.

c) Aquellas exenciones que no se fijen bajo directrices de proporcionalidad y equidad tributarias, o si bien no ocurra así, no tengan su fuente en algún precepto constitucional.

Por tanto, el problema de prohibición constitucional ya no gira en torno a si la exención de impuestos es o no contraria a la Constitución, sino que el problema se desplaza a otro ámbito; esto es, al alcance y significado que debe dar a esa norma constitucional el legislador ordinario, como principal destinatario del citado mandato constitucional.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido en Jurisprudencia firme:

IMPUESTOS, EXENCION DE. ES CONSTITUCIONAL CUANDO SE ESTABLECEN CONSIDERANDO LA SITUACION OBJETIVA DE LAS PERSONAS EXENTAS. Interpretando en forma sistemática el artículo 28 constitucional y el artículo 13 de su reglamento, se obtiene la conclusión de que la prohibición contenida en el primero de ellos respecto de la exención de impuestos debe entenderse en el sentido de que **ésta se prohíbe cuando tiende a favorecer intereses de determinada o determinadas personas**, y no cuando la exención de impuestos se concede considerando situaciones objetivas en que se reflejan intereses sociales o económicos en favor de categorías determinadas de sujetos." (Visible en el *Semanario Judicial de la Federación* 66, Séptima Época, primer parte, página 66, registro electrónico 233086).

(Énfasis añadido.)

En resumen, podemos decir que *la prohibición constitucional en materia de exenciones se refiere a los casos en que con ellas se trate de favorecer intereses de determinada o determinadas personas, estableciendo un auténtico privilegio, sin contar con una justificación constitucionalmente válida.*

Ahora bien, para demostrar la inconstitucionalidad de la disposición transitoria que nos ocupa es necesario conocer cuál es la naturaleza jurídica de los derechos y, particularmente, de los que se generan por el uso de bienes de dominio público de la Nación.

Para ello, resulta conveniente recordar que la CPEUM, en el cuarto párrafo del artículo 27 señala, entre otras cosas, que corresponde a la Nación el dominio directo del espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

Así, el espectro radioeléctrico, cuyo uso, goce, aprovechamiento o explotación constituye el objeto del pago de derechos, es un bien de dominio público de la Nación, mismo que, como una vía general de comunicación, se define como el *“espacio que permite la propagación sin guía artificial de ondas electromagnéticas cuyas bandas de frecuencia se fijan convencionalmente por debajo de los 3,000 gigahertz”* (artículo 3, fracción II de la Ley Federal de Telecomunicaciones).

Por su parte, las bandas de frecuencia –en general–, constituyen un espacio de frecuencia útil donde se propaga libremente la onda electromagnética, para lo cual emplea varias frecuencias que en conjunto se llaman ancho de banda, siendo que cada banda tiene matices propios y únicos que la diferencian de otras bandas dentro del espectro, pero tanto una sola frecuencia como varias de ellas se miden en hertzios.

Por tanto, es claro que el espectro radioeléctrico constituye un bien del dominio público que requiere de una concesión para el uso, aprovechamiento o explotación de la banda de frecuencia en el territorio nacional, así como para instalar, operar o explotar redes públicas de telecomunicaciones.

En este sentido, el antepenúltimo párrafo del artículo 28 de la propia Carta Magna previene que el Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general concesionar la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan.

Así, la Ley Federal de Telecomunicaciones (en sus artículos 1, 11 y 14) regula la forma y términos en que el espacio, particularmente el espectro radioeléctrico, como vía general de comunicación, es concesionado a los particulares a fin de ser explotado, usado y aprovechado.

En este sentido, se precisa que el procedimiento para concesionar las citadas bandas es la licitación pública y a cambio del otorgamiento de la concesión respectiva, el Gobierno Federal tendrá derecho a recibir una

PAGO DE DERECHOS POR EL USO, GOCE, APROVECHAMIENTO O...

contraprestación económica; así, es claro que la regulación del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico en la Ley Federal de Telecomunicaciones, lleva la finalidad de reglamentar su concesión a los particulares, dada su naturaleza de dominio público, es decir, que por corresponder a la Nación su dominio directo sólo puede ser explotado, usado y aprovechado por particulares a través de concesiones que otorgue el Estado.

Ahora bien, la "concesión", de acuerdo con la *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, es **"el acto administrativo a través del cual la administración pública, concedente, otorga a los particulares, concesionarios, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para explotar un servicio público"**.

En lo relativo a la naturaleza jurídica de la concesión, dice que se han desarrollado diversas teorías, distinguibles en tres vertientes: la contractual, la del acto administrativo y la del acto mixto. La primera ha caído en desuso; la segunda, considera a la concesión como un acto unilateral del Estado; y la del acto mixto, que es la de mayor aceptación, se ubica en una posición ecléctica, e interpreta a la concesión como un acto en parte reglamentario (organización y operación del servicio) y en parte contractual (duración de la concesión, ventajas y utilidades del concesionario), lo que predica de su doble naturaleza.

A la luz de lo anterior, es claro que el énfasis de la Ley Federal de Telecomunicaciones, como ordenamiento administrativo, es regular el uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, lo que se logra a través de la concesión respectiva que, como acto administrativo mixto, se otorga mediante licitación pública **y a cambio de una contraprestación económica a favor de la Federación**.

Ahora bien, una vez otorgada la concesión respectiva, tal y como lo señala la Ley Federal de Derechos, dependiendo del tipo de bandas de frecuencia concesionadas, los particulares a quienes se concesionaron tales bienes deben cubrir ciertas cantidades por concepto de derechos por el uso, goce, aprovechamiento o explotación de dichos bienes de dominio público de la Nación.

Así y de modo particular, tales derechos pueden ser definidos como: "Las contribuciones establecidas en ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación", de lo que se desprende que:

a) Los derechos son contribuciones, pues si bien al particular le corresponde provocar la prestación del servicio, el pago del precio es obligatorio si desea aprovechar el citado bien, ya que en caso de no realizar el pago no podría aprovecharlo.

b) Los derechos deben estar establecidos en una ley, lo anterior a fin de ser congruente con el principio de legalidad que para toda contribución exige el artículo 31, fracción IV, constitucional.

c) Los derechos deben pagarse, entre otros, por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la nación (derechos por uso del dominio público, como los llama Sergio Francisco de la Garza).

Para el Maestro Eusebio González (*Derecho Tributario I*, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 2004), en las tasas (derechos, en nuestro sistema jurídico):

Lo que verdaderamente importa es: 1º) que el Estado se encuentre en condiciones de poder ofrecer el servicio o el uso del dominio público; 2º) que su utilización resulte beneficiosa para el usuario, y 3º) que, como consecuencia de esta ventaja o beneficio singular, el particular decida libremente demandar la prestación del servicio o la utilización del dominio público en cuestión (p. 189).

Al caracterizar los derechos, en particular, el servicio y el precio, Emilio Margáin Manautou, en su *Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano* (pp. 90-100), establece que:

1ª El servicio debe prestarse a petición del usuario.

2ª El servicio debe prestarlo la administración activa de la Federación.

3ª El cobro debe fundarse en una ley.

4ª El pago del precio es obligatorio.

5ª La prestación debe ser proporcional y equitativa.

A su vez, de modo particular, por lo que se refiere al punto cuatro, nos dice:

En el momento en que el Estado presta un servicio en sus funciones de derecho público o cuando el uso o aprovechamiento de los bienes de dominio público, cuyo precio debe ser sufragado por el beneficiario, surge a cargo de éste la obligación de pagarlo; en ese momento el contribuyente coincidió en la situación prevista por la ley como generadora del crédito fiscal. El hecho de demandar un servicio o un bien, no impone la obligación de pagarlo; ésta surge hasta el instante en que se satisface la demanda (se usa o explota la concesión, en nuestro caso).

PAGO DE DERECHOS POR EL USO, GOCE, APROVECHAMIENTO O...

Ahora bien, tal y como se aprecia de lo que debe entenderse como una "exención", su prohibición constitucional en ciertos supuestos y la naturaleza jurídica del pago de derechos por el uso de bienes de dominio público, tenemos que no resulta constitucionalmente válido que el artículo Primero Transitorio del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos", mediante una mal llamada "*vacatio legis*", permita que los concesionarios o permisionarios de bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico para el uso, goce, aprovechamiento o explotación de diversos bloques de bandas de frecuencias de 1710 MHz a 1770 MHz y de 2110 MHz a 2170 MHz no realicen el pago de los derechos correspondientes por un determinado lapso, que varía dependiendo del momento del otorgamiento de la concesión, a pesar de contar con tal concesión y, por tanto, estar usando, gozando, aprovechando o explotando un bien del dominio público de la Nación.

Lo anterior es así, ya que para que una exención como la que nos ocupa encuentre sustento constitucional, debe basarse, entre otros aspectos, en una razón de conveniencia o política económica (Adreozzi), cuyo motivo descansa no sólo en lo dicho por el legislador ordinario, sino fundamentalmente en los principios constitucionales.

En ese sentido, en opinión de los que suscriben, la norma tildada de inconstitucional no resulta suficientemente justificada a la luz de lo señalado, en virtud de que del texto del Dictamen de la Cámara de Origen se desprenden afirmaciones que, incluso, contrarían el carácter, por definición, retributivo de un Derecho por el uso de bienes del dominio público de la Nación.

En efecto, en el citado Dictamen se afirma que la norma de exención (ahí denominada "*vacatio legis*") se realiza "*con el fin de que más empresas participen en las citadas licitaciones de bandas de frecuencias y, de esta forma, se incremente la competencia en los servicios de telecomunicaciones inalámbricas*", lo que de suyo resulta contrario a lo que se busca, ya que por la naturaleza del bien de dominio público que se concesionará no cualquier particular podría tener acceso a él, esto es, requiere de cierto desarrollo que le permita aprovechar debidamente el bien concesionado y que no por el hecho de exentársele temporalmente de cierto monto en el pago de derechos logrará conseguir.

Asimismo, se afirma que con ello "*se generarán incentivos para que, en los meses siguientes al otorgamiento de la concesión las empresas utilicen nuevas tecnologías y se acelere el despliegue de nuevas redes de telecomunicaciones, al tiempo que se fomente a que las empresas incrementen las inversiones que realicen en infraestructura de telecomunicaciones, lo que permitirá que los usuarios reciban más y mejores servicios*", lo que evidentemente no se logrará en un lapso corto, sino

que por la naturaleza del tipo de bandas de frecuencias que se licitarán presupone la existencia de cierto desarrollo tecnológico, pero además, que los potenciales concesionarios o permisionarios conocen perfectamente cuál es el costo que les implicará instrumentar el uso, goce, aprovechamiento o explotación de tales bienes para que, a su vez, les genere las utilidades que ellos planean tener, esto es, se trata de un negocio para tales personas que no puede ser subsidiado por el Estado.

Sin que resulte válido sostener que para las bandas de frecuencias que se licitarán, no existe infraestructura ya desarrollada y que *“no hay disponibilidad en el mercado de aparatos terminales equipados para captar las señales de las cuatro bandas, por lo que resultaría más costosa su operación en los primeros años”*, ya que se trata de un costo (pago de derechos) que los concesionarios o permisionarios deben asumir como parte de la explotación de la concesión que, en su caso, obtendrían, máxime si consideramos las potenciales ganancias que les generará la explotación de esta parte del espectro radioeléctrico (que dicho sea de paso, constituye una de las mejor remuneradas).

En este sentido, no debemos olvidar que corresponde a la Comisión Federal de Telecomunicaciones, verificar que todos los participantes de la licitación tengan la capacidad financiera para cumplir con el pago oportuno de tales derechos y de las demás obligaciones fiscales, así como lo compromisos de inversión a los que queden obligados.

De lo contrario, esto es, de permitir la subsistencia de dicho trato “especial”, se estaría creando una situación excepcional que atenta contra el artículo 28 constitucional, ya que se estarían creando verdaderos privilegios fiscales con el consecuente trato diferenciado entre contribuyentes, hecho que no tiene ningún sustento constitucional.

En este orden de ideas y contrario a lo sostenido en el Dictamen de la Cámara de Senadores, donde se acepta el rechazo realizado de la Cámara de Diputados a la modificación propuesta por el Senado de la República, en el sentido de que *“la vacatio legis planteada en la Minuta remitida por la Colegisladora constituirá un incentivo en la obtención de concesiones relativas a las bandas de frecuencias de 1710 MHz a 1770 MHz y de 2110 a 2170 MHz (...)”*, resulta injustificado ya que el negocio que representa la explotación del bien de dominio público constituye por sí mismo el mejor incentivo para la obtención de la citada concesión.

En este contexto, tal parece que con la reforma aprobada por la mayoría de los Diputados y Senadores, de manera velada, quieren beneficiar a ciertos grupos a costa de todos los contribuyentes, ya que se está desnaturalizando el cobro de los derechos por el uso de un bien de dominio público, al establecer que no se cobrará cuando, por antonomasia, se trata de una contribución concebida como una prestación, o mejor dicho contraprestación, por la explotación de dicho bien (esto es, existe

PAGO DE DERECHOS POR EL USO, GOCE, APROVECHAMIENTO O...

una individualización del beneficio que se otorga), que es propiedad de toda la Nación y del cuál si algún particular se beneficia debe cubrir en beneficio de la sociedad, máxime si consideramos que obtendrá una ganancia o utilidad por el uso de dicho bien.

Al respecto, vale la pena traer a colación lo dicho por Berliri (*Principios de Derecho Tributario*, Vol. 1, trad. Fernando Vicente-Arche Domingo, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1964), considerado uno de los clásicos del pensamiento jurídico tributario, cuando define a este tipo de contribuciones señalando que:

...es la prestación espontánea de dar o de hacer que tiene por objeto una suma de dinero, un efecto timbrado, o la asunción espontánea de una obligación, y que constituye una condición necesaria para conseguir un determinado beneficio, y de la cual no se puede pedir la restitución una vez obtenido el beneficio (...). El contribuyente que lo paga no lo hace ciertamente movido por un espíritu de liberalidad hacia el ente público, sino únicamente porque ello es necesario para obtener un beneficio particular (p. 431).

Berliri, al hablar de las variedades de "tasas" (derechos en nuestro sistema tributario) que pueden existir, establece que:

...si del desarrollo de la actividad administrativa sólo surge el poder, la facultad del contribuyente de pagar para obtener una nueva resolución o un efecto ulterior de la resolución ya dictada, entonces no hallamos frente a una verdadera y propia tasa. Este es el caso de las numerosas licencias, autorizaciones o concesiones, etc. otorgadas a solicitud del interesado, y cuya eficacia esta subordinada al pago de una tasa de concesión; en esta hipótesis la producción del acto administrativo no genera obligación alguna a cargo del particular, pero éste puede, pagando la tasa –cosa que siempre es libre de hacer o no hacer-, crear la condición necesaria para hacer eficaz la resolución ya dictada, es decir, para conseguir un efecto ulterior" (p. 428).

De ahí que si no lo hace no puede producirse dicho efecto, como la explotación de la concesión.

El pago por el derecho es espontáneo –no es un acto coactivo– (opinión contraria, respecto a la naturaleza volitiva del acto de pago del derecho, mas no de la condición para obtener el beneficio –pues éste debe hacerse si quiere obtenerse– la tiene Valdés Costa en su *Curso de Derecho Tributario*), se trata, dice Berliri, de:

...una dación, destinada a establecer una condición necesaria para conseguir un determinado beneficio (...) la causa de la dación está constituida por el establecimiento de la condición, o una de las condiciones necesarias para obtener un determinado beneficio, y no ya por el beneficio mismo (p. 433).

La obtención o no de éste es un riesgo que asume, en nuestro caso, el potencial concesionario, mismo que conoce los alcances de su petición o solicitud y el monto del beneficio que podría obtener o como lo dice el propio Berliri:

...en efecto, es obvio que nadie realiza una prestación o asume libremente una obligación, a la que no está obligado, si no considera que de ello va a derivársele un beneficio, a menos que no esté movido por un puro espíritu de liberalidad, hipótesis ésta, sin embargo, que traspasa evidentemente el campo del Derecho tributario (p. 447).

Al respecto, abunda sobre las características de las tasas y nos dice:

...en la tasa, por el contrario, el contribuyente para que se realice determinada situación (explotación de la concesión); su prestación constituye un prius respecto a la hipótesis prevista por la ley (p. 438).

Ahora bien, tal determinación encuentra sustento dentro de nuestro sistema jurídico en el segundo párrafo del artículo 3 de la Ley Federal de Derechos para 2010 (hasta el año anterior, a pesar de la existencia de esta norma no había una referencia explícita a los derechos por el uso de bienes de dominio público) que establece que:

El pago de los derechos que establece esta Ley deberá hacerse por el contribuyente *previamente* a la prestación de los servicios o *previo* al uso, goce, explotación o aprovechamiento de bienes de dominio público de la Federación, salvo los casos en que expresamente se señale que sea posterior.

(Énfasis añadido.)

De lo que se desprende, que deberá pagarse, ya sea previa –generalmente así es– o posteriormente el derecho, pero no dejarse de cubrir. Esto es, se trata solamente de definir la época del pago, pero no la causación de la contribución.

PAGO DE DERECHOS POR EL USO, GOCE, APROVECHAMIENTO O...

Al respecto, el mismo Margáin Manautou, en "La base imponible" (Pág. 60), establece que: "...el pago de los derechos generalmente se efectúa primero y después se recibe el servicio o se autoriza el uso o aprovechamiento de los bienes del Estado".

De este modo y en atención al carácter retributivo de los derechos, es importante mencionar, como antecedente histórico y que corrobora lo que aquí se ha sostenido, lo que la Exposición de Motivos de la Ley Federal de Derechos de 1982 establece en relación con el uso de bienes de dominio público de la Federación que da lugar al pago de derechos, a saber:

Existen bienes de la Nación que son usados o aprovechados por los particulares **y que por lo tanto se deben cobrar derechos por su uso o aprovechamiento...**"

(Énfasis añadido.)

Al respecto, De la Garza (*Derecho Financiero Mexicano*, 19^a ed., Ed. Porrúa, México, 2001) establece que:

En efecto, salta a la vista que por el uso o aprovechamiento que un determinado individuo hace de los bienes del dominio público se debe pagar una contraprestación, pues su uso o aprovechamiento gratuito sería una injusticia para los demás ciudadanos y para la misma Nación (p. 341).

De ahí, que resulten inconstitucionales las exenciones para quienes exploten una concesión, tal y como lo ha precisado nuestro más Alto Tribunal:

EXENCION DE IMPUESTOS POR CONTRATO CONCESION, INCONSTITUCIONALIDAD DE LA. La exención de impuestos otorgada por virtud de un contrato concesión es inconstitucional; en primer lugar, por que cuando el Estado se compromete a no cobrar impuestos sobre los capitales que se inviertan, en razón de un contrato o concesión, está contratando una de las facultades que le corresponde como poder soberano, y es bien sabido que los atributos de la soberanía, no constituyen bienes que estén en el comercio y que puedan en forma alguna, ser objeto de transacciones entre particulares; en segundo lugar, porque una contratación de esta naturaleza, implica que el poder que la otorga, está ligando al propio poder para lo sucesivo, de tal manera que no pueda hacer uso de sus facultades constitucionales, lo que es inadmisibles, pues el poder por

ningún título puede contraer compromisos que lo inhiban del ejercicio de sus facultades constitucionales, porque en esta forma se llegaría al absurdo de reducir a la nada las facultades que la Constitución otorga; y en tercer lugar, porque la teoría de la compensación es una teoría incompatible con nuestra organización constitucional y con el sistema legal en materia de contratos y de concesiones; además, aunque el Estado reciba por virtud del contrato o concesión, un beneficio, esto no quiere decir que el particular que preste dicho beneficio al Estado, lo haga simplemente por razón de que se le exceptúe de contribuciones, sino que en todos los casos lo presta sobre la base de obtener una remuneración y, por lo mismo, **no hay razón para que el Estado prescinda de sus medios de vida y beneficie, en perjuicio de los demás contribuyentes, el interés individual del contratista o concesionario.** (Tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Quinta época, visible en el Semanario Judicial de la Federación LXIX, página 3989, registro electrónico 328061)”

(Énfasis añadido.)

En efecto, si bien en la actualidad, tal y como se mencionó al escribir sobre la naturaleza jurídica de una concesión, no puede hablarse en estricto rigor de un contrato de concesión, la citada tesis resulta aplicable, ya que la contraprestación que debe pagarse por una concesión, con independencia del origen que tenga, no puede dejarse de cubrir por parte del particular obligado a ello, en virtud de que se estaría privilegiando un interés individual –del concesionario- en perjuicio de un interés colectivo –de la Nación-.

Por todo lo anterior, puede concluirse que el pago del derecho por el uso, goce, aprovechamiento o explotación del espectro radioeléctrico tiene su origen en el acto mediante el cual el Estado permite a los particulares aprovechar ese bien del dominio público medido en razón del grado en que se utiliza y de acuerdo con la particular naturaleza del bien sujeto a la permisión, en este caso, los rangos de frecuencias en megahertz, **por el cual debe percibir del concesionario o permisionario un Derecho, mismo que no puede exentarse sin una causa constitucionalmente válida.**

Lo anterior encuentra sustento en lo dicho por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el siete de junio de dos mil siete, la Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, promovida por Senadores integrantes de la Quincuagésima Novena Legislatura del Congreso de la Unión, al emitir la siguiente Jurisprudencia:

ESPECTRO RADIOELÉCTRICO. A LAS CONCESIONES RELATIVAS SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 134 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CONJUNTAMENTE CON LOS ESTABLECIDOS EN LOS NUMERALES QUE CONFORMAN EL CAPÍTULO ECONÓMICO DE ÉSTA, Y PREFERENTEMENTE LOS RELATIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS GOBERNADOS. El citado precepto protege, como valor fundamental, el manejo de los recursos económicos de la Federación, que si bien, en principio, son aquellos ingresos públicos o medios financieros que se asignan vía presupuesto para las contrataciones de obras públicas y servicios, o bien, para las adquisiciones, arrendamientos y servicios, bajo los principios de eficiencia, eficacia, honradez y licitación pública y abierta, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones, también comprenden las enajenaciones de todo tipo de bienes bajo los mismos principios y fines. Ahora bien, entendidos los recursos económicos como bienes del dominio de la nación susceptibles de entregarse a cambio de un precio, el espectro radioeléctrico, por ser un bien de esa naturaleza que se otorga en concesión a cambio de una contraprestación económica, debe considerarse también como recurso económico en su amplia acepción, al que son aplicables los principios contenidos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto del género enajenaciones, conjuntamente con los establecidos en los artículos 25, 26, 27 y 28 que conforman el capítulo económico de la Ley Fundamental. **Además, toda vez que la radiodifusión constituye una actividad de interés público que cumple una función social de relevancia trascendental para la nación, porque los medios de comunicación son un instrumento para hacer efectivos los derechos fundamentales de los gobernados, los principios del indicado artículo 134 deben relacionarse también, y preferentemente, con todas las disposiciones que consagran esos derechos fundamentales.** (Tesis de jurisprudencia, publicada con el número P./J. 72/2007, en la página 986, del tomo XXVI, Diciembre de 2007, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.)

(Énfasis añadido.)

De la jurisprudencia transcrita se destaca que el espectro radioeléctrico, por ser un bien del dominio público que se otorga en concesión a cambio de una contraprestación económica, debe considerarse también como un recurso económico en su amplia acepción, al que son aplicables los principios contenidos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos respecto del género enajena-

ciones, conjuntamente con lo establecido en los artículos 25, 26, 27 y 28 que conforman el capítulo económico de la Ley Fundamental, por lo que la contraprestación que recibe el Estado por autorizar su uso, vía derechos, debe ser entendido como un derecho, en principio, irrenunciable para el propio Estado, ya que se trata de un bien de dominio público que será aprovechado, lucrativamente hablando, por los concesionarios o permisionarios. De ahí que el otorgamiento de una exención, sin justificación alguna, en el pago de su pago, contravendría nuestra Carta Magna.

Así las cosas, para que, en todo caso, se justificase a la luz de nuestra Constitución una exención como la que se pretende, sería necesario que el aprovechamiento de la concesión fuese público y gratuito, pero en el caso que nos ocupa, no sucede así, ya que el aprovechamiento del bien del dominio público de la Federación (uso del espectro radioeléctrico) es privado o particular y oneroso para los usuarios finales, esto es, mientras no se trate de un aprovechamiento público y gratuito, en todo caso, no se justificaría una exención como la impugnada.

En este sentido podríamos decir que la exención pretendida podría encontrar un sustento constitucional sí en ella concurrieran dos elementos, a saber:

1. De carácter subjetivo, constituido por la titularidad pública del bien, esto es, que lo usara y explotara el Estado, quedando excluidos los bienes cuya explotación la realizaran los particulares.
2. De carácter objetivo, si el uso o explotación del bien de dominio público fuese gratuito para los usuarios finales.

Así, como se desprende la norma cuya validez se reclama, la misma no cumple con tales condiciones, ya que:

1. El uso o explotación del bien de dominio público de la Federación no corresponde a ésta, sino a particulares (potenciales concesionarios o permisionarios).
2. El aprovechamiento del bien de dominio público no es gratuito para los usuarios finales, ya que deben pagar por obtener los servicios que resultan de la explotación del citado bien por parte de los concesionarios o permisionarios.

Es necesario recordar que una característica esencial de los derechos es el beneficio que implican y, por tanto, el necesario pago del mismo, esto es, se trata de una contraprestación en la medida que si se cubre se obtiene un beneficio. En palabras de la profesora Gabriela Ríos

PAGO DE DERECHOS POR EL USO, GOCE, APROVECHAMIENTO O...

Granados ["Los tributos", en *Manual de Derecho Tributario* (coord.) Alvarado Esquivel, Miguel de Jesús, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 2008]:

...en la doctrina española, así como la mexicana se ha enfatizado que (la relevancia del Derecho) se fundamenta en el principio del beneficio debido a que en el presupuesto de hecho se observa una actividad de la Administración Pública, de la que normalmente deriva una ventaja para el usuario del servicio público.

Al respecto, si bien se habla de derechos por servicio, el mismo principio rige para los derechos por el uso o explotación de los bienes del dominio público de la Federación, de ahí que resulte injustificado que si un concesionario o permisionario de una red del espectro radioeléctrico va a obtener un beneficio, de antemano, se le exima de un pago mínimo por el uso o goce de un bien del dominio público de la Federación.

La tasa –o Derecho– (siguiendo a Valdés Costa, Jarach, Einaudi y Seligman) es por naturaleza remunerable; esto es, resulta incongruente, tanto jurídica como económicamente, establecer una exención sobre la misma.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, en nuestra opinión, el artículo primero transitorio del "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal de Derechos", emitido por el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y promulgado por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de noviembre de 2009, es **inconstitucional** por conculcar lo dispuesto por el artículo 28, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues permite que los particulares que obtengan, en su momento, las concesiones o permisos sobre bandas de frecuencias de espectro radioeléctrico para el uso, goce, aprovechamiento o explotación de diversos bloques de bandas de frecuencias de 1710 MHz a 1770 MHz y de 2110 MHz a 2170 MHz, **no realicen el pago de los derechos correspondientes por un determinado lapso, que varía dependiendo del momento del otorgamiento de la concesión, a pesar de contar con tal concesión y, por tanto, estar usando, gozando, aprovechando o explotando un bien de dominio público de la Nación.**