



Canon por uso del espectro radioeléctrico y metodologías de cálculo para su determinación en teleservicios públicos: un análisis jurídico

César Martínez
Israel Stein



esan
ediciones

Canon por uso del espectro radioeléctrico y metodologías de cálculo para su determinación en teleservicios públicos: un análisis jurídico

Canon por uso del espectro radioeléctrico y metodologías de cálculo para su determinación en teleservicios públicos: un análisis jurídico

César Martínez • Israel Stein



Canon por uso del espectro radioeléctrico y metodologías de cálculo
para su determinación en teleservicios públicos: un análisis jurídico

ISBN 978-612-4110-98-6

Serie Gerencia para el Desarrollo 77

© César A. Martínez la Rosa, Israel Stein Lavarello, 2019

© Universidad ESAN, 2019

Av. Alonso de Molina 1652, Surco, Lima-Perú

www.esan.edu.pe

esanediciones@esan.edu.pe

Primera edición digital

Lima, febrero del 2019

DIRECCIÓN EDITORIAL

Ada Ampuero

CORRECCIÓN TÉCNICA

José Lumbreras

CORRECCIÓN DE ESTILO Y EDICIÓN

Rosa Díaz

DISEÑO DE CARÁTULA

Alexander Forsyth

DISEÑO DE INTERIORES Y DIAGRAMACIÓN

Ana María Tessey

PUBLICADO

Febrero del 2019

Índice

Introducción	8
1. El canon por el uso del espectro radioeléctrico	13
1. La reforma del sector telecomunicaciones	13
1.1. La privatización	14
1.2. La desmonopolización	15
2. La Ley de Telecomunicaciones y el canon	16
3. La controversia por la naturaleza del canon	18
4. El tema en estudio	21
2. Marco teórico	23
1. Marco contextual	23
1.1. Recursos humanos	24
1.2. Recursos económico-financieros	24
1.3. Recursos materiales o bienes del Estado	25
2. Marco conceptual	28
2.1. El espectro radioeléctrico	28
2.2. El canon	32
2.2.1. Concepción clásica	33
2.2.2. En el derecho comparado	33
2.2.3. En la legislación nacional	34
2.3. Los tributos	42
2.3.1. Caracterización legal	42
2.3.2. Impuestos, tasas y contribuciones	50
2.4. Las barreras burocráticas	55

3. La controversia entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y las empresas operadoras del espectro radioeléctrico	60
1. La metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico	60
1.1. El punto de vista de la Unión Internacional de Telecomunicaciones	60
1.2. El cobro por uso del espectro radioeléctrico en la experiencia internacional	64
1.2.1. Brasil	64
1.2.2. Chile	64
1.2.3. Colombia	65
1.2.4. Corea del Sur	65
1.2.5. España	66
1.2.6. Estados Unidos de América	66
1.2.7. Francia	67
1.3. El canon por el uso del espectro radioeléctrico en el Perú	67
1.3.1. El desarrollo normativo	68
1.3.2. Los montos actuales del canon	71
2. Las cuestiones en controversia	74
2.1. La naturaleza del canon	74
2.2. El canon como tributo: la contienda de competencia con el Tribunal Fiscal	76
2.3. El canon como barrera burocrática: las resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad	81
2.3.1. Telefónica del Perú	82
2.3.2. América Móvil Perú (Claro)	89
2.3.3. Otras empresas de teleservicios públicos	91
2.3.4. Otras empresas de teleservicios privados	92
4. Análisis jurídico de las materias en controversia	96
1. La naturaleza del canon por el uso del espectro radioeléctrico en la Constitución y en las leyes	96
1.1. Los recursos naturales en la Constitución y en las leyes	96
1.2. De las regalías sobre los recursos naturales	98
1.3. ¿Es el canon por uso del espectro radioeléctrico un tributo?	101
1.3.1. Origen legal	101

1.3.2. Existencia de prestación	102
1.3.3. Afinidad a la concesión	102
1.3.4. Forma de cálculo	104
1.4. ¿Es el canon por uso del espectro radioeléctrico una contraprestación?	105
2. La pertinencia de las resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual	106
2.1. Las deficiencias de motivación en las resoluciones para considerar al canon como un tributo, tasa-derecho, según los criterios del Tribunal Constitucional	106
2.1.1. Primer argumento: inexistencia de motivación o motivación aparente	108
2.1.2. Segundo argumento: falta de motivación interna del razonamiento	108
2.1.3. Tercer argumento: deficiencias en la motivación externa	109
2.1.4. Cuarto y quinto argumentos: motivación insuficiente o incongruente	110
2.1.5. Sexto argumento: falta de motivación interna	111
2.2. La insuficiente motivación para declarar carente de racionalidad la metodología de cálculo del canon por uso del espectro radioeléctrico	111
3. La presunta competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual	113
3.1. Evolución de las competencias	113
3.2. La competencia en la norma vigente	115
Conclusiones y recomendaciones	120
1. Conclusiones	120
2. Recomendaciones	122
Bibliografía	123
Anexo: caso práctico de análisis	127
Sobre los autores	135

Introducción

Los desafíos económicos que enfrenta el Perú son numerosos y responder a ellos para alcanzar el bienestar común depende de diversos factores objetivos y subjetivos, entre estos últimos la estabilidad y la predictibilidad jurídica. Por ello, parte de los esfuerzos a realizar se centran, precisamente, en que el Estado pueda establecer con claridad las herramientas y las reglas de juego legales con las cuales los agentes económicos participan en determinado mercado.

Cuando se cuenta con reglas claras y eficientes, y además con un sistema que transmite confianza, se atrae inversiones que aportan al desarrollo de los países. Por ello, el papel del Estado en su función reguladora implica adoptar técnicas legislativas que se orienten a promover una competencia eficiente y a crear un país orientado al desarrollo.

Como indica una destacada abogada constitucionalista:

... no es una tarea fácil, dado que debe regular sin transgredir, fiscalizar sin perturbar, vigilar sin obstruir, e intervenir sin destruir, es decir debe guardar proporcionalidad y gradualidad en el ejercicio de la función legal de control y vigilancia, optimizando su gestión (Olivos, 2011, 2).

En un país territorialmente diverso como el Perú la penetración de la infraestructura de telecomunicaciones es una herramienta importante para lograr progreso y, por consiguiente, las reglas de juego del mercado deben estructurarse de manera que el Estado tenga una recaudación apropiada

por ceder su espectro radioeléctrico y se incentive la inversión en infraestructura para beneficiar no solo a los habitantes de las grandes ciudades sino también a los de poblados alejados, de manera tal que el país logre integrarse mejor y así conseguir equilibrar y mejorar su desempeño.

Al respecto, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU, por su sigla en inglés) en referencia al efecto del sector telecomunicaciones en el producto bruto interno (PBI) sostiene:

... el impacto de las telecomunicaciones móviles en el crecimiento del PIB tiende a incrementarse con la penetración de dichas tecnologías: un efecto conocido como de «retorno a escala». En otras palabras, las telecomunicaciones no solo crecen en términos de su participación en el PIB; su contribución (efectos de derrame) también aumenta con la penetración. En consecuencia, en la medida en que el espectro radioeléctrico representa un insumo fundamental para el desarrollo de la industria, las decisiones respecto a la gestión [...] conllevan una importancia crítica para el desarrollo económico (ITU, 2016, p. 5).

Por esta razón, cuando alguna de estas reglas de juego se diseña de forma inapropiada, y además existe una débil institucionalidad, se generan distorsiones y se pierde eficiencia. Nuevamente, la ITU advierte: «... si los gobiernos demoran en tomar decisiones con respecto a la asignación de espectro necesario para el desarrollo de las telecomunicaciones esto podría crear un cuello de botella para su crecimiento futuro» (ITU, 2016, p. 5).

De acuerdo con la Ley de Telecomunicaciones, en el Perú la utilización del espectro radioeléctrico se realiza mediante el pago de un canon, cuyo monto se establece en el reglamento de esa norma. Las metodologías de cálculo de los montos señalados en el reglamento y sus modificaciones han generado controversia, dado que, por un lado, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) considera estos montos desde una perspectiva administrativa y, por consiguiente, espera recaudar más ingresos de los que el costo efectivo le permitiría con el fin de usarlos en la telecomunicación rural y el desarrollo de las telecomunicaciones a través de diversos financiamientos, entre otros propósitos. Mientras que, por otro lado, las empresas que utilizan el espectro radioeléctrico y el Tribunal Fiscal (TF) los consideran como un tributo, género tasa, especie de derecho (en adelante tasa-derecho) y, por consiguiente, su cuantía debería sujetarse al criterio de costo efectivo por el servicio de administración que brinda el MTC.

Inclusive, las empresas que usan el espectro radioeléctrico han obtenido pronunciamientos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi) que aseveraron que una metodología de cálculo distinta a la del costo efectivo, o que no contenga criterios económicos, sociales y ambientales, constituye una barrera burocrática que, además, desincentiva la expansión de la infraestructura en telecomunicaciones.

Esta discrepancia pasaría desapercibida en caso no fuese una importante controversia patrimonial; por el contrario, los medios de comunicación dan cuenta con frecuencia de presuntos incumplimientos por parte de las principales empresas del sistema.

Mientras tanto, los usuarios de las telecomunicaciones móviles deberían esperar no solo mejores servicios y menores precios, sino también que las empresas cumplan con sus responsabilidades individuales dentro de la economía social de mercado definida en la Constitución Política. Siguiendo a un tratadista notable, tal responsabilidad individual es un principio operacional requerido «al momento de fijar roles y compromisos que desempeñan los distintos actores» (Rivadeneira, 2009, p. 8).

Estas consideraciones animan el desarrollo de la presente investigación sobre el canon por el uso del espectro radioeléctrico (CUER). Sus objetivos generales son tres. El primero es dilucidar, desde la perspectiva del derecho corporativo y las finanzas, si la actual naturaleza del CUER en la Ley de Telecomunicaciones para el caso de teleservicios públicos, cuya metodología se desarrolla en el reglamento de esa norma, corresponde o no a las mejores prácticas internacionales, promueve el desarrollo del sector, protege los intereses del Estado, permite la competencia y se ajusta a doctrina del derecho y, en especial, a la tributaria. El segundo es determinar la naturaleza del CUER con el fin de despejar la incertidumbre creada por la diversidad de posiciones técnicas del Indecopi, el TF y el MTC, dado que los primeros lo califican como tributo, mientras que el último niega su naturaleza tributaria. Y el tercero es determinar si las empresas que usan el espectro radioeléctrico son víctimas de la imposición de una barrera burocrática por las metodologías que emplea el Estado para calcular el canon, establecer si tales metodologías constituyen un obstáculo para el crecimiento del servicio de telecomunicaciones en zonas donde no se brinda este servicio y evaluar distintos escenarios de optimización de las metodologías de cálculo.

Para lograr estos objetivos en primer lugar se examina la definición legal del tributo para luego estudiar las características de los impuestos, las tasas y las contribuciones. Además, se analiza el concepto de canon con el fin de comprobar cuál debería ser su uso jurídico y cómo se emplea en la actualidad. Así, se conseguirá adentrarse en la forma en la que el Estado obtiene recursos al asignar la explotación de un recurso natural y establecer si es que, al hacerlo, estos ingresos constituyen tributos, impuestos, tasas o contraprestaciones; y si sus metodologías de cálculo pueden constituir una barrera burocrática.

Finalmente, se verifican los modelos recomendados por la ITU, se analiza el caso peruano y se comprueba su impacto mediante la revisión de un caso práctico, a través de la aplicación de un análisis financiero.

La cuestión a discernir es si el pago al Estado constituye o no un tributo, específicamente el CUER. Tema alrededor del cual ha habido distintos pronunciamientos por parte de los actores antes indicados, lo que ha generado una contingencia económica significativa.

La presente investigación se justifica por la ausencia de una clara definición técnico-jurídica de la naturaleza del canon, lo que ha dado lugar a una controversia entre el Estado peruano y las empresas operadoras del espectro radioeléctrico, en especial las de teleservicios públicos, sin que exista hasta el momento una posición firme porque estas consideran al CUER como un tributo, tasa-derecho, concepto que el Indecopi y el TF han recogido y aplican en sus resoluciones, aunque el MTC utilice un criterio diferente o extratributario y, por consiguiente, se haya tenido que judicializar esas resoluciones al argumentarse que los recursos naturales, al ser patrimonio de la Nación, no pueden otorgarse en explotación sin un pago justo al Estado, lo que no significaría pérdida o ausencia de rentabilidad para las empresas.

El estudio tuvo como limitación principal el acceso a la información correspondiente a los casos que se presentan ante el Indecopi, el TF y el Poder Judicial y, como limitación secundaria, el acceso a información contable de las empresas operadoras del espectro radioeléctrico de teleservicios públicos.

Con un enfoque de investigación cualitativa, se ha escogido el método narrativo (Hernández, Fernández & Baptista, 2010) porque permite elaborar un reporte de estudio que reúne cada caso de los actores involucrados (empresas de telecomunicaciones y Estado), describir las distintas posiciones asumidas por estos respecto al CUER, generar hipótesis, analizar distintos aspectos técnico-jurídicos, económicos y financieros y elaborar la versión final.

El libro tiene cuatro capítulos:

- El primero presenta brevemente la problemática que se plantea investigar acerca del canon por el uso del espectro radioeléctrico.
- El segundo expone el marco contextual y conceptual en el que se ubica el tema en estudio.
- El tercero revisa el detalle de la controversia relacionada con las empresas operadoras, el MTC, el TF y el Indecopi, lo que permite conocer las distintas posiciones y su fundamentación.
- El cuarto desarrolla el análisis del problema con base en las fuentes utilizadas en los capítulos anteriores, definiendo como se enmarca esta problemática en la Constitución y en las leyes relacionadas para detectar deficiencias de motivación en las resoluciones del Indecopi al considerar el canon como un tributo, tasa-derecho, y la presunta competencia de ese organismo en este tema.

Finalmente, se proponen las conclusiones y las recomendaciones generadas por la investigación.

1

El canon por el uso del espectro radioeléctrico

En el Perú, como en el resto de países, el uso del espectro radioeléctrico requiere un pago, o canon, al Estado por permitirlo. Este capítulo introduce los antecedentes históricos, revisa la situación actual del pago de derechos por uso del espectro radioeléctrico y expone la problemática que se investigará.

1. La reforma del sector telecomunicaciones

Desde 1968 se produjeron en el Perú cambios estructurales que llevaron a la reformulación de muchos sectores, al aumentar la participación del Estado en la economía. El sector de telecomunicaciones no fue la excepción. Así, se aprobó la Ley General de Telecomunicaciones¹ cuya promulgación se justificó, entre otros argumentos, porque «... la modalidad actual de explotación de los servicios de radiodifusión en el Perú, con fines exclusivos de lucro, no permite alcanzar las metas educativas y culturales de interés nacional»². Esta norma también exponía en su parte considerativa lo siguiente:

... por razones de seguridad nacional e interés social, debía de orientarse, controlar y supervisar los servicios de telecomunicaciones en todos sus aspectos, sin perjuicio que corresponda al trabajador de telecomunicaciones

1. Decreto Ley 19020, del 9 de noviembre de 1971.
2. Ib., tercera consideración.

el participar en los beneficios generados, a fin de alcanzar una sociedad justa y solidaria³.

Como efecto de esta política, dos empresas públicas, la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel), tuvieron el monopolio de la telefonía local fija en Lima Metropolitana y el Callao, y de la telefonía local fija en provincias y la larga distancia nacional e internacional, respectivamente⁴. El Estado era propietario del 35% de las acciones de Entel y del 95% de las acciones de la CPT.

1.1. La privatización

A inicios de la década de 1990 se introdujeron nuevos cambios estructurales también en el ámbito de las telecomunicaciones, esta vez con el objetivo de contar con un mercado de libre competencia, acorde con la evolución tecnológica. Las normas que llevaron a este cambio fueron dos:

- La ley que declaró «de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones» y aprobó «normas reguladoras de la promoción de la inversión privada en telecomunicaciones»⁵ y sus posteriores modificatorias.
- La ley que aprobó capítulos complementarios de las normas sobre promoción de la inversión privada en telecomunicaciones⁶.

Ambas normas se consolidaron en la nueva Ley de Telecomunicaciones (LdT), que reemplazó a la Ley General de Telecomunicaciones, y cuyo texto único ordenado fue aprobado posteriormente mediante una norma específica⁷.

3. Ib., cuarta consideración.

4. Así lo corroboró un informe parlamentario que comprobó que la CPT: «... al momento de ser privatizada tenía en exclusividad la telefonía local fija en Lima Metropolitana y el Callao», mientras que Entel «... explotaba en exclusividad la telefonía local fija en provincias y la larga distancia nacional e internacional» (Congreso de la República, 2002, 4 y 6).

5. Decreto Legislativo 702, del 3 de diciembre de 1991.

6. Decreto Ley 26096, del 24 de diciembre de 1992.

7. Decreto Supremo 013-93-TCC, del 28 de abril de 1993.

A estos cambios se sumó la ley que dispuso la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia⁸, esta ley estableció un periodo de concurrencia limitada por un plazo no mayor a cinco años, entre 1994 y 1998.

Este nuevo marco normativo permitió en 1994 la privatización de las compañías Entel y CPT, al precio ofrecido por Telefónica Internacional de 2002 millones de dólares, y definió los términos de sus concesiones y títulos para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

1.2. La desmonopolización

Como complemento de la reforma del sector, cuatro años después se aprobaron los «Lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones»⁹, lo que abrió el camino a la desmonopolización:

...conforme a la Ley 26285 se reguló la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía local y portadores de larga distancia nacional e internacional, estableciéndose un período de concurrencia limitada previo a la plena apertura del mercado¹⁰.

Esta norma preparó las políticas y los cambios normativos para la apertura total de los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones a la competencia en el periodo posterior al de concurrencia limitada para que mediante contratos de concesión se lograsen los objetivos públicos en el sector. En su visión y principios indica:

... hasta el 27 de junio de 1999, el servicio de telefonía fija local, el servicio de portador de larga distancia nacional y el de larga distancia internacional se encuentran en exclusividad. La apertura completa es la puerta de entrada para la siguiente fase del proceso de reestructuración del sector de telecomunicaciones en el Perú y que consiste en el desarrollo del sector en competencia. La primera fase, que se hace coincidir con el período de concurrencia limitada, ha sido exitosa en el logro de las metas que se plantearon y que se plasman en indicadores de telecomunicaciones alentadores para el Perú¹¹.

8. Ley 26285, del 12 de enero de 1994.

9. Decreto Supremo 020-98-MTC, del 4 de agosto de 1998.

10. Ib., segundo considerando.

11. Ib., artículo 3.

De esta manera, a lo largo de la década de 1990 se diseñaron nuevas reglas de juego en el sector telecomunicaciones, las que continúan vigentes.

2. La Ley de Telecomunicaciones y el canon

Desde el inicio del proceso de reforma del sector telecomunicaciones estuvo presente el concepto de canon por uso del espectro radioeléctrico, que se encuentra previsto en la LdT:

... la utilización del espectro radioeléctrico dará lugar al pago de un canon que deberán satisfacer los titulares de estaciones radioeléctricas, emisoras y de las meramente receptoras que precisen de reserva radioeléctrica. El reglamento respectivo señalará los montos y formas de pago a propuesta del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, los que serán aprobados mediante Decreto Supremo¹².

Bajo ese supuesto normativo fundamental, diversas empresas privadas incursionaron en el nuevo mercado de telecomunicaciones, en especial en el de telefonía celular. Hacia fines del 2017, ese mercado se encontraba formado por once empresas prestadoras de servicios al público (cuadro 1.1).

Cuadro 1.1. Perú: empresas operadoras de telefonía celular, 2012-2017

Operador
Megatrack SAC
Geo Supply Perú SAC
Gilat to Home Perú SAC
Tesacom Perú SAC
Telefónica del Perú SAA
Rural Telecom SAC
Andina de Comunicación Móvil SAC
Melquisedec SAC
América Móvil Perú SAC
Americatel Perú SA
Infotelecom International SRL

Fuente: Elaboración propia con base en información del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel).

12. Decreto Supremo 013-93-TCC, artículo 60.

La reglamentación de la LdT¹³ estableció una serie de metodologías aplicables a cada clase de los servicios que requieren del espectro radioeléctrico. Uno de estos es el que la ley denomina teleservicios públicos y corresponde a la telefonía celular. Parte de esos recursos son los pagos que las empresas operadoras realizan para contar con la reserva del espectro radioeléctrico a través del cual brindan sus servicios.

Las normas al respecto han pretendido evolucionar a la par de la tecnología, lo que ha significado cambios conceptuales en las metodologías que se emplean para calcular tales pagos. Originalmente, el reglamento estableció una metodología de cálculo basada en el número de terminales (celulares) activos, aplicando un porcentaje de la unidad impositiva tributaria (UIT) a cada uno de ellos, luego sufrió modificaciones parciales¹⁴ y actualmente el texto único ordenado (TUO) del reglamento¹⁵ establece una metodología de cálculo basada en coeficientes, entre los que se encuentran las bandas, las subbandas y las ponderaciones por zonas y áreas, entre otros, a la cual se ha realizado precisiones adicionales¹⁶.

De acuerdo con información obtenida del MTC, entre el 2002 y el 2017 el monto acotado a las empresas que emplean el espectro radioeléctrico fue de 1413 millones de soles (cuadro 1.2).

13. Decreto Supremo 006-94-TCC, del 11 de febrero de 1994.

14. Las metodologías desarrolladas inicialmente por el Decreto Supremo 006-94-TCC fueron después modificadas mediante los decretos supremos 005-1998-MTC, 022-1998-MTC, 003-1999-MTC, 012-2004-MTC y 027-2004-MTC.

15. Decreto Supremo 020-2007-MTC, del 3 de julio de 2007.

16. Decretos supremos 024-2008-MTC, del 15 de agosto de 2008; 052-2010-MTC, del 28 de octubre de 2010; y 003-2018-MTC, del 23 de enero de 2018.

Cuadro 1.2. Perú: monto de canon acotado a las empresas usuarias por uso de espectro radioeléctrico, 2002-2017

Operador	Monto acotado (soles)
Megatrack SAC	2,493,126.25
Geo Supply Perú SAC	1,206,424.82
Gilat to Home Perú SAC	9,028,553.81
Tesacom Perú SAC	1,298,242.99
Telefónica del Perú SAA	774,895,950.38
Rural Telecom SAC	1,490,574.96
Andina de Comunicación Móvil SAC	260,505.90
Melquisedec SAC	409,086.23
América Móvil Perú SAC	619,262,448.54
Americatel Perú SA	3,035,486.40
Infotelecom International SRL	15,049.33
Total	1,413,395,449.61

Fuente: Elaboración propia con información del Memorando 991-2017-MTC/27.

El cambio de las fórmulas reguladoras introducido por la nueva versión del reglamento de la LdT¹⁷, en especial en lo correspondiente a los recursos que el Estado obtiene como consecuencia del uso del espectro radioeléctrico (el CUER), llevó a su cuestionamiento por las empresas.

3. La controversia por la naturaleza del canon

El MTC, a cuya competencia se somete el espectro radioeléctrico, considera que el CUER no pertenece al sistema tributario sino que constituye una participación del Estado en los ingresos y las rentas obtenidos por una empresa que explota recursos naturales y, por consiguiente, se considera con derecho a recaudar un monto que aplica al desarrollo de las telecomunicaciones, entre otros fines.

En cambio, las empresas operadoras del espectro radioeléctrico entienden que el CUER pertenece al sistema tributario definido en la Ley Marco del Sistema Tributario Nacional¹⁸. Este sistema está formado por:

17. Decreto Supremo 020-2007-MTC, artículo 231.

18. Decreto Legislativo 771, del 30 de diciembre de 1993.

Artículo 2.- El Sistema Tributario Nacional se encuentra comprendido por:

I. El Código Tributario.

II. Los Tributos siguientes:

1. Para el gobierno central:

- a) Impuesto a la Renta;
- b) Impuesto General a las Ventas;
- c) Impuesto Selectivo al Consumo;
- d) Derechos Arancelarios;
- e) Tasas por la prestación de servicios públicos, entre las cuales se consideran los derechos por tramitación de procedimientos administrativos; y,
- f) El nuevo Régimen Único Simplificado.

2. Para los gobiernos locales: los establecidos de acuerdo a la Ley de Tributación Municipal; y

3. Para otros fines:

- a) Contribuciones de Seguridad Social, de ser el caso;
- b) Contribución al Fondo Nacional de Vivienda (Fonavi);
- c) Contribución al Servicio Nacional de Adiestramiento Técnico Industrial (Senati).
- d) Contribución al Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (Sencico).

En consecuencia, quedan derogados todos los demás tributos, cualquiera sea su denominación y destino, diferentes a los expresamente señalados en este artículo.

Los derechos correspondientes a la explotación de recursos naturales, concesiones u otros similares se rigen por las normas legales pertinentes.

Por lo tanto, el CUER constituiría una tasa-derecho, lo que lleva a las empresas a sostener que la metodología de cálculo del MTC resulta ilegal e irracional, por cuanto determina cantidades superiores al costo efectivo del Estado por la contraprestación de un servicio individualizado, consistente en la administración del espectro radioeléctrico.

Bajo este supuesto, las empresas Telefónica del Perú SAA, América Móvil Perú SAC, Viettel Perú SAC y Entel Perú SA denunciaron ante el Indecopi que la metodología de cálculo que el Estado empleaba para determinar el canon constituía una barrera burocrática. Consiguieron declaraciones administrativas al respecto y medidas cautelares administrativas para suspender su aplicación y, por consiguiente, su pago.

Además, lograron que el TF considerara que el canon es un tributo, tasa-derecho¹⁹, de observancia obligatoria, dado que es exigido por el Estado en virtud del uso de un bien de dominio público, como el espectro radioeléctrico, lo que lo califica como un derecho al amparo de lo dispuesto por el Código Tributario (CT)²⁰:

... son tributos cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente [...y por consiguiente] el rendimiento de los tributos distintos a los impuestos [como es el caso de las tasas] no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación²¹.

Tal calificación implicaba que el MTC debería ajustar su metodología de cálculo al criterio de costo efectivo del servicio que brinda en la administración del espectro radioeléctrico.

Se generó así un conflicto entre entidades del Estado, dado que el MTC niega la competencia del TF para resolver apelaciones relacionadas con la determinación del CUER. Por su parte, el MTC ha acudido a los órganos jurisdiccionales procurando el cuestionamiento de las decisiones del Indecopi, para que se considere al CUER como de naturaleza no tributaria. El caso inclusive ha llevado a pronunciamientos del Osiptel, entidad que emitió un reporte en el que asevera que la metodología ocasionaba distorsiones por generar un pago superior a los costos atribuibles a la gestión, la supervisión y el control del espectro radioeléctrico y por crear desincentivos a la expansión del servicio móvil al gravar con un mayor CUER a las empresas que brindan servicio a un mayor número de terminales móviles (Osiptel, 2006). De acuerdo con este enfoque, los actores concurrentes en el mercado de las telecomunicaciones que usan el espectro radioeléctrico no estarían sujetos a una uniformidad de criterios y, por consiguiente, se generaría una incertidumbre que terminaría afectando al desarrollo del mercado.

19. Resolución del TF 2836-5-2009.

20. Decreto Legislativo 816, del 20 de abril de 1996, y modificatorias posteriores consolidadas en el TUO aprobado mediante el Decreto Supremo 133-2013-EF.

21. CT, Título Preliminar, Norma II.

Como resultado de esta interpretación, favorable a sus intereses, entre el 2002 y el 2017 las empresas han pagado solo 1139 millones de soles, y dejado de pagar otros 273 millones de soles acotados por el MTC (cuadro 1.3).

Cuadro 1.3. Canon por uso del espectro radioeléctrico: monto acotado, monto pagado y monto dejado de pagar por las empresas operadoras, 2002-2017

Operador	Monto acotado (soles)	Monto pagado (soles)	Monto no pagado (soles)
Megatrack SAC	2,493,126.25	105,338.43	2,387,787.82
Geo Supply Perú SAC	1,206,424.82	270,484.49	935,940.33
Gilat to Home Perú SAC	9,028,553.81	5,287,855.54	3,740,698.27
Tesacom Perú SAC	1,298,242.99	283,432.76	1,014,810.23
Telefónica del Perú SAA	774,895,950.38	580,870,803.34	194,025,147.04
Rural Telecom SAC	1,490,574.96	14,468.23	1,476,106.73
Andina de Comunicación Móvil SAC	260,505.90	0.00	260,505.90
Melquisedec SAC	409,086.23	5,854.24	403,231.99
América Móvil Perú SAC	619,262,448.54	550,019,646.37	69,242,802.17
Americatel Perú SA	3,035,486.40	3,035,486.40	0.00
Infotelecom Internacional SRL	15,049.33	15,049.33	0.00
Total	1,413,395,449.61	1,139,908,419.13	273,487,030.48

Fuente: Elaboración propia con información del Memorando 991-2017-MTC /27.

Las decisiones del Indecopi y del TF han sido recurridas por el MTC ante instancias jurisdiccionales y, como no cuentan aún con sentencia firme, la controversia se encuentra vigente.

4. El tema en estudio

En el contexto descrito, el tema central de este estudio es la controversia jurídica surgida. Al respecto, toma en cuenta que la controversia no es exclusiva del Perú, pues también se ha presentado en otros casos como el de la propia España aunque la literatura disponible no da cuenta de acciones judiciales o administrativas al respecto. Un ejemplo se muestra en la siguiente cita:

... en algunos casos la fijación de la tasa ha resultado particularmente controvertida. Así ocurrió en España, porque la Ley del presupuesto para el

año 2001 elevó la Tasa de Reserva del Espectro Radioeléctrico. Los adjudicatarios impugnaron la medida argumentando que tenía incidencia negativa en la economía empresarial especialmente a la vista de los exigentes compromisos de inversión que asumieron (su cuantía multiplicó por 30 la prevista para el ejercicio anterior). En un movimiento pendular, la Ley del Presupuesto para el año 2002 supuso una reducción media del 65%. Los operadores consideran que es insuficiente (Laguna, 2010, p. 306).

En el Perú tampoco existe un análisis jurídico desarrollado sino solo opiniones generales como las que sostienen que el CUER es un tributo, tasa-derecho, con base en un método comparativo que lo define como un tributo cuando el pago se origina en una norma legal, no tiene carácter punitivo o de sanción, el sujeto activo es el Estado peruano y el sujeto pasivo es determinado por ley (Soto & Grández, 2016).

La controversia no ha merecido mayor atención, excepto en trabajos con propósito académico como el que considera:

... la controversia entre los operadores y el MTC ha generado diversos pronunciamientos respecto a la naturaleza jurídica del canon, donde se aprecia una mayor consistencia en el argumento expuesto por las entidades que han sustentado que el canon por uso o explotación del espectro radioeléctrico es un tributo, como es el caso del TF e Indecopi (Aparicio, 2014, p. 182).

EN SUMA, en la perspectiva de aportar a la solución de una controversia de alta relevancia patrimonial, la presente investigación trata de discernir, desde el punto de vista económico y del derecho corporativo, cuál es el tratamiento jurídico que corresponde al CUER con base en el análisis de la doctrina económica, tributaria y legal-administrativa.

Su contribución va más allá de la contingencia patrimonial entre un grupo de empresas y el Estado, ya que aborda los diferentes sistemas de recaudación que existen en torno al uso del espectro radioeléctrico, con la finalidad de determinar cuál sería el procedimiento más adecuado. Con este propósito se analiza si las metodologías de cálculo establecidas en la legislación peruana se condicen con los modelos recomendados por la ITU. Además, se desarrolla un análisis financiero en un caso práctico.

2

Marco teórico

Este capítulo expone el marco teórico del tema a analizar, incidiendo en los antecedentes contextuales y en la definición de los conceptos claves usados.

1. Marco contextual

El marco contextual del canon por uso del espectro radioeléctrico reside en la legislación y las instituciones del Estado, básicamente definido en la Constitución²² y desarrollado en distintas normas específicas.

Como es sabido, cualquier organización requiere de recursos para lograr sus objetivos. El Estado no es una excepción, por el contrario, es la cúspide de esta premisa y, por consiguiente, la administración pública necesita recursos con este fin. Al respecto, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto indica:

... la administración financiera del Sector Público está orientada a viabilizar la gestión de los fondos públicos, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico, promoviendo el adecuado funcionamiento de sus sistemas conformantes, según las medidas de política económica establecidas, en concordancia con la Ley de Responsabilidad y Transparencia Fiscal y el Marco Macroeconómico Multianual²³.

22. Constitución Política: Título I, capítulo IV; Título II, capítulo II, y Título II, capítulo IV.

23. Ley 28411, del 6 de diciembre de 2004, artículo 1.

Para el desarrollo de sus funciones y competencias las administraciones públicas se sirven de recursos de diversa índole. En referencia a la realidad española se ha dicho (Fernando, González, González & Fernández, 2016) que estos pueden ser de tres tipos, los cuales también son válidos en el Perú:

- Recursos humanos, dentro de los que se encuentran los funcionarios y demás personal.
- Recursos económico-financieros, referidos a los impuestos y cualquier otro ingreso.
- Recursos materiales, constituidos por los bienes propios del Estado.

1.1. Recursos humanos

Respecto de los recursos personales, la organización jurídica refiere obligatoriamente a los distintos regímenes de los trabajadores estatales, quienes cuentan con los regímenes previstos en las siguientes normas:

- Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público²⁴.
- Ley del Fomento del Empleo para los casos de trabajadores estatales sujetos al régimen laboral de la actividad privada²⁵.
- Régimen especial de contratación administrativa de servicios²⁶.

1.2. Recursos económico-financieros

De acuerdo con la Constitución, «la administración económica y financiera del Estado se rige por el Presupuesto que anualmente aprueba el Congreso de la República»²⁷. La Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto determina lo siguiente:

... los fondos públicos se estructuran siguiendo las clasificaciones económica y por fuente de financiamiento que son aprobadas, según su naturaleza, mediante Resolución Directoral de la Dirección Nacional del Presupuesto Público:

24. Decreto Legislativo 276, del 6 de marzo de 1984.

25. Decreto Legislativo 728, del 8 de noviembre de 1991.

26. Decreto Legislativo 1057, del 27 de junio de 2008.

27. Constitución Política, artículo 77.

1. Clasificación económica. Agrupa los fondos públicos dividiéndolos en:
 - Ingresos corrientes:* Agrupa los recursos provenientes de tributos, venta de bienes, prestación de servicios, rentas de la propiedad, multas, sanciones y otros Ingresos Corrientes.
 - Ingresos de capital:* Agrupa los recursos provenientes de la venta de activos (inmuebles, terrenos, maquinarias, etc.), las amortizaciones por los préstamos concedidos (reembolsos), la venta de acciones del Estado en empresas y otros Ingresos de capital.
 - Transferencias:* Agrupan los recursos sin contraprestación y no reembolsables provenientes de entidades, de personas naturales o jurídicas domiciliadas o no domiciliadas en el país, así como de otros gobiernos.
 - Financiamiento:* Agrupa los recursos provenientes de operaciones oficiales de crédito interno y externo, así como los saldos de balance de años fiscales anteriores.
2. Clasificación por fuentes de financiamiento. Agrupa los fondos públicos que financian el Presupuesto del Sector Público de acuerdo al origen de los recursos que lo conforman. Las fuentes de financiamiento se establecen en la Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público²⁸.

1.3. Recursos materiales o bienes del Estado

Siguiendo nuevamente la doctrina española, esta última clasificación engloba «... al patrimonio de las Administraciones Públicas comprendiendo tanto los bienes públicos que pertenecen a la Administración a título público como a título privado» (Fernando *et al.*, 2016, p. 15).

Profundizar respecto de los recursos materiales de una administración pública forzosamente requiere verificar el marco constitucional al que estos se someten. La Constitución española define: «... son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental»²⁹. Incluye dentro del término *dominio público* inclusive los recursos naturales.

28. Ley 28411, artículo 11.

29. Constitución Española, artículo 132.

La Constitución peruana, en sus capítulos sobre recursos naturales y propiedad, optó por una técnica en apariencia distinta. Así, establece: «... los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento»³⁰ y «... los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico»³¹.

El desarrollo de la jurisprudencia por el Tribunal Constitucional (TC) peruano dispararía la aparente diferencia entre ambos tratamientos a través de sus pronunciamientos. Así ocurrió cuando debió tratar la naturaleza de los bienes de dominio público: «... los bienes del Estado se dividen en bienes de dominio privado y bienes de dominio público, sobre los primeros el Estado ejerce su propiedad como cualquier persona de derecho privado; sobre los segundos ejerce administración de carácter público y tuitivo»³².

E, igualmente, cuando tuvo que abordar específicamente el concepto de recursos naturales:

... el conjunto de elementos que brinda la naturaleza para satisfacer las necesidades humanas, en particular, y las biológicas en general. Representan aquella parte de la naturaleza que tiene alguna utilidad actual o potencial para el hombre. En otras palabras, son los elementos naturales que el ser humano aprovecha para satisfacer sus necesidades materiales o espirituales, vale decir, que gozan de aptitud para generar algún tipo de provecho y bienestar³³.

Es en este desarrollo jurisprudencial que queda claro que:

... los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la

30. Constitución Política, artículo 66.

31. Constitución Política, artículo 73.

32. Sentencia del TC 006-96/AI-TC, primer considerando. Recaída en la demanda de inconstitucionalidad promovida por 32 congresistas contra la Ley 26599 que modificó el artículo 648 del Código Procesal Civil.

33. Sentencia del TC 0048-2004-PI, fundamento 28. Emitida en el proceso de inconstitucionalidad promovido por José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley de Regalía Minera, Ley 28258.

expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce³⁴.

Esta definición guarda similitud con la española:

... los bienes públicos pueden ser clasificados en bienes demaniales y bienes patrimoniales. Los bienes de dominio público son aquellos bienes que, siendo propiedad de un ente público, están afectados a un uso público (plaza o calle), a un servicio público (edificio) o al fomento de la riqueza nacional (aguas) (Fernando *et al.*, 2016, p. 16).

Además, en el Perú las normas referidas a los bienes de dominio público tienen dos expresiones positivas principales: por un lado, la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (LOASRN)³⁵ y, por el otro, la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (LGSNBN)³⁶.

La LOASRN define los recursos naturales como:

... todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tengan un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

- a) Las aguas: superficiales o subterráneas;
- b) El suelo, el subsuelo y las tierras por su capacidad de uso mayor: agrícolas, pecuarias, forestales y de protección;
- c) Diversidad biológica: como las especies de flora, de fauna y de los microorganismos o protistos, los recursos genéticos y los ecosistemas que dan soporte a la vida;
- d) Los recursos hidrocarburíferos, hidroenergéticos, eólicos, solares, geotérmicos y similares;
- e) La atmósfera y el espectro radioeléctrico;
- f) Los minerales;
- g) Los demás considerados como tales³⁷.

34. *Ib.*, fundamento 29.

35. Ley 26821, del 25 de junio de 1991.

36. Ley 29151, del 13 de diciembre de 2007.

37. Ley 26821, artículo 3.

Por su parte, la LGSNBE establece que para los efectos de dicha norma:

... los bienes estatales comprenden 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 pertenezcan³⁸.

Es en este marco en el que debe ubicarse el cobro de un canon por el uso de los recursos naturales.

2. Marco conceptual

En este acápite se precisan en términos legales los conceptos técnicos relativos al tema en estudio, dentro del cual los más importantes son los del espectro radioeléctrico y del canon, atendiendo a las definiciones de la UTI y de otros países, y a la definición legal de tributos y barreras burocráticas.

2.1. El espectro radioeléctrico

Las telecomunicaciones se encuentran estrechamente relacionadas con la infraestructura que se instala para el funcionamiento de los sistemas que permiten una comunicación desde dos puntos. En un principio, las comunicaciones modernas estuvieron restringidas al uso de un nexo o cable que permitía conectar ambos puntos.

Con el transcurso del tiempo se comenzó a desarrollar la tecnología que permitió que la conexión fuese inalámbrica. La historia enseña, por ejemplo, que fue Guillermo Marconi, uno de los pioneros en esta tecnología inalámbrica, quien logró transmitir ondas de radio a través del océano Atlántico el 12 de diciembre de 1901. Es indudable que las telecomunicaciones han evolucionado desde entonces. El telégrafo empleado por Marconi fue revolucionario y permitió el avance de otras tecnologías derivadas: la radio, la televisión y el teléfono móvil son claros ejemplos.

Esa evolución tiene como vehículo el espectro radioeléctrico. De acuerdo con la ITU:

38. Ley 29151, artículo 3.

... constituye la porción del espectro electromagnético (fenómeno por el cual se transmiten las ondas electromagnéticas) que se utiliza para las telecomunicaciones (radio, televisión, telefonía móvil, radares, satélites, etc.). El espectro radioeléctrico convencionalmente se fijó entre los 8,3 kHz y los 3,000 GHz y se dividió en bandas de frecuencia que son atribuidas a los diferentes servicios de telecomunicaciones. Esta atribución considera para cada banda sus características específicas en términos de propagación de la señal, lo que las hace más adecuadas para la provisión de servicios específicos (ITU, 2016, p. 2).

No todas las ondas electromagnéticas sirven para las telecomunicaciones. Sucede que estas tienen frecuencias que se miden según su desplazamiento en ciclos por segundo o por hercios. De acuerdo con la ITU, aquellas que se aprovechan para las telecomunicaciones tienen una frecuencia que va desde los 3 kilohercios hasta los 300 Gigahercios (cuadro 2.1).

Como definición conceptual la ITU propone:

... desde el punto de vista económico, el espectro radioeléctrico *es un insumo* para la producción de comunicaciones. En tanto recurso, este es variado (en la medida en que, como se menciona arriba, está compuesto por diferentes categorías o bandas), es escaso (dado que no puede ser recreado), no puede ser almacenado (como otros recursos como el agua o el petróleo) y definitivamente puede ser negociado (comprado y vendido en términos de *los derechos de uso*). Estas características requieren que el acceso y uso del espectro sea administrado (ITU, 2016, p. 3. El subrayado es propio).

También precisa:

... el espectro es un recurso natural, no renovable y escaso, por lo que su uso implica un costo de oportunidad [...] el monto de la inversión de los recursos disponibles, en una oportunidad económica, a costa de la mejor inversión alternativa disponible, o también el valor de la mejor opción no realizada (ITU, 2016, p. 1).

Resulta ser escaso porque desde las primeras transmisiones radioeléctricas se utilizó una tecnología que implica que el receptor solo puede distinguir la señal destinada a él en función de la potencia y la frecuencia. De esta manera «... implica que haya de “parcelarse” las frecuencias y atribuir en exclusiva un bloque para determinados servicios y operadores» (Fernando *et al.*, 2016, p. 50).

Cuadro 2.1. Espectro radioeléctrico: frecuencias aprovechables para las telecomunicaciones

Banda	Rango de frecuencia	Alcance (km)	Uso común	Ancho de banda	Interferencia
VLF (ondas miriamétricas)	3-30 kHz	1000	Radionavegación de largo alcance	Muy estrecha	De amplia distribución
LF (ondas kilométricas)	30-300 kHz	1000	Radionavegación de largo alcance	Muy estrecha	De amplia distribución
MF (ondas hectométricas)	300-3000 kHz	2-3000	Radionavegación de largo alcance	Moderada	De amplia distribución
HF (ondas decamétricas)	3-30 MHz	Hasta 1000	Fijos punto a punto y radiodifusión a escala mundial	Amplia	De amplia distribución
VHF (ondas métricas)	30-300 MHz	2-300	Radiodifusión, móviles, WAN	Muy amplia	Confinada
UHF (ondas decimétricas)	300-3000 MHz	<100	Radiodifusión, móviles, satelital	Muy amplia	Confinada
SHF (ondas centimétricas)	3-30 GHz	30-2000	Fijos, radiodifusión, móviles, WAN, comunicación por satélite	Muy amplia (hasta 1 GHz)	Confinada
EHF (ondas milimétricas)	30-300 GHz	20-2000	Radiodifusión, fijos punto a punto, móviles, comunicaciones por satélite	Muy amplia (hasta 10 GHz)	Confinada

Fuente: McLean Foster & Co., 2009, p. 18.

Al ser un recurso natural escaso, su aprovechamiento requiere de una organización racional. En el Perú, tal organización se encuentra establecida en la LdT. Esta norma proporciona la siguiente definición: «... es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectuará en las condiciones señaladas en la presente Ley y su Reglamento»³⁹.

Esta norma no recoge plenamente la definición de la ITU, porque no hace referencia a que su uso implica un costo de oportunidad, pero sí realiza un ordenamiento en función de los servicios que se brindan a través del espectro radioeléctrico, de acuerdo con el siguiente detalle:

- Servicios portadores
- Teleservicios o servicios finales
- Servicios de difusión
- Servicios de valor añadido

La ley considera servicios portadores:

... a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido. Estos servicios pueden ser desarrollados tanto por empresas privadas como por empresas conformantes de la actividad empresarial del Estado y requerirán de concepción expresa para su ejercicio⁴⁰.

La ley considera teleservicios o servicios finales:

... a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios. Forman parte de estos servicios finales, entre otros, los siguientes:

- a) El servicio telefónico, fijo y móvil
- b) El servicio de télex
- c) El servicio telegráfico (telegramas)
- d) Los servicios de radiocomunicación: radioaficionados, fijo, móvil y buscapersonas.

39. LdT, artículo 57.

40. LdT, artículo 10. La red de servicios portadores la constituyen los sistemas de transmisión de alta capacidad, instalados e interconectados en todo el territorio nacional.

El Reglamento de esta Ley definirá estos servicios finales y otros que no están aún considerados en esta relación, así como sus modalidades⁴¹.

La ley considera como servicios de difusión:

... los servicios de telecomunicaciones en los que la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción.

Se considera servicios de difusión entre otros, los siguientes:

- a) Servicio de radiodifusión sonora
- b) Servicio de radiodifusión de televisión
- c) Servicio de distribución de radiodifusión por cable
- d) Servicio de circuito cerrado de televisión.

El Reglamento de esta Ley señalará los servicios de difusión y sus modalidades⁴².

Por último, la ley considera como servicios de valor añadido:

... aquellos que, utilizando como soporte servicios portadores o finales o de difusión, añaden alguna característica o facilidad al servicio que les sirve de base.

Se considera como servicios de valor añadido entre otros el facsímil, el videotex, el teletexto, la teleacción, telemando, telealarma, almacenamiento y retransmisión de datos, teleproceso.

El Reglamento de esta Ley señalará los servicios de valor añadido y sus modalidades⁴³.

Es este marco conceptual, convertido en norma legal, el que define el significado del espectro radioeléctrico.

2.2. El canon

Para abordar el concepto de canon se debe acudir tanto al derecho comparado como a la legislación positiva nacional.

41. LdT, artículo 13.

42. LdT, artículo 20.

43. LdT, artículo 29.

2.2.1. Concepción clásica

Referirse al canon desde una concepción clásica significa remitirse a un término con vinculación a la institución jurídica de la propiedad, y a los derechos que se adquieren respecto de una cosa ajena o *iura in re aliena*. Conforme expone un tratadista al referirse a la teoría general de los derechos reales:

... el primer derecho real romano en surgir fue la servidumbre y luego el usufructo. Fue en el periodo Justiniano cuando surge el derecho real de «superficie» muy usado por el Estado y los municipios y en esta época también aparecieron otras instituciones que ya no están vigentes, como la *operae servorum*, vale decir el derecho a disfrutar del trabajo de un esclavo ajeno, y el censo descrito como una «suerte de arrendamiento agrícola a largo plazo o a perpetuidad» que tomó vigencia en el medioevo, principalmente en España (Ramírez, 2007, tomo III, p. 7).

El contrato de censo implicó el desdoblamiento del concepto de dominio, reconociéndose un dominio directo y un dominio útil. Al pago anual por el dominio útil se denominó canon y la modalidad más común del contrato de censo fue el enfitéutico. Por ello, la Real Academia Española, entre otras definiciones, otorga al canon el significado de «Cantidad periódica pagada a la Administración por el titular de una concesión demanial (de dominio público)».

2.2.2. En el derecho comparado

En el ámbito internacional, el uso de esta categoría jurídica es semejante aunque con precisiones locales.

En España el Código Civil⁴⁴ establece:

... se constituye el censo cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de los mismos bienes [...] Es enfitéutico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a

44. Real Decreto de 24 de julio de 1889 y modificatorias posteriores.

percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio⁴⁵.

En Chile el Código Civil, o Código de Andrés Bello⁴⁶, indica:

... se constituye un censo cuando una persona contrae la obligación de pagar a otra un rédito anual, reconociendo el capital correspondiente, y gravando una finca suya con la responsabilidad del rédito y del capital. Este rédito se llama censo o canon; la persona que le debe, censuario, y su acreedor, censalista⁴⁷.

En Argentina, el reciente Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁸ no se refiere al contrato de censo; sin embargo, en varios artículos trata sobre este, en especial en el capítulo referido al contrato de locación, pues al establecer sus efectos señala:

... pagar el canon convenido.

La prestación dineraria a cargo del locatario se integra con el precio de la locación y toda otra prestación de pago periódico asumida convencionalmente por el locatario. Para su cobro se concede vía ejecutiva.

A falta de convención, el pago debe ser hecho por anticipado: si la cosa es mueble, de contado; y si es inmueble, por período mensual⁴⁹.

Por lo tanto, en todos los casos se reconoce el canon como el pago de un derecho por el uso de una propiedad.

2.2.3. En la legislación nacional

Para el caso peruano, la definición legal de canon no se encuentra explícitamente en el Código Civil⁵⁰, que no distingue entre dominio directo y dominio útil, dado que opta por desarrollar la institución de la propiedad como concepto único y general, según el cual «... es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en

45. Ib., artículos 1604 y 1605.

46. Ley del 14 de diciembre de 1855 y modificatorias posteriores.

47. Ib., artículo 2022.

48. Ley 26694, del 7 de octubre de 2014.

49. Ib., artículo 1208.

50. Decreto Legislativo 295, del 24 de julio de 1984.

armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley»⁵¹, en cambio, es materia de una ley específica.

El canon en el Código Civil

Si bien el actual Código Civil no tipifica ni menciona el contrato de censo, y por consiguiente tampoco se refiere al canon, los códigos civiles de 1852 y 1936, hoy derogados, sí lo consideraron.

El Código Civil de 1852⁵² (derogado) sí distinguió entre dominio directo y dominio útil. Es más, desarrolló el contrato de censo al establecer los efectos del dominio y, por consiguiente, de la modalidad especial de *iura in re aliena*, al distinguir inclusive entre censo enfiteútico, consignativo y reservativo:

... los efectos del dominio pueden estar distribuidos entre dos dueños: uno directo, como el dueño del terreno a quien se paga un canon en reconocimiento del dominio; y el otro útil, como el dueño del uso y de los frutos que está obligado a pagar el canon⁵³.

... censo enfiteútico, es un contrato por el cual una persona transfiere a otra el dominio útil de un fundo, por cierto rédito o canon anual, conservando el dominio directo⁵⁴.

... el censo consignativo consiste en el derecho de cobrar, por tiempo indeterminado, cierto rédito o canon anual; en virtud de haberse impuesto el capital respectivo sobre un fundo, cuyo poseedor no está obligado a redimirlo.

El censo reservativo consiste en el mismo derecho de cobrar el canon, pero en virtud de la cesión de un fundo, hecha con esta condición⁵⁵.

... para constituir la enfiteusis sobre bienes eclesiásticos, de comunidades o de beneficencia, se observarán las mismas formalidades prescritas para el caso de enajenarlos⁵⁶.

51. Ib., artículo 927.

52. Ley del 23 de diciembre de 1851.

53. Ib., artículo 463.

54. Ib., artículo 1886.

55. Ib., artículo 1908.

56. Ib., artículo 1889.

... la duración de este contrato se cuenta por años o por vidas.

Si se celebra por una, dos o más vidas, sin designar la persona o personas en cuyas cabezas se constituye, cada vida equivale a cincuenta años.

No expresándose de ningún modo la duración de la enfiteusis, se entiende que lo es por la vida del enfiteuta, que es el dueño del dominio útil⁵⁷.

... las obligaciones del enfiteuta son:

1. Conservar la cosa enfiteútica, a lo menos en el estado en que la recibió;
2. Pagar el canon en el tiempo, modo y lugar estipulados⁵⁸.

... las acciones quedan prescritas:

A los treinta años de no haberse cobrado el canon de un censo o cualquiera otra renta perpetua, se prescribe el capital y los créditos devenidos. Antes de cumplirse los treinta años se puede cobrar por acción ejecutiva las pensiones de los nueve últimos, y por acción ordinaria las de los diez años anteriores a estos últimos nueve, quedando prescritas las precedentes⁵⁹.

... se interrumpe la prescripción de acciones:

1. Si el deudor ha pagado parte de su deuda, dentro del término señalado para prescribirla;
2. Si dentro del término de la prescripción ha pedido a su acreedor plazo para pagar o ha renovado la obligación;
3. Si dentro del término de la prescripción ha sido citado y emplazado en juicio;
4. Si dentro del término en que se prescriben las rentas perpetuas o los censos, se notifica al poseedor del fundo gravado la retención o el secuestro de la renta o del canon⁶⁰.

El Código Civil de 1936⁶¹, que reemplazó al anterior, no distinguió entre dominio directo y dominio útil y tampoco trató al censo como un contrato típico; sin embargo, sí se refirió al canon, estableciendo:

57. *Ib.*, artículo 1890.

58. *Ib.*, artículo 1901.

59. *Ib.*, artículo 561.

60. *Ib.*, artículo 563.

61. Ley 8305, del 30 de agosto de 1936.

... se interrumpe la prescripción:

1. Si el deudor ha pagado parte de su deuda.
2. Si ha pedido a su acreedor plazo para pagar, o ha reconocido la obligación.
3. Si se notifica el poseedor del fundo gravado la retención o el embargo del canon⁶².

... los asientos de los antiguos libros de censos e hipotecas deberán trasladarse a los nuevos libros del registro dentro del plazo de un año. Vencido este término, dichos asientos quedarán extinguidos y sin valor legal⁶³.

Por lo cual, la figura del canon forma parte del acervo jurídico del país.

La Ley del Canon

Con estos antecedentes no fue extraño que, a inicios del siglo XXI, y fuera del Código Civil, consistente con el desarrollo legislativo, se aprobara una Ley del Canon (LdC)⁶⁴ destinada a normar el uso de los bienes públicos.

Esta norma define el canon como «... la participación efectiva y adecuada de la que gozan los gobiernos regionales y locales del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica de los recursos naturales»⁶⁵ y determina como su objeto regular la «... distribución en favor de los gobiernos regionales y gobiernos locales de las zonas donde se exploten los recursos naturales, de conformidad con lo establecido por el artículo 77 de la Constitución Política del Perú»⁶⁶.

La ley crea un canon minero, pesquero, hidroenergético, gasífero y forestal, sin incluir al del espectro radioeléctrico. Su reglamento⁶⁷ establece bases de referencia para determinar cada clase de canon y especifica cómo se distribuye y aplica:

- a) El canon minero está constituido por el 50% del impuesto a la renta que obtiene el Estado y que pagan los titulares de la actividad minera

62. Ib., artículo 1163.

63. Ib., artículo 1831.

64. Ley 27506, del 9 de julio de 2001.

65. Ib, artículo 1.

66. Ib, artículo 2.

67. Decreto Supremo 005-2002-EF, del 6 de enero de 2002.

por el aprovechamiento de los recursos minerales, metálicos y no metálicos.

- b) El canon y sobrecanon petrolero para los departamentos de Piura, Tumbes, Loreto, Ucayali y la provincia de Puerto Inca en el departamento de Huánuco, es del quince por ciento (15%) *ad valorem* sobre la producción total de petróleo.
- c) El canon gasífero está constituido por el 50% del impuesto a la renta, 50% de las regalías provenientes de los contratos de licencia y 50% del valor de realización o venta descontados los costos hasta el punto de medición de la producción en los contratos de servicios, derivados de la explotación de gas natural y de condensados.
- d) El canon hidroenergético está constituido por el 50% del impuesto a la renta pagado por las empresas concesionarias de generación de energía eléctrica que utilicen recurso hídrico.
- e) El canon pesquero está constituido por el 50% del impuesto a la renta y los derechos de pesca a que se refiere la Ley General de Pesca pagado por las empresas dedicadas a la extracción comercial de pesca de mayor escala, de recursos naturales hidrobiológicos de aguas marítimas, y continentales lacustres y fluviales.
- f) El canon forestal está constituido por el 50% del pago del derecho de aprovechamiento, referido al pago por los permisos, autorizaciones y concesiones de productos forestales y de fauna silvestre que recaude el Instituto Nacional de Recursos Naturales (Inrena)⁶⁸.

Asimismo, establece en el artículo 8, «Uso del Canon y su Difusión», que los gobiernos locales lo usan de manera exclusiva en gastos de inversión, destinando el 30% a la inversión productiva para el desarrollo sostenible de las comunidades donde se explota el recurso natural; y los gobiernos regionales lo usan de manera exclusiva para el financiamiento o cofinanciamiento de proyectos u obras de infraestructura de impacto regional y local, debiendo entregar el 20% a las universidades públicas de su circunscripción⁶⁹.

Ni la LdC ni su reglamento se ocupan del CUER, el cual se encuentra previsto en la LdT.

68. Ib., artículo 2.

69. Ib., artículo 8.

El caso del espectro radioeléctrico

Respecto al uso del espectro radioeléctrico, el antecedente legal referido a un pago por los explotadores de servicios públicos de telecomunicaciones se encuentra en la antigua Ley General de Telecomunicaciones, que establecía:

... las entidades explotadoras de servicios públicos de telecomunicaciones están obligadas a abonar al Tesoro Público una tasa anual del uno por ciento (1%) del ingreso bruto originado por la prestación directa de sus respectivos servicios la que preferentemente será orientada al desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones del país⁷⁰.

... el producto de las multas y decomisos constituyen fondos del Tesoro Público los que preferentemente serán orientados al desarrollo de las telecomunicaciones en el país. Las multas serán cobradas coactivamente conforme a lo dispuesto en el Decreto-Ley 17355⁷¹.

Esta misma norma consideró:

[... que] durante el ejercicio presupuestal correspondiente al Bienio 1971-1972, los ingresos previstos por el artículo 65 y el 135 del presente Decreto Ley continúan como recursos propios del MTC. A partir del ejercicio presupuestal que se inicia el 1 de enero de 1973 los recursos mencionados pasarán a incrementar los ingresos del Tesoro Público⁷².

La reforma estructural iniciada en 1991 fue la que introdujo explícitamente el concepto de canon como sustituto de la tasa anual que se pagaba hasta ese año:

... la utilización del espectro radioeléctrico dará lugar al pago de un canon que deberán satisfacer los titulares de estaciones radioeléctricas, emisoras y de las meramente receptoras que precisen de reserva radioeléctrica. El reglamento respectivo señalará los montos y formas de pago a propuesta del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, los que serán aprobados mediante Decreto Supremo⁷³.

70. Decreto Ley 19020, artículo 65.

71. Ib., artículo 135.

72. Ib., duodécima disposición transitoria.

73. Decreto Legislativo 702, artículo 63.

No obstante, los reglamentos emitidos al amparo de la Ley General de Telecomunicaciones mantuvieron su vigencia hasta la emisión de los reglamentos de la nueva LdT.

Se debe señalar que esas normas se emitieron con marcos constitucionales distintos: la Ley General de Telecomunicaciones bajo la Constitución de 1933 y la LdT bajo la Constitución de 1978.

La Constitución de 1933 había establecido en su título sobre garantías constitucionales un marco general referido a los recursos naturales, delegando en la ley la responsabilidad de fijar las condiciones de su utilización o concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares:

... las minas, tierras, bosques, aguas y en general todas las fuentes naturales de riqueza pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos. La ley fijará las condiciones de su utilización por el Estado, o de su concesión, en propiedad o en usufructo, a los particulares⁷⁴.

De igual manera, la Constitución de 1978, en su título sobre régimen económico, estableció un marco general referido a los recursos naturales, delegando también en la ley la responsabilidad de fijar las condiciones de su utilización y otorgamiento a particulares:

... los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación.

Los minerales, tierras, bosques, aguas y, en general, todos los recursos naturales y fuentes de energía pertenecen al Estado. La ley fija las condiciones de su utilización por éste y de su otorgamiento a los particulares⁷⁵.

Conforme se puede apreciar, los marcos constitucionales de 1933 y de 1978 no emplearon el término canon y ambas constituciones delegaron en la ley la potestad de regular la utilización de los recursos naturales.

La reforma de 1991 consideró de necesidad pública el desarrollo de las telecomunicaciones y la promoción de la inversión privada en telecomunicaciones justificando esa decisión en el retraso en la prestación de

74. Constitución Política de 1933, artículo 37.

75. Constitución Política de 1978, artículo 118.

dichos servicios, lo que perjudicaba directamente a los usuarios y al país, en especial a los pobladores de los lugares más apartados de los centros urbanos, muchos de los cuales, además, constituían zonas declaradas en emergencia debido a la actividad terrorista.

Por ello, la reforma se inició declarando «... de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro de un marco de libre competencia» y dispuso que «... su fomento, administración y control correspondía al Estado y que técnicamente se orientase hacia el establecimiento de una Red Digital de Servicios Integrados»⁷⁶.

Este fue el hito diferenciador, pues inmediatamente se reglamentó que el canon para el caso de teleservicios públicos se calculara aplicando porcentajes sobre la UIT vigente al 1 de enero del año en el que correspondiese efectuar el pago.

La nueva LdT ratificó la adopción del canon al indicar:

... el reglamento respectivo señalará los montos y formas de pago a propuesta del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, los que serán aprobados mediante Decreto Supremo⁷⁷.

Poco después entró en vigencia la Constitución de 1993 que adoptó el concepto de canon, considerándolo como los ingresos y las rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales.

... el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización. Corresponden a las respectivas circunscripciones, conforme a ley, recibir una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon⁷⁸.

El Reglamento de la LdT se aprobó en 1994, es decir, bajo el nuevo marco que otorgó carácter constitucional a este concepto.

76. Decreto Legislativo 702, artículo 1.

77. LdT, artículo 60.

78. Constitución Política de 1993, artículo 77.

2.3. Los tributos

Un tercer gran tema conceptual a precisar es el de la caracterización de los tributos y la diferenciación de sus distintos tipos: impuestos, tasas y contribuciones.

2.3.1. Caracterización legal

Definición

Es importante empezar mencionando que la legislación peruana no define el tributo. El CT solo indica de manera genérica aquello que lo comprende:

... este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

- a) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.
- b) Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.
- c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual⁷⁹.

Las tasas, entre otras, pueden ser:

1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.
2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.
3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.

El rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación⁸⁰.

79. CT, Título Preliminar, Norma II.

80. Ib.

La ausencia de conceptualización de tributo en la ley lleva a la búsqueda de su definición académica, aunque aquí también existe incertidumbre.

Así, un catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú advierte:

... aun cuando el tributo es el principal objeto de estudio en la ciencia del Derecho tributario, en tanto representa un concepto fundamental respecto del ordenamiento jurídico tributario, definirlo y no conceptualizarlo ha representado una de las tareas más complicadas y arduas que se ha planteado la comunidad científica que estudia, desde la perspectiva jurídica, el fenómeno tributario (Bravo Cucci, 2015, p. 50).

... la dificultad del tema consiste en que el objeto que se pretende definir no es precisamente el mismo en todos los casos y, en el plano jurídico, connota una serie de significaciones, lo que le otorga la condición de un vocablo polisémico (Bravo Cucci, 2015, p. 52).

Una mayor claridad se encuentra en tratadistas de otros países. Un catedrático de la Universidad de Salamanca propone que el tributo «... contiene caracteres que apenas generan controversia: se trata de una prestación patrimonial obligatoria generalmente pecuniaria; (ii) dicha prestación debe ser establecida por ley; (iii) con la misma se tiende a procurar gastos públicos» (González, 1991, p. 78). Mientras que un especialista brasileño asevera: «... el criterio utilizado para clasificar a las especies tributarias no es la vinculación de la recaudación con una actividad específica del Estado, sino la norma tributaria a una actualización estatal» (citado en Bravo Cucci 2015, p. 74).

Con estas referencias, se puede volver a citar al analista local quien resume así la cuestión de la definición:

... las especies tributarias en tanto fenómenos normativos pueden ser definidos de la siguiente manera:

- a. Impuestos: es la norma de incidencia tributaria cuyo aspecto material no guarda vinculación con una actividad estatal, pero es revelador de capacidad contributiva. El principio rector de los impuestos es la capacidad contributiva.
- b. Tasa: es una norma de incidencia tributaria, cuyo aspecto material guarda vinculación directa con una actividad estatal consistente en la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

- c. Contribución: es la norma de incidencia tributaria cuyo aspecto material guarda vinculación indirecta con una actividad estatal en mérito de la cual se obtienen beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales. Si bien el principio rector de las contribuciones es el principio del beneficio, las contribuciones, al igual que las tasas, se encuentran graduadas por el principio de capacidad contributiva (Bravo Cucci, 2015, p. 74).

El tributo en el marco legal

Al tratarse de una prestación que debe establecerse por ley (*ex lege*), cualquier análisis legal debe tener como punto de partida la Constitución, por ser la ley fundamental del Estado que desarrolla el tema en varios aspectos.

La Carta Magna define:

... 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. Los gobiernos regionales y los gobiernos locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.

Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación.

No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo⁸¹.

La segunda remisión es hacia el operador estatal especializado en tributos, el TF, el cual ha adoptado la definición de la doctrina según la 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

81. Constitución Política de 1993, artículo 74.

persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley»⁸².

En su apoyo, el TF cita al tratadista Ferrero Lapaza quien define el tributo como una «... prestación pecuniaria de carácter coactivo impuesta por el Estado u otro ente público con el objeto de financiar gastos públicos»⁸³.

Principios tributarios

Las definiciones anteriores, por estar contenidas en precedentes de observancia obligatoria, se utilizan para indicar qué es un tributo y qué no lo es, e indican que deben evaluarse en forma conjunta con ciertas características adicionales recogidas en cinco principios comunes a los tributos (figura 2.1) expuestos en la Constitución:

- Potestad tributaria
- Reserva de la ley
- Igualdad
- Respetto de derechos fundamentales de la persona
- No confiscatoriedad

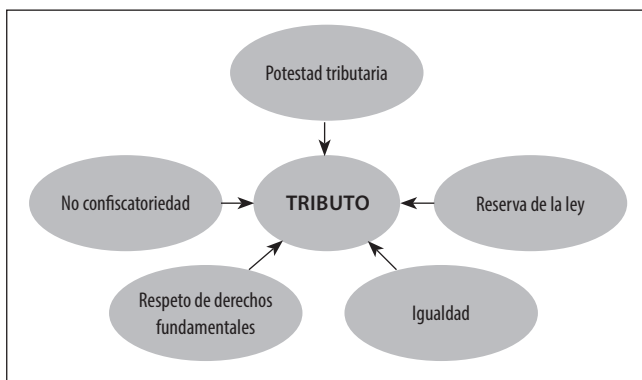


Figura 2.1. Principios comunes a los tributos

Elaboración propia.

82. Resolución del TF 416-1-2009 referida al aporte al sostenimiento de los organismos normativos, reguladores y fiscalizadores, según Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, p. 6.

83. Ib.

El principio de potestad tributaria es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, y para otorgar beneficios tributarios. Conforme al TC:

... esta potestad se manifiesta a través de distintos niveles de gobierno u órganos del Estado central, regional y local; no es irrestricta o ilimitada, por lo que su ejercicio no puede realizarse al margen de los principios y límites que la propia Constitución y las leyes de la materia establecen⁸⁴.

El principio de reserva de ley consiste en que, teniendo potestad tributaria, el Estado no puede crear, modificar, derogar o suprimir tributos a través de una ley o un decreto legislativo en caso de delegación de facultades. Al respecto, el especialista Francisco Ruiz de Castilla asevera:

... este principio tiene arraigo en la autoimposición en cuya virtud la sociedad, a través del principal órgano estatal que la representa, es decir el Congreso de la República, conviene en la creación y el diseño de un determinado tributo [aunque...] muchas veces la ley no cumple con este principio constitucional, pues ofrece una estructuración incompleta del tributo (Robles, Ruiz de Castilla, Villanueva & Bravo Cucci, 2016).

El principio de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona consiste en la facultad de las personas de ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en idéntica situación. Siguiendo nuevamente al TC, el principio de igualdad posee dos dimensiones: igualdad ante la ley e igualdad en la ley.

... la primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable⁸⁵.

En lo concerniente a los derechos fundamentales se parte de la premisa de que algunas decisiones estatales, incluyendo las referidas a los tributos, seguramente afectarán derechos de los ciudadanos. Por consiguiente, el TC

84. Sentencia del TC 366-2008-PA/TC, fundamento 6.

85. Sentencia del TC 2835-2010-PA/TC, fundamento 39.

ha establecido una prueba de proporcionalidad cuyo objeto es asegurar una adecuada preferencia entre los derechos que se encuentren en conflicto. Esta prueba implica, a su vez, analizar tres subprincipios: idoneidad, necesidad y ponderación⁸⁶. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en su aplicación, el TC indica que al verificar si cualquier medida estatal supera el primer subprincipio, recién podrá analizarse el segundo y así sucesivamente.

El primer subprincipio, la *idoneidad*, implica verificar si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar. El segundo subprincipio, la *necesidad*, implica verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador que se desarrolla entre el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. El tercer subprincipio, la *ponderación*, implica verificar que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de afectación de un principio mayor será la importancia de la satisfacción del otro.

Esta ponderación no tendría sentido si no estuviese claro cuál es el principio constitucional que se persigue satisfacer con la imposición de un tributo. La respuesta también la proporciona el TC, que parte de esta premisa: «... la intervención del Estado se considera legítima y acorde con la Constitución cuando es producto de una medida razonable y adecuada a los fines de las políticas que se persiguen»⁸⁷ y, por consiguiente, la finalidad de un tributo debe ser comprendida como «... un instrumento crucial para afrontar las necesidades financieras del Estado social»⁸⁸.

En relación al Estado social, la Constitución indica que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, señalando además que, bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad,

86. Sentencia del TC 579-2008-PA/TC, fundamento 25. Emitida como consecuencia del proceso de amparo promovido por César Augusto Becerra Leiva contra sentencias del Poder Judicial dictadas en un proceso de cumplimiento de contrato e indemnización seguido contra la Empresa Agroindustrial Pomalca S. A., alegando vulneración de su derecho constitucional a la tutela procesal efectiva.

87. Sentencia del TC 2385-2010-PA/TC, fundamento 31.

88. Sentencia del TC 10324-2006-PA/TC, fundamento 6.

servicios públicos e infraestructura⁸⁹. Por ello, cuando el TC se pronuncia respecto del Estado social centraliza el concepto como una función que tiene que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos:

- Sobre los aspectos económicos, el TC en uno de sus pronunciamientos definió que la economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho, motivo por el cual debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia⁹⁰.

Igualmente, en otro pronunciamiento estableció que la economía social de mercado está caracterizada fundamentalmente por los tres elementos siguientes:

- Bienestar social; lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.
 - Mercado libre; lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, *prima facie*, por la oferta y la demanda en el mercado y, por el otro, el combate a los oligopolios y los monopolios.
 - Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales⁹¹.
- Respecto a los aspectos sociales, también el TC dejó sentado que «... se busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial»⁹².
 - En cuanto a los aspectos políticos, el TC refiere que la democracia es un elemento imprescindible del Estado que «... ostenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo

89. Constitución Política de 1993, artículo 58.

90. Sentencia del TC 0008-2003-AI/TC, fundamento 13. Emitida con ocasión de la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de 5728 ciudadanos, contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia 140-2001, que suspendía importaciones de vehículos y autopartes.

91. Sentencia del TC 0008-2003-AI/TC, fundamento 13 a).

92. Ib., fundamento 13 b).

para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social»⁹³. Por consiguiente, el TC afirma que la democracia:

...no sólo garantiza una serie de libertades políticas, sino que transita e informa todo el ordenamiento jurídico-político, desde el ejercicio de las libertades políticas, pasando por la libertad de elección propia del libre desarrollo de la personalidad, hasta llegar, incluso, al seno mismo del núcleo duro de todos y cada uno de los derechos fundamentales⁹⁴.

- Respecto al aspecto jurídico, el TC indica que «... el fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales»⁹⁵.

Finalmente, el principio de no confiscatoriedad, o interdicción de la arbitrariedad, «... limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal siendo un mecanismo de defensa de ciertos derechos constitucionales, empezando, desde luego, por el derecho de propiedad, ya que evita que la ley tributaria pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas»⁹⁶.

Por consiguiente, está referido principalmente al cuidado legislativo que debe observarse al fijar una base imponible o la tasa del impuesto. El TC considera:

[... que] se transgrede el principio de no confiscatoriedad de los tributos cada vez que un tributo excede el límite que razonablemente puede admitirse como justificado en un régimen en el que se ha garantizado constitucionalmente el derecho subjetivo a la propiedad y, además, ha considerado a esta como institución como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica⁹⁷.

93. Ib., fundamento 13 c).

94. Ib., fundamento 13 d).

95. Ib., fundamento 13 e).

96. Sentencia del TC 2727-2002-AA/TC, fundamento 4.

97. Ib., fundamento 7.

2.3.2. Impuestos, tasas y contribuciones

Impuestos

Al inicio de la presente sección se indicó que la legislación peruana no define al tributo y que el CT solo indica de manera genérica qué tipo de obligaciones están comprendidas como tales. El primer tipo es el impuesto, al que el CT considera como el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.

Con el aporte de los tratadistas se puede profundizar en el concepto, al asumirse:

... [que] la capacidad contributiva es su nota caracterizadora y que bajo el principio de independencia no se causa por una actuación estatal concreta o general mientras que el devengo y el pago es independiente a cualquier actividad estatal, por lo que puede considerársele como un tributo no vinculado (Robles *et al.*, 2016, p. 33).

Más aún, se considera que «... el legislador debe exigir el impuesto allí donde exista riqueza» (Robles *et al.*, 2016, p. 32), lo cual concuerda con lo expresado por el TC al establecer que el tributo surge como presupuesto funcional del Estado social, considerando las características de este:

... por un lado, su capacidad productiva y flexibilidad, que le permiten adaptarse a las necesidades financieras de cada momento y lo convierten en un instrumento crucial para afrontar las crecientes necesidades del Estado social. Por otro lado, por su aptitud para producir un efecto de redistribución de rentas, compatible con los derechos y libertades constitucionales, al permitir detraer mayores recursos económicos de las economías privadas más favorecidas y menos (o incluso ninguno) de las menos favorecidas⁹⁸.

Otro analista, citando a Raúl Barrios Orbegoso, indica: «... capacidad contributiva es la capacidad económica de poder contribuir a los gastos públicos que originan los servicios generales proporcionados por el Estado y que benefician a la colectividad» y concluye:

98. Sentencia del TC 10324-2006-PA/TC, fundamento 6. Emitida en el proceso de amparo promovido por Sercenco S. A. contra el impuesto temporal a los activos netos (ITAN).

... la capacidad contributiva es la causa jurídica del impuesto ya que este es ajeno a toda actividad estatal específica relativa al contribuyente y, por ello, se debe encontrar su justificación en la potencialidad económica de las personas para contribuir al gasto público, esto es, su capacidad contributiva (Novoa, 2006, p. 106).

Tasas

Un aspecto fundamental de la presente investigación radica en definir con claridad en qué consiste una tasa-derecho.

La Constitución de 1993 tampoco la define, solo la menciona. En cambio, el CT indica: «... es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. No es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual»⁹⁹.

De acuerdo con la doctrina y conforme expone un analista jurídico:

... la nota esencial de la tasa radica en que el hecho gravado es un servicio público individualizado por lo que su fundamento radica en el gasto provocado al ente estatal en la prestación del servicio y, respecto de su cuantía, no debe de exceder el gasto provocado en la prestación del servicio, lo que implica tener presente que debe existir equivalencia entre el servicio público prestado y la cuantía de la Tasa (Robles *et al.*, 2016, p. 8).

De igual manera, otra especialista precisa: «... la tasa tiene como nota esencial que el hecho gravado es un servicio público esencialmente individualizado y, por consiguiente, su fundamento radica en un gasto que se provoca cada vez que se solicita al Estado la prestación de dicho servicio» (Robles *et al.*, 2016, p. 33).

Para el CT existen las siguientes tasas:

- Arbitrios, por ejemplo, la limpieza pública cuyo beneficio sería el que cada vecino logre disponer de su basura de una manera ordenada.

99. CT, Título Preliminar, Norma II.

- Derechos, cuya aplicación implica, como se ha afirmado, la prestación de un servicio administrativo público o el uso o el aprovechamiento de bienes públicos. Conforme al principio de reserva de la ley, deben estar previamente autorizados y, por consiguiente, considerados dentro de los respectivos textos únicos de procedimientos administrativos (TUPA) de las entidades que los recaudan.
- Licencias, que pueden ser consideradas como el servicio administrativo que se vuelve tangible con la expedición de la autorización de una actividad determinada y regulada¹⁰⁰.

El CT establece que no es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

La cuantificación de una tasa obliga a observar el criterio de costo efectivo, con el fin de cumplir con el parámetro de equivalencia hacia el servicio público individualizado prestado. La metodología de determinación de costos de los procedimientos administrativos y de los servicios prestados en exclusividad comprendidos en los TUPA de las entidades públicas la desarrolló una norma específica de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM)¹⁰¹ cuyos principales pasos se resumen a continuación:

- Paso 1. Cálculo del costo directo identificable
Se desarrolla el proceso de cálculo por identificación directa de los elementos de costo (personal directo, material fungible y servicio directo identificable) mediante un inductor denominado «directo de costos al procedimiento y servicio administrativo».
- Paso 2. Cálculo del costo directo no identificable
Se desarrolla el proceso de cálculo por identificación vía inductores del costo de sus elementos (material no fungible, depreciación y amortización, servicios de terceros y costos fijos), primero de los centros de actividad, mediante la identificación de otros inductores adecuados a la realidad de cada entidad; luego, de cada centro de actividad a las actividades mediante el inductor (tiempo de duración de las actividades); y, finalmente, hacia los objetos de costos,

100. Ib.

101. Decreto Supremo 064-2010-PCM, del 4 de junio de 2010.

mediante el inductor (tiempo de duración de la actividad relacionada con el objeto de costo, procedimiento administrativo y servicio prestado en exclusividad).

- Paso 3. Cálculo del costo unitario del procedimiento administrativo y servicio prestado en exclusividad
Se suman los valores totales obtenidos en los pasos 1 y 2 por cada elemento de costo por cada procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad, y el resultado se divide entre el número de prestaciones anuales; así se obtiene el costo unitario por elemento de costo por procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad. Finalmente, se suman estos costos unitarios y se obtiene el costo unitario total del procedimiento administrativo o servicio prestado en exclusividad.

El primer tipo de tasa son los *arbitrios*. El CT indica explícitamente que son tasas que se pagan por la prestación o el mantenimiento de un servicio público. De la verificación de algunas sentencias emitidas por el TC se puede colegir que su principal cuestionamiento radica en las formalidades para su creación o en la ausencia o debilidad de los informes con los que se pretende sustentar el criterio de costo efectivo. Por ello, cualquier arbitrio debe obedecer no solo lo dispuesto en el CT, sino además la Ley de Tributación Municipal¹⁰², la que también remite al criterio de costo efectivo.

El segundo tipo de tasa son los *derechos* que, de acuerdo con el CT, son aquellos que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o por el uso o el aprovechamiento de bienes públicos. En cuanto a los servicios administrativos lo común es que se encuentren previstos en los TUPA correspondientes; sin embargo, su principal característica nuevamente recae en constituir un servicio individualizado cuyo costo obedece al criterio de costo efectivo.

El aprovechamiento de bienes públicos resulta una descripción poco precisa; lo que no implica ni basta para catalogar todo aprovechamiento de un bien público como generador de una tasa. El Indecopi considera que cualquier tasa, conforme definición del CT, tiene fundamento en el

102. Decreto Legislativo 776, del 30 de diciembre de 1993, artículo 69.

gasto ocasionado al ente estatal en la prestación del servicio, pero admite la posibilidad de que para el caso de aprovechamiento de bienes públicos no sería necesario brindarlo. Si la tasa implica necesariamente una contraprestación estatal consistente en un servicio público individualizado, su especie forzosamente también debería considerarla. No obstante, como bien anota un analista, por ejemplo en el caso de la Ley de Regalía Minera:

... aunque literalmente encaja en la imprecisa definición de aprovechamiento de bienes públicos no son a nuestro modo de ver tributos, porque no se aprecia servicio individual sino antes bien el cobro de una contraprestación (Robles *et al.*, 2016, p. 37).

Ya se ha mencionado que el CT considera que «... no es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual» con lo cual se marca distancia del servicio público individualizado y se da pie a reconocer otras clases de ingresos estatales distintos a los tributos, como el caso de contraprestaciones o retribuciones económicas extratributarias.

El tercer tipo de tasa son las *licencias*. El CT las define como aquellas «... que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización»¹⁰³. Así, el elemento diferenciador tiene como hecho generador la obtención de una autorización específica sujeta siempre al hecho de recibir un servicio individualizado cuyo costo debe estar sujeto al criterio de costo efectivo.

Contribuciones

De acuerdo con el CT, son un tributo cuya obligación tiene como origen beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.

El análisis jurídico considera que, en este caso, «... el beneficio no es tangible como en la contribución de mejoras, sino intangible» (Robles *et al.*, 2016, p. 31). Como ejemplo se citan las contribuciones especiales al Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (Sencico) o al Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (Senati) que

103. CT, Título Preliminar, Norma II.

forman mano de obra calificada y, por consiguiente, generan un beneficio intangible.

Un ejemplo moderno es el pago efectuado a los organismos reguladores el cual tanto el TF¹⁰⁴ como el TC¹⁰⁵, en sendos pronunciamientos, han coincidido en calificar como contribución, al considerar que las actividades estatales generan un beneficio general (a la población) y diferencial (a los supervisados) evidenciando un ahorro de costos de transacción en el mercado.

Respecto de la contribución, se advierte en el CT que el hecho generador constituye un beneficio derivado de la realización de obras públicas o de actividades estatales:

... el elemento diferenciador de otros tributos implica considerar a la contribución como vinculada, porque se asocia en su generación a una actividad estatal (actuación u obra pública) que, además de producir beneficios generales a toda la colectividad, genera beneficios diferenciales a cierto número de sujetos dentro de esta colectividad¹⁰⁶.

En conclusión, los tributos tienen tres géneros: impuestos, tasas y contribuciones. A su vez, las tasas tienen tres tipos: arbitrrios, derechos y licencias, y estas últimas mantienen un elemento común: la prestación efectiva por parte del Estado de un servicio público individualizado.

2.4. Las barreras burocráticas

Por barreras burocráticas se entienden las imperfecciones del mercado que nacen de la intervención estatal.

104. Resolución del TF 416-1-2009 referida al aporte al sostenimiento de los organismos normativos, reguladores y fiscalizadores, según Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

105. Sentencia del TC 1520-2004-AA-TC. Emitida como consecuencia de la demanda de amparo promovida por Petro Oil S. A. con la finalidad de que se le declaren inaplicables el artículo 10 de la Ley 27332 y los artículos 2 y 6 del Decreto Supremo 114-2011-PCM y que, en consecuencia, el Organismo de Supervisión de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmín) se abstenga de cobrar el aporte de 0.63% por regulación, por tratarse de una tasa excesiva cuando se aplica en su caso y haber sido regulada por decreto supremo, vulnerando los principios constitucionales de no confiscatoriedad de los tributos y reserva de la ley.

106. Resolución del TF 416-1-2009.

Michael Porter, autoridad académica reconocida respecto de temas de estrategia empresarial, desarrolló el modelo de las cinco fuerzas (figura 2.2), que analizó el grado de competencia de las empresas industriales para desarrollar una estrategia de negocio. Estas cinco fuerzas son:

- Amenaza de nuevos competidores
- Poder de negociación de los clientes
- Amenaza de productos o servicios sustitutos
- Poder de negociación de los proveedores
- Rivalidad entre los competidores existentes

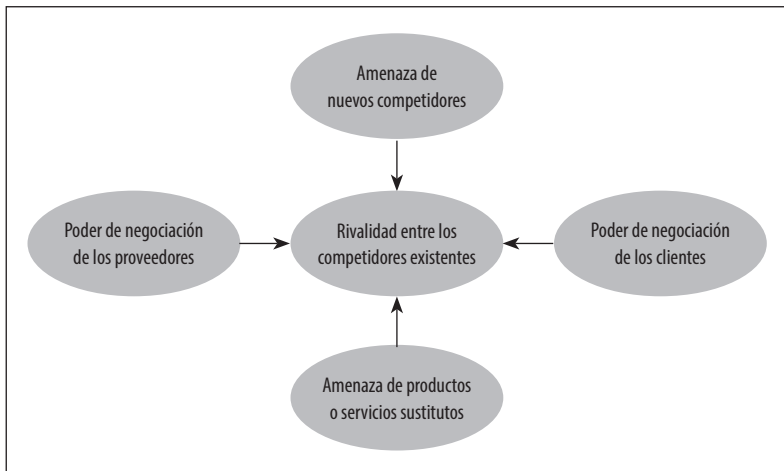


Figura 2.2. Las cinco fuerzas de Porter

Elaboración propia.

Dentro de la primera fuerza (amenaza de los nuevos competidores) Porter consideró que cuanto más fácil fuese entrar al mercado mayor sería la amenaza. Con esta consideración identificó seis barreras de entrada que podrían emplearse para lograr una ventaja competitiva: economías de escala, diferenciación del producto, inversiones de capital, desventaja en costos con independencia de la escala, acceso a los canales de distribución y política gubernamental. La política gubernamental puede dificultar el ingreso de nuevos participantes a los mercados en caso existan medidas públicas que generan requisitos difíciles de cumplir o demandan grandes inversiones de capital.

En este marco, la legislación peruana incorporó una definición de barreras burocráticas en la Ley de Organización y Funciones del Indecopi¹⁰⁷, entendiéndolas como:

... actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas¹⁰⁸.

Concepto que fue ratificado y desarrollado en la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas¹⁰⁹, que define como barrera burocrática las mencionadas a continuación:

... exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad dirigida a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad¹¹⁰.

Desde la creación del Indecopi, la política estatal fue la eliminación de barreras burocráticas, habiéndose creado el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (TDC), con salas especializadas y procedimientos específicos para sancionarlas y eliminarlas. En 1997, ese tribunal prescribió un procedimiento específico¹¹¹ con el fin de analizar si una medida pública era una barrera burocrática o no, como precedente de observancia obligatoria. Básicamente proponía:

En primer lugar, la Comisión —o la Sala en su caso— evalúa la legalidad de la medida administrativa cuestionada con la finalidad de determinar si esta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por

107. Decreto Ley 25868, del 6 de noviembre de 1992, artículo 26 bis.

108. Ib.

109. Decreto Legislativo 1256, del 7 de diciembre de 2016.

110. Ib., artículo 3.

111. Resolución del TDC 182-97-TDC.

las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si se encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente.

Para efectos del análisis de legalidad, cuando la exigencia cuestionada proviene de la aplicación de una norma jurídica expedida por alguna entidad integrante de la Administración Pública, la Comisión tiene el deber de valorar la legalidad de dicha norma a efectos de emitir un pronunciamiento para el caso concreto.

En segundo lugar, se analiza la racionalidad de la exigencia impuesta, teniéndose en cuenta los siguientes aspectos:

- a. El denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, ya sea: (i) porque establece tratamientos discriminatorios; (ii) porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o (iii) porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas).

De existir indicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional, la Comisión requerirá a la autoridad administrativa para que acredite la racionalidad de la exigencia cuestionada.

- b. En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella. (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar. (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto.
- c. Sobre la base de los elementos de juicio aportados por la entidad denunciada, corresponde a la Comisión efectuar un balance de los costes privados que se derivan de la exigencia cuestionada, frente a los posibles beneficios públicos previstos, a fin de determinar la racionalidad de la medida (esto es, si se encontraba justificada, si era proporcional a los fines previstos y si no generaba tratos discriminatorios). Debe recordarse que, dado que las exigencias impuestas sobre los agentes económicos generan sobrecostos para el

funcionamiento del mercado, corresponde a la entidad denunciada probar la racionalidad de las cargas o restricciones establecidas¹¹².

En 2016, la Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas modificó este procedimiento¹¹³ para realizar primero un análisis de legalidad y, posteriormente, siempre y cuando existan indicios, proceder con un análisis de razonabilidad, bajo los siguientes parámetros verticales y excluyentes:

- En el caso del análisis de legalidad se verifica si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis; si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática; y si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.
- En el caso del análisis de razonabilidad, se califica si la medida impugnada carece de fundamentos y/o justificación, o si teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo buscado; y/o si la existencia del interés público que sustentó la medida se encuentra dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad. También si, ante el problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada, esta resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida. Por último, si la medida es desproporcionada, es decir excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa.

DENTRO DEL CONTEXTO ESBOZADO y con los conceptos precisados se abordará de manera específica el tema del CUER y la controversia surgida en torno a su aplicación.

112. Ib, III.4.

113. Decreto Legislativo 1256, artículos 14 al 18.

3

La controversia entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y las empresas operadoras del espectro radioeléctrico

El presente capítulo aborda en detalle la controversia relacionada con las empresas operadoras, el MTC, el TF y el Indecopi con el fin de desarrollar el análisis y las propuestas del estudio.

1. La metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico

El punto de acceso a la problemática planteada es establecer la forma en la cual en el mundo y en nuestro país se cobra el uso del espectro radioeléctrico, para lo que se revisarán brevemente las recomendaciones de la ITU, la experiencia de otros países y las normas nacionales.

1.1. El punto de vista de la Unión Internacional de Telecomunicaciones

La ITU es el organismo especializado de las Naciones Unidas para las tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Fue fundada en París en 1865 con el nombre de Unión Telegráfica Internacional, en 1934 adoptó su nombre actual y en 1947 se convirtió en organismo especializado de Naciones Unidas.

Entre sus funciones están atribuir el espectro radioeléctrico y las órbitas de satélite a escala mundial y elaborar normas técnicas que faciliten la

interconexión continua de las redes y las tecnologías con la finalidad de promover el acceso a las TIC de las comunidades insuficientemente atendidas de todo el mundo. En su papel de elaboración de normas técnicas sobre el espectro radioeléctrico advierte que solo emite directrices y recomendaciones por tratarse de un recurso natural que, si bien es limitado, reconoce que cada Estado miembro es soberano en su aprovechamiento.

Por lo tanto, corresponde a cada Estado miembro el desarrollar, de la manera que crea conveniente, las políticas de acceso al recurso; por consiguiente, la ITU no interviene en aspectos normativos internos de cada país ni en sus políticas generales, simplemente informa respecto de los mejores mecanismos tanto para la asignación del espectro radioeléctrico como para su valorización.

Con esta premisa, realiza informes de aspectos económicos de asignación y uso del espectro radioeléctrico. El más reciente es el elaborado por Brahima Sanou, director de la Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones (ITU, 2016). En él se parte de considerar que el espectro radioeléctrico requiere optimizarse para que cumpla tres objetivos: eficiencia económica, eficiencia técnica y beneficio social que, en su conjunto, significan un importante aporte en el desarrollo de las naciones, dado lo fundamental de las telecomunicaciones. Dentro del objetivo social resalta que las telecomunicaciones representan un servicio de bien público, por lo que una buena gestión del espectro permite asegurar el acceso a este de los proveedores en un marco de competencia saludable.

Una parte importante de este informe se refiere a la valorización del espectro radioeléctrico y al probable empleo de las siguientes formas de valoración para:

- Utilización de resultados comparables, o *benchmarking*
- Análisis econométrico
- Modelo de costos evitados
- Modelo de cálculo de caso de negocio
- Modelo de estimación del costo de oportunidad
- Modelo de integración de metodologías de valoración del espectro

La *utilización de resultados comparables* es el método común. Se puede realizar de dos maneras: compilación y normalización de precios de subastas obtenidos en casos similares al país para el cual se utilizarán los resultados (por ejemplo, países vecinos) y análisis econométrico, lo que permite incluir casos distintos, considerando diferencias socioeconómicas o territoriales. Aunque para el *benchmarking* propiamente dicho la ITU considera que este método no puede desarrollarse si no se validan los indicadores respecto de la realidad del Estado que pretende realizar una valorización; por ello advierte también que las condiciones que afectan el precio incluyen el marco financiero y fiscal nacional, las obligaciones parafiscales del regulador (fondo universal, etc.), las obligaciones de cobertura, los topes de espectro, la disponibilidad de bandas en el corto y en el mediano plazo, la duración de la concesión y la opción de renovación.

En consecuencia, y analizadas las variables, la forma óptima de valorización debe considerar los siguientes indicadores: valor por MHz por población en términos reales; valor por MHz por PBI per cápita; valor por MHz por población ajustado por paridad de poder adquisitivo; o todos los anteriores por año (considerando diferencias en el periodo de las licencias).

El *análisis econométrico* debe partir de la realización de un *benchmarking* de subastas para obtener una variable dependiente, el precio, y variables independientes, como banda, ancho de banda ofrecido, momento de la subasta respecto al desarrollo de la industria, duración de la licencia, alcance territorial de esta, obligaciones de cobertura, características de la subasta, características económicas y estructura de la industria. La desventaja principal del análisis econométrico es la escasez de suficientes datos y que algunas de las variables independientes pueden ser definidas en forma diferente por cada país, con lo cual las muestras estadísticas que sirven de base a este análisis pueden carecer de consistencia en las definiciones.

El modelo de *costos evitados*, como indica su nombre, se basa en el cálculo de la reducción potencial de costos (a partir de la capacidad o la cobertura adicionales) resultantes si el espectro adicional fuese puesto a disposición de los operadores. Se asume que el operador debe responder al requerimiento de mayor capacidad en su red debido al crecimiento en el número de usuarios y uso de dispositivos y que la necesidad de aumentar

la capacidad de la red puede ser resuelta mediante mejoras en la eficiencia tecnológica (más Mbps/MHz), mayor reuso de frecuencias, aumento de infraestructura de radios base, combinación de redes (por ejemplo, enrutamiento de tráfico celular mediante sitios wifi) o, finalmente, la adquisición de mayor espectro.

Este modelo precisa que la inversión de capital adicional requerida para las cuatro primeras opciones sin tener la posibilidad de acceder a la adquisición de más espectro es lo que se denomina costos evitados. Su ventaja, al estar basado directamente en las características específicas del mercado para el que se estima el precio del espectro, es que la estimación parte del entorno y de las peculiaridades del contexto nacional y no depende de extrapolación alguna del precio del espectro resultante de subastas en otros países.

El modelo de *cálculo de caso de negocio* se circunscribe a la premisa financiera de cualquier negocio según la cual la decisión de inversión se adopta verificando el valor presente neto de los flujos de caja generados, descontados. Por consiguiente, desde el punto de vista del negocio propiamente dicho, se mide la rentabilidad que se generará a partir del costo de inversión que implica pagar al Estado por el uso del espectro radioeléctrico.

El modelo de *estimación del costo de oportunidad* se refiere a la otra premisa financiera clásica según la cual se decide por la alternativa más favorable medida por una tasa, motivo por el cual, y en el caso del espectro, implica el valor alternativo al que se renuncia cuando se asigna una porción del espectro radioeléctrico a determinado uso.

El modelo de *integración de metodologías de valoración del espectro* apunta al precio de reserva a fijarse en una subasta, conocido también como punto de indiferencia. Asume que un operador que considera la adquisición de una licencia no debería pagar menos de lo que le cuesta encontrar una solución a la necesidad planteada por un aumento en el tráfico de la red.

Sin embargo, el acceso al espectro no es igual al cobro que hace el Estado por el uso de este; ya que la ITU reconoce que el espectro radioeléctrico es un recurso natural y, por consiguiente, cada Estado debe fijar las reglas de asignación y cobro.

1.2. El cobro por uso del espectro radioeléctrico en la experiencia internacional

Una fuente referencial muy importante es la experiencia internacional, la cual indica las formas en las que se aplican los métodos señalados por la ITU. El tema ha merecido un estudio de Osiptel, a través de su Subgerencia de Análisis Regulatorio de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (Pacheco, Argandoña & Aguilar, 2013), el cual será la base de este análisis.

1.2.1. Brasil

En el caso de Brasil, la organización del espectro radioeléctrico la regula una sola entidad, la Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), que cumple también la función de regulador del sector de telecomunicaciones. No obstante, el Ministério das Comunicações (Minicom) tiene también un papel significativo como responsable de las políticas de radio, televisión y telecomunicaciones.

Respecto al CUER:

... las políticas de contraprestación económica por el uso del espectro se determinan en el documento o bases de la licitación, y se establecen según la propuesta ganadora (cuando se convierta en un elemento de juicio), o en el contrato de concesión o acta de licencia, cuando no se requiere licitación. Al respecto, en el reglamento sobre el cobro de cánones públicos por el derecho a la utilización de radiofrecuencias se señala que el precio debe considerar aspectos de espacio (zona geográfica), tiempo, banda de frecuencias y anchura de banda (Pacheco, Argandoña & Aguilar, 2013, p. 95).

1.2.2. Chile

En el caso de Chile, la administración y el control del espectro radioeléctrico corresponden al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), órgano que ejerce su función a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel).

Respecto al CUER:

... depende del tipo de servicio y la banda de frecuencia utilizada. Además, están excluidas del pago las instituciones que presten servicio a la comunidad, sin fines de lucro y que tengan por finalidad salvaguardar los bienes y la vida de las personas (Pacheco, Argandoña & Aguilar, 2013, p. 96).

1.2.3. Colombia

En el caso de Colombia las entidades que comparten la responsabilidad en la administración del espectro son el Ministerio de Tecnologías de Información y Comunicaciones (Mintic), la Agencia Nacional del Espectro (ANE), la Comisión Reguladora de Comunicaciones (CRC) y el Comité Nacional del Espectro.

Respecto al CUER:

... las escalas de contraprestación por uso del espectro [...] presentan cargos decrecientes por unidad: a medida que la cantidad de ancho de banda aumenta, el costo por MHz disminuye o, también, a medida que la zona de cobertura se amplía, el costo por MHz por habitante disminuye (Pacheco, Argandoña & Aguilar, 2013, p. 98).

1.2.4. Corea del Sur

En el caso de Corea del Sur el ente regulador de las telecomunicaciones y de la radiodifusión, y administrador del espectro en este país, es la Korean Communication Commission (KCC), la cual es producto de la fusión del Ministerio de Información y Comunicaciones y la Korea Broadcasting Commission.

Respecto al CUER:

[... se] utiliza un sistema de cánones con incentivo. Estos precios se calculan utilizando parámetros como número de abonados, ancho de banda, potencia, factores de compartición de instalaciones, factores relativos a la provisión de *roaming* (nacional) y factores de eficiencia. De esta forma, el canon calculado dependerá de la categoría en que se encuentre el espectro, considerándose distintos criterios y distintas fórmulas para cada una de las categorías. A su vez, la categoría del espectro dependerá del uso que se le dé al recurso, siendo los usos considerados instalaciones de abonado (salvo acceso fijo inalámbrico y enlaces de microondas), instalaciones de

abonado por medio de accesos fijos inalámbricos o enlaces de microondas, instalaciones de radiocomunicaciones fijas privadas y móviles terrestres, y otras instalaciones de comunicaciones móviles (Pacheco, Argandoña & Aguilar, 2013, p. 99).

1.2.5. España

En el caso de España la administración del espectro la comparten la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, la Sociedad de la Información, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT).

Respecto al CUER:

[... se] cobra una tasa anual considerando el valor de mercado del uso de la frecuencia reservada, que depende a su vez del grado de utilización y congestión de las distintas bandas y en las distintas zonas geográficas; el tipo de servicio para el que se pretende utilizar la reserva; la banda o subbanda del espectro que se reserva; los equipos y tecnologías que se empleen; y el valor económico derivado del uso o aprovechamiento del dominio público reservado. Cabe señalar que las administraciones públicas están exentas de este pago, siempre y cuando fundamenten dicha exención (Pacheco, Argandoña & Aguilar, 2013, p. 103).

De acuerdo con un especialista legal (Laguna, 2010), en España también habría una dicotomía conceptual por cuanto su Ley General de Telecomunicaciones emplea el término tasa por reserva de dominio público radioeléctrico sin que esta se refiera al costo efectivo de un servicio administrativo, sino que toma en cuenta el valor económico de mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario.

1.2.6. Estados Unidos de América

En Estados Unidos de América (EUA) la administración del espectro radioeléctrico se encuentra a cargo de la Federal Communications Commission (FCC) para el ámbito comercial y de la Administración Nacional de Telecomunicaciones e Informática (NTIA) para fines federales (defensa u otros).

Respecto al CUER:

... la FCC está autorizada a cobrar tasas a los titulares de licencias del espectro mediante cargos de procesamiento de solicitud y cargos regulatorios. En las licencias que fueron adquiridas mediante subastas los pagos pueden corresponder a un pago único, pagos sucesivos o a una combinación de estos. Por su parte, los cargos regulatorios se aplican a los operadores de cable, de televisión, de redes públicas, de servicios satelitales y de cable submarino con el fin de financiar exclusivamente las labores de FCC en materia de regulación, determinación de política, entre otros (Pacheco, Argandoña & Aguilar, 2013, p. 103).

1.2.7. Francia

En el caso de Francia la administración del espectro radioeléctrico se encuentra a cargo de la Agencia Nacional de Frecuencias (ANFR), el Consejo Superior Audiovisual (CSA) y la Autoridad de Regulación de las Telecomunicaciones (ART).

Respecto al CUER:

... en cuanto a los cargos y tasas por el uso del espectro, hasta antes del 2001 el cargo cobrado por el espectro estaba basado en el ancho de banda; la frecuencia central del enlace; y la extensión de la zona geográfica a la que se refiere la licencia, en relación a toda el área metropolitana de Francia (Francia continental y Córcega). Además, se aplicaba un cargo fijo de administración a cada licencia de asignación de bloques. Estas contraprestaciones están definidas en los artículos L.33-1 y L.34-1 del Código de Telecomunicaciones y Postales, y en el artículo N.º 45 en la Ley de Finanzas de 1987. Posteriormente, se llevó a cabo un procedimiento que generó la publicación del Decreto N.º 2009-948 de julio del 2009, el cual modifica las tasas y los cargos basado en principios técnicos y económicos (Pacheco, Argandoña & Aguilar, 2013, p. 103).

1.3. El canon por el uso del espectro radioeléctrico en el Perú

En el caso del Perú, como ya se ha mencionado, las normas del CUER las dicta la LdT, la administración del espectro está a cargo del MTC y la regulación de la prestación de servicios la realiza Osiptel.

También se ha mencionado que ha existido un desarrollo normativo progresivo, el cual se expone a continuación.

1.3.1. El desarrollo normativo

Con la vigencia de la Constitución de 1993 entró en vigencia la ya citada Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia, norma que concordó el periodo de concurrencia limitada, principalmente en función al contrato de concesión con Telefónica del Perú, hasta el 1 de agosto de 1998.

Por otro lado, el Reglamento de la LdT fijó una metodología de cálculo del CUER para teleservicios públicos (telefonía celular) que establecía el pago de un porcentaje de la unidad impositiva tributaria (UIT) en función del número de terminales móviles activados declarados al 31 de diciembre del año anterior (al que se denominará REG1).

Así, hasta enero del 2018 el servicio móvil, el servicio de comunicaciones personales y el teleservicio móvil de canales múltiples de selección automática (troncalizado) pagaban un canon de entre 0.35 y 0.20 de la UIT (cuadro 3.1).

Cuadro 3.1. Canon por el uso del espectro radioeléctrico para teleservicios públicos, a enero del 2018

Terminales móviles	Canon (% de la UIT)*
De 1 a 300,000	0.35
De 300,001 a 1,500,000	0.30
De 1,500,001 a 3,000,000	0.25
De 3,000,001 a más	0.20

* En función del número de terminales móviles activados declarados al 31 de diciembre de 2017.

Elaboración propia.

Dentro del periodo de concurrencia limitada los lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones dispusieron:

[... que] la determinación de los montos por derechos del uso del espectro radioeléctrico y la forma de pago de los mismos será objeto de un reglamento específico. Las variables que serán utilizadas para efectos del cálculo de dichos montos (como pueden ser el número de canales, ancho

de banda, cobertura, entre otras) serán fijadas por dicho reglamento específico¹¹⁴.

A partir de esta base se aprobaron dos reglamentos:

- Reglamento del CUER para servicios públicos móviles (REG2)¹¹⁵
- Reglamento del CUER aplicable a los servicios privados: móvil por satélite y móvil de datos marítimo por satélite (REG4)¹¹⁶

La metodología de cálculo del CUER REG2 se expresa en la fórmula:

$$C = (CAB * CA * NF * CPB * CPZ) * UIT$$

Donde:

- C = Canon anual por uso del espectro radioeléctrico
 UIT = Unidad impositiva tributaria
 CAB = Coeficiente de ancho de banda
 NF = Número de canales, bandas o subbandas de frecuencias asignado, conforme a las canalizaciones respectivas, para la prestación del servicio en una zona determinada
 CA = Coeficiente de área
 CPB = Coeficiente de ponderación por bandas de frecuencia
 CPZ = Coeficiente de ponderación por la zona

Debe precisarse que el REG2 correspondió a una metodología especial que no derogó el reglamento primigenio (REG1), en el entendido que dispuso:

... los operadores de servicios públicos móviles de telecomunicaciones que no se acojan al presente Decreto Supremo se registrarán por lo dispuesto en el inciso a), numeral 2 del artículo 231 del Reglamento (REG1) para el cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles de telecomunicaciones¹¹⁷.

Por consiguiente, para el caso de teleservicios públicos subsistieron, paralela y opcionalmente, dos metodologías de cálculo: REG1 y REG2;

114. Decreto Supremo 020-98-MTC, lineamiento 81.

115. Decreto Supremo 043-2006-MTC, del 27 de diciembre de 2006.

116. Decreto Supremo 052-2010-MTC.

117. Decreto Supremo 043-2006-MTC, artículo 4.

porque el acogerse a la metodología del REG2 implicaba un compromiso de expansión de infraestructura para 250 distritos alejados seleccionados por el gobierno en un periodo de 5 años¹¹⁸. El 2016, al haberse cumplido esa meta de cobertura¹¹⁹, se modificó la composición del coeficiente de ponderación por bandas de frecuencia (CPB) y se actualizó la lista de distritos alejados seleccionados¹²⁰.

En enero del 2018 se aprobó una modificación del reglamento de la LdT que modificó la metodología general del 2007 (REG3)¹²¹.

La metodología de cálculo del CUER REG3 se expresa en la fórmula:

$$C = CAB * NF * CA * CPB * CPZ * FS * PO - CEI$$

Donde:

- C = Canon anual por uso del espectro radioeléctrico
- CAB = Coeficiente de ancho de banda
- NF = Número de canales, bandas o subbandas de frecuencias asignados, conforme a las canalizaciones respectivas, para la prestación del servicio en una zona determinada
- CA = Coeficiente de área
- CPB = Coeficiente de ponderación por bandas de frecuencia
- CPZ = Coeficiente de ponderación por la zona
- FS = Coeficiente de participación por servicio
- PO = Presupuesto objetivo
- CEI = Coeficiente de expansión de infraestructura y/o mejora tecnológica de la infraestructura

El REG4 dispone que el cálculo del pago del canon por uso del espectro radioeléctrico se realice en función a los MHz asignados por cada sistema

118. El detalle de los distritos se incluyó como Anexo II del Decreto Supremo 052-2010-MTC.
119. Exposición de motivos del proyecto de decreto supremo que modificó el Decreto Supremo 043-2006-MTC que aprobó el Reglamento del Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico para los Servicios Públicos Móviles de Telecomunicaciones. Recuperado de <<http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/diciembre/29/EXP-DS-024-2016-MTC.pdf>>.
120. Decreto Supremo 024-2016-MTC.
121. Decreto Supremo 003-2018-MTC. Modificó el literal a) del numeral 2 del artículo 231 del Decreto Supremo 020-2007-MTC.

satelital, manteniendo el cálculo y el cobro del canon aplicable al enlace entre la estación terrena y el satélite vigente al operar en frecuencias distintas; por tanto, deroga la metodología original.

1.3.2. Los montos actuales del canon

A partir de enero del 2018, en aplicación de la metodología REG3, el CUER tiene nuevos montos de acuerdo con los servicios que se presten. El sistema de transmisión analógico paga por número de canales usados entre el 4.0% y el 20% de la UIT (cuadro 3.2).

Cuadro 3.2. Canon por uso del espectro radioeléctrico para servicios portadores: sistema de transmisión analógico

Canales	Canon (% de la UIT)
Hasta 12	4.0
de 13 hasta 24	6.0
de 25 hasta 48	8.0
de 49 hasta 60	10.0
de 61 hasta 120	12.0
de 121 hasta 300	14.0
de 301 hasta 600	16.0
de 601 hasta 960	18.0
de 961 a más	20.0

Elaboración propia.

El sistema de transmisión digital paga por unidades de medida de transmisión: kilobits por segundo (kbts/seg) o megabits por segundo (Mbits/seg) utilizados entre el 2.0% y el 20.0% de la UIT (cuadro 3.3).

Cuadro 3.3. Canon por uso del espectro radioeléctrico para servicios portadores: sistema de transmisión digital

Unidad de medida de transmisión	Canon (% de la UIT)
Hasta 128 kbts/seg	2.0
Mayor que 128 kbts/seg hasta 512 kbts/seg	4.0
Mayor que 512 kbts/seg hasta 1,024 Mbits/seg	6.0
Mayor que 1,024 Mbits/seg hasta 2,048 Mbits/seg	8.0
Mayor que 2,048 Mbits/seg hasta 8,448 Mbits/seg	12.0
Mayor que 8,448 Mbits/seg hasta 34,368 Mbits/seg	16.0
Mayor que 34,368 Mbits/seg	20.0

Elaboración propia.

El teleservicio público de buscapersonas paga por estación base y por frecuencia de transmisión el 20.0% de la UIT.

El teleservicio público aeronáutico y marítimo paga por estación fija, fija de base y móviles por frecuencia de transmisión también el 20.0% de la UIT.

El teleservicio público con aplicaciones de acceso fijo inalámbrico y de conmutación para transmisión de datos paga por cada estación base el 20% de la UIT y por cada terminal fijo el 0.5% de la UIT (cuadro 3.4).

Cuadro 3.4. Canon por uso del espectro radioeléctrico: para teleservicio público con aplicaciones de acceso fijo inalámbrico y de conmutación para transmisión de datos

Estaciones y terminales	Canon (% de la UIT)
Por cada estación base	20.0
Por cada terminal fijo: en función del número de terminales activados, declarados al 31/12/2017	0.5

Elaboración propia.

El servicio de distribución de radiodifusión por cable paga por tipo de sistema entre el 20.0% y el 2.0% de la UIT (cuadro 3.5).

Cuadro 3.5. Canon por uso del espectro radioeléctrico: para servicio público de difusión

Sistema	Canon (% de la UIT)
MMDS: por canal	20.00
Difusión directa por satélite (por MHz asignado)	2.00

Elaboración propia.

Los teleservicios privados, que responden al REG4, pagan por estaciones, canales y unidades de medida de transmisión entre el 0.3 y el 200.0% de la UIT (cuadro 3.6).

Cuadro 3.6. Canon por uso del espectro radioeléctrico para teleservicios privados

Estaciones, canales y unidades de medida de transmisión	Canon (% de la UIT)
1. Aeronáutico y marítimo	
Por estación fija, fija de base y móvil: por estación y por frecuencia de transmisión	0.3
2. Terrestre	
Por estación fija, fija de base y móvil: por estación y por frecuencia de transmisión	4.0
Por estación móvil	10.0
3. Por cada estación que utilice sistemas multicanal, por frecuencia de transmisión y por capacidad instalada del sistema	
3a) Por cada estación que utilice sistemas multicanal analógicos	
Hasta 12 canales	40.0
De 13 a 24 canales	60.0
De 25 a 48 canales	80.0
De 49 a 60 canales	100.0
De 61 a 120 canales	120.0
De 121 a 300 canales	140.0
De 301 a 600 canales	160.0
De 601 a 960 canales	180.0
De 961 a más canales	200.0
3b) Por cada estación que utilice sistemas de transmisión digitales	
Hasta 2,048 Mbits/seg	80.0
Mayor que 2,048 Mbits/seg hasta 8,448 Mbits/seg	120.0
Mayor que 8,448 Mbits/seg hasta 34,368 Mbits/seg	160.0
Mayor que 34,368 Mbits/seg	200.0
4. Servicio fijo por satélite	
Por estación transmisora y frecuencia de transmisión	100.0
5. Servicio móvil por satélite	
Por estación transmisora y frecuencia de transmisión	20.0
6. Servicios no sujetos a protección	
Servicio canales ómnibus por estación (banda ciudadana)	10.0
Servicio fijo que utilice tecnología de espectro ensanchado	
a. Por estación fija punto a punto o punto a multipunto	20.0
b. Por el conjunto de estaciones de una red local dentro de una misma área cerrada (LAN)	20.0
7. Teleservicio móvil de canales múltiples de selección automática (troncalizado)	
Por cada estación base y base repetidora del servicio	48.0
Por cada estación móvil o portátil	10.0
8. Servicio de explotación de la tierra por satélite orientado a la recolección de datos	
Por estación terrena y/o por plataforma de recolección de datos fijos y/o móviles	10.0

Elaboración propia.

El servicio de radioaficionados paga por categoría entre el 1.0% y el 3.0% de la UIT (cuadro 3.7).

Cuadro 3.7. Canon por uso del espectro radioeléctrico para servicio de radioaficionados

Categoría	Canon (% de la UIT)
Novicio	1.0
Intermedia	2.0
Superior	3.0

Elaboración propia.

2. Las cuestiones en controversia

Establecida la metodología que el MTC utiliza, corresponde ahora identificar las materias cuestionadas por las empresas operadoras del espectro radioeléctrico.

2.1. La naturaleza del canon

El cuestionamiento por parte de las empresas operadoras a la metodología de cálculo del CUER reposa en dos argumentos centrales:

- El canon es un tributo, tasa-derecho y, por consiguiente, debe someterse a los estándares previstos en el CT, el cual define la tasa como «... el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente». Por consiguiente, su recaudación no puede tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o los servicios que constituyen los supuestos de la obligación. Por tanto, su determinación debería realizarse según el criterio ya citado de costo efectivo.
- El canon de teleservicios públicos (telefonía celular) y su metodología basada en el número de terminales móviles activados el año anterior al de devengue constituye una penalización o un desincentivo a la expansión de la infraestructura, porque implica que a mayor número de móviles activados la base total del cálculo se incrementa.

Esto significa que, desde el punto de vista de las empresas operadoras, no considerar el canon como un tributo implica que el monto resultante a pagar por parte de las empresas operadoras se sujete a la metodología de cálculo desarrollada en el REG1, cuya determinación original resultaba ser significativamente mayor porque metodología establecía un porcentaje de la UIT en función del número de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior. Metodología que, a su juicio, no se sujeta a criterios económicos ni sociales ni ambientales.

Además, la nueva metodología vigente desde enero del 2018 tampoco les parece satisfactoria por no obedecer al criterio de costo efectivo que propugnan.

Solo en el caso de Telefónica del Perú y América Móvil Perú los montos requeridos por el MTC por concepto de canon de teleservicios públicos para los periodos 2015 y 2016, de acuerdo con la metodología prevista en el REG1 superan los 263 millones de soles (cuadro 3.8).

Cuadro 3.8. Canon por uso del espectro radioeléctrico: requerimientos efectuados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a Telefónica del Perú y América Móvil Perú, 2015-2016 (S/)

Empresa operadora	2015	2016	Total 2015-2016
Telefónica del Perú	94,321,797.16	99,703,349.88	194,025,147.04
América Móvil Perú	—	69,242,802.17	69,242,802.17
Total	94,321,797.16	168,946,152.05	263,267,949.21

Fuente: Elaboración propia con información del Memorando 991-2017-MTC/27 de la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC.

Dependiendo de cómo se resuelva, la controversia genera una potencial contingencia de 1139 millones de soles en calidad de pago en exceso al Estado por parte de las empresas operadoras o, en su defecto, una cuenta por cobrar del Estado a las empresas operadoras de 273 millones de soles.

En estas circunstancias, la controversia ha tomado forma legal al acudir las empresas operadoras del espectro radioeléctrico al TF, con el fin de debatir en esa instancia sus reparos a la naturaleza del CUER, y ante el Indecopi, para que el cobro del CUER se califique como barrera burocrática.

2.2. El canon como tributo: la contienda de competencia con el Tribunal Fiscal

La legislación peruana ha previsto que las controversias en materia tributaria las resuelva un órgano especializado, el TF, cuyas atribuciones están previstas en el CT. De acuerdo con dicha norma:

... son atribuciones del Tribunal Fiscal:

1. Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las resoluciones de la Administración Tributaria que resuelven reclamaciones interpuestas contra Órdenes de Pago, Resoluciones de Determinación, Resoluciones de Multa, otros actos administrativos que tengan relación directa con la determinación de la obligación tributaria; así como contra las Resoluciones que resuelven solicitudes no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria, y las correspondientes a las aportaciones a ESSALUD y a la ONP.

También podrá conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las Resoluciones de Multa que se apliquen por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la asistencia administrativa mutua en materia tributaria.

2. Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las resoluciones que expida la SUNAT, sobre los derechos aduaneros, clasificaciones arancelarias y sanciones previstas en la Ley General de Aduanas, su reglamento y normas conexas y los pertinentes al Código Tributario.
3. Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones respecto de la sanción de comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos y cierre temporal de establecimiento u oficina de profesionales independientes, así como las sanciones que sustituyan a esta última de acuerdo a lo establecido en el artículo 183, según lo dispuesto en las normas sobre la materia.
4. Resolver las cuestiones de competencia que se susciten en materia tributaria.
5. Atender las quejas que presenten los administrados contra la Administración Tributaria, cuando existan actuaciones o procedimientos que los afecten directamente o infrinjan lo establecido en este Código; las que se interpongan de acuerdo con la Ley General de Aduanas, su reglamento y disposiciones administrativas en materia aduanera; así como las demás que sean de competencia del TF conforme al marco normativo aplicable.

La atención de las referidas quejas será efectuada por la Oficina de Atención de Quejas del Tribunal Fiscal.

6. Uniformar la jurisprudencia en las materias de su competencia.
7. Proponer al Ministro de Economía y Finanzas las normas que juzgue necesarias para suplir las deficiencias en la legislación tributaria y aduanera.
8. Resolver en vía de apelación las tercerías que se interpongan con motivo del Procedimiento de Cobranza Coactiva.
9. Celebrar convenios con otras entidades del Sector Público, a fin de realizar la notificación de sus resoluciones, así como otros que permitan el mejor desarrollo de los procedimientos tributarios¹²².

El TF se involucró en la controversia por el CUER cuando algunas de las empresas operadoras del espectro radioeléctrico acudieron a él, vía recursos de apelación ante las determinaciones efectuadas por el MTC. Ello ha significado que el TF emita pronunciamientos respecto al CUER, en los cuales ha sido uniforme en sostener que este concepto es un tributo, tasa-derecho.

Este criterio del TF tuvo un origen indirecto comparativo, producto de la resolución de controversias referidas al uso de áreas acuáticas y franjas costeras previstas en la Ley del Sistema Portuario Nacional¹²³ que dispuso que cualquier autorización cuyo fin sea la estructura portuaria requiere de autorizaciones que pueden ser temporales o definitivas¹²⁴; mientras que el reglamento¹²⁵ estipuló que esta autorización implica un pago anual por concepto de derecho anual de vigencia y estableció el procedimiento a seguir para determinar la cuantía de este. El procedimiento distingue entre autorización temporal y definitiva, y establece el pago de un derecho por área acuática de acuerdo con un porcentaje de la UIT vigente respecto del tipo de área dada en concesión (cuadro 3.9).

122. CT, artículo 101.

123. Ley 27943, del 28 de febrero de 2003.

124. *Ib.*, artículo 8.

125. Decreto Supremo 003-2004-MTC, del 4 de febrero de 2004, modificado por el Decreto Supremo 041-2007-MTC, artículo 30.

Cuadro 3.9. Canon por uso de áreas acuáticas: metodología de cálculo

Autorización	Área acuática (m ²)	Derecho (porcentaje de la UIT por m ²)		Fórmula de cálculo
TEMPORAL				
Marítima	X	0.000138		X (UIT * 0.000138)
Fluvial o lacustre	X	0.000069		X (UIT * 0.000069)
DEFINITIVA				
		USO EFECTIVO	USO NO EFECTIVO	
Marítima	X	0.00138	0.000692	X (UIT * 0.000692)
Fluvial o lacustre	X	0.00069	0.000346	X (UIT * 0.000346)

Fuente: Elaboración propia con información del MTC.

Sucedió que un administrado, no conforme con la determinación efectuada por la Autoridad Portuaria Nacional (APN), interpuso un recurso de reclamación que fue calificado como de apelación y remitido al MTC para su resolución. Advirtiendo el administrado que el concepto era tributario (y por consiguiente le correspondía resolver al TF) interpuso recurso de queja de derecho; sin embargo, el TF, al considerar que el recurso era solo de reclamación y no de apelación, declaró infundada la queja. Por ello, correspondió a la APN resolver el recurso.

El TF empleó el caso para emitir un precedente de observancia obligatoria. Luego de revisar las características y la naturaleza del concepto cuestionado, calificó al pago de derecho de vigencia anual exigido en virtud de autorización temporal de uso de área acuática y franja costera indicando:

... 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.º 135-99-EF¹²⁶.

Dentro de los considerandos de este pronunciamiento destaca el que el TF utilizó dos supuestos: uno, que el pago era efectuado por el aprovechamiento de un recurso natural, y por consiguiente para retribuir al Estado por su explotación; y, el segundo, que el caso era análogo al derecho de vigencia minero pagado para evitar la caducidad de denuncias, peticiones y

126. Resolución del TF 09715-4-2008, queja promovida por Operadora Portuaria S. A. (Oporsa).

concesiones, siendo que la concesión otorga el derecho a explorar y explotar los recursos minerales.

Aun bajo dichos supuestos, el TF concluyó que la finalidad de la Ley del Sistema Portuario Nacional y su reglamento no es normar, regular o supervisar el uso sostenible y la conservación de algún recurso natural, sino establecer el marco legal de actividades y servicios relacionados con la infraestructura y las instalaciones portuarias, por lo tanto, dichas normas regulan el uso de un bien de dominio público mas no su explotación comercial. De acuerdo con este razonamiento consideró el pago como una tasa-derecho que debe administrarse bajo los estándares del CT.

Por su parte, el MTC encausó la tramitación de este mismo caso por la vía administrativa, y por consiguiente ajena a la materia tributaria. Así, sucesivamente, mediante oficio determinó el monto por el pago anual del derecho de uso de área acuática¹²⁷; emitió una resolución en la que declaró improcedente el recurso de reclamación contra esa determinación de monto¹²⁸; y dictó una resolución viceministerial que declaró infundada la apelación y declaró agotada la vía administrativa¹²⁹. Esto equivalió a aseverar que el MTC siempre negó la naturaleza tributaria del pago y, por consiguiente, la competencia del TF para conocer la controversia.

Volviendo al criterio del TF respecto del CUER, se verifica que la calificación es similar a la del pago anual por el uso de áreas acuáticas y franjas ribereñas. El criterio del TF ha sido uniforme, habiéndose sustentado en el precedente vinculante antes indicado, con el añadido de afirmar que el CUER tiene una naturaleza distinta al regulado en la Constitución al considerar:

[... que] constituye una prestación a favor del Estado de cargo de los sujetos titulares de estaciones radioeléctricas, emisoras y de las meramente receptoras que precisan de reserva radioeléctrica por el uso de bien de

127. Oficio 16566-2008-MTC/27 de la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones.

128. Resolución Directoral 499-2008-MTC/27 de la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones.

129. Resolución Viceministerial 013-2009-MTC/03 del Viceministerio de Comunicaciones.

dominio público, a diferencia del canon normado en el citado artículo 77°, que constituye [...] una participación adecuada del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona en calidad de canon [...] que corresponde a las respectivas jurisdicciones, esto es, viene a ser una parte del presupuesto que el Estado debe asignar a las jurisdicciones donde se desarrolla la explotación de recursos naturales¹³⁰.

Bajo este criterio, el TF decidió calificar al CUER como un tributo y, por consiguiente, se ha declarado competente para conocer las reclamaciones de los administrados. Por su parte, el MTC ha negado la naturaleza tributaria de este pago, lo que ha causado que cada vez que se presenta un reclamo sobre el CUER se niegue a remitirlos al TF, argumentando su naturaleza administrativa no tributaria.

Además, el MTC ha promovido un conflicto de competencia conforme reglas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General¹³¹. Durante la tramitación de este procedimiento se emitió un informe legal del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF)¹³² que concluyó que no resulta legalmente posible definir al CUER como una obligación tributaria tasa-derecho por ser su naturaleza jurídica la de una contraprestación por el uso temporal de dicho recurso natural.

Dentro de este mismo procedimiento, la PCM ha estimado que no existe motivo para emitir un pronunciamiento al respecto, asumiendo que el conflicto era inexistente en el entendido que el informe del MEF coincidía con el criterio del MTC y, por consiguiente, al ser el TF dependiente del MEF, debería seguir el mismo criterio¹³³.

Pero el conflicto no se ha superado porque el TF continúa considerando al CUER como un tributo, tasa-derecho, en el entendido que no se ha expedido norma alguna estableciendo una regulación distinta ni se ha

130. Resolución del TF 02836-5-2009.

131. Ley 27444, artículo 95.

132. Informe 1284-2013-EF/42.01 de la Oficina General de Asesoría Jurídica.

133. Oficio Múltiple 914-2015-PCM/SG.

presentado algún supuesto previsto en el CT¹³⁴ que haya fundamentado la emisión de una resolución que constituya jurisprudencia de observancia obligatoria que establezca un criterio distinto¹³⁵.

2.3. El canon como barrera burocrática: las resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Además de acudir al TF, las operadoras del espectro radioeléctrico, específicamente las de teleservicios públicos (servicio telefónico móvil, servicio de comunicaciones personales y teleservicio móvil de canales múltiples de selección automática o troncalizado) denunciaron que la metodología del REG1 constituye una barrera burocrática ilegal e irracional y, por consiguiente, solicitaron su inaplicación a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) del Indecopi.

Otro grupo de usuarios, constituidos por los de teleservicios privados (servicios de radiocomunicación privada, aeronáutico y marítimo) también cuestionaron la metodología empleada por el Estado ante el Indecopi. Aunque su metodología de cálculo es distinta (REG4) los argumentos de fondo empleados son similares.

134. Artículo 154.- JURISPRUDENCIA DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA

Las resoluciones del Tribunal Fiscal que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de normas tributarias, las emitidas en virtud del Artículo 102, las emitidas en virtud a un criterio recurrente de las Salas Especializadas, así como las emitidas por los Resolutores-Secretarios de Atención de Quejas por asuntos materia de su competencia, constituirán jurisprudencia de observancia obligatoria para los órganos de la Administración Tributaria, mientras dicha interpretación no sea modificada por el mismo Tribunal, por vía reglamentaria o por Ley. En este caso, en la resolución correspondiente el Tribunal señalará que constituye jurisprudencia de observancia obligatoria y dispondrá la publicación de su texto en el diario oficial *El Peruano*.

135. Resolución del TF 01142-Q-2017. Emitida como consecuencia de recursos de queja por denegatoria de elevación a los recursos de apelación presentados el 27 de enero de 2017 contra las resoluciones directorales 585-2016-MTC/27, 286-2016-MTC/27 y 587-2016-MTC/27 que declararon infundadas las reclamaciones contra diversos oficios que exigieron el pago del canon por concepto del uso del espectro radioeléctrico del 2014 al 2016 (expedientes 3741-2017, 3742-2017 y 3743-2017).

A continuación, se presenta un resumen de los casos identificados respecto de teleservicios públicos.

2.3.1. Telefónica del Perú

La primera empresa operadora en acudir al Indecopi solicitando que la metodología de cobro del CUER fuese declarada como una barrera burocrática fue Telefónica del Perú. De acuerdo con el procedimiento previamente vigente ya citado¹³⁶, una barrera burocrática es declarada ilegal luego de verificar si se ha respetado las formalidades y los procedimientos establecidos por las normas aplicables para su creación y, asimismo, si se encuadra dentro de las atribuciones y las competencias conferidas a la autoridad correspondiente.

En diciembre del 2012, la CEB del Indecopi declaró fundada la denuncia de Telefónica del Perú y, en consecuencia, barrera burocrática ilegal la metodología de cálculo del CUER para servicios públicos móviles y dispuso su inaplicación a Telefónica del Perú¹³⁷.

La decisión del Indecopi en primera instancia se fundamentó principalmente en los siguientes argumentos:

... el Código Tributario establece que el rendimiento de los tributos distintos a los impuestos (dentro de los que se incluyen las tasas) no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de los servicios que constituyen los supuestos de la obligación correspondiente¹³⁸.

... la Ley de Telecomunicaciones (artículo 101) ha establecido fines específicos a los que debe destinarse los montos recaudados por este tipo de cobro. Así, establece que los ingresos recaudados por concepto de canon deben estar destinados a financiar el desarrollo de las telecomunicaciones, el control y monitoreo del espectro radioeléctrico y a sufragar las obligaciones contraídas con los organismos internacionales, es decir a sufragar los costos y gastos de la actividad desplegada por el Estado a favor de aquellos a los que se les faculta a utilizar el espectro radioeléctrico¹³⁹.

136. Resolución 182-97-TDC, segundo resolutivo.

137. Resolución 0355-2012-CEB/INDECOPI.

138. *Ib.*, fundamento 36.

139. *Ib.*, fundamento 38.

... de acuerdo con las normas citadas, se entiende que el monto que se exige por utilizar el espectro radioeléctrico debe estar relacionado al costo que implica financiar determinadas actividades relacionadas al desarrollo de las telecomunicaciones y a la supervisión del espectro radioeléctrico y, además, que deberá fijarse en función a criterios que guarden relación con el costo que involucra la utilización de dicho bien por los particulares¹⁴⁰.

Durante la tramitación del recurso de apelación el Indecopi, en 2015, concedió una medida cautelar¹⁴¹ disponiendo la inaplicación a su favor de la exigencia del pago del canon correspondiente a ese año.

Casi cuatro años después, en segunda instancia el Indecopi confirmó su resolución de primera instancia en el extremo que declaró fundada la denuncia y, modificando sus fundamentos, declaró barrera burocrática carente de razonabilidad la metodología de cálculo del CUER para servicios públicos móviles¹⁴².

Como fundamento argumentó que, de acuerdo con el precedente, una barrera burocrática es carente de racionalidad cuando hay indicios aportados por el denunciante que permitan inferir que establece tratamientos discriminatorios; que carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas). Luego el Indecopi requirió a la autoridad administrativa que acredite la racionalidad de la exigencia cuestionada, por lo que la autoridad administrativa debería probar el interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella; que las cargas o las restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar; y que existían elementos de juicio que permitían llegar a la conclusión, en términos generales, de que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto.

En su decisión de segunda instancia, el Indecopi reconoce la existencia de doctrina que califica al canon como un ingreso público originario y, por

140. *Ib.*, fundamento 39.

141. Resolución 0094-2015/SDC-INDECOPI.

142. Resolución 0098-2016/SDC-INDECOPI.

consiguiente, no tributario. Sin embargo, opta por considerarlo tributario, según se aprecia a continuación:

... a diferencia de lo señalado por el MTC y el MEF en dichos informes, esta Sala considera que el término «retribución económica» no determina por sí mismo si el canon por el uso del espectro radioeléctrico tiene o no naturaleza tributaria pues, de acuerdo a la Real Academia Española, el término «retribución» tan solo implica «el pago de algo», es decir, la satisfacción de una obligación sin distinguir su origen, sea este civil o tributario. Por su parte, se considera que la referencia a que el pago sea «económico» solo denota su carácter oneroso¹⁴³.

... sin embargo, con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio se utilizará el método de interpretación histórico a fin de determinar cuál fue la voluntad del legislador al incluir el término «retribución económica» en la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales¹⁴⁴.

... de la revisión del Dictamen del proyecto de Ley 2596/96-CR –Ley 26821 (en adelante Dictamen de la Ley 26821) se ha podido constatar que la intención del legislador al elegir «retribución económica» fue dejar claro que el aprovechamiento de los recursos naturales debía ser oneroso y no gratuito. En esta línea, el legislador distinguió entre los términos «pago», «contraprestación» y «retribución económica», eligiendo este último como la denominación del monto que recibe el Estado por el uso de sus recursos naturales, a fin de no restringirlo solamente a un pago monetario (como sugiere «pago») ni al valor del recurso aprovechado (como sugiere «contraprestación»), tal como se desprende de la siguiente cita:

DICTAMEN DEL PROYECTO DE LEY 2596/96-CR – LEY 26821
13) RETRIBUCIÓN POR EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS
NATURALES

[...]

Se fija entonces la regla que establece que el Estado debe recibir una retribución por el aprovechamiento que los particulares hagan de los recursos naturales. Se incorpora como norma positiva el principio «el que aprovecha paga», en contraposición a la regla del aprovechamiento gratuito.

En cuanto a la denominación de lo que el Estado recibirá por el aprovechamiento se evaluaron las siguientes alternativas:

143. Ib., fundamento 56.

144. Ib., fundamento 57.

- a) Pago
- b) Contraprestación
- c) Retribución

Se ha elegido el término *retribución* en lugar de pago o contraprestación, en la medida que el pago parece aludir únicamente a pago monetario y *contraprestación* a una unidad de medida exactamente igual al valor del recurso [subrayado propio]¹⁴⁵.

... como se observa, la intención del legislador no fue determinar si el monto que recibiría el Estado por el uso de los recursos naturales tenía o no naturaleza tributaria, sino fijar que se debía retribuir al Estado por el uso de ese recurso¹⁴⁶.

... sin perjuicio de lo expuesto, adicionalmente se tiene que los Informes 058-2009-EF/66.01 y 1284-2013-EF/42.01, elaborados por órganos del MEF presentados por el MTC para sustentar su posición tampoco resultan vinculantes para el presente caso. Ello por cuanto la Dirección General de Política de Ingresos Públicos y la Oficina General de Asesoría Jurídica del MEF carecen de competencia para determinar si el canon por el uso del espectro radioeléctrico tiene o no naturaleza tributaria. En consecuencia, corresponde desestimar la aplicación de dichos medios probatorios al presente caso¹⁴⁷.

... con relación al derecho por la prestación de un servicio administrativo público, Huamaní Cueva indica que «este tipo de tasa se paga por la prestación efectiva de una entidad pública de un servicio administrativo». Un ejemplo es la tasa que se exige para la expedición de un pasaporte cuyo monto debe reflejar el costo que le genera al Ministerio del Interior tramitar dicho procedimiento e incluir los costos directamente relacionados a este, como por ejemplo: el personal directo, material fungible, material no fungible, servicios de terceros, depreciación de activos, amortización de intangibles, costos fijos, entre otros¹⁴⁸.

... a diferencia de ello, el autor señala que el derecho por uso o aprovechamiento de bienes públicos consiste en el tributo que se genera por la utilización de estos recursos. Al respecto, Huamaní Cueva (Huamaní Cueva, 2015, 140-141) menciona que, a pesar de que este derecho en principio parecería no encajar dentro del concepto doctrinario y clásico de tasa ni

145. Ib., fundamento 58.

146. Ib., fundamento 59.

147. Ib., fundamento 60.

148. Ib., fundamento 70.

en la definición prevista en la Norma II del Código Tributario, el legislador optó por incorporarlo dentro de dicha clasificación. De ello se desprende que, a criterio de este autor, en este tipo de derecho no existe un servicio individualizado del Estado propiamente dicho, conforme se desprende de la siguiente cita:

6.4.2 Derecho por el uso o aprovechamiento de bienes públicos

En el segundo caso, se trata del pago por (la «autorización» para) el uso o aprovechamiento de bienes públicos (entiéndase que se trata de los bienes que son de uso público y por tanto de dominio público); si bien, por los términos utilizados en la propia norma, este derecho no encajaría dentro del concepto doctrinario y legislativo de tasa, lo será en razón de que el legislador lo ha considerado como tal (tomando en cuenta la relación existente entre la autorización —obviamente solicitada para el uso particular y exclusivo de aquellos bienes¹⁴⁹.

... en esa misma línea, al comentar la Norma II del Código Tributario, Hernández Berenguel (Hernández Berenguel, 2008, 110) sostuvo que la doctrina considera que lo percibido por el aprovechamiento de un bien público califica como ingreso público originario (el Estado obtiene estos ingresos por el uso de su propio patrimonio) y por tanto el mismo no tiene una naturaleza tributaria. Sin embargo, el autor recalcó que el legislador peruano optó por alejarse de dicha postura y calificar a los ingresos por el uso o aprovechamiento de bienes públicos como un tributo en la especie de tasa, como se aprecia de la siguiente cita:

[...] La doctrina tiene establecido que los cobros que efectúe el Estado por permitir el uso o explotación de bienes públicos no califican como tributos —es decir, como un ingreso derivado— sino más bien como un ingreso público originario. Sin embargo, nuestro Código Tributario, a partir del 1 de abril de 1992, incluyó mediante el Decreto Legislativo N.º 769 la clasificación tripartita de tributos en impuestos, contribuciones y tasas, y a los derechos como un tipo de tasa, comprendiendo entre los derechos lo que se cobra por el uso o aprovechamiento de bienes públicos¹⁵⁰.

Siguiendo ese mismo razonamiento, Hernández Berenguel también comentó que en este tipo de tasa eventualmente podía considerarse que la sola puesta a disposición del bien público podía entenderse como el servicio prestado por el Estado a los ciudadanos, tal como se desprende a continuación:

[...] Salvo que se considerara que el servicio justamente consiste en permitir la utilización de las aguas subterráneas y que ello califica como un servicio público¹⁵¹.

149. Ib., fundamento 71.

150. Ib., fundamento 72.

151. Ib., fundamento 73.

... en atención a lo previamente expuesto y que el Tribunal Constitucional califica al espectro radioeléctrico como un bien de dominio público, se desprende que el canon exigido por el uso o aprovechamiento del mismo calza en el concepto de tasa en la modalidad de derecho por uso de un bien público prevista en la Norma II del Código Tributario¹⁵².

... en atención a lo expuesto, la Sala advierte la existencia de dos diferencias sustanciales entre el pago por la regalía minera y el canon por el uso del espectro radioeléctrico:

- i. Por un lado, si bien los recursos minerales y el espectro radioeléctrico califican como recursos naturales según la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales, sus características han sido reguladas de modo distinto en leyes especiales. Así, mientras los recursos minerales se sujetan a las disposiciones de la Ley 28258, Ley de Regalía Minera; el espectro radioeléctrico se rige por lo previsto en la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC y en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC.
- ii. De otro lado, la Ley 28258, Ley de Regalía Minera, refiere a que el pago de la regalía minera se genera como consecuencia de la explotación de recursos minerales, los cuales son de naturaleza limitada y no renovable. Por su parte, la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC y el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC, regulan la utilización o uso del espectro radioeléctrico¹⁵³.

La decisión en segunda instancia del Indecopi de considerar que la medida sí era legal se fundamentó principalmente en las siguientes comprobaciones:

... en suma, en este acápite se ha verificado lo siguiente: (i) el MTC es competente para establecer la metodología de cálculo cuestionada, (ii) la denunciada cumplió con los procedimientos y formalidades necesarios para aprobación de la mencionada metodología, (iii) se ha corroborado que las normas especiales (Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC, Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC así como la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales) no

152. *Ib.*, fundamento 74.

153. *Ib.*, fundamento 87.

contemplan la obligación que la referida metodología de cálculo se deba determinar en función al criterio de «costo del servicio». Por el contrario, el artículo 20 de la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales, establece que la misma debe establecerse en función a criterios económicos, sociales y ambientales¹⁵⁴.

Sin embargo, la decisión del Indecopi en segunda instancia de considerar que la medida era carente de razonabilidad se fundamentó básicamente en la ausencia de interés público que justifique la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella:

... en conclusión, el MTC no ha presentado documentos y/o informes de fecha anterior a la imposición de la medida en los que se acredite la justificación de la metodología establecida en el Decreto Supremo 020-2007-MTC en función a la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior. Por tanto, la medida denunciada no supera el primer filtro de análisis de razonabilidad¹⁵⁵.

Pese a que el análisis desarrollado por el Indecopi en segunda instancia concluyó que la barrera burocrática no superaba el primer filtro de análisis (el interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella) y, por consiguiente, no sería necesario continuar el análisis de razonabilidad, decidió hacerlo, pronunciándose respecto de la proporcionalidad:

... sobre el particular, de la revisión del expediente no se aprecia documento o informe técnico alguno a través del cual el MTC haya justificado, de manera previa a la aprobación del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC, las razones por las cuales se considera que la metodología cuestionada cumple con el principio de proporcionalidad, es decir que la misma no es excesiva¹⁵⁶.

De igual manera se pronunció respecto de la medida menos gravosa:

... de la revisión del expediente, se aprecia que el MTC no presentó documento alguno que acredite que evaluó metodologías alternativas

154. Ib., fundamento 114.

155. Ib., fundamento 154.

156. Ib., fundamento 157.

que cumplan con los criterios previstos en el artículo 20 de la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales. A manera de ejemplo, se ha podido apreciar que el Régimen Especial contiene una metodología alternativa para el cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico, la cual se encuentra fijada en función a factores distintos tales como el ancho de banda, área y potencia¹⁵⁷.

Ante este resultado, el MTC ha interpuesto demanda contenciosa administrativa, la cual se encuentra en trámite en el Poder Judicial.

2.3.2. América Móvil Perú (Claro)

La operadora América Móvil Perú también recurrió al Indecopi, en similar sentido que Telefónica del Perú.

En el 2013, la CEB declaró fundada su denuncia y, en consecuencia, barrera burocrática ilegal la metodología de cálculo del CUER para servicios públicos móviles y dispuso su inaplicación a Claro¹⁵⁸. La decisión de primera instancia calificó al canon como un tributo por las razones siguientes:

... en la Resolución 2836-5-2009 el TF señaló que el canon pagado por el uso del espectro radioeléctrico constituye una tasa en la modalidad de derecho, pues responde al uso de un bien público. Cabe anotar que dicha conclusión fue sustentada en la aplicación del precedente de observancia obligatoria, aprobado mediante Resolución 09715-4-2008, que determinó que el uso de bienes públicos genera el pago de tributos, de acuerdo con lo establecido por la Norma II del Código Tributario¹⁵⁹.

... el canon por uso de espectro radioeléctrico difiere de otros tipos de canon, como sería la regalía minera, la cual a diferencia de la primera, no tiene un carácter tributario.

Por lo tanto, el canon (que no tiene carácter tributario) al que hace referencia el artículo 20° de la Ley N.º 26821 no está referido al canon que sí tiene carácter tributario (como es el caso del canon por uso de espectro radioeléctrico)¹⁶⁰.

157. *Ib.*, fundamento 162.

158. Resolución 0311-2013-CEB/INDECOPI.

159. *Ib.*, fundamento 40.

160. *Ib.*, fundamento 45.

... el artículo 2° del Decreto Legislativo N.° 771, Ley Marco del Sistema Tributario Nacional, le reconoce una naturaleza distinta a la tributaria. A criterio de esta Comisión, dicha mención no niega la naturaleza tributaria de este tipo de tributos. El único efecto legal que genera dicha referencia es la precisión de que este tipo de pagos se regirán, además de las normas comunes a todos los tributos (como el Código Tributario), por normas especiales. Es más, contrariamente a lo interpretado por el Ministerio, al haberse incluido a los cobros correspondientes a la explotación de recursos naturales en el Decreto Legislativo N.° 771 y al haberseles denominado «derechos», la propia disposición los reconoce como un tipo de tributo (tasa-derecho, según el Código Tributario)¹⁶¹.

Luego de concluir que el canon era un tributo-derecho lo calificó como ilegal porque:

... esta Comisión considera que el cobro por la utilización del espectro radioeléctrico es un tributo (tasa-derecho), debido a que se efectúa por el uso de un bien de dominio público. Por ello, los límites legales para la determinación del referido cobro estarán regidos no solo por las disposiciones en materia de telecomunicaciones y utilización de los recursos naturales, sino también por las normas tributarias aplicables a las «tasas»¹⁶².

... la metodología del cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles no responde a los costos que asumiría el Estado por el financiamiento de determinadas actividades relacionadas al desarrollo de las telecomunicaciones y a la supervisión (control y monitoreo) del espectro radioeléctrico; o a los beneficios que dejaría de percibir por asignar su uso a la empresa solicitante (costo de oportunidad), sino a otras consideraciones relacionadas con: (i) El mero aprovechamiento de recursos naturales; (ii) Una política de incentivos a la inversión y (iii) La posibilidad de utilizar un bien de dominio público (que no es lo mismo que lo que se deja de percibir por dicho uso)¹⁶³.

En segunda instancia, el Indecopi confirmó su resolución de primera instancia, en el extremo que declaró fundada la denuncia y, modificando sus fundamentos, declaró barrera burocrática carente de razonabilidad la metodología de cálculo del CUER para servicios públicos móviles¹⁶⁴.

161. *Ib.*, fundamento 49.

162. *Ib.*, fundamento 50.

163. *Ib.*, fundamento 61.

164. Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI.

En esta oportunidad el Indecopi nuevamente calificó al canon como una tasa-derecho y, luego de comprobar que la denunciante había aportado indicios de carencia de razonabilidad, y siguiendo la metodología establecida¹⁶⁵, desarrolló los tres niveles de análisis y consideró la medida carente de razonabilidad, bajo los mismos argumentos empleados para Telefónica del Perú.

Al igual que en el caso de esa empresa, la decisión del Indecopi emitida en el expediente de Claro también fue objeto de una demanda que se encuentra en trámite en el Poder Judicial.

2.3.3. Otras empresas de teleservicios públicos

Posteriormente a Telefónica del Perú y América Móvil Perú, las empresas Viettel Perú y Entel Perú también han acudido al Indecopi con la finalidad de lograr pronunciamientos de barrera burocrática, lo que ha motivado la oposición del MTC.

Así, para el caso de Viettel Perú SAC el MTC reportó:

... con fecha 28 de febrero de 2017 se notificó a este Ministerio la Resolución N.º 0192-2017/CEB-INDECOPI mediante la cual concedió el recurso de apelación interpuesto por el MTC contra la Resolución N.º 0068-2017/CEB-Indecopi (que dispuso como medida cautelar que el MTC se abstenga de aplicar a Viettel Perú S. A. C. la metodología de cálculo del canon por uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles), la cual se concedió sin efecto suspensivo.

Asimismo, concedió el recurso de apelación interpuesto por el MTC contra la Resolución N.º 0069-2017-CEB-INDECOPI (que declaró barrera burocrática ilegal la metodología del cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles), la cual se concedió con efecto suspensivo; finalmente, se dispuso que se eleven los actuados a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

El MTC presentó, con fecha 10 de febrero de 2017, el escrito de apelación contra la medida cautelar contenida en la Resolución N.º 0068-2017/CEB-INDECOPI, que dispuso como medida cautelar que el MTC se abstenga de aplicar a Viettel Perú S. A. C. la metodología de cálculo del canon

165. Resolución 182-97-TDC.

por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles. Actualmente, se encuentra pendiente que la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi resuelva la apelación presentada por la Procuraduría Pública del MTC contra la Resolución N.º 0068-2017/CEB-INDECOPI.

A la fecha, Viettel Perú S. A. C. ha pagado 7,807,337.00 soles por concepto de canon anual 2016. Asimismo, tiene pendiente de pago el monto de 7,373,472.85 soles por canon anual del 2016 y, finalmente, por concepto de canon anual 2017 debe el monto de 41,865,174.00 soles, los cuales no son exigibles¹⁶⁶.

De modo similar, para el caso de Entel Perú el MTC reportó:

... con fecha 24 de febrero de 2017, la Procuraduría Pública solicitó a esta Dirección General informe técnico-legal a fin de desvirtuar los fundamentos contenidos en la Resolución N.º 094-2017/CEB-Indecopi, notificada el 22 de febrero de 2017 mediante la cual la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual concedió medida cautelar solicitada y disponer la inaplicación de la exigencia de pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicio público móvil, de acuerdo a la metodología de cálculo establecida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231º del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N.º 020-2007-MTC y, en ese sentido, que el Ministerio se abstenga de realizar cualquier acto dirigido al cobro del canon por el periodo 2017.

Actualmente, Entel Perú S. A. tiene pendiente de pago el monto de 48,978,035.10 soles por concepto de canon anual 2017, el mismo que no es exigible¹⁶⁷.

2.3.4. Otras empresas de teleservicios privados

Aunque la metodología de cálculo para el caso de teleservicios privados es distinta a la de teleservicios públicos, por tratarse del mismo concepto (canon) resulta oportuno anotar que esta clase de empresas operadoras también acudieron al Indecopi para promover sendas declaraciones de barrera burocrática.

166. Ver <portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/obligaciones_economicas.html>.

167. Ib.

Geo Supply Perú

Tras la denuncia de esta empresa del 2010, el Indecopi, en primera¹⁶⁸ y en segunda instancia¹⁶⁹, declaró fundada su pretensión de considerar inaplicable la comunicación del MTC a través de la cual notificó el monto que debía cancelar por el canon correspondiente a los años 2008 y 2009 conforme al TUO del reglamento de la LdT¹⁷⁰.

De igual manera, el Indecopi, también en primera¹⁷¹ y en segunda instancia¹⁷², declaró fundada, y en consecuencia inaplicable, la denuncia acerca de la comunicación a través de la cual el MTC notificó el monto que la empresa debía cancelar por el canon correspondiente a los años 2004 a 2010 sobre la base del reglamento de la LdT¹⁷³.

De acuerdo con esta última resolución, el Indecopi también declaró, en mayoría, fundada la denuncia y, en consecuencia, como barrera burocrática ilegal la metodología de cálculo del MTC, estimando que el canon es una tasa-derecho por cuanto:

... la interpretación sostenida por el MTC contraviene lo dispuesto por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario que establece que los recursos que provienen del uso o aprovechamiento de bienes de dominio público (bienes de titularidad del Estado) constituyen tributos en la modalidad de tasa¹⁷⁴.

Resalta en la resolución el voto en discordia de uno de los vocales, quien consideró:

[... que] la Constitución habilita al Estado (en este caso, a través del MTC) a cobrar una renta por el aprovechamiento de los recursos naturales.

168. Resolución 0098-2010/CEB-INDECOPI.

169. Resolución 1236-2011/SC1-INDECOPI.

170. Oficio 3143-2009-MTC/27 de la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones.

171. Resolución 0182-2010/CEB-INDECOPI.

172. Resolución 1237-2011/SC1-INDECOPI.

173. Oficio 5778-2010-MTC/27 de la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones.

174. Resolución 1237-2011/SC1-INDECOPI, fundamento 132.

Como puede apreciarse, dicha norma fundamental no sujeta la cuantía de dicho ingreso a algún tipo de límite, como sí lo hace el voto en mayoría al calificar el canon por el espectro radioeléctrico como una tasa¹⁷⁵.

Megatrack

Esta empresa solicitó al Indecopi considerar el canon como una barrera burocrática, pretensión que también en primera¹⁷⁶ y en segunda instancia¹⁷⁷ fue declarada fundada y, en consecuencia, considerada ilegal la metodología establecida para calcular el CUER para la prestación del servicio móvil de datos marítimos, materializada en la notificación de cobro del MTC¹⁷⁸.

Los fundamentos fueron similares al caso de Geo Supply e, inclusive, también contó con el mismo voto en discordia de un vocal de la sala.

Tesacom Perú

Esta empresa siguió el mismo camino de Megatrack con el fin de hacer extensiva su pretensión a su rubro de actividad. También fue declarada fundada en primera¹⁷⁹ y en segunda instancia¹⁸⁰ a través de resoluciones que declararon como barrera burocrática ilegal la metodología para calcular el CUER para la prestación del servicio público móvil por satélite, materializada en la ya citada notificación de cobro del MTC.

Los fundamentos fueron similares a los casos de Geo Supply y Megatrack, con el mismo voto en discordia.

175. *Ib.*, voto en minoría del vocal Juan Ángel Candela Gómez.

176. Resolución 272-2010/CEB-INDECOPI.

177. Resolución 1238-2011/SC1-INDECOPI.

178. Oficio 3142-2009-MTC/27 de la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC.

179. Resolución 270-2010-CEB/INDECOPI.

180. Resolución 1239-2011-SC1-INDECOPI.

Melquisedec

El caso de esta empresa fue casi idéntico al anterior, aunque su resultado distinto. Aquí, el Indecopi en 2015 emitió¹⁸¹ y en 2017 confirmó una medida cautelar¹⁸² con el fin de que el MTC se abstuviese de aplicar su requerimiento hasta que se evalúe en forma definitiva la ilegalidad y/o razonabilidad de la barrera burocrática admitida a trámite, la exigencia del pago del CUER para servicio móvil por satélite, de acuerdo con la metodología de cálculo contenida en el reglamento de la LdT y cuyo cobro había solicitado el MTC¹⁸³.

Así, DOS ENTIDADES DEL ESTADO de primer nivel amparaban el reclamo de las empresas operadoras del espectro radioeléctrico desconociendo no solo la definición y la práctica internacional sobre el canon por su uso, sino también, como se verá a continuación, las normas nacionales.

181. Resolución 0538-2015/CEB-INDECOPI.

182. Resolución 0249-2017/SDC-INDECOPI.

183. Oficio 17288-2011-MTC/27 de la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC.

4

Análisis jurídico de las materias en controversia

Este capítulo refiere los elementos fácticos presentados en los capítulos anteriores a lo establecido en la Constitución y las leyes relacionadas, para discernir la pertinencia de considerar al canon como un tributo, tasa-derecho, y a qué entidad corresponde la competencia legal en este tema.

1. La naturaleza del canon por el uso del espectro radioeléctrico en la Constitución y en las leyes

La Constitución considera el espectro radioeléctrico como un recurso natural por cuyo uso se debe pagar algún tipo de derecho, conforme ocurre en el ámbito internacional.

En este aspecto tiene especial importancia analizar cómo asigna el Estado a un particular la explotación de un recurso natural porque este procedimiento orientará en forma adecuada el establecer la correcta naturaleza jurídica de la tasa-derecho. Ello implica aludir al régimen de los contratos estatales en el Perú.

1.1. Los recursos naturales en la Constitución y en las leyes

El punto de partida son los dos textos ya citados de la Constitución. El primero sobre los recursos naturales, renovables y no renovables, que define

que estos son patrimonio de la Nación, que el Estado es soberano en su aprovechamiento y que por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. Y el segundo sobre los bienes de dominio público, que establece su inalienabilidad e imprescriptibilidad, precisando que los de uso público pueden ser concedidos a particulares, conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

No se trata de objetos distintos. Los bienes de dominio público incluyen a los recursos naturales y, por consiguiente, la Constitución no hace referencia a dos temas diferentes, simplemente precisa que la especie de dominio público denominada bien de uso público también puede ser explotada económicamente. Así, adquiere sentido el hecho de que algunos bienes de uso público como carreteras, puertos o aeropuertos sean explotados a través de contratos de concesión suscritos por el Estado con terceros particulares.

Respecto de los recursos naturales, la norma constitucional implica tener presente que sus condiciones y otorgamiento deben ser fijados por leyes orgánicas y no bajo un régimen legal unitario, lo que implica aseverar que cada subdivisión del Estado que gestione un recurso natural desarrollará su ley orgánica correspondiente. Este criterio de dispersión se confirma en la LOASRN, según la cual leyes especiales deben regular el aprovechamiento sostenible de recursos naturales que precisarán el sector o los sectores del Estado responsables de la gestión de dichos recursos. Además, indica que la ley especial determina el sector competente del otorgamiento de derechos para el aprovechamiento sostenible, en el caso de recursos naturales con varios usos¹⁸⁴.

Sin embargo, al referirse al aprovechamiento de recursos naturales indica:

... da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales que incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título o el derecho establecidos por las leyes especiales¹⁸⁵.

184. Ley 26821, artículos 3 y 13.

185. *Ib.*, artículo 20.

Este mismo precepto indica que el canon por explotación de recursos naturales y los tributos se rigen por sus leyes especiales, lo que implica que la LOASRN diferencia entre canon y tributo; sin embargo, no define al canon y, aparentemente, lo diferencia de una retribución, un derecho de otorgamiento o un derecho de vigencia del título.

1.2. De las regalías sobre los recursos naturales

La Ley de Regalía Minera¹⁸⁶ es el caso emblemático del pago de derechos por el uso de un recurso natural. Esta ley especial define la regalía como la «... contraprestación económica que los sujetos de la actividad minera pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos».

En su oportunidad, esta norma fue objeto de un proceso de inconstitucionalidad en el que se revisaron aspectos sustantivos, de forma y de fondo, sobre la regalía y cuyo resultado sirve de referente. La causa fue promovida por el empresario José Miguel Morales Dasso y más de 5000 ciudadanos, quienes sostenían:

- Respecto a la forma, la Ley de Regalía Minera no respetaba el procedimiento formal para su creación dado que, conforme al artículo 66 de la Constitución, las condiciones de utilización y otorgamiento de recursos naturales debían fijarse mediante ley orgánica.
- Respecto al fondo, transgredía las normas constitucionales referidas al derecho de propiedad, y el derecho a la libertad contractual y a la igualdad de trato.

Algunos de los fundamentos más importantes de los recurrentes fueron que el Estado, pese a tener potestad tributaria, no había diseñado la regalía minera como un tributo; que esta ley irrumpía contra los contratos de concesión anteriores a su vigencia y respecto a concesiones futuras; y que constituía una condición limitativa de la libertad de estipular por crear una ventaja para el Estado que va más allá de lo razonable. Por consiguiente, se consideraba que, mientras se hubiese otorgado y subsistiese

186. Ley 28258, del 23 de julio de 2004.

una concesión minera, la naturaleza y el contenido del derecho otorgado no podía ser cambiado unilateralmente por el Estado, siendo la regalía un deber de pago no existente cuando la concesión fue otorgada y, por tanto, no querida originalmente por las partes. Si fuera válido imponer regalías en una actividad en la cual el Estado autoriza la explotación de un bien sobre el que la Nación goza de ciertos derechos en su origen tendría que hacerlo en todas las actividades económicas en las que dicha situación se presenta, como telecomunicaciones, energía, hidrocarburos, educación, transporte, etc.

A su vez, los recurrentes proponían que, según la Ley General de Minería vigente en esos momentos¹⁸⁷, el concesionario minero solo estaba obligado a abonar al Estado un pago anual, llamado Derecho de Vigencia¹⁸⁸, también regulado por la LOASRN¹⁸⁹. Desde su punto de vista, habría una única retribución que, alternativamente, podría ser contraprestación, o derecho de otorgamiento o derecho de vigencia; y, en el caso de las concesiones mineras, solo se pagaba el derecho de vigencia como requisito previo para el otorgamiento de la concesión minera.

En el 2005 el TC resolvió la demanda de inconstitucionalidad en forma adversa a los recurrentes, basándose en las siguientes consideraciones:

... como se advierte, la regalía es la contraprestación del titular de la concesión minera a los gobiernos regionales y locales por la explotación de recursos naturales no renovables, justificada en la necesidad de la Nación de recibir beneficios de sus propios recursos antes de que se agoten. En tanto que el canon es la participación de la renta económica ya recaudada dispuesta por el Estado a favor de los gobiernos regionales y locales de las zonas de explotación de recursos¹⁹⁰.

... la regalía minera es una retribución económica contraprestativa o compensatoria por el usufructo de lo que se extrae. En tanto que el derecho de vigencia es una retribución económica por el mantenimiento de la concesión, y cuyo incumplimiento priva de efecto a la concesión misma, constituyéndose en causal de caducidad de la concesión¹⁹¹.

187. Decreto Legislativo 109, del 12 de junio de 1981, vigente en ese momento.

188. *Ib.*, artículos 39 y siguientes.

189. Ley 26821, artículos 20 y 21.

190. Sentencia del TC 0048-2004-PI/TC, fundamento 53.

191. *Ib.*, fundamento 55.

... los recursos naturales renovables y no renovables, al ser bienes que integran el dominio público cuyo titular es la Nación —no son objeto de un derecho real de propiedad en el sentido civilista del mismo— configuran lo que se denomina una «propiedad especial». Esta se caracteriza por estar sometida a una normativa específica de Derecho Público que consagra su indisponibilidad, dada su naturaleza de inalienable e imprescriptible, a tenor del artículo 73° de la Constitución Política del Perú, quedando, en consecuencia, excluida del régimen jurídico sobre la propiedad civil¹⁹².

... en una economía social de mercado la concesión es una técnica reconocida en el Derecho Administrativo, mediante la cual se atribuyen derechos a privados para el ejercicio de una actividad económica, por ejemplo, sobre los recursos naturales renovables y no renovables, como potestad soberana del Estado para regular su aprovechamiento. Es, en sí misma, un título que [...] hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes [...]; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en aprovechamiento temporal, de los bienes de dominio público, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público, y no de carácter sinalagmático. Por ello, es la declaración o autonomía de la voluntad estatal la que establece la concesión para un particular¹⁹³.

... la concesión administrativa tiene su origen en una facultad discrecional de la Administración, que se exterioriza mediante un acto de autoridad por el cual se decide transferir unilateralmente a los particulares que cumplan las condiciones legales y reglamentarias de la concesión determinadas por el Estado el desarrollo de determinada actividad económica que tiene un carácter predominantemente público. La contraprestación por este acto administrativo es el denominado pago del derecho de vigencia del título que contiene el derecho otorgado en virtud de la concesión, previsto en el artículo 20° de la Ley N.° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales¹⁹⁴.

La demanda fue declarada infundada y, por consiguiente, conforme los fundamentos expuestos por el TC, la regalía minera resulta una contraprestación cuya naturaleza es de origen administrativo concesional.

192. *Ib.*, fundamento 98.

193. *Ib.*, fundamento 102.

194. *Ib.*, fundamento 103.

1.3. ¿Es el canon por uso del espectro radioeléctrico un tributo?

Para discernir si el CUER es un tributo se analizará el origen legal de la obligación, si se genera en una prestación individualizada y la posibilidad de asimilarlo al régimen de concesión.

1.3.1. Origen legal

La LOASRN define en forma expresa al espectro radioeléctrico como un recurso natural, lo que coincide con la definición de la ITU (ITU, 2016, p. 1). Este concepto es el que se repite en la LdT la cual indica: «... es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectuará en las condiciones señaladas en la presente Ley y su reglamento»¹⁹⁵.

De esta manera, el CUER se enmarca en lo requerido por la Constitución porque:

- Se cumple con la existencia de una ley orgánica que considera al espectro radioeléctrico como un recurso natural¹⁹⁶.
- Se cumple con la existencia de una ley especial, la LdT, que regula su aprovechamiento sostenible y que, además, precisa el sector responsable de su gestión.
- Su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectúa según condiciones señaladas en dicha ley especial y su reglamento¹⁹⁷.
- Su creación se encuentra en esta ley especial¹⁹⁸.

Con esta base sería incorrecto considerar al CUER como tributo, porque no fue creado por ley común o decreto legislativo (en caso de delegación de facultades), sino por ley especial según establece la Constitución.

195. LdT, artículo 57.

196. LOASRN, artículo 3.

197. LdT, artículo 57.

198. Ib., artículo 60.

1.3.2. Existencia de prestación

Como todos los tributos de la subespecie derecho, las tasas tienen como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. Sin embargo, en el caso del CUER no existe tal servicio público individualizado a favor de quien lo paga. La LdT indica literalmente: «... los ingresos recaudados por concepto de derechos, tasas, canon y multas, luego de la aplicación a los fines específicos que se considera en esta Ley, serán destinados exclusivamente al desarrollo de las telecomunicaciones, al control y monitoreo del espectro»¹⁹⁹. Al enumerar los ingresos recaudados por concepto de derechos, tasas, canon y multas este texto ya realiza una diferenciación entre tasa y canon y, al indicar cuáles son sus destinos, precisa que son el desarrollo de las telecomunicaciones y el control y monitoreo del espectro.

El desarrollo de las telecomunicaciones evidentemente no es un servicio individualizado, motivo por el cual corresponde comprobar si el control y monitoreo del espectro podría serlo. Al respecto, corresponde remitirse a la LdT que establece como función adicional del MTC, entre otras, el organizar el sistema de control, monitoreo e investigación del espectro radioeléctrico²⁰⁰.

Por tanto, y legalmente, el control y monitoreo del espectro radioeléctrico es parte de un sistema y no un servicio individualizado, descartándose así la característica principal del tributo tasa, que consiste en la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado al contribuyente.

1.3.3. Afinidad a la concesión

La LdT ordena los servicios que se brindan a través del espectro radioeléctrico, dentro de los que se encuentran los teleservicios públicos y puntualmente dispone: «... para la prestación de los teleservicios o servicios finales públicos se requerirá de contrato de concesión»²⁰¹.

199. LdT, artículo 101.

200. Ib., artículo 75.

201. Ib., artículo 14.

De otro lado, la LOASRN desarrolla el concepto de concesión al indicar que se aprueba por leyes especiales (como en el caso de la LdT) y otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo²⁰².

Un tratadista desarrolla el concepto de la concesión así:

... constituye una opción del legislador utilizar la figura administrativa que más acomode a los fines públicos en juego a fin de otorgar derechos a los particulares para la explotación de recursos naturales, por tal razón, algunas leyes sectoriales recurren a la concesión, ya sea que se exprese en un simple acto administrativo (minería) o que se formalice en un contrato suscrito entre el Estado, en su rol de concedente, y el concesionario particular (recursos forestales, geotérmicos, etc.); mientras que otras leyes prefieren la utilización de las figuras de las licencias, autorizaciones o permisos (aguas, pesca), que normalmente se manifiestan en decisiones unilaterales de la administración y no en contratos, a excepción de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que contempla los contratos de licencia y de servicios (Danós, 2006, p. 20).

... en el ordenamiento jurídico peruano se tiende a considerar que las figuras contractuales, en tanto que determinan con precisión los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, generan mayor seguridad jurídica para los inversionistas (Danós, 2006, p. 21).

Lo expuesto no significa que se esté exclusivamente en la esfera del derecho privado, por cuanto la cosa pública, en especial aquella correspondiente a los bienes de dominio público (recursos naturales), merece y debe ser objeto de regulación porque, conforme lo establece la Constitución, son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano en su aprovechamiento. En consecuencia, la normativa nacional trataría de encontrar un equilibrio con el fin de que los recursos naturales no se asignen sin una retribución adecuada a favor del Estado y, a su vez, esta permita que las empresas tengan rentabilidad, lo que implica que paguen un precio justo.

Si la LOASRN maximiza la concesión e inclusive dispone que licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales contenidas en las leyes especiales tienen los mismos alcances que las

202. LOASRN, artículo 23.

concesiones en lo que les sea aplicable, entonces el CUER termina siendo una categoría de recurso estatal distinta a los tributos, porque su origen la acerca a relaciones contractuales concesionales, puesto que adolecen de la autoimposición a que hace referencia el principio de reserva de la ley.

En esta línea de pensamiento resulta conveniente acudir a la definición de tributo de la doctrina según el TF para 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 ley²⁰³.

Como la LdT establece que para brindar teleservicios públicos se requiere un contrato de concesión, las empresas ejercen su libre albedrío y libertad al suscribir tales contratos y, por consiguiente, se autosometen a las condiciones existentes para dicho fin.

Esto significa que la definición doctrinaria del TF no aplica para el caso del CUER por el simple motivo de que el sujeto pasivo (empresa que brinda teleservicios públicos) no paga el CUER ni está en la situación de pagarlo por voluntad de la ley, sino por voluntad propia. Basta tener en consideración que si una empresa no cuenta con un contrato de concesión (al cual accede por propia voluntad) no brindará el teleservicio público y, por consiguiente, no requiere reserva de espectro, no debiendo pagar CUER.

1.3.4. Forma de cálculo

Por último, se ha mencionado que el CT establece una forma de cálculo de las tasas basada en el criterio costo efectivo. Sin embargo, como se puede apreciar de la descripción antes realizada, las metodologías de cálculo del CUER para los teleservicios públicos y privados difieren completamente de la metodología de cálculo para el tributo, tasa-derecho.

Todas estas características de origen, función, afinidad con la concesión y forma de cálculo del CUER llevan a concluir que este no es un tributo en el sentido definido por la ley.

203. Resoluciones del TF RTF 416-1-2009 y RTF 9715-4-2008.

1.4. ¿Es el canon por uso del espectro radioeléctrico una contraprestación?

En el caso del CUER, una posible interpretación podría ser considerar que las retribuciones (llámense derechos de otorgamiento o derechos de vigencia del título establecidos por leyes especiales) son contraprestaciones por el aprovechamiento de recursos naturales. Como estas se encontrarían fuera del espectro tributario, corresponde considerarlas como todo aquello que no es tributo (ni impuesto ni tasa ni contribución) y que tampoco es canon (debido al objeto redistributivo que este comporta, según la LdC).

En cuanto a la LdC, se aprecia que esta norma tiene como ámbito de aplicación solo aquellos recursos naturales que ahí se contemplan y que la inclusión de otros tipos de canon, en virtud de la explotación de cualquiera de los recursos naturales a los que se refiere la LOASRN, requiere obligatoriamente de una ley para su creación, según los criterios económicos de valor actual y no potencial.

El único elemento diferenciador entre la contraprestación y el canon sería su finalidad, dado que la LOASRN califica a la primera como retribución económica mientras que la LdC indica que el canon tiene como objeto la participación efectiva y adecuada de los gobiernos regionales y locales del total de ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica de los recursos naturales.

Por consiguiente, la finalidad de distribuir los recursos obtenidos es el elemento esencial de un canon ya que, como se ha mencionado, la Constitución considera que conforme a ley corresponde a las respectivas circunscripciones recibir una participación adecuada del total de ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales en cada zona, en calidad de canon.

Es válido entonces afirmar que el canon podría ser una porción de la contraprestación, la cual se reserva con fines de redistribución en la circunscripción en la que se ubica el recurso, según lo establezcan las normas especiales correspondientes al tipo de recurso natural.

Sin embargo, las normas que se ocupan del CUER no consideran una finalidad redistributiva, la cual tampoco se encuentra desarrollada en ninguna otra legislación. Así, la LdT dispone:

... los ingresos recaudados por concepto de derechos, tasas, canon y multas, luego de la aplicación a los fines específicos que se considera en esta Ley, serán destinados exclusivamente al desarrollo de las telecomunicaciones, al control y monitoreo del espectro radioeléctrico y a sufragar las obligaciones contraídas con los organismos internacionales de telecomunicaciones²⁰⁴.

Por consiguiente, el denominado CUER es un pseudocanon, pues es íntegramente una contraprestación o una retribución económica por el aprovechamiento de un recurso natural.

2. La pertinencia de las resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

Un segundo tema a discutir es la pertinencia de la actuación del Indecopi, el cual se tratará a partir del análisis de las motivaciones de sus resoluciones que consideran al CUER como un tributo tasa-derecho y de la razonabilidad de esta determinación.

2.1. Las deficiencias de motivación en las resoluciones para considerar al canon como un tributo, tasa-derecho, según los criterios del Tribunal Constitucional

Al tratar la motivación y la justificación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, el TC ha definido una tipología de deficiencias de motivación que inciden directamente en el sentido de sus sentencias²⁰⁵. Esas deficiencias pueden reconocerse en las resoluciones de Indecopi ante las solicitudes de Telefónica del Perú y Claro para que declare el cobro del CUER como barrera burocrática.

Los seis tipos de deficiencias de motivación identificados por el TC son:

- Inexistencia de motivación, o motivación aparente, que se produce cuando no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, o que esta no responde a las alegaciones de las partes

204. LdT, artículo 101.

205. Sentencia del TC 03943-2006-PA/TC.

del proceso, o porque la decisión solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en aseveraciones carentes de sustento fáctico o jurídico.

- Falta de motivación interna del razonamiento, la cual tiene una doble dimensión. Por un lado, si existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el juez en su decisión; y, por el otro, si se encuentra incoherencia narrativa, lo que a la postre deviene en un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir de modo coherente las razones en las que se apoya la decisión.
- Deficiencias en la motivación externa por falta de justificación de las premisas, lo que ocurre cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, es decir, en aquellos en los que suelen presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas.
- Motivación insuficiente, que se produce cuando existe un mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. En este caso la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- Motivación sustancialmente incongruente. Esta se produce cuando los órganos judiciales, al resolver las pretensiones de las partes, incurren en desviaciones que suponen modificación o alteración del debate procesal.
- Motivaciones cualificadas. Se presentan en el caso de decisiones de rechazo de la demanda o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecta un derecho fundamental como el de la libertad.

El análisis de las sentencias del TDC de Indecopi ante las solicitudes de Telefónica del Perú y Claro comprueba que los seis argumentos idénticos empleados a efectos de determinar que el CUER tiene naturaleza tributaria incurren en las deficiencias de motivación anotadas.

2.1.1. Primer argumento: inexistencia de motivación o motivación aparente

Este argumento se refiere al uso no jurídico del concepto «retribución económica»²⁰⁶. Ocurre porque el Indecopi se remite a definiciones de la Real Academia Española (de «retribución» y de «económica»), las cuales no son definiciones legales y mucho menos determinan naturaleza tributaria alguna. Este hecho en realidad revelaría que solo se intenta dar un cumplimiento formal al procedimiento. Lo que implicaría una inexistencia de motivación o motivación aparente.

2.1.2. Segundo argumento: falta de motivación interna del razonamiento

Este argumento se refiere al método de interpretación histórico empleado para determinar cuál fue la voluntad del legislador al promulgar la LOASRN²⁰⁷. El Indecopi cita el dictamen del proyecto de ley indicando que se prefirió el término «retribución» en lugar de «pago» o «contraprestación» para afirmar que la intención del legislador no fue establecer si dicha retribución tenía o no naturaleza tributaria, sino fijar que se debía retribuir al Estado por el uso de un recurso. En el entendido de que el dictamen al cual se hace referencia no precisa la naturaleza jurídica del CUER, esta fundamentación se puede considerar como motivación insuficiente para lo que se decidió.

Además, si el ánimo del Indecopi era realizar una interpretación histórica, debió efectuarla también respecto de la LdT, con lo que hubiera comprobado que esa norma introdujo el mecanismo de concesión y ya diferenciaba entre derecho, tasa y CUER:

... además de las atribuciones señaladas en su propia Ley Orgánica, son funciones del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en materia de telecomunicaciones, las siguientes:

206. Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 56, en el caso de Telefónica del Perú, y Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 54, en el caso de Claro.

207. Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI, fundamentos 57 al 59, en el caso de Telefónica del Perú, y Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI, fundamentos 55 al 57, en el caso de Claro.

[...]

14. Proponer para su aprobación respectiva los porcentajes para la aplicación de los derechos, tasas y canon radioeléctricos establecidos por ley²⁰⁸.

El primer Reglamento de la LdT, que entró en vigencia tres años antes que la LOASRN, reguló la concesión y también diferenció los derechos de las tasas del CUER:

... el Ministerio no otorgará la concesión o autorización cuando el solicitante no hubiera cumplido con los pagos que resulten exigibles respecto de derechos, tasas y canon por alguna concesión o autorización que se le hubiere otorgado, salvo que cuente con fraccionamiento de pago vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de dichas obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal²⁰⁹.

Omisión sustantiva que refuerza la falta de motivación interna del razonamiento.

2.1.3. Tercer argumento: deficiencias en la motivación externa

Este argumento se refiere a haber declarado carentes de competencia a los informes del MEF presentados por el MTC²¹⁰, pues el rechazo preliminar del Indecopi de verificarlos impidió analizar su validez fáctica o jurídica, negando la posibilidad de contar con otras fuentes o perspectivas técnicas especializadas, las cuales se pronuncian por la naturaleza no tributaria del CUER. Tal rechazo liminar constituye una deficiencia en la motivación externa.

208. Decreto Legislativo 702, artículo 1.14.

209. Decreto Supremo 006-94-TCC, artículo 116

210. Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 60, en el caso de Telefónica del Perú, y Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 58, en el caso de Claro.

2.1.4. Cuarto y quinto argumentos: motivación insuficiente o incongruente

Estos argumentos se refieren al empleo por el Indecopi de citas de los autores Huamaní Cueva²¹¹ y Hernández Berenguel²¹² como fuentes doctrinales.

En el caso de la cita de Huamaní Cueva, el Indecopi señala que este autor indica que el derecho (tributo tasa-derecho) de utilización de bienes públicos en principio parecería no encajar dentro del concepto doctrinario y clásico de tasa ni en la definición prevista en la Norma II del CT; sin embargo, el Indecopi emplea esta afirmación para sostener que de ello se desprende que, a criterio de este autor, en la tasa-derecho no existe un servicio individualizado del Estado.

En cuanto a la cita a Hernández Berenguel, el Indecopi señala que este autor recalcó que el legislador peruano optó por alejarse de dicha posición y calificar los ingresos por uso o aprovechamiento de bienes públicos como un tributo en especie (tasa).

Ambos casos pueden constituir falta de motivación interna del razonamiento, por invalidez de una inferencia a partir de las premisas (citas de autores); además de incoherencia narrativa porque ambos autores sustentaron sus afirmaciones en función a la tarifa por el agua subterránea creada por una norma²¹³ cuyo artículo primero ya la califica como recurso tributario. Además, si la tarifa por agua subterránea fue creada como recurso tributario resulta inoficioso discutir si tiene naturaleza tributaria o no. Por último, el CUER fue establecido en el año 1991 sin precisar su naturaleza jurídica, pero realizando la distinción entre derechos, tasas y canon tanto en la LdT como en su reglamento.

211. Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI, fundamentos 70 y 71, en el caso de Telefónica del Perú, y Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI, fundamentos 68 y 69, en el caso de Claro.

212. Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI, fundamentos 72 y 73, en el caso de Telefónica del Perú, y Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI, fundamentos 70 y 71, en el caso de Claro.

213. Decreto Legislativo 148, del 12 de junio de 1981.

Asimismo, el haber citado a estos autores significa que el Indecopi reconoce la existencia de doctrina que calificaría al CUER como un ingreso público originario y, por consiguiente, de naturaleza no tributaria por lo que no podría calificarlo de forma distinta (o tributaria).

Este uso sesgado de las fuentes puede considerarse como una deficiencia de motivación externa.

2.1.5. Sexto argumento: falta de motivación interna

El sexto argumento, referido a presuntas diferencias sustanciales entre la regalía minera y el CUER²¹⁴, implicaría una potencial falta de motivación interna del razonamiento por la invalidez de una inferencia, ya que el Indecopi alejaría al espectro radioeléctrico de la condición de recurso natural la cual, recordemos, está considerada en forma expresa en la ITU, en la LOASRN y en la propia LdT.

2.2. La insuficiente motivación para declarar carente de racionalidad la metodología de cálculo del canon por uso del espectro radioeléctrico

En cuanto a la carencia de razonabilidad declarada respecto de la metodología de cálculo del CUER, el Indecopi empleó en los casos de Telefónica del Perú y Claro la metodología prevista en el precedente de observancia obligatoria según la cual, de existir indicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional, la entidad denunciada tiene la carga de la prueba.

Esto significa que la entidad debe probar ante la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi:

- El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella.
- Que las cargas o las restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar.

214. Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 87, en el caso de Telefónica del Perú, y Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 86, en el caso de Claro.

- Que existen elementos de juicio que permiten, en términos generales, llegar a la conclusión de que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto.

Respecto a la primera carga de la prueba, en ambos casos el Indecopi señaló²¹⁵ que el MTC no había presentado documentos y/o informes de fecha anterior a la imposición de la medida en los que se acreditase la justificación de la metodología.

Sobre la segunda carga de la prueba, en ambos casos el Indecopi sostuvo²¹⁶ que el MTC tampoco justificó las ventajas de fijar tasas escalonadas en función al número de móviles activados, sin explicar por qué el referido criterio resulta ser una medida proporcional.

En cuanto a la tercera carga de la prueba, en ambos casos el Indecopi señaló²¹⁷ que el MTC tampoco demostró haber evaluado metodologías alternativas que cumpliesen con los criterios previstos en el artículo 20 de la LOASRN.

Tales motivaciones podrían considerarse como insuficientes; sin embargo, el hecho de que la carga de la prueba recayó única y exclusivamente en el MTC, lo cual sumado a que, de acuerdo con ambas resoluciones, no cumplió con hacerlo, impide darle tal calificación.

Todo lo anterior lleva a concluir que se está ante resoluciones no debidamente motivadas, pero este no es el único vicio legal por cuanto la competencia misma del Indecopi está en duda.

215. Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 154, en el caso de Telefónica del Perú, y Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 161, en el caso de Claro.

216. Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 157, en el caso de Telefónica del Perú, y Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 165, en el caso de Claro.

217. Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 162, en el caso de Telefónica del Perú, y Resolución 0117-2016/SDC- INDECOPI, fundamento 169, en el caso de Claro.

3. La presunta competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

La norma de creación del Indecopi diseñó la competencia de la Comisión de Acceso al Mercado para conocer sobre los actos y las disposiciones de las entidades de la administración pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impusieran barreras burocráticas que impidiesen u obstaculizasen, ilegal o irracionalmente, el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado.

Durante 12 años esta norma fue modificada sucesivamente²¹⁸ hasta por fin ser derogada por la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas²¹⁹, norma bajo la cual se ampara en la actualidad la tramitación de causas.

3.1. Evolución de las competencias

Es importante conocer la evolución de las competencias del Indecopi con el fin de verificar si los diversos casos de barreras burocráticas relativos al CUER contaron o no con un marco normativo que le hubiese permitido pronunciarse.

La norma original no tuvo una delimitación precisa acerca de la determinación de la presencia de una potencial barrera burocrática, más allá de la definición conceptual:

... la Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N.º 283, 668, 757, el Artículo 61 del DL 776 y la Ley N.º 25035, en especial los principios

218. Leyes 28032, del 27 de junio de 2003, 28996, del 3 de abril de 2007, 30056, del 1 de julio de 2013, y 30230, del 11 julio de 2014, y Decreto Legislativo 1212, del 23 de septiembre de 2015.

219. Decreto Legislativo 1256, del 7 de diciembre de 2016.

generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo²²⁰.

Por tanto, el Indecopi, se encontró con un abanico amplio de posibilidades para determinar su competencia, pero con restricciones. La fundamental es una restricción evidente: la ley o la norma de igual categoría, en el entendido de que al haberse creado bajo el criterio de autodeterminación representativa el Congreso emite leyes que no pueden ser objeto de un proceso de barrera burocrática sino de uno de inconstitucionalidad como vía natural y, en forma residual, de cuestionamiento vía proceso de amparo, siempre y cuando se trate de una norma autoaplicativa²²¹.

Es cierto que existe la posibilidad de sobreponer competencias respecto de los procesos de acción popular, pero esta se encuentra constitucionalmente reservada para el Poder Judicial como garantía constitucional respecto de reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

La diferencia radicaría en la consecuencia de ambas posibilidades. Los procesos de barrera burocrática bajo el diseño previsto en la ley original implicaban que la declaración de una barrera burocrática fuese inaplicable solo para quien la acusó, a diferencia de los procesos de acción popular cuyo control de constitucionalidad implica la derogación de la norma, en caso se declare fundada la demanda.

Siendo amplio el campo de acción del Indecopi, su intervención como órgano resolutorio para cada caso en particular podría justificarse para el

220. Decreto Legislativo 25868, artículo 26 BIS.

221. Sentencia del TC 00051-2011-PA/TC, emitida con motivo de la demanda de amparo promovida por Peruval Corp. S. A. contra el MTC con el fin de que cese la amenaza de violación de los derechos que invoca y se declare inaplicable para su caso el Decreto Supremo 031-2007-MTC. En este caso el TC estableció la procedencia de acciones de amparo respecto de normas, supeditada a que se trate de normas autoaplicativas operativas, también denominadas de eficacia inmediata; esto es, aquellas cuya sola puesta en vigencia incide en el contenido constitucional protegido de los derechos fundamentales.

caso del CUER, en el entendido de que el cuestionamiento apuntaba a los decretos supremos que establecieron las formas en las que se calculaba. Sin embargo, la premisa contenida en el artículo citado de la ley original es que se impongan barreras burocráticas. Según definición de la Real Academia Española, «imponer» significa «poner una carga, una obligación u otra cosa». Nótese y resáltese entonces que el cuestionamiento debió hacerse respecto de la norma que «impone» el CUER, la cual es ley (LdT) y, por consiguiente, fuera del ámbito de competencia del Indecopi.

Otro aspecto que no debe pasar desapercibido es la concepción general bajo la cual el Indecopi se consideró competente porque, al desarrollar cada caso de barrera burocrática, lo hizo considerando que el CUER era un tributo, tasa-derecho, y, por consiguiente, subrogó en competencia al TF.

Como se ha mencionado, es atribución del TF conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las resoluciones de la administración tributaria que resuelven reclamaciones interpuestas contra órdenes de pago, resoluciones de determinación, resoluciones de multa u otros actos administrativos que tengan relación directa con la obligación tributaria. Por esta razón, resulta claro que el Indecopi omitió que el precedente de observancia obligatoria contenido indica que se destina a:

... evaluar si aquellas exigencias impuestas por las entidades integrantes de la Administración Pública —incluso aquellas del ámbito municipal o regional—, que no establecen tributos constituyen barreras burocráticas que limitan ilegal o irracionalmente el libre acceso al mercado, se seguirán los criterios interpretativos descritos a continuación²²².

Por consiguiente, la intervención del Indecopi en el caso del CUER podría admitirse siempre y cuando no se hubiere impuesto mediante ley y no se le considerase como tributo, tasa-derecho.

3.2. La competencia en la norma vigente

La norma vigente define una barrera burocrática como:

... exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigidos a condicionar, restringir u obstaculizar el

222. Resolución 182-97-TDC, segundo resolutivo.

acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad²²³.

Esta norma contiene una relación de actuaciones que no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de dicha ley:

... sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de la aplicación de la normativa correspondiente, no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de la presente ley:

- a. Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de leyes u otras normas con rango de ley y alcance nacional emitidas al amparo de la función legislativa.
- b. Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros contenidos en contratos suscritos por una entidad, procesos de subasta o bases de algún tipo de concurso para contratar con el Estado.
- c. Las omisiones, inacciones o cualquier inactividad de la administración pública.
- d. Las tarifas o contraprestaciones por servicios prestados por el Estado o por empresas privadas o públicas, ajenos al ejercicio de la función administrativa.
- e. El cobro de aranceles e impuestos y, en general, cualquier tributo no vinculado, así como los criterios para su determinación.
- f. Las medidas fito y zoonosanitarias, conforme a la sexta disposición final y complementaria de la Ley General de Sanidad Agraria, aprobada por el Decreto Legislativo N.º 1059.
- g. Las controversias contencioso-tributarias, en especial, aquellas vinculadas a la correcta o incorrecta determinación de un tributo en un caso concreto.
- h. El cobro de arbitrios a personas naturales sin actividad económica.
- i. La declaración de nulidad de un acto administrativo por motivos de debido procedimiento.
- j. La imposición de sanciones. Sin perjuicio de ello, el acto administrativo sancionador podrá ser empleado para acreditar la existencia de una barrera burocrática cuando la sanción haya tenido como fundamento el incumplimiento de la referida barrera²²⁴.

223. Decreto Legislativo 1256, artículo 3.

224. Ib., artículo 3.

Como se puede apreciar, la ley vigente ha delimitado el ámbito de competencia del Indecopi al señalar que ya no es de su competencia declarar como barrera burocrática aquellas controversias referidas a aspectos contencioso-tributarios, en especial, las vinculadas a la correcta o incorrecta determinación de un tributo en un caso concreto, conforme el literal g. Por tanto, a partir de la vigencia de esa norma, el Indecopi ya no resulta competente para conocer ni declarar como barrera burocrática cualquier aspecto relacionado al CUER, en caso continúe considerándolo como un tributo, tasa-derecho.

De igual manera, tampoco resulta competente para conocer ni declarar como barrera burocrática cualquier aspecto relacionado al CUER porque, en caso no se le considere como un tributo, la única posibilidad remanente sería la de ser una contraprestación contractual que la propia norma cataloga como una actuación que no se considera barrera burocrática, según el literal b.

Se debe resaltar que la ley vigente dispone que su aplicación es inmediata a las denuncias de parte que, habiéndose iniciado ante la comisión, aún no hayan sido admitidas a trámite, pero que los procedimientos a cargo de la comisión y de la sala que se encuentren en trámite continúan su trámite bajo las normas anteriores²²⁵.

Al respecto, se debe considerar que, desde el punto de vista financiero, las empresas de teleservicios públicos debieron realizar estudios de mercado y análisis financieros que les habrían convencido de que operar en el Perú era un negocio rentable pese a tener que pagar un CUER que ya estaba establecido en la LdT y contaba con una metodología de cálculo preestablecida.

Por ello, resulta imposible argumentar que el CUER obstaculiza o impide el ingreso al mercado, por el simple motivo que todas las denuncias de barrera burocrática de empresas de teleservicios públicos se interpusieron después de que estas accedieran al mercado.

225. Ib., primera disposición complementaria, final y transitoria.

Al respecto, Claro ha argumentado:

... la fórmula contenida en la disposición cuestionada castiga la expansión de los servicios públicos móviles y dificulta la prestación de dichos servicios de manera desproporcionada, lo cual afecta a los consumidores de menores recursos²²⁶.

Mientras Telefónica del Perú ha aseverado:

... la fórmula contenida en la disposición cuestionada (literal a) del artículo 231 del Reglamento) castiga la expansión de los servicios públicos móviles y dificulta la prestación de dichos servicios de manera desproporcionada. Ello considerando que los efectos de dicha medida afectarán a los consumidores de menos recursos, ya que los costos para prestar el servicio se verían incrementados y generarían un desincentivo a la expansión de empresas operadoras²²⁷.

Pero resulta poco consistente argumentar que el CUER impide la permanencia de las empresas de teleservicios públicos en el mercado porque debieron realizar estudios de mercado y análisis financieros que les habrían convencido, *ex ante*, de que operar en el Perú era un negocio rentable pese a las exigencias legales para hacerlo, lo que incluye al canon.

Además, según se aprecia en el anexo con un caso práctico de análisis, la telefonía celular ha crecido de manera tal que, pese al REG1, creció la penetración de la telefonía celular en los hogares peruanos, la que alcanzó en el 2016 el 87.7% (es decir, al menos un miembro de la familia tiene un celular). Esta situación descarta el argumento que afirma que la metodología de cálculo desincentiva la expansión de las telecomunicaciones. El impacto con o sin REG1 no fue material, lo que impide afirmar que el CUER perturbó la permanencia en el mercado de Telefónica del Perú.

Esto significa que ni la versión original de la ley ni su versión actual otorgaban u otorgan competencia al Indecopi para declarar al CUER como barrera burocrática. Tampoco las empresas operadoras han podido demostrar que la metodología de cálculo desincentive la expansión de los servicios de telecomunicación.

226. Resolución 0311-2013/CEB-INDECOPI, fundamento 2.xii.

227. Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI, fundamento 2.xiii.

DEL ANÁLISIS REALIZADO emergen argumentos suficientes para evaluar las hipótesis planteadas en esta investigación. El CUER no puede considerarse tributo, y por consiguiente no es impuesto ni tasa ni contribución, porque la LOASRN es una ley orgánica que considera al espectro radioeléctrico como un recurso natural, e indica que las leyes especiales son las que regulan el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales. Además, la LdT es la ley especial que regula el uso y el otorgamiento del espectro radioeléctrico, fija también sus condiciones y, además, creó el CUER. La tasa, y por consiguiente el derecho, es un tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente; para el caso del CUER no existe tal servicio público individualizado a favor de quien lo paga.

Para brindar teleservicios públicos se requiere contrato de concesión, por lo que las empresas ejercen su libre albedrío y libertad al suscribir tales contratos y, por consiguiente, se autosometen a las condiciones existentes para dicho fin, lo que incluye el pago del CUER. Así, el CUER resulta ser una categoría de recurso estatal distinta a los tributos, porque su origen se acerca a relaciones contractuales concesionales y adolece de la autoimposición a que se refiere el principio de reserva de la ley.

Por otro lado, el CUER no constituye una barrera burocrática porque fue creado por una ley, la cual no puede ser cuestionada por el Indecopi como barrera burocrática. En el supuesto negado de que pudiese hacerlo y que su naturaleza fuese tributaria, no correspondería al Indecopi verificar cuestionamientos a su determinación (metodología de cálculo) sino al TF.

Conclusiones y recomendaciones

Finalmente se proponen las siguientes conclusiones y recomendaciones.

1. Conclusiones

La contraprestación por el espectro radioeléctrico, cuya metodología de cálculo se desarrolla en el reglamento de la LdT no se ajusta a las mejores prácticas internacionales, dado que la recomendación de la ITU es una metodología econométrica que implique un *benchmarking* al que no se hace referencia en la exposición de motivos del REG1, el REG2 o el REG3.

Un caso práctico de análisis, verificado en el anexo, demuestra que el CUER bajo el REG1 no tiene un impacto material en los resultados, mientras que el REG2 únicamente disminuyó el monto a pagar teniendo como consideración las declaraciones de barrera burocrática efectuadas por el Indecopi, aunque estas fuesen erradas.

Existe ausencia de los criterios empleados para la elaboración del REG1, el REG2 y el REG3; lo que impide determinar si protegen los intereses del Estado, de manera tal que no se malbaraten los recursos naturales de la Nación.

Aun así, la reglamentación permite la competencia, ya que la metodología de cálculo es la misma para todas las empresas y, por consiguiente, es igual el insumo que estas requieren para las telecomunicaciones.

El significado de canon usado en la LdT no se ajusta a la doctrina del derecho, por cuanto resulta tener un significado distinto al término jurídico definido en la Constitución. Ello obedece a que tuvo especial empleo en el derecho civil y no en el derecho constitucional ni administrativo; lo que se demuestra al analizar las motivaciones empleadas por el Indecopi y en la justificación de la presunta competencia de este organismo.

El CUER no se ajusta a la doctrina tributaria, por cuanto tiene un fin específico previsto en la propia LdT que es el desarrollo de las telecomunicaciones, el control y el monitoreo del espectro radioeléctrico y sufragar las obligaciones contraídas con los organismos internacionales de telecomunicaciones. Por tanto, no existe servicio público individualizado a favor de quien paga, lo cual es indispensable en las tasas.

La naturaleza del CUER ha sido puesta en entredicho por las diversas posiciones adoptadas por el Indecopi y el TF en discrepancia con el MTC. El Indecopi y el TF lo califican como tributo mientras el MTC niega su naturaleza tributaria. No obstante, el análisis jurídico demuestra que no es un tributo y, por consiguiente, no es una tasa ni un derecho, sino una contraprestación o retribución económica extratributaria que tiene naturaleza de derecho público por estar cimentada en los contratos de concesión respecto de los recursos naturales. Para la legislación peruana actual, un canon es una fórmula redistributiva de ingresos, con independencia de si tales ingresos son tributarios o extratributarios, conforme la definición que aparece en la Constitución.

Acerca del objetivo específico de esta investigación, que es discernir si las entidades públicas MTC, Indecopi y TF han tratado el CUER bajo la naturaleza jurídica que verdaderamente le corresponde, se concluye que el Indecopi y el TF no lo han hecho por considerarlo un tributo, cuando no lo es; mientras que el MTC sí lo ha hecho, aunque continúe empleando el término canon, lo que resulta inadecuado en el entendido que, de acuerdo con la Constitución, este es un mecanismo redistributivo de ingresos.

Las empresas que usan el espectro radioeléctrico no son víctimas de imposición de una barrera burocrática por la metodología que emplea el Estado para calcular el CUER, dado que debieron realizar estudios de mercado y análisis financieros que les habrían convencido de que operar

en el Perú era un negocio rentable pese a tener que pagar un canon que ya estaba establecido en la LdT y que contaba con una metodología de cálculo preestablecida. En ese sentido, el CUER no obstaculiza ni impide el ingreso al mercado o su permanencia en él, por el simple motivo de que todas las denuncias de empresas de teleservicios públicos fueron interpuestas luego de que estas accedieron al mercado. Esta metodología de cálculo tampoco constituye un obstáculo para el crecimiento del servicio de telecomunicaciones en zonas donde no se brinda dicho servicio porque se verificó un sostenido crecimiento de la penetración de la telefonía celular en el país.

De la evaluación de los distintos escenarios de optimización para una metodología de cálculo adecuada o justa debe preferirse el modelo económico a que hace referencia la ITU porque incluye un *benchmarking* que utilizaría un análisis comparativo de resultados en el negocio de teleservicios públicos. De esta manera, el CUER implicaría que las empresas de telecomunicaciones mantengan rentabilidad en sus negocios sin que se malbaratase el patrimonio de la Nación, lo que se traduce en un pago justo a favor del Estado.

2. Recomendaciones

El MTC debe reforzar su defensa técnica empleando análisis financieros que acrediten que el CUER no es obstáculo para la permanencia de las empresas en el mercado, evidenciar las deficiencias de motivación que se han empleado para indicar que tiene naturaleza tributaria y socializar los estudios que le llevaron a emitir el REG3, de manera tal que pueda comprobarse una adecuada tutela de los recursos naturales.

El Indecopi debe evitar deficiencias de motivación y reevaluar su competencia para intervenir en los procesos que acusan a la metodología de cálculo del CUER de ser una barrera burocrática.

El TF debe precisar su resolución 09715-4-2008, del 12 de agosto de 2008, indicando que la tasa-derecho tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente, estableciendo que el CUER o cualquier contraprestación o retribución económica por aprovechamiento de recursos naturales no es un tributo.

Bibliografía

- Anónimo. (2009). Código Tributario. Naturaleza de los aportes a los organismos normativos, reguladores y fiscalizadores. *Análisis Tributario*. Suplemento electrónico, 34, pp. 1-6.
- Aparicio Zavaleta, E. R. (2014). *Análisis de la naturaleza jurídica de las contraprestaciones económicas por la explotación de recursos naturales: caso del canon por uso del espectro radioeléctrico* (tesis de maestría). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú.
- Ariño Ortiz, G., De la Cuétara, J. M., Bullard, A. et al. (2010). *Regulación económica de los servicios públicos. Dos décadas de regulación de los servicios públicos en Iberoamérica: balance y perspectivas*. Lima: Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (Asier) / ESAN / ARA.
- Autoridad Portuaria Nacional (APN). (2014). *Compendio normativo*. Lima: APN.
- Bravo Cucci, J. (2015). *Fundamentos de derecho tributario* (5.ª ed.). Lima: Jurista.
- Carrillo Palomino, S. (2011). *Estudio para mejorar la administración del espectro radioeléctrico en el Perú* (tesis de licenciatura en Ingeniería de las Telecomunicaciones). Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), Lima, Perú.
- Cervantes Anaya, D. A. (2000). *Manual de derecho administrativo*. Lima: Rodhas.
- Chirinos Soto, E. & Chirinos Soto, F. (1995). *Constitución de 1993: lectura y comentarios* (2.ª ed.). Lima: Nerman.

- Congreso de la República, Comisión Investigadora sobre los Delitos Económicos y Financieros cometidos entre 1990-1991. (2002). *El proceso de privatización de las empresas Compañía Peruana de Teléfonos del Perú S. A. (CPTSA) y Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S. A. (Entel Perú)*. Informe Especial de Investigación. Lima: Congreso de la República.
- Cuadros y Villena, C. F. (1988). *Derechos reales*. Lima: Latina.
- Danós Ordóñez, J. (2001). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Ley N.º 27444*. Lima: ARA.
- Danós Ordóñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, 2, pp. 9-44.
- Diálogo con la Jurisprudencia. (2006). *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (coord.), Donayre Montesinos, C. et al. (2005). *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*. Lima: Jurista.
- Eto Cruz, G. (ed.). (2013). *Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional*. Tomo I (junio 1996-diciembre 2005). Lima: Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional (TC).
- Fernando Pablo, M. M., González Bustos, M.^a A., González Iglesias, M. Á. & Fernández de Gatta Sánchez, D. (2016). *Cuadernos de Derecho Administrativo (IV): bienes públicos* (2.^a ed.). Salamanca: Ratio Legis.
- Gonzales Chávez, C. M. (2009). Efecto de los impuestos en la competencia de redes móviles: una ampliación del modelo de Laffont, Rey y Tirole. *Economía*, XXXII(63), pp. 103-111.
- González García, E. (1991). La tasa como especie del género tributo. En J. L. Guirola López (pr.), *Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español*. Ponencias y comunicaciones españolas presentadas en las XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (pp. 15-34). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda / Marcial Pons.
- Guzmán Napurí, C. (2007). *El procedimiento administrativo: régimen jurídico y procedimientos especiales*. Lima: ARA.
- Hernández Berenguel, L. (2008). La tarifa por utilización de aguas subterráneas en Lima y Callao y la tributación ambiental. *Revista de Derecho Administrativo*, 6, pp. 109-116.

- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C. & Baptista Lucio, M. P. (2010). *Metodología de la investigación* (5.ª ed.). México, D. F.: McGraw-Hill.
- Huamaní Cueva, R. (2007). *Código Tributario comentado*. Lima: Jurista.
- Huapaya Tapia, R. (2006). *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Jurista.
- Jiménez Murillo, R. (2010). *Comentarios. Sistema Nacional de Bienes Estatales*. Lima: Arial.
- Laguna de Paz, J. C. (2010). *Telecomunicaciones: regulación y mercado* (3.ª ed.). Madrid: Thomson Reuters.
- McLean Foster & Co. (en colaboración con M. Cave y R. W. Jo). (2009). *Gestión del espectro radioeléctrico*. Módulo 5. Conjunto de herramientas para la reglamentación de las TIC. Ginebra: infoDev / Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU).
- Morón Urbina, J. C. (2001). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Novoa Herrera, G. (2006). El principio de la capacidad contributiva. *Derecho & Sociedad*, 27, pp. 201-206.
- Olivos Celis, M. K. (2011). Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana. *Revista de Investigación Jurídica IUS*, II, pp. 1-27.
- Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel). (2006). *Análisis del canon por uso del espectro radioeléctrico*. Lima: Osiptel (ms.).
- Pacheco, L., Argandoña, D. & Aguilar J. C. (2014). *El espectro radioeléctrico como herramienta para la promoción de la expansión de los servicios móviles y la competencia en el Perú* (Documento de Trabajo n.º 16). Lima: Osiptel.
- Paredes Marroquín, J. (2014). *La capacidad contributiva en los impuestos desde la perspectiva del Estado constitucional: relativización de los índices o manifestaciones de riqueza* (tesis de licenciatura en Derecho). PUCP, Lima, Perú.
- Ramírez Cruz, E. M. (2007). *Tratado de derechos reales* (3.ª ed.). Lima: Rodhas (4 tomos).
- Revoredo de Debakey, D. (1988). *Código Civil I. Antecedentes legislativos. Comparación con el Código de 1936* (2.ª ed.). Lima: [Talleres Industria Avanzada].

- Rivadeneira Frisch, J. (2009). *Economía social de mercado*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung.
- Robles Moreno, C. P., Ruiz de Castilla Ponce de León, F. J., Villanueva Gutiérrez, W. & Bravo Cucci, J. A. (2016). *Código Tributario: doctrina y comentarios* (4.ª ed.). Lima: Instituto Pacífico (2 tomos).
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 14, pp. 317-358.
- Soto Carrillo, G. & Grández Villarreal, R. (2016). Aporte por regulación, canon por espectro radioeléctrico y tasa por explotación comercial: aspectos tributarios de las telecomunicaciones. *Themis*, 69, pp. 171-196.
- Tribunal Constitucional (TC). (2018). *Resoluciones del Tribunal Constitucional relativas a arbitrios municipales*. Recuperado de <https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/documentos/arbitriosmunicipales/CuadroTC.pdf>
- Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU-UIT). (2016). *Directrices de política y aspectos económicos de asignación y uso del espectro radioeléctrico. Infraestructura*. Ginebra: Sector de Desarrollo de las Comunicaciones, UIT.

Anexo

Caso práctico de análisis

Penetración del servicio

De acuerdo con la estadística del MTC, elaborada con información de las empresas operadoras, al primer trimestre del 2016 la distribución del mercado de Internet móvil según empresas fue:

- Telefónica del Perú: 52.61%
- América Móvil Perú: 32.58%
- Entel Perú: 7.87%
- Viettel Perú: 6.77%

La misma fuente permite apreciar la distribución de líneas de telefonía móvil por región (figura A1).

De acuerdo con los registros del Instituto de Estadística e Informática (INEI), entre 2007 y 2016 creció significativamente el número de hogares con al menos un miembro que posee teléfono celular, en todos los ámbitos territoriales del país, tanto en términos absolutos como en promedio (cuadro A1).

Esta información oficial demuestra que bajo el REG1 se mantuvo el crecimiento de la penetración¹, lo que descarta el argumento que atribuye a esta metodología desincentivar la expansión de las telecomunicaciones, dado que al 2016 el 87.7% de hogares en el Perú contaba con al menos un teléfono celular. Todos los departamentos, salvo Loreto, se encontraban sobre el 80% de penetración por hogar (figura A2).

1. El REG2 entró en vigencia en el año 2016 bajo el Decreto Supremo 043-2006-MTC.

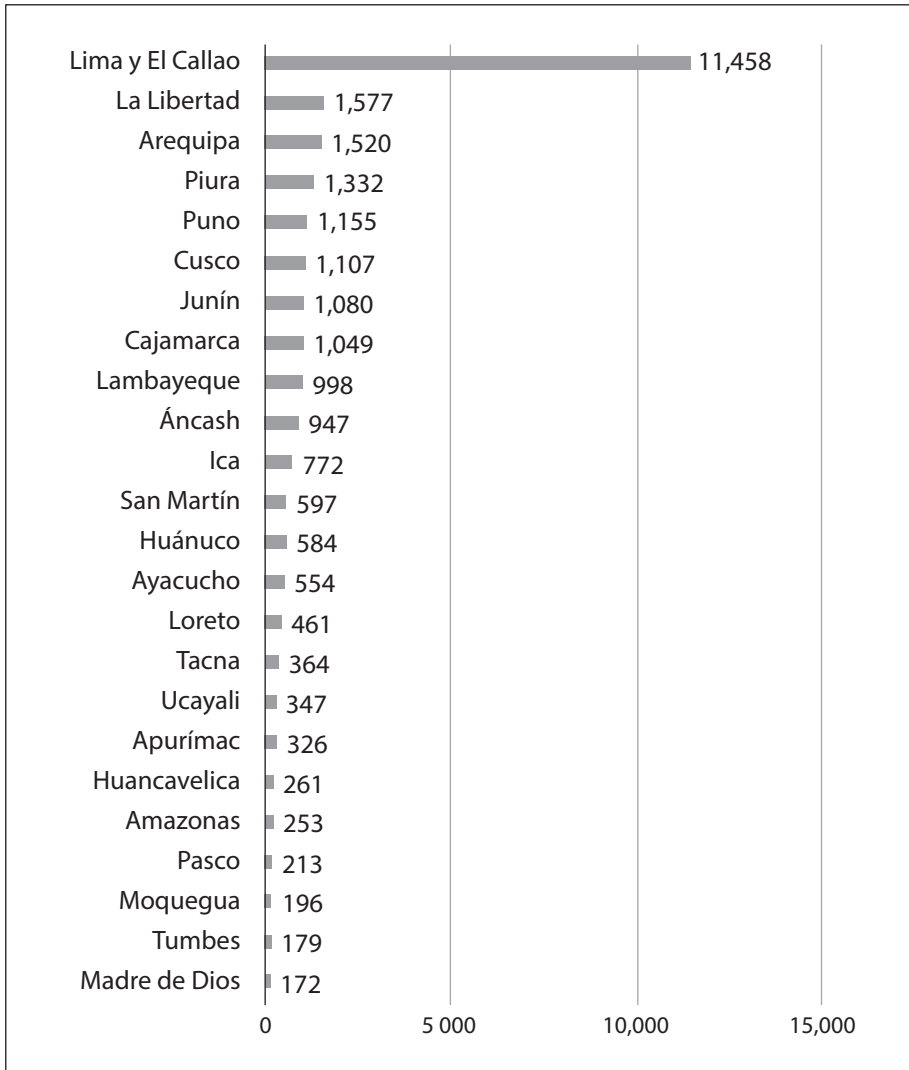


Figura A1. Perú: líneas de telefonía móvil en servicio (en miles), I Trimestre 2016

Fuente: MTC y empresas operadoras.

Cuadro A1. Perú: hogares con al menos un miembro que tiene teléfono celular, por ámbito territorial, 2007-2016 (porcentajes)

Ámbito	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Amazonas	19.6	34.3	50.6	60.6	64.3	72.7	76.8	76.6	80.2	83.6
Áncash	36.8	52.3	65.1	71.9	78.7	81.5	84.0	86.4	85.9	88.7
Apurímac	13.0	27.8	39.7	49.4	59.2	70.5	68.4	76.7	80.0	80.8
Arequipa	55.0	71.2	74.8	80.6	81.6	86.9	88.3	91.2	92.7	93.9
Ayacucho	22.2	37.2	51.0	60.8	62.8	65.2	65.0	75.5	80.1	83.0
Cajamarca	21.1	42.7	52.8	63.6	64.8	67.4	75.0	78.5	81.2	83.8
Callao	63.3	74.9	81.6	84.1	84.9	86.7	87.7	90.6	93.3	93.9
Cusco	30.7	45.2	56.4	63.4	66.4	75.9	81.6	80.2	82.7	85.6
Huancavelica	4.6	9.4	27.8	50.6	56.8	66.2	69.4	74.7	78.0	83.1
Huánuco	25.9	41.1	52.5	63.2	65.2	70.9	75.7	82.6	85.9	86.2
Ica	59.3	73.5	76.2	81.4	82.4	87.2	88.7	88.7	91.7	93.0
Junín	34.0	57.9	64.8	71.2	73.1	76.0	78.7	84.4	86.5	88.0
La Libertad	45.9	62.2	66.8	72.7	76.0	81.5	84.3	84.5	88.6	90.8
Lambayeque	50.2	67.4	72.5	79.5	81.1	84.6	88.2	88.1	90.6	92.1
Lima	64.5	74.2	78.6	82.1	84.2	87.5	87.7	90.3	92.2	92.8
Provincias de Lima	66.0	75.7	80.1	83.2	85.7	89.0	88.6	91.2	92.8	93.2
Región Lima	51.3	60.3	65.6	71.6	71.1	74.2	79.6	82.1	86.4	88.6
Loreto	21.9	36.8	42.4	49.7	48.6	55.8	59.1	64.1	66.5	72.3
Madre de Dios	42.9	58.3	71.6	73.2	78.9	84.2	89.0	87.1	89.2	90.1
Moquegua	50.3	62.6	73.3	77.5	80.2	86.8	85.8	83.9	89.2	89.2
Pasco	25.8	43.2	55.8	71.7	71.8	76.1	77.1	82.8	85.3	87.4
Piura	34.8	58.2	62.5	67.2	69.9	72.0	78.0	82.5	82.0	87.4
Puno	29.5	44.0	55.5	60.4	61.7	71.7	73.9	78.0	80.0	82.2
San Martín	26.8	47.5	60.8	71.0	70.9	76.1	78.6	81.3	85.4	85.9
Tacna	64.1	77.5	82.9	86.6	86.8	88.8	91.3	91.5	92.4	94.5
Tumbes	62.1	74.3	77.3	80.6	87.3	86.9	89.3	90.1	93.0	93.7
Ucayali	40.4	53.8	62.4	67.3	72.3	74.3	77.7	79.7	85.6	85.1
Total hogares	1062.0	1463.5	1701.4	1895.1	1966.7	2096.6	2167.5	2243.3	2317.4	2368.9
Promedio penetración	39.3	54.2	63.0	70.2	72.8	77.7	80.3	83.1	85.8	87.7

Fuente: Estadísticas de TI y Telecomunicaciones del INEI. Recuperado de <<https://www.inei.gov.pe/estadisticas/indice-tematico/tecnologias-de-la-informacion-y-telecomunicaciones/>>. En adelante, todas las referencias estadísticas al INEI aludirán a esta fuente.

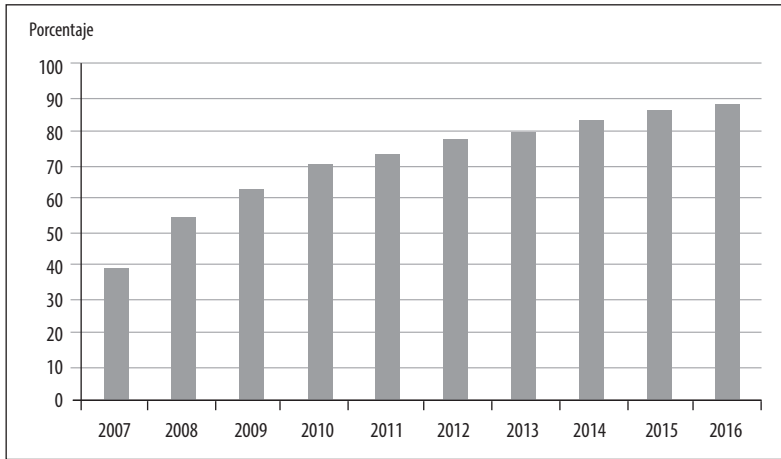


Figura A2. Perú: penetración de telefonía celular por hogar, 2007-2016

Fuente: MTC y empresas operadoras.

Pago del canon por uso del espectro radioeléctrico

En el cuadro A2 se verifica cuál fue el CUER determinado por el MTC y pagado por Telefónica del Perú para el periodo comprendido entre 2012 y 2017.

Cuadro A2. Perú: pagos de canon realizados por las empresas Telefónica Móviles y Telefónica del Perú por servicio de telefonía móvil, fija y portador, 2012-2017

Empresa	Periodo	Oficio de requerimiento	Monto requerido (soles)	Monto pagado (soles)	Monto pendiente de pago (soles)
Telefónica Móviles	2012	17727-2012-MTC/27	135,954,129.74	135,954,129.74	0.00
	2013	10791-2013-MTC/27	120,332,428.60	120,332,428.60	0.00
	2014	7249-2013-MTC/27	136,000,464.80	136,000,464.80	0.00
Telefónica del Perú	2015	7607-2015-MTC/27	142,594,744.60	48,272,947.44	94,321,797.16
	2016	7159-2016-MTC/27	155,095,005.33	55,391,655.45	99,703,349.88
		31803-2016-MTC/27	324,196.25	324,196.25	0.00
	2017	3583-2017-MTC/27	6,126,097.06	6,126,097.06	0.00
		3613-2017-MTC/27	78,469,884.00	78,469,884.00	0.00
Total			774,896,950.38	580,871,803.34	194,025,147.04

Fuente: Memorando 991-2017-MTC/27 del 16-05-2017 de la Dirección General de Concesiones en Comunicaciones del MTC.

El último pago de CUER efectuado por Telefónica Móviles bajo la metodología prevista en el REG1 se realizó el 2014. El cuadro A2 muestra diferencias entre lo determinado y lo pagado para los años 2015 y 2016, lo que obedecería a la medida cautelar otorgada por el Indecopi. Asimismo, se aprecia una baja significativa en el 2017, lo que significaría que Telefónica del Perú se acogió al REG2 en ese año².

Se encuentra pendiente de respuesta un pedido efectuado vía acceso a la información en el que se ha solicitado conocer el detalle de lo determinado y lo pagado por las empresas de teleservicios públicos bajo el REG3 dado que, de acuerdo con la última modificación del reglamento de la LdT, el último día de pago del CUER 2018 fue el 28 de febrero³.

Impacto del CUER

Finalmente, se estimará el impacto del CUER en la rentabilidad de la operación de Telefónica del Perú entre 2012 y 2016.

Para ello se debe tener en cuenta que el 2013 Telefónica Móviles fue absorbida por Telefónica del Perú. Por ese motivo se ha seleccionado el 2012 como base que servirá para realizar el análisis, ya que en dicho año se pagó el íntegro del CUER determinado por el MTC, el Indecopi no había emitido ninguna medida cautelar y los estados financieros de Telefónica Móviles sí son de libre disponibilidad.

Según lo indicado por el MTC en el Memorando 991-2017-MTC/27, los pagos efectuados por esta empresa correspondientes al canon de 2012 ascendieron a 132,713,540.10 soles, con una UIT de 3,650 soles. Por consiguiente, el número de terminales móviles a esa fecha ascendió a alrededor de 18,179,937 (cuadro A3).

2. Decreto Supremo 043-2016-MTC modificado por Decreto Supremo 024-2016-MTC.
3. Decreto Supremo 003-2018-MTC, tercera disposición final y complementaria.

Cuadro A3. Perú: estimación del número de móviles activados por Telefónica del Perú, 2012

Variable	Nomenclatura	Valor
Factor	(F)	0.20%
UIT	(UIT)	3650
Móviles	(M)	n. d.
Pago	(P)	132,713,540.10
Fórmula	$P = UIT \times F \times M$	
Cálculo	$132,713,540.1 = 0.2\% \times 3,650 \times M$	
Resultado	M = 18,179,937	

Elaboración propia.

Se debe recordar que la ITU considera que «... desde el punto de vista económico, el espectro radioeléctrico es un insumo para la producción de comunicaciones» (ITU, 2016, p. 3), motivo por el cual el canon del 2012 (132,713,540.10 soles) equivalió al 11.48% de los 1,156,409,000.00 soles que se obtuvieron como resultado antes del impuesto a las ganancias.

Este promedio es el que se aplica a continuación como factor de variación de la ganancia neta para proyectar la TIR de la empresa con REG1 y sin él, teniendo en consideración que, de acuerdo con información declarada ante la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), ese año la empresa reportó un patrimonio de 3,971,893,000.00 soles.

La proyección de ingresos resultante en el rubro de telefonía celular con y sin REG1 resulta positiva (cuadro A4).

Cuadro A4. Perú: proyección de ingresos para Telefónica del Perú en el rubro de telefonía celular, con y sin REG1 (soles)

Supuesto	2012	2013	2014	2015	2016
Con REG1	1,089,486,000.00	1,108,773,326.69	1,148,378,363.65	1,210,454,164.72	1,298,472,667.94
Sin REG1	1,220,224,320.00	1,241,826,125.89	1,286,183,767.29	1,355,708,664.48	1,454,289,388.09
TIR con REG1 (%)	14.03				
TIR sin REG1 (%)	18.77				

Elaboración propia.

Por lo tanto, se puede concluir que, pese al REG1, hubo crecimiento de la penetración de la telefonía celular en los hogares peruanos y los ingresos de la empresa no disminuyeron, lo que lleva a descartar el argumento que

postula que la metodología de cálculo desincentiva la expansión de las telecomunicaciones y que el impacto con o sin REG1 no fue material, como para determinar que el CUER perturbó la permanencia en el mercado de Telefónica del Perú.

Sobre los autores

César A. MARTÍNEZ LA ROSA

cesarmartinezl@outlook.com.pe

Profesor contratado de la Universidad ESAN. Graduado de la maestría en Finanzas y Administración de Riesgos por la Universidad de Milán-Bicocca y economista por la Universidad de Lima. Especialista en auditoría, control interno, inversiones, derivados financieros, finanzas y administración de riesgos. Más de veinte años de experiencia profesional en el Perú y en el extranjero. Ha liderado proyectos en el Perú, las Islas Caimán e Italia. Más de doce años en la docencia universitaria. Expositor en congresos tanto en el Perú como en el extranjero.

Israel STEIN LAVARELLO

israel.stein00@gmail.com

Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN, magíster en Derecho de los Negocios y abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Cuenta con 15 años de experiencia profesional en las áreas comercial, concursal y procesal. Ha sido representante para diversos procesos de liquidación de empresas bajo la Ley General del Sistema Concursal y representante nacional para procesos en los Estados Unidos de América, además de ejercer como apoderado y abogado de empresas privadas y públicas y del Estado peruano en procesos civiles, constitucionales, contenciosos administrativos, penales y laborales.

Creada para reflexionar sobre el Perú y sus posibilidades, la serie Gerencia para el Desarrollo comprende estudios y propuestas orientados a la generación de capacidades gerenciales para que los gestores públicos y privados conciban el desarrollo como un proceso sostenido de prosperidad y definan políticas idóneas. Cubre una amplia gama temática de carácter multidimensional, desde el fortalecimiento de capacidades institucionales en la gestión pública, que permita superar la lectura de corto plazo y aprovechar las oportunidades de la descentralización, hasta proyectos en los que se privilegie la construcción de visiones compartidas entre Estado, empresa y sociedad, capaces de movilizar los capitales sociales de una sociedad democrática.

Gerencia para el Desarrollo 77

