



**Análisis de la naturaleza jurídica del Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico y de las metodologías de cálculo para su determinación en Teleservicios Públicos**

**Tesis presentada en satisfacción parcial de los requerimientos para obtener el grado de Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo**

**por:**

Stein Lavarello, Israel

**Programa de la Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo**

**Lima, 26 de marzo del 2018**

Esta tesis

**ANÁLISIS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CANON POR EL  
USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO Y DE LAS  
METODOLOGÍAS DE CÁLCULO PARA SU DETERMINACIÓN EN  
TELESERVICIOS PÚBLICOS**

ha sido aprobada.

.....  
PAULO CÉSAR COMITRE BERRY

**JURADO**

.....  
FIDEL ROCHA MIRANDA

**JURADO**

.....  
CESAR MARTINEZ LA ROSA

**ASESOR**

Universidad ESAN

2018

## **DEDICATORIA**

A mis esposa Danielle, por su apoyo incondicional.

## ÍNDICE

<b>CAPITULO I. INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
1.1 Planteamiento del problema	5
1.2 Formulación del problema	9
1.3 Objetivos de la Investigación	13
1.3.1 Objetivos generales	13
1.3.2 Objetivos específicos	13
1.4 Justificación del estudio	14
1.5 Limitaciones de la investigación	14
<b>CAPITULO II. MARCO TEÓRICO</b>	<b>15</b>
2.1 Antecedentes del estudio	15
2.1.1 Recursos Personales: funcionarios y demás personal.	15
2.1.2 Recursos Económico Financiero.	16
2.1.3 Recursos Materiales: los Bienes del Estado.	17
2.2 Definición de términos	19
2.2.1 El Espectro Radioeléctrico	19
2.2.2 El Canon	23
2.2.3 Evolución histórica del Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico	29
2.2.4 Recomendaciones de la ITU	39
2.2.5 El Canon en otros países	43
2.2.6 Tributos: Impuestos, Tasas y Contribuciones	47
2.2.7 Las Barreras Burocráticas.	62
2.2.8 De cómo el Estado asigna la explotación de un recurso natural.	66
2.2.9 De las Regalías sobre recursos naturales.	71
<b>CAPITULO III. METODOLOGÍA EMPLEADA</b>	<b>75</b>
3.1 Hipótesis general	75
3.2 Hipótesis específica	75
<b>CAPÍTULO IV. LA CONTROVERSIA</b>	<b>76</b>
4.1 El TF, el MTC y la Contienda de Competencia	76
4.2 El cuestionamiento de las operadoras del espectro radioeléctrico	81
4.2.1 Telefónica del Perú S.A.A.	82
4.2.2 América Móvil Perú S.A.C.	90
4.2.3 Otras Empresas	92
<b>CAPÍTULO V. ANÁLISIS</b>	<b>97</b>
5.1 La Constitución y las Leyes	97
5.2 Las deficiencias de motivación en las resoluciones del INDECOPI para considerar al Canon como un Tributo (Tasa – Derecho) conforme criterios del Tribunal Constitucional	101
5.3 La presunta competencia de INDECOPI	106
<b>CAPITULO VI. CONCLUSIONES</b>	<b>114</b>
<b>CAPITULO VII. RECOMENDACIONES</b>	<b>117</b>
<b>ANEXOS</b>	<b>118</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>316</b>

## **AGRADECIMIENTO**

A mi asesor de tesis, el profesor Cesar A. Martínez La Rosa, por su apoyo y consejo en la presente investigación.

Israel Stein Lavarello

## ISRAEL STEIN LAVARELLO

Abogado de la USMP. Experiencia en administración de valores y en la organización y sistematización de actividades bursátiles. Conocimientos de inglés y dominio de las herramientas computacionales de gerencia. Aspiración de desarrollo profesional en regulación de concesiones.

### FORMACIÓN

1993 - 1999                    **Universidad de San Martín de Porres**  
Título de Abogado

### EXPERIENCIA

2018 –  
A la fecha                    **Autoridad Portuaria Nacional (APN)**, Organismo Técnico Especializado adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, encargado de la planificación, organización y supervisión del Sistema Portuario Nacional.

2018 –  
A la fecha                    Especialista Legal. Encargado de atender requerimientos administrativos en materia procesal y regulatoria

2015                    –  
2017                    **Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC)**  
Encargado de diseñar, normar y ejecutar la política de promoción y desarrollo en materia de Transportes y Comunicaciones.

2015                    –  
2017                    Procurador Público Adjunto. Responsable de la defensa jurídica del MTC, PROVIAS NACIONAL, PROVIAS DESCENTRALIZADO, Autoridad Autónoma del Tren Eléctrico (AATE), Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL) y Autoridad Portuaria Nacional (APN), en procesos civiles, constitucionales, laborales, contenciosos administrativos, procedimientos administrativos ante INDECOPI, a nivel nacional.

2008                    –  
2015                    Abogado de la Procuraduría Pública. Coordinador para la defensa jurídica en demandas, denuncias, elaboración de Informes en materias civiles, penales, constitucionales y contenciosas administrativas, participando en procesos a nivel nacional.

## RESUMEN EJECUTIVO

Los desafíos que enfrenta el país son muchos y alcanzar el bienestar común depende de muchos factores. Parte de los esfuerzos a realizar se centralizan precisamente en que el Estado pueda establecer las herramientas jurídicas y reglas de juego con que los agentes económicos participan en un 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 rol 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 progreso.

Como indica Olivos Celis “[n]o 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, 2016: 2).

En un país geográficamente 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 tal que el Estado recaude apropiadamente por ceder su espectro radioeléctrico y que se incentive la inversión en infraestructura, con la finalidad de beneficiar no solo a aquellos que se ubiquen en las grandes ciudades sino también a poblados alejados, de manera tal que el país logre integrarse mejor y de esta manera perseguir el bienestar común. Entonces, cuando una de estas reglas de juego es diseñada inapropiadamente y si a ello se suma una débil institucionalidad, se generan distorsiones perdiéndose eficiencia.

De acuerdo al Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones “[l]a 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 Supremo” (D. S. N° 013-93-TCC, artículo 60°).

Las metodologías de cálculo de los montos señalados en el Reglamento y sus modificaciones son las que han generado controversia, dado que por un lado el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) las conceptualiza bajo una perspectiva administrativa y, por consiguiente, considera que se le permite recaudar más ingresos de los que el costo efectivo le permitiría hacer; ello con la finalidad de aplicarlos a la telecomunicación rural y al desarrollo de telecomunicaciones a través de financiamientos, entre otros fines; mientras que por otro lado, las empresas que hacen uso del espectro radioeléctrico y el Tribunal Fiscal (TF) lo han conceptualizado bajo la perspectiva tributaria, considerando que es una Tasa, especie Derecho<sup>1</sup> y por consiguiente, que su cuantía debería sujetarse al criterio de costo efectivo por el servicio de administración que brinda el MTC<sup>2</sup>.

Inclusive, las empresas que hacen uso del espectro radioeléctrico han obtenido pronunciamientos del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), donde 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<sup>3</sup>.

Esta dicotomía pasaría desapercibida en caso no significase una alta controversia patrimonial. Ello no es así, todo lo contrario, dado que frecuentemente los medios de comunicación dan cuenta de presuntos incumplimientos por parte de las principales empresas del sistema.

Estas consideraciones son las que animan el desarrollo de la presente tesis. Los objetivos generales son dilucidar, bajo la perspectiva del derecho corporativo y las

---

<sup>1</sup> El concepto de Tasa, especie Derecho, se desarrolla en el Capítulo 2.2.6 Tributos y sus especies: Tasa, Derecho y Contraprestación, página 47 y siguientes.

<sup>2</sup> En el capítulo 4.1 se detallan las consideraciones del Tribunal Fiscal.

<sup>3</sup> En el capítulo 4.2 se detallan los cuestionamientos de las operadoras del espectro radioeléctrico en función a las principales resoluciones emitidas por INDECOPI, página 83 y siguientes.

finanzas: (i) si la actual naturaleza del Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico contemplada en la Ley de Telecomunicaciones, para el caso de Teleservicios Públicos y cuya metodología se desarrollan en su Reglamento, se ajusta o no a mejores prácticas internacionales, promueven el desarrollo del sector, protegen los intereses del Estado, permiten la competencia, se ajustan a doctrina del derecho y en especial a la tributaria y (ii) determinar la naturaleza del Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico, a efectos de despejar la incertidumbre creada por diversas posiciones técnicas del INDECOPI, el TF y el MTC, dado que los primeros lo califican como tributo, mientras el último niega su naturaleza tributaria.

Tiene como objetivos específicos: (i) determinar si las empresas que usan el espectro radioeléctrico son víctimas de imposición de una barrera burocrática por las metodologías que emplea el Estado para calcular el Canon; (ii) establecer si tales metodologías constituyen un obstáculo para el crecimiento del servicio de telecomunicaciones en zonas donde no se brinda dicho servicio y (iii) evaluar distintos escenarios de optimización de dichas metodologías de cálculo de Canon.

Las conclusiones centrales son:

- El denominado Canon por el Uso del Espectro radioeléctrico no es un Tributo, tampoco un Canon per se, sino que constituye una Contraprestación por la explotación de un recurso natural y por consiguiente, tiene naturaleza de derecho público administrativo.
- El Ministerio de Transportes y Comunicaciones continúa empleando inadecuadamente el término jurídico Canon para referirse a una Contraprestación.
- INDECOPI y el Tribunal Fiscal no tratan al denominado Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico bajo la naturaleza jurídica que verdaderamente le corresponde.
- Las metodologías que emplea el Estado para calcular el denominado Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico no constituyen barrera burocrática.
- Las metodologías que emplea el Estado para calcular el denominado Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico pueden ser optimizadas.

## **CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN**

Son muchos los casos que desafían a un profesional del derecho, pero son pocos los que constituyen etapas en su vida profesional y, aún menos, los que revisten de una gran importancia patrimonial que involucren a casi todos los actores de un mercado determinado.

En mi breve etapa en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) atendí una significativa cantidad de casos, pero uno sólo de ellos, el referido al Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico, involucró como actores no sólo a las principales empresas que brindan el servicio de telefonía celular, sino además al Tribunal Fiscal (TF), al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y al Poder Judicial (PJ).

La controversia de determinar si un pago al Estado es un tributo o no, específicamente el Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico, ha significado pronunciamientos distintos por parte de los actores antes indicados, generando una contingencia económica significativa.

Además, verificar si el Canon por el uso del espectro radioeléctrico y sus metodologías de cálculo constituyen o no una barrera burocrática, implicó comprobar la consistencia de las motivaciones y fundamentos administrativos de INDECOPI y otras legislaciones a efectos de comprobar cómo es que otros países regulan el uso del espectro radioeléctrico.

El mercado de las telecomunicaciones, específicamente el de telefonía celular, requiere del espectro radioeléctrico para su funcionamiento y el Estado cobra un monto por permitir su uso a las empresas operadoras. Este pago se encuentra previsto

en una ley especial denominada Ley de Telecomunicaciones<sup>4</sup> la cual lo denomina Canon por el uso del espectro radioeléctrico (CUER)<sup>5</sup>.

La Ley no determina la cuantía del pago y establece que, en su Reglamento, se debe establecer las metodologías de cálculo para su determinación. Este Reglamento estipuló una serie de metodologías aplicables a cada clase de servicio de telecomunicaciones que requieren del Espectro Radioeléctrico.

Uno de estos servicios es el que la Ley denomina Teleservicios Públicos y que corresponde a la telefonía celular. El Reglamento estableció originalmente una metodología de cálculo basada en la cantidad de terminales (celulares) activos, aplicando un porcentaje de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) a cada uno de ellos. Actualmente, el Reglamento establece una metodología de cálculo basada en coeficientes entre los que se encuentran las bandas, las sub bandas y las ponderaciones por zonas y áreas, entre otros.

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

En cambio, las empresas operadoras del espectro radioeléctrico consideran que el CUER pertenece al sistema Tributario que constituye una “Tasa” sub clase “Derecho” y aseveran que la metodología de cálculo del MTC resulta ilegal e irracional, por cuanto determina cantidades superiores al costo efectivo del Estado para la contraprestación de un servicio individualizado, consistente en la administración del Espectro Radioeléctrico.

---

<sup>4</sup> La Ley de Telecomunicaciones es el actual Texto Único Ordenado, TULO, aprobado mediante Decreto Supremo 013-93-TCC.

<sup>5</sup> Artículo 60.- 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 Supremo.

Esta división conceptual implicó que las empresas operadoras acudan al INDECOPI, acusando la imposición de una Barrera Burocrática, de manera tal que se obligue al MTC a disminuir sus cobros por CUER a estándares tributarios. INDECOPI sancionó como “barrera burocrática” ilegal y carente de racionalidad la metodología empleada para su cálculo, teniendo como premisa el Concepto Tributario de Tasa / Derecho<sup>6</sup>.

Inclusive, el TF emitió resoluciones cuyos ejes fueron considerarlo como un Tributo y, por consiguiente, ha generado un aparente conflicto entre entidades del Estado, dado que el MTC niega la competencia del TF para resolver apelaciones relacionadas a la determinación del CUER.

Por su parte, el MTC ha acudido a los órganos jurisdiccionales procurando la ineficacia de las decisiones de INDECOPI, con la finalidad que se conceptualice al CUER como de naturaleza no tributaria.

El caso ha significado pronunciamientos inclusive del Organismo Supervisor de las Inversiones en Telecomunicaciones, OSIPTEL, quien emitió un reporte<sup>7</sup> en el que asevera que la metodología ocasionaba distorsiones, por generar un pago superior a los costos atribuibles a la gestión, supervisión y control del espectro radioeléctrico y por generar 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.

De esta manera, los actores que concurren en el mercado de las telecomunicaciones y que usan el espectro radioeléctrico no cuentan con uniformidad de criterios y por consiguiente se genera una incertidumbre que termina afectando al desarrollo del mercado.

De prosperar la posición que considera al CUER como un Tributo, género Tasa, especie Derecho, la recaudación del MTC se reduciría considerablemente, corriendo el

---

<sup>6</sup> En el capítulo 4.2 se detallan los cuestionamientos de las operadoras del espectro radioeléctrico en función a las principales resoluciones emitidas por INDECOPI.

<sup>7</sup> Visualizado el 20 de enero de 2018 en: [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Info\\_adicional/147208CVVLce03112006\\_AnalisisdelCanon.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Info_adicional/147208CVVLce03112006_AnalisisdelCanon.pdf)

riesgo de verse obligado a devolver montos que han venido pagando las empresas operadoras.

De acuerdo a información obtenida del MTC, desde el año 2002 al 2017 el monto recaudado de las empresas que emplean el espectro radioeléctrico fue de S/.1,139MM, mientras que el monto dejado de recaudar, debido a la controversia suscitada, ascendió a S/.273MM.

<b>CUADRO 1</b>			
<b>DETALLE DE REQUERIMIENTOS Y PAGOS EFECTUADOS POR CONCEPTO DE CANON</b>			
<b>PERIODO 2002 - 2017 (en soles)</b>			
<b>EMPRESA OPERADORA</b>	<b>TOTAL REQUERIDO</b>	<b>TOTAL PAGADO</b>	<b>DIFERENCIA</b>
MEGATRACK SAC	2,493,126.25	105,338.43	2,387,787.82
GEO SUPPLY PERU S.A.C.	1,206,424.82	270,484.49	935,940.33
GILAT TO HOME PERU S.A.	9,028,553.81	5,287,855.54	3,740,698.27
TESACOM PERU S.A.C.	1,298,242.99	283,432.76	1,014,810.23
TELEFONICA DEL PERU S.A.A.	774,895,950.38	580,870,803.34	194,025,147.04
RURAL TELECOM S.A.C.	1,490,574.96	14,468.23	1,476,106.73
ANDINA DE COMUNICACIÓN MOVIL S.A.C.	260,505.90	-	260,505.90
MELQUISEDEC S.A.C.	409,086.23	5,854.24	403,231.99
AMERICA MOVIL PERU S.A.C.	619,262,448.54	550,019,646.37	69,242,802.17
AMERICATEL PERU S.A.	3,035,486.40	3,035,486.40	-
INFOTELECOM INTERNATIONAL S.R.L.	15,049.33	15,049.33	-
<b>TOTAL</b>	<b>1,413,395,449.61</b>	<b>1,139,908,419.13</b>	<b>273,487,030.48</b>

Cuadro elaborado por el autor en base a las consideraciones incluidas en el Memorando N°991-2017-MTC/27 del 16-05-2017

Esta importante contingencia económica aún no se supera, cosa que sucederá siempre y cuando se resuelvan los procesos judiciales promovidos por el MTC respecto de las decisiones adoptadas por INDECOPI, para el caso de Teleservicios Públicos.

Consecuentemente, con la presente tesis se verificará, desde el punto de vista Económico y del Derecho Corporativo, cuál es el tratamiento jurídico que corresponde al CUER y de esta manera aportar a la solución de una controversia de alta relevancia patrimonial, empleando doctrina Económica, Tributaria y Legal Administrativa.

De esta manera y a través de una investigación cualitativa se verificarán los distintos conceptos y normas involucrados para los casos de los actores (Empresas de Telecomunicaciones y Estado Peruano), se evaluará los fundamentos técnicos jurídicos que asumieron respecto al CUER, se genera una hipótesis y principalmente

se realizan análisis con los que básicamente: (i) se verifica la naturaleza de los Tributos, en especial las Tasas; (ii) se comprueba cuál es la posición técnico jurídica del INDECOPI, TF, MTC y MEF; (iii) se establece la forma cómo el Estado obtiene recursos por la explotación de recursos naturales y (iv) se analiza si tales recursos constituyen tributos o no y si podrían constituir una Barrera Burocrática.

La contribución de la investigación no sólo redonda en el la contingencia patrimonial suscitada entre un grupo de empresas y el Estado, sino que además verifica los diferentes sistemas de recaudación que existen en torno al uso del espectro radioeléctrico, con la finalidad de determinar cómo se obtendría el más justo, para lo cual se analiza si las metodologías de cálculo establecidas en la legislación peruana, se condicen con los modelos recomendados por la ITU y se desarrolla un Análisis Financiero en un caso práctico.

### **1.1. Planteamiento del problema**

A principios de la década de 1970 se produjeron cambios estructurales en el Perú que llevaron a la reformulación de muchos sectores. El de las telecomunicaciones no fue la excepción. Dentro de las consideraciones que sustentan la emisión del Decreto Ley 19020<sup>8</sup> encontramos que “[l]a modalidad actual (de aquel entonces) 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” (D. Ley 19020, tercera consideración).

Esta norma también exponía en su parte considerativa que “[p]or 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 el participar en los beneficios generados, a fin de alcanzar una sociedad justa y solidaria” (D. Ley 19020, cuarta consideración).

A principios de la década de 1990 se introdujeron nuevos cambios estructurales, también en el ámbito de las telecomunicaciones, esta vez a efectos

---

<sup>8</sup> Parte considerativa del Decreto Ley 19020 del 09 de noviembre de 1971.

de contar con un mercado de libre competencia, acorde con la evolución tecnológica. Las normas que conllevaron este cambio fueron el Decreto Legislativo 702 “Declaran de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la Promoción de Inversión Privada en telecomunicaciones”<sup>9</sup> y sus modificatorias que, sumadas al Decreto Ley 26096 “Aprueban capítulos complementarios de las Normas que regulan la Promoción de Inversión Privada en Telecomunicaciones”,<sup>10</sup> fueron consolidadas en un Texto Único Ordenado denominado “Ley de Telecomunicaciones” aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC<sup>11</sup> (en adelante LdT).

El Informe Especial de Investigación del Congreso de la República<sup>12</sup>, en el caso de la Compañía Peruana de Teléfonos (CPT) indica “[a]l momento de ser privatizada tenía en exclusividad la telefonía local fija en Lima Metropolitana y el Callao” (Informe del Congreso 2002:4) mientras que el caso de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel) indica que “[e]xplotaba en exclusividad la telefonía local fija en provincias y la larga distancia nacional e internacional” (Informe del Congreso, 2002: 6).

De esta manera y luego de los cambios normativos, los hitos que marcaron el cambio estructural fueron: (i) la privatización de las compañías Entel (35% en manos del Estado) y CPT (95% pública) al precio ofrecido por Telefónica Internacional de US\$ 2,002 millones de dólares y principalmente (ii) la adecuación sus concesiones y títulos para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, a las disposiciones legales vigentes, conforme Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley No. 26285 “Disponen la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia” que estableció un periodo de concurrencia limitada por un plazo no mayor a 5 años<sup>13</sup> (periodo comprendido entre 1994 a 1998).

---

<sup>9</sup> Decreto Legislativo 702 del 05 de noviembre de 1991.

<sup>10</sup> Decreto Ley 26096 del 24 de diciembre de 1992.

<sup>11</sup> Decreto Supremo N° 013-93-TCC del 28 de abril de 1993.

<sup>12</sup> Informe de la Comisión Investigadora sobre los delitos económicos y financieros cometidos entre 1990-2001.

<sup>13</sup> Segunda.- Dentro de un plazo de 60 días desde la promulgación de ésta Ley, la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. -CPTSA- y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -ENTEL PERÚ S.A., adecuarán sus concesiones y títulos para la prestación de los

Adicionalmente, dentro de estas reformas se encontró el Decreto Supremo N° 020-98-MTC, que aprobó lineamientos para la apertura del mercado de telecomunicaciones. Según su segundo considerando “[c]onforme a 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 mercado” (D.S. 020-98-MTC, segundo considerando).

Esta norma preparó las políticas y cambios normativos de cara a la apertura total de los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones a la competencia, para el periodo posterior del denominado “periodo de concurrencia limitada”, a fin que mediante contratos de concesión se lograsen los objetivos públicos en el sector. Es más, al desarrollar la Visión y Principios Regulatorios indicó

[h]asta 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 Perú (D.S. N° 020-98-MTC, artículo 3).

Estos lineamientos, a su vez, implicaron la revisión de las fórmulas regulatorias que se encontraban establecidas en el Reglamento de la LdT, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-94-TCC y cuyos Texto Único Ordenado se aprobó mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC. Una de ellas es altamente cuestionada<sup>14</sup> y corresponde a los recursos que el Estado obtiene como consecuencia del uso del espectro radioeléctrico, a los cuales denomina

---

servicios de telecomunicaciones, de acuerdo a lo previsto en la presente Ley. En ningún caso, el plazo de concurrencia limitada será mayor de cinco años, contados desde la fecha de otorgamiento de las nuevas concesiones

<sup>14</sup> En el capítulo 4.2 se detallan los cuestionamientos de las operadoras del espectro radioeléctrico en función a las principales resoluciones emitidas por INDECOPI.

“Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico” y que se desarrollan en el actual artículo 231 del Reglamento<sup>15</sup>.

Parte de esos recursos son los pagos que las empresas operadoras realizan a efectos de contar con la reserva del espectro radioeléctrico por donde brindan sus servicios. La normativa al respecto ha pretendido evolucionar a la par con la tecnología, lo que ha significado cambios conceptuales en las metodologías que se emplean para calcular tales pagos<sup>16</sup>.

Según se desarrolla en el capítulo 4.2 “El cuestionamiento de las operadoras del espectro radioeléctrico”, para el caso del Canon correspondiente a los Teleservicios Públicos (que comprende servicio telefónico móvil, servicio de comunicaciones personales y teleservicio móvil de canales múltiples de selección automática (troncalizado)) previsto en el literal a) del artículo 231 del Reglamento conforme D.S. 027-2004-MTC (REG1), las empresas Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica), América Móvil Perú S.A.C. (Claro), Viettel Perú S.A.C. (Viettel) y Entel Perú S.A. (Entel) consideran que el REG1 permite al Estado realizar una recaudación excesiva, que atenta contra los lineamientos tributarios establecidos por el propio Estado y por consiguiente, que restringe y hasta penaliza la expansión de los servicios en telecomunicaciones.

Las empresas operadoras denunciaron ante INDECOPI que la metodología de cálculo (REG1) que el Estado emplea para determinar el Canon constituye barrera burocrática, logrando declaraciones administrativas al respecto así como medidas cautelares administrativas para suspender su aplicación y, por consiguiente, su pago.

---

<sup>15</sup> En el capítulo 2.2.3 se desarrolla la evolución histórica del Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico, incluyendo sus metodologías de cálculo.

<sup>16</sup> Las metodologías fueron desarrolladas inicialmente por el Decreto Supremo N° 006-94-TCC para luego ser modificadas mediante Decreto Supremo 005-1998-MTC, Decreto Supremo 022-1998-MTC, Decreto Supremo 003-1999-MTC, Decreto Supremo 012-2004-MTC, Decreto Supremo 027-2004-MTC, Decreto Supremo 024-2008-MTC, Decreto Supremo 052-2010-MTC y Decreto Supremo 003-2018-MTC.

Inclusive el TF consideró que este concepto es un Tributo, género Tasa, especie Derecho, conforme RTF 2836-5-2009<sup>17</sup>. Tal calificación implica que el MTC debería ajustar su metodología de cálculo al criterio de costo efectivo del servicio que brinda en la administración del espectro radioeléctrico porque las Tasas, según definición del Código Tributario “[s]on tributos cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente” (Código Tributario, Norma II ) 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 obligación”.

Estas declaraciones, efectuadas por el INDECOPI y el TF, han sido recurridas por el Poder Ejecutivo, MTC, ante instancias jurisdiccionales<sup>18</sup> que no cuentan aún con sentencia firme y, por consiguiente, la controversia aún se encuentra vigente.

De esta manera, lo que para las empresas, INDECOPI y TF es un Tributo, género Tasa, especie Derecho, para el Poder Ejecutivo (MTC) no lo es y, por consiguiente, éste procura ante el Poder Judicial defender su CUER y su metodología y de esta manera continuar con sus estándares de recaudación.

## **1.2. Formulación del problema**

El cuestionamiento por parte de Telefónica, Claro, Viettel y Entel a CUER y a la metodología del cálculo establecida en el literal a) del artículo 231 del Reglamento (REG1), implicaría considerar a este concepto como un Tributo, género Tasa, especie Derecho y, por consiguiente, someterlo a los estándares previstos en el Código Tributario, que define a la Tasa como: “[e]l tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de

---

<sup>17</sup> RTF 2836-5-2009: Que, en tal sentido, y de acuerdo con el informe que sustenta el criterio de observancia obligatoria recogido en la Resolución del Tribunal Fiscal N° 09715-4-2008, en la medida que el pago del denominado canon por uso del espectro radioeléctrico establecido por el artículo 60° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, es exigido por el Estado en virtud del uso de un bien de dominio público, como lo es el espectro radioeléctrico, dicho concepto califica como un derecho al amparo de lo dispuesto por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario (página 6).

<sup>18</sup> Según Obligaciones Económicas, Estado de Procesos de Telefónica S.A.A. y América Móvil S.A.C. en: [https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/obligaciones\\_economicas/obligaciones\\_economicas.html](https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/obligaciones_economicas/obligaciones_economicas.html), visualizada el 24 de febrero de 2018.

un servicio público individualizado en el contribuyente” (Código Tributario, Norma I.c)

Si consideramos a este Canon como un tributo y por consiguiente como una Tasa, sub clase Derecho, significaría que el rendimiento de esta Tasa – Derecho no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación. En consecuencia, su determinación debe realizarse según criterio de Costo Efectivo que se encuentra desarrollado en el Decreto Supremo 064-2010-PCM “Decreto Supremo que aprueba la metodología de determinación de costos de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad comprendidos en los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos de las Entidades Públicas, en cumplimiento del artículo 44.6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”<sup>19</sup>.

De confirmarse este criterio, surge una potencial contingencia de S/. 1,139 MM en calidad de pago en exceso o en su defecto, una cuenta por cobrar de S/. 273 MM<sup>20</sup>.

Siguiendo los fundamentos expuestos por las empresas ante INDECOPI, el Canon de Teleservicios Públicos (telefonía celular) y su metodología basada en la cantidad de terminales móviles activados al año anterior de devengue (REG1) podrían ser considerados como una penalización o un desincentivo a la expansión de la infraestructura, porque implicaría que a mayor número de móviles activados, la base total del cálculo se incremente y, por consiguiente, no atiende criterios económicos, sociales ni ambientales.

Por otro lado, no considerarlo 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: (i) originalmente resultaba ser significativamente mayor porque tal metodología

---

<sup>19</sup> La Ley 27444 fue modificada por el Decreto Legislativo 1256 e inclusive se cuenta con un Texto Único Ordenado aprobado mediante D.S. 006-2017-JUS.

<sup>20</sup> Conforme detalle obrante en el Cuadro N°01 en la página 4, elaborado en función a determinaciones elaboradas por el propio MTC, detalladas en el Memorándum 991-2017-MTC/27.

establecía un porcentaje de la UIT en función de la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior, que no se sujeta criterios económicos, sociales ni ambientales y (ii) actualmente, con la dación del el D.S. 003-2018-MTC (REG3), se impone una metodología de cálculo que tampoco se sujeta criterios económicos, sociales ni ambientales, que tampoco obedece el criterio de costo efectivo.

Según se aprecia del siguiente cuadro, solo en el caso de Telefónica y Claro los montos requeridos por el MTC por concepto de Canon de Teleservicios Públicos para los periodos 2015 y 2016, de acuerdo a la metodología prevista en el REG1, es el siguiente:

<b>CUADRO 2</b>			
<b>DETALLE DE REQUERIMIENTOS EFECTUADOS POR CONCEPTO DE CANON</b>			
<b>PERIODO 2015 - 2016 (en soles)</b>			
<b>EMPRESA OPERADORA</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>TOTAL (S/.)</b>
TELEFONICA DEL PERU S.A.A.	94,321,797.16	99,703,349.88	194,025,147.04
AMERICA MOVIL PERU S.A.C.	-	69,242,802.17	69,242,802.17
<b>TOTAL (S/.)</b>	<b>94,323,812.16</b>	<b>168,948,168.05</b>	<b>263,267,949.21</b>

Cuadro elaborado por el autor en base a las consideraciones incluidas en el Memorando N°991-2017-MTC/27 del 16-05-2017

Esta controversia afectaría el crecimiento del sector porque, de acuerdo a INDECOPI, Telefónica ha argumentado que

[I]a 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 operadoras (Resolución N° 0355-2012/CEB-INDECOPI, fundamento 2.xiii)

Para el caso de Claro, dicha empresa aseveró que “[I]a 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 recursos” (Resolución N° 0311-2013/CEB-INDECOPI, fundamento 2.xii).

La controversia tampoco sería exclusiva del Perú. Aunque no detalla acciones judiciales y administrativas, Laguna de Paz afirma que

[e]n 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 Paz 2010:306)

El pronunciamiento de los juristas para este caso específico se encuentra ausente. En el caso peruano no se encuentra bibliografía especializada para el caso de las Telecomunicaciones, dado que sólo se emiten opiniones en revistas jurídicas, como es el caso de Gerardo Soto Carrillo y Renzo Grandez Villareal<sup>21</sup> quienes afirman que el Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico es un tributo Tasa –Derecho y emplean un método comparativo a efectos de aseverar que algo es un tributo cuando: (a) Nace de una norma legal; (b) no tiene carácter punitivo o de sanción; (c) el sujeto activo es el Estado Peruano y (d) el sujeto pasivo es determinado por ley.

Otro caso similar es Edgar Aparicio<sup>22</sup> quien concluye

[l]a controversia entre los operadores y 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 caso del TF e INDECOPI (Aparicio 2014:182).

---

<sup>21</sup> Aporte por regulación, canon por espectro radioeléctrico y tasa por explotación comercial: aspectos tributarios de las telecomunicaciones, en la Revista Themis N°69.

<sup>22</sup> Tesina de Edgar Aparicio de la Universidad de Ciencias Aplicadas UPC, Análisis de la naturaleza jurídica de las contraprestaciones económicas por la explotación de recursos naturales: Caso del Canon por Uso del Espectro Radioeléctrico, Diciembre de 2014.

### **1.3. Objetivos de la Investigación**

#### **1.3.1 Objetivos Generales**

- a. Determinar si la actual naturaleza del Canon por el uso del espectro radioeléctrico contemplada en la Ley de Telecomunicaciones, para el caso de Teleservicios Públicos y cuya metodología se desarrollan en su Reglamento, se ajusta o no a:
  - Mejores prácticas internacionales.
  - Promueven el desarrollo del sector.
  - Protegen los intereses del Estado.
  - Permiten la competencia.
  - Se ajustan a doctrina del derecho.
  - Se ajustan a doctrina tributaria.
  
- b. Determinar la naturaleza del Canon por el uso del espectro radioeléctrico, a efectos de despejar la incertidumbre creada por diversas posiciones técnicas del INDECOPI, el TF y el MTC, dado que los primeros lo califican como tributo, mientras el último niega su naturaleza tributaria.

#### **1.3.2 Objetivos Específicos.**

Discernir si las entidades públicas: MTC, INDECOPI y TF, han tratado el Canon por el uso del espectro radioeléctrico bajo la naturaleza jurídica que verdaderamente le corresponde y de esta manera:

- Determinar si las empresas que usan el espectro radioeléctrico son víctimas de 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 dicho servicio.
- Evaluar distintos escenarios de optimización de dichas metodologías de cálculo de Canon.

#### **1.4. Justificación del estudio.**

La presente tesis se justifica por la ausencia de una definición técnico jurídica, por la vigencia de la controversia existente entre el Estado Peruano con las empresas operadoras del espectro radioeléctrico, específicamente las de Teleservicios Públicos, sin que exista pronunciamiento firme hasta el momento; porque éstas consideran al CUER como un tributo, género tasa, especie derecho; porque INDECOPI y el TF han recogido y aplican en sus resoluciones este criterio; porque el MTC aplica un criterio diferente o extra tributario y por consiguiente judicializa las decisiones de INDECOPI y el TF y porque además los recursos naturales, al ser patrimonio de la Nación, no pueden ser otorgados en explotación sin un pago justo y a favor del Estado, sin que ello signifique pérdida o ausencia de rentabilidad para las empresas.

#### **1.5. Limitaciones de la investigación.**

La presente tesis tuvo como limitación principal el acceso a la información correspondiente a los casos que se verifican ante INDECOPI, en el TF y en el Poder Judicial y, como limitación secundaria, el acceso a la información contable de las empresas operadoras del espectro radioeléctrico de Teleservicios Públicos.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1. Antecedentes del estudio**

Cualquier organización requiere de recursos a efectos de llevar a cabo sus objetivos. El Estado no es una excepción, todo lo contrario, es la cúspide de esta premisa y por consiguiente, su Administración Pública requiere de recursos para hacerlo. Al respecto, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto nos indica que

[1]a 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 Multianual (Ley 28411, artículo 1°).

Las administraciones públicas, para el desarrollo de sus funciones y competencias, se sirven de una serie de instrumentos de diversa índole: (i) Personales, dentro de los que se encuentra a los funcionarios y demás personal; (ii) Económico - Financiero, referido a los impuestos y cualquier otro ingreso y (iii) Material, referido a los bienes del estado (Gonzales Bustos 2016).

#### **2.1.1 Recursos Personales: funcionarios y demás personal.**

Respecto de los recursos personales, la organización jurídica nos deriva obligatoriamente a los diferentes regímenes de trabajadores estatales. Básicamente se cuentan con los regímenes previstos en los Decretos Legislativos 276 o Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público”; el Decreto Legislativo 728 o Ley del Fomento del Empleo para los casos de trabajadores estatales sujetos al

régimen laboral de la actividad privada y el Decreto Legislativo 1057 que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios<sup>23</sup>.

### **2.1.2 Recursos Económicos Financieros.**

De acuerdo la Constitución, “[l]a administración económica y financiera del Estado se rige por el Presupuesto que anualmente aprueba el Congreso de la República” (Constitución, artículo 77). La Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto determina

[l]os 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:

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 Público (Ley 28411, artículo 11)

---

<sup>23</sup> El Tribunal Constitucional (TC) en el caso 00002-2010-PI/TC (proceso de inconstitucionalidad) indica en el considerando 47 que el Contrato Administrativo de Servicios o CAS es propiamente un régimen “especial” de contratación laboral para el sector público, el mismo que resulta compatible con el marco constitucional.

### **2.1.3 Recursos Materiales: los Bienes del Estado.**

Siguiendo nuevamente a Gonzales Bustos “[d]entro de esta última clasificación englobamos al patrimonio de las Administraciones Públicas comprendiendo tanto los bienes públicos que pertenecen a la Administración a título público como a título privado” (Gonzales Bustos, 2016:15).

Sin embargo, profundizar respecto de los recursos materiales de una Administración Pública forzosamente requiere verificar el marco constitucional al que están sometidos. Para el caso español, su Constitución prevé que “[s]on 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” (Constitución Española, artículo 132).

La Constitución Española engloba bajo el término “dominio público” inclusive a los recursos naturales. La Constitución Peruana optó por una técnica aparentemente diferente según se desprende del Título III Del Régimen Económico. En éste, encontramos el Capítulo II referido a los Recursos Naturales y el Capítulo III referido a la Propiedad.

El primero de ellos indica que los “[r]ecursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento” (Constitución, artículo 66) mientras que en el segundo establece que “[l]os 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” (Constitución, artículo 73).

En el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional Peruano (TC) encontramos la sentencia del 01 de abril de 2005, emitida en el proceso de Inconstitucionalidad promovido por José Miguel Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la

Ley 28258 –Ley de Regalía Minera-. En ella se definen una serie de conceptos, destacando el de Recursos Naturales

[e]l 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 bienestar (STC 0048-2004-PI, fundamento 28).

Es en este desarrollo jurisprudencial que se disipa la técnica aparentemente diferente, al indicarse que

[l]os recursos naturales –como expresión de la heredad nacional- reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce (STC 0048-2004-PI, fundamento 29).

Nuevamente Gonzales Bustos indica “[l]os 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)” (Gonzales Bustos, 2016:16).

Esta clasificación también fue objeto de pronunciamiento por parte del TC, en la Sentencia recaída en la demanda de inconstitucionalidad promovida por 32 congresistas contra la Ley 26599 que modificó el artículo 648 del Código Procesal Civil

[l]os 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 (STC 006-96/AI-TC, primer considerando).

En el Perú, la normatividad referida a los bienes de dominio público cuenta con dos positivizaciones principales. Por un lado, la Ley 26821 Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, (LOASRN) y por el otro, la Ley 29151 Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales (LGSNBN).

El artículo 3 de la LOASRN define a los recursos naturales como

[t]odo 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 tales (LOASRN, artículo 3).

Por su parte el artículo 3 de la LGSNBE establece que para los efectos de dicha norma

[l]os 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 pertenezcan (LGSNBE, artículo 3).

## **2.2 Definición de Términos**

### **2.2.1 El Espectro Radioeléctrico**

Las telecomunicaciones se encuentran estrechamente relacionadas a la infraestructura que se instala para el funcionamiento de los sistemas que permiten una comunicación desde 2 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 sea inalámbrica. La historia nos 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 los principios del siglo XX. El telégrafo empleado en aquel entonces fue revolucionario y permitió el avance de otras tecnologías derivadas: la radio, la televisión y el teléfono móvil son un claro ejemplo.

Esa evolución tiene un vehículo: el espectro radioeléctrico. De acuerdo a la ITU

[c]onstituye 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 2016:2)

No todas las ondas electromagnéticas sirven para las telecomunicaciones. Sucede que éstas tienen frecuencias que se miden según su desplazamiento en ciclos por segundo o Hercios. De acuerdo a la ITU, aquellas que son aprovechables para las telecomunicaciones tienen una frecuencia que va desde los 3 Kilohercios hasta los 300 Gigahercios.

CUADRO 3  
FRECUENCIAS APROVECHABLES PARA LAS TELECOMUNICACIONES

Banda	Rango de Frecuencias	Alcance	Utilización Común	Ancho de Banda	Interferencia
VLF (ondas milimétricas)	3-30 kHz	1000 km	Radionavegación de largo alcance	Muy estrecha	De amplia distribución
LF (ondas kilométricas)	30-300 kHz	1000 km	Radionavegación de largo alcance	Muy estrecha	De amplia distribución
MF (ondas hectométricas)	300-3 000 kHz	2-3000 km	Radionavegación de largo alcance	Moderada	De amplia distribución
HF (ondas decamétricas)	3-30 MHz	Hasta 1000 km	Fijos punto a punto y Radiodifusión a nivel mundial	Amplia	De amplia distribución
VHF (ondas métricas)	30-300 MHz	2-300 km	Radiodifusión, Móviles, WAN	Muy amplia	Confinada
UHF (ondas decimétricas)	300- 3 000 MHz	<100 km	Radiodifusión, Móviles, satelital	Muy amplia	Confinada
SHF (ondas centimétricas)	3-30 GHz	30-2000 km	Fijos, Radiodifusión, móviles, WAN, comunicaciones por satélite,	Muy amplia hasta 1 GHz	Confinada
EHF (ondas milimétricas)	30-300 GHz	20-2000 km	Radiodifusión, fijos punto a punto, móviles, comunicaciones por satélite	Muy amplia hasta 10 GHz	Confinada

Fuente: ITU 2011 ICT Regulation Toolkit. Gestión del Espectro Radioeléctrico. Módulo 5, p. 14 ([www.ictregulationtoolkit.org/en/home](http://www.ictregulationtoolkit.org/en/home)).

La ITU refiere que

[d]esde 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 de 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 2016:3).

La ITU precisa que “[e]l espectro es un recurso natural, no renovable y escaso, por lo que su uso implica un costo de oportunidad” (ITU 2016: 1) y define a este último como “[e]l 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: 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 (Fernando 2016). De esta manera “[e]sto implica que haya de “parcelarse” las frecuencias y atribuir en exclusiva un bloque para determinados servicios y operadores” (Fernando 2016: 50).

Siendo 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

[e]s 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 (LdT, artículo 57).

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

[S]e 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 concesión expresa para su ejercicio<sup>24</sup> (LdT, artículo 10)

[s]e 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

---

<sup>24</sup> La red de servicios portadores está constituida por los sistemas de transmisión de alta capacidad, instalados e interconectados en todo el territorio nacional ([https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/clasificacion\\_servicios\\_2.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/clasificacion_servicios_2.pdf))

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

El Reglamento de esta Ley definirá estos servicios finales y otros que no están aún considerados en esta relación, así como sus modalidades (LdT, artículo 10).

[s]on servicio 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 modalidades (LdT, artículo 20).

[s]on 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 modalidades (LdT, artículo 29).

### **2.2.2 El Canon**

Referirse al Canon desde una concepción clásica significa remitirse a un término con vinculación a la institución jurídica de la propiedad así como a los derechos que se adquieren respecto de una cosa ajena o “iura in re aliena”. Conforme expone Eugenio Ramírez Cruz

[e]l 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 usada 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: 7).

Este contrato de Censo implicó el desdoblamiento del concepto “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 “enfiteútico”. Por consiguiente, la definición de Canon, de acuerdo a la Real Academia Española, otorga una definición de Canon teniendo como significado “Cantidad periódica pagada a la Administración por el titular de una concesión demanial”<sup>25</sup>

Algunos ejemplos internacionales del término jurídico Canon son los siguientes:

a. España: su Código Civil establece en los artículos 1604° y 1605° lo siguiente

[s]e 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 enfiteútico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio (Real Decreto de 24 de julio de 1889 artículo 1604).

b. Chile: su Código Civil vigente indica que “[s]e 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, censualista (Código de Andrés Bello, artículo 2022).

---

<sup>25</sup> Visualizado el 20 de enero de 2018 en: <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=7A4XonT>

c. Argentina: su reciente Código Civil y Comercial del 2015 no hace referencia al Contrato de Censo. Sin embargo, sí hace referencia al Canon, dado que en el Capítulo referido al Contrato de Locación, al establecer sus efectos indica

[p]agar 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 mensual (Código Civil Argentino, artículo 1208).

Para el caso peruano, la legislación prevista en el Código Civil de 1984 no distingue entre dominio directo ni dominio útil, dado que optó por desarrollar la institución de la “Propiedad” como concepto único y general, según el cual “[e]s el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley” (Código Civil Peruano, artículo 927).

Este Código Civil no tipifica ni menciona el Contrato de Censo y por consiguiente tampoco hace mención al Canon.

Sin embargo, códigos civiles (CC) anteriores (hoy derogados) sí hicieron referencia directa o indirecta al término Canon, conforme se detalla a continuación:

a. El Código Civil de 1936 (derogado) tampoco distinguió entre dominio directo y dominio útil y tampoco trató al Censo como un contrato típico, sin embargo, sí se refirió al Canon, dado que sus artículos 1136° y 1831° establecieron respectivamente

[s]e 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 canon (CC de 1936, artículo 1163)

[l]os 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 legal (CC de 1936, artículo 1831).

- b. El Código Civil de 1852 (derogado) sí hizo distinción entre dominio directo y dominio útil. Es más, desarrolló el Contrato de Censo, al establecer los “efectos del dominio” y por consiguiente a la modalidad especial de “iura in re aliena” llegando inclusive a distinguir entre Censo Enfitéutico, Consignativo y Reservativo

[l]os 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 canon (CC de 1852, artículo 463).

[c]enso enfitéutico, 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 directo. (CC de 1852, artículo 1886)

[e]l 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 condición. (CC de 1852, artículo 1908)

[p]ara constituir la enfiteusis sobre bienes eclesiásticos, de comunidades o de beneficencia, se observaran las mismas formalidades prescritas para el caso de enajenarlos. (CC de 1852, artículo 1889)

[l]a 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 de la enfiteusis, se entiende que lo es por la vida del enfiteuta, que es el dueño del dominio útil (CC de 1852, artículo 1890)

[l]as 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 estipulados (CC de 1852, artículo 1901)

[l]as 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 devengados. 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 precedentes. (CC de 1852, artículo 561)

[s]e 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 canon. (CC de 1852, artículo 563)

Bajo una perspectiva distintita (fuera del Código Civil) consistente en el desarrollo legislativo de los bienes públicos, el Perú cuenta con una definición de Canon prevista en la Ley del Canon, Ley 27506, (LdC) que lo define como “[l]a 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” (LdC, artículo 1) y que determina como su objeto regular “[s]u 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” (LdC, artículo 2).

Esta norma prevé un Canon minero, pesquero, hidroenergético, gasífero y forestal, sin incluir al del espectro radioeléctrico.

La LdC cuenta con un Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 005-2002-EF cuyo artículo 2 establece bases de referencia para determinar cada clase de Canon y especifica cómo se distribuye y aplica. A continuación se transcriben las partes pertinentes:

- a) *El Canon Minero, constituido por el 50% (cincuenta por ciento) del Impuesto a la Renta que obtiene el Estado y que pagan los titulares de la actividad minera por el aprovechamiento de los recursos minerales, metálicos y no metálicos.*
- b) *El Canon y Sobrecanon Petrolero, de acuerdo a la Ley 29693 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 del petróleo.*
- c) *El Canon Gasífero, constituido por el 50% (cincuenta por ciento) del Impuesto a la Renta, 50% de las Regalías provenientes de los Contratos de Licencia y 50% del valor de realización o venta descontado los costos hasta el punto de medición de la producción en los Contratos de Servicios, derivados de la explotación de gas natural y condensados.*
- d) *El Canon Hidroenergético, constituido por el 50% (cincuenta por ciento) del Impuesto a la Renta pagado por las empresas concesionarias de generación de energía eléctrica que utilicen recurso hídrico.*

- e) *El Canon Pesquero, constituido por el 50% (cincuenta por ciento) 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, constituido por el 50% (cincuenta por ciento) del pago del derecho de aprovechamiento, referidos al pago por los permisos, autorizaciones y concesiones de productos forestales y de fauna silvestre que recaude el Instituto Nacional de Recursos Naturales - INRENA, Organismo Público Descentralizado del Ministerio de Agricultura”.*

Asimismo, establece en el artículo 8 el uso del Canon y su Difusión indicando que: (i) 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 (ii) 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 circunscripción.

Ni la LdC ni su Reglamento se ocupan del CUER, el cual se encuentra previsto la Ley de Telecomunicaciones, el cual se desarrolla a continuación.

### **2.2.3 Evolución histórica del Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico**

El antecedente legal referido a pagos efectuados por los explotadores de servicios públicos de telecomunicaciones lo podemos encontrar en el Decreto Ley 19020, Ley General de Telecomunicaciones (hoy derogada) del 09 de noviembre de 1971, que establecía

[l]as 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 país (Decreto Ley 19020, artículo 65°).

[e]l 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 N° 17355 (Decreto Ley 19020, artículo 135°).

Esta misma norma consideró en su Duodécima Disposición Transitoria que:

[d]urante el ejercicio presupuestal correspondiente al Bienio 1971-1972, los ingresos previstos por el artículo 65 y 135 del presente Decreto-ley, continúan como recursos propios del MTC. A partir del ejercicio presupuestal que se inicia el 01 de enero de 1973, los recursos mencionados pasarán a incrementar los Ingresos del Tesoro Público (Decreto Ley 19020, Disposición Transitoria).

Los reglamentos emitidos al amparo del Decreto Ley 19020 mantuvieron vigencia hasta la emisión de los reglamentos del Decreto Ley 26096<sup>26</sup> del 05 de noviembre de 1991 conforme Segunda Disposición Transitoria<sup>27</sup>. Sin embargo fue el Decreto Legislativo 702 el que introdujo el concepto “canon” y, por consiguiente, fue el que marcó diferencia de la “tasa anual” a que hacía referencia el Decreto Ley 19020. Al respecto verificamos lo siguiente

[l]a 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

---

<sup>26</sup> El Decreto Legislativo 702 del 05.11.1991 y sus modificatorias, sumado al Decreto Ley 26096 del 28.12.1992, fueron consolidados en un Texto Único Ordenado denominado “Ley de Telecomunicaciones” aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

<sup>27</sup> Segunda.- En tanto se expida los nuevos reglamentos que desarrollen esta Ley, seguirán vigentes los reglamentos dictados al amparo del D.L. 19020, siempre que no se opongan a la presente Ley.

del MTC, los que serán aprobados mediante Decreto Supremo (DL 702, artículo 63).

Ambas normas fueron emitidas con marcos constitucionales distintos. Al Decreto Ley 19020 corresponde la Constitución de 1933, mientras que al Decreto Ley 26096 la Constitución de 1978.

La Constitución de 1933 estableció en el Título II Garantías Constitucionales, Capítulo I Garantías Nacionales y Sociales, un marco general referido a los recursos naturales, delegando en la Ley la responsabilidad de fijar las condiciones de utilización o de su concesión, en propiedad o en usufructo a los particulares

[l]as 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 particulares (Constitución de 1933, artículo 37°).

De la misma manera, la Constitución de 1978, en el Título III Del Régimen Económico, Capítulo II De los Recursos Naturales, también estableció un marco general referido a los recursos naturales, delegando también en la Ley la responsabilidad de fijar las condiciones de utilización y de su otorgamiento a particulares

[l]os 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 particulares (Constitución de 1978, artículo 118°).

Conforme podemos apreciar, los marcos constitucionales 1933 y 1978 no emplearon el término “Canon” y ambas constituciones delegaron a la ley la potestad de regular la utilización de los recursos naturales.

A principio de los años 90 se impulsaron una serie de reformas, dentro de las que destaca el Decreto Legislativo 702 del 05 de noviembre de 1991 a través del cual se declaró la necesidad pública el desarrollo de las telecomunicaciones y, a su vez, se aprobaron normas que regularon la promoción de la inversión privada en telecomunicaciones.

Dentro de sus consideraciones encontramos la alegación a un retraso en el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones que perjudicaba directamente a los usuarios y al país, especialmente a los pobladores de los lugares más apartados de los centros urbanos, muchos de los cuales constituían zonas de emergencia.

Así, este Decreto Legislativo declaró en el artículo 1 “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”.

Su Segunda Disposición Transitoria dispuso que su vigencia dependía de la expedición de los Reglamentos correspondientes, motivo por el cual el Decreto Ley 19020 mantuvo vigencia mientras ello no sucediese.

Destaca en el Decreto Legislativo 702 la introducción del término Canon

[1]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 Supremo (D. Leg 702, artículo 60).

El Reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo 006-94-TCC del 11 de febrero de 1994, vale decir cuando ya se encontraba vigente la Constitución de 1993. Es importante resaltar que este nuevo marco constitucional introdujo el término Canon y que lo calificó como “ingresos y rentas obtenidos por el Estado en la explotación de los recursos naturales”.

[e]l 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 canon (Constitución 1993, artículo 77°).

Fue la vigencia del Decreto Legislativo 702 el que marcó el hito diferenciador. Su Reglamento dispuso que el Canon, para el caso de Teleservicios Públicos, se calculaba aplicando porcentajes sobre la Unidad Impositiva Tributaria vigente al primero de enero del año en que corresponda efectuar el pago.

El Decreto Legislativo sufrió modificaciones conforme Decreto Legislativo 766 y Decreto Ley 26096, mediante los cuales se aprobaron capítulos complementarios de las normas que regulan la promoción de Inversión Privada en Telecomunicaciones. Ello obligó la necesidad de contar con Texto Único Ordenado, el cual fue aprobado mediante Decreto Supremo 013-93-TCC (LdT).

Por consiguiente, el Canon quedó definido en el artículo 60°, del cual resalta el mandato que sea el Reglamento el que señale los montos y formas, a ser aprobados mediante Decreto Supremo.

[e]l 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 Supremo (LdT, artículo 60).

Los montos y formas de pago del Canon fueron desarrollados en el Decreto Supremo N° 006-94-TCC, pero fueron modificados en varias oportunidades. Las principales modificaciones fueron efectuadas mediante los siguientes Decretos Supremos: 005-1998-MTC; 022-1998-MTC; 003-1999-MTC; 012-2004-MTC; 027-2004-MTC; 024-2008-MTC; 052-2010-MTC y 003-2018-MTC.

La última modificación introducida por el Decreto Supremo 003-2018-MTC<sup>28</sup> corresponde al literal a) del artículo 231 del Reglamento que incide directamente sobre la controversia del CUER. Las metodologías de cálculo se detallan a continuación:

**CUADRO 4**  
**METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA SERVICIOS PORTADORES (SISTEMA ANALÓGICO)**

<b>SERVICIOS PORTADORES (% de la UIT)</b>	
<b>SISTEMA DE TRANSMISION ANALOGICO</b>	
Hasta 12 canales	4%
De 13 hasta 24 canales	6%
De 25 hasta 48 canales	8%
De 49 hasta 60 canales	10%
De 61 hasta 120 canales	12%
De 121 hasta 300 canales	14%
De 301 hasta 600 canales	16%
De 601 hasta 960 canales	18%
De 961 a más canales	20%

Elaboración propia

**CUADRO 5**  
**METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO PARA SERVICIOS PORTADORES (SISTEMA DIGITAL)**

<b>SERVICIOS PORTADORES (% de la UIT)</b>	
<b>SISTEMA DE TRANSMISION DIGITAL</b>	
Hasta 128 kbits/seg	2%
Mayor que 128 kbits/seg hasta 512 kbits/seg	4%
Mayor que 512 kbits/seg hasta 1,024 Mbits/seg	6%
Mayor que 1,024 2 Mbits/seg hasta 2,048 Mbits/seg	8%
Mayor que 2,048 Mbits/seg hasta 8,448 Mbits/seg	12%
Mayor que 8,448 Mbits/seg hasta 34,368 Mbits/seg	16%
Mayor que 34,368 Mbits/seg	20%

Elaboración propia

<sup>28</sup> Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 24 de enero de 2018.

**CUADRO 6**  
**METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO**  
**RADIOELÉCTRICO PARA TELESERVICIOS PÚBLICOS (ANTES DEL D.S. 003-2018-**  
**MTC) INTRODUCIDO POR EL D.S. 027-2004-MTC (REG1)**

<b>TELESERVICIOS PÚBLICOS (% de la UIT)</b>	
<b>Servicio telefónico móvil, servicio de comunicaciones personales y teleservicio móvil de canales múltiples de selección automática (troncalizado)</b>	
De 1 a 300,000 terminales móviles	0.35%
De 300,001 a 1'500,000 terminales móviles	0.30%
De 1'500,001 a 3'000,000 terminales móviles	0.25%
De 3'000,001 a más terminales móviles	0.20%
En función a la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior	
Elaboración propia	

**CUADRO 7**  
**METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO**  
**RADIOELÉCTRICO PARA TELESERVICIOS PÚBLICOS SEGÚN D.S. 003-2018-MTC**  
**(REG3)**

<b><math>C = CAB \times NF \times CA \times CPB \times CPZ \times FS \times PO - CEI</math></b>
Donde:
C es el canon anual por el uso del espectro radioeléctrico.
CAB es el coeficiente de Ancho de Banda
NF es el número de canales, bandas o sub bandas de frecuencias asignados, conforme a las canalizaciones respectivas, para la prestación del servicio en una zona determinada.
CA es el coeficiente de Área
CPB es el coeficiente de poderación por bandas de frecuencias
CPZ es el coeficiente de ponderación por zona
FS es el coeficiente de participación por servicio
PO es el presupuesto objetivo
CEI es el coeficiente de expansión de infraestructura y/o mejora tecnológica de la infraestructura
Elaboración propia

**CUADRO 8**  
**METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO**  
**RADIOELÉCTRICO PARA TELESERVICIOS PÚBLICOS SEGÚN D.S. N°043-2006-MTC**  
**(REG2)**

<b><math>C = (CAB \times CA \times NF \times CPB \times CPZ) \times UIT</math></b>
Donde:
C es el canon anual por el uso del espectro radioeléctrico.
UIT es la unidad impositiva tributaria.
CAB es el coeficiente de Ancho de Banda
CA es el coeficiente de Área
NF es el número de canales, bandas o sub bandas de frecuencias asignados, conforme a las canalizaciones respectivas, para la prestación del servicio en una zona determinada.
CPB es el coeficiente de poderación por bandas de frecuencias
CPZ es el coeficiente de ponderación por zona
Elaboración propia

**CUADRO 9**  
**METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO**  
**RADIOELÉCTRICO PARA TELESERVICIO PÚBLICO DE BUSCAPERSONAS**

<b>TELESERVICIOS PÚBLICOS (% de la UIT)</b>	
<b>Servicio de buscapersonas</b>	
Por estación base y por frecuencia de transmisión	20.00%
Elaboración propia	

**CUADRO 10**  
**METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO**  
**RADIOELÉCTRICO PARA TELESERVICIO PÚBLICO AERONÁUTICO Y MARÍTIMO**

<b>TELESERVICIOS PÚBLICOS (% de la UIT)</b>	
<b>Servicio aeronáutico y marítimo</b>	
Por estación fija, fija de base y móviles por frecuencia de transmisión	20.00%
Elaboración propia	

**CUADRO 11**  
**METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO**  
**RADIOELÉCTRICO PARA TELESERVICIO PÚBLICO CON APLICACIONES DE ACCESO**  
**FIJO INALÁMBRICO Y DE CONMUTACIÓN PARA TRANSMISIÓN DE DATOS**

<b>TELESERVICIOS PÚBLICOS (% de la UIT)</b>	
<b>Servicios con aplicaciones de acceso fijo inalámbrico y servicio de conmutación para transmisión de datos</b>	
Por cada estación base	20.00%
Por cada terminal fijo: en función de la cantidad de terminales activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior	0.50%
Elaboración propia	

**CUADRO 12**  
**METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO**  
**RADIOELÉCTRICO PARA SERVICIO PÚBLICO DE DIFUSIÓN**

<b>SERVICIO PUBLICO DE DIFUSIÓN (% de la UIT)</b>	
<b>Servicio de distribución de radiodifusión por cable</b>	
Sisma MMDS: por canal	20.00%
Sistema de difusión directa por satélite: Por MHz asignado	2.00%
Elaboración propia	

**CUADRO 13**  
**METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO**  
**RADIOELÉCTRICO PARA TELESERVICIOS PRIVADOS (REG4)**

<b>TELESERVICIOS PRIVADO (% de la UIT)</b>		<b>TELESERVICIOS PRIVADO (% de la UIT)</b>	
<b>Servicio de radiocomunicación privada</b>		<b>Servicio de radiocomunicación privada</b>	
<b>1. Aeronáutico y Marítimo</b>		<b>4. Servicio fijo por satélite</b>	
Por estación fija, fija de base y móvil: por estación y por frecuencia de transmisión	0.30%	Por estación transmisora y frecuencia de transmisión	100%
<b>2. Terrestre</b>		<b>5. Servicio móvil por satélite</b>	
Por estación fija, fija de base y móvil: por estación, por frecuencia de transmisión	4.00%	Por estación transmisora y frecuencia de transmisión	20%
Por estación móvil	10.00%	<b>6. Servicios no sujetos a protección</b>	
3. Por cada estación que utilice sistemas multicanales, por frecuencia de transmisión y por capacidad instalada del sistema		Servicio canales ómnibus por estación (banda ciudadana)	
3.a) Por cada estación que utilice sistema multicanales analógicos		Servicio fijo que utilice tecnología espectro ensanchado	
Hasta 12 canales	40%	a. Por estación fija punto a punto o punto a multipunto	20%
De 13 hasta 24 canales	60%	b. Por el conjunto de estaciones conformantes de una red local dentro de una misma área cerrada (LAN)	
De 25 hasta 48 canales	80%	7. Teleservicio móvil de canales múltiples de selección automática (troncalizado)	
De 49 hasta 60 canales	100%	Por cada estación base y base repetidora del servicio	48%
De 61 hasta 120 canales	120%	Por cada estación móvil o portátil	10%
De 121 hasta 300 canales	140%	<b>8. Servicio de explotación de la Tierra por satélite orientado a la recolección de datos e</b>	
De 301 hasta 600 canales	160%	Por estación terrena y/o por plataforma de recolección de datos fijos y/o móviles	
De 601 hasta 960 canales	180%	10%	
De 961 a más canales	200%	Elaboración Propia	
3.b) Por cada estación que utilice sistemas de transmisión digitales			
Hasta 2,048 Mbits/seg	80%		
Mayor que 2,048 hasta 8,448 Mbits/seg	120%		
Mayor que 8,448 hasta 34,368 Mbits/seg	160%		
Mayor que 34,368 Mbits/seg	200%		

CUADRO 14  
 METODOLOGÍA DE CÁLCULO DEL CANON POR EL USO DEL ESPECTRO  
 RADIOELÉCTRICO PARA SERVICIO DE RADIOAFICIONADOS

<b>TELESERVICIOS PRIVADO (% de la UIT)</b>	
<b>Servicio de radioaficionados</b>	
Categoría superior	3%
Categoría intermedio	2%
Categoría novicio	1%

Elaboración propia

Con la vigencia de la Constitución de 1993 también entró en vigencia la Ley 26285 mediante la cual se dispuso la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia. Esta norma concordó el periodo de concurrencia limitada principalmente sucedido en función al contrato de concesión con Telefónica del Perú S.A.A., hasta el 01 de agosto de 1998.

Este periodo de concurrencia limitada implicó que el 04 de agosto de 1998 se emitiese el Decreto Supremo 020-98-MTC, que aprobó los lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones que dispuso

[1] 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 específico (Decreto Supremo 020-98-MTC, lineamiento 81).

De esta manera mediante Decreto Supremo N° 043-2006-MTC (REG2) se aprobó el CUER para servicios públicos móviles. Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 052-2010-MTC (REG4) se aprobó el Reglamento del Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico aplicable a los Servicios Privados: Móvil por Satélite y Móvil de Datos Marítimo por Satélite.

Debe precisarse que el REG2 correspondió a una Metodología Especial que no derogó el Reglamento primigenio (REG1), en el entendido que dispuso que “[l]os 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 telecomunicaciones” (D.S. N° 052-2010-MTC, artículo 4)

Por consiguiente, para Teleservicios Públicos subsistieron paralela y opcionalmente 2 metodologías de cálculo: REG1 y REG2, que se ilustran en los Cuadros 6 y 8 en la página 35.

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 años. El detalle de los distritos conformó el Anexo II de dicho Decreto Supremo.

Por último, mediante Decreto Supremo 024-2016-MTC se modificó la composición del coeficiente CPB y se actualizó el listado de distritos comprendidos en el Anexo II. Resalta de la exposición de motivos<sup>29</sup> que

[r]esulta importante señalar que a la fecha el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección Intelectual – INDECOPI, declaró fundadas las denuncias interpuestas por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. y la empresa América Móvil Perú S.A.C., mediante Resoluciones N° 0098-2016-SDC/INDECOPI y N° 117-2016-SDC/INDECOPI, respectivamente; resolviendo que la metodología de cálculo de canon sobre el uso del espectro radioeléctrico contenida en el artículo 231 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, es barrera burocrática y, ordenando su inaplicación para dichas empresas (exposición de motivos del D.S. 024-2016-MTC)

---

<sup>29</sup> Exposición de motivos del D.S. 024-2016-MTC, descargada el 30 de enero de 2018 de: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2016/diciembre/29/EXP-DS-024-2016-MTC.pdf>

El REG4 es la metodología aplicable al caso de Teleservicios Privados y se hace referencia a ella porque sus operadoras también la cuestionaron ante INDECOPI como barrera burocrática, con argumentos similares al caso de Teleservicios Públicos conforme se expone en el capítulo 4.2.3.

Dispone que el cálculo del pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico se realice en función a los MHz asignados por cada sistema satelital, manteniendo el cálculo y cobro del canon aplicable al enlace entre la estación terrena y el satélite vigente al operar en frecuencias distintas; por lo que sí derogó la metodología original. Se encuentra ilustrada en el Cuadro 13 en la página 36.

#### **2.2.4 Recomendaciones de la ITU**

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU) es el organismo especializado de las Naciones Unidas para las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Fue fundada en Paris en 1865 con el nombre de Unión Telegráfica Internacional, en 1934 adoptó su nombre actual y en 1947 se convirtió en organismo especializado de las Naciones Unidas.

Entre sus funciones está la de atribuir el espectro radioeléctrico y las órbitas de satélite a escala mundial así como 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.

Dentro de su función de elaboración de normas técnicas y en cuanto al espectro radioeléctrico se refiere, advierte que sólo emite directrices y recomendaciones, por cuanto al tratarse de un recurso natural que si bien es cierto resulta limitado, reconoce que cada Estado miembro resulta ser soberano en su aprovechamiento.

Entonces, al ser soberano en su aprovechamiento, corresponde a cada Estado miembro el desarrollar, de la manera que mejor crea conveniente, las políticas de acceso al recurso y por consiguiente, la ITU no se entromete en aspectos normativos internos de cada país ni en sus políticas generales, sino que simplemente informa respecto de mecanismos óptimos tanto para la asignación del espectro radioeléctrico, como para su valorización, a título informativo.

Bajo dicha premisa, emite informes de aspectos económicos de asignación y uso del espectro radioeléctrico, siendo el más reciente el elaborado en el 2016 por Brahima Sanou<sup>30</sup>, en calidad de Director de la Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones.

En él se parte de la premisa que el espectro radioeléctrico requiere de optimizaciones porque cumple tres objetivos: eficiencia económica, eficiencia técnica, y beneficio social que, en su conjunto, aportan mucho en el desarrollo de las naciones, dada la importancia de las telecomunicaciones.

Dentro del objetivo social, resalta que las telecomunicaciones representan un servicio de bien público, por lo que una buena gestión de espectro permite asegurar el acceso al mismo a proveedores en un marco de competencia saludable.

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

- **Utilización de resultados comparables o Benchmarking:** que viene a ser el método común y que a la vez puede ser hecho de dos maneras: (i) Compilación y normalización de precios de subastas obtenidos en casos similares al país para el cual se utilizarán los resultados (por ejemplo,

---

<sup>30</sup> ITU (2016) Directrices de política y aspectos económicos de asignación y uso del espectro radioeléctrico,

países vecinos) y (ii) Análisis econométrico, lo que permite incluir casos diferentes, considerando diferencias socioeconómicas o topográficas.

Respecto al **Benchmarking** propiamente dicho, evidentemente la ITU considera que este método no puede ser desarrollado si es que no se validan los indicadores respecto de la realidad del Estado que pretende realizar una valorización y por ello advierte también que las condiciones que afectan el precio incluyen el marco financiero y fiscal nacional, obligaciones parafiscales del regulador (fondo universal, etc.), obligaciones de cobertura, topes de espectro, disponibilidad de bandas en el corto y medio plazo, duración de la concesión, y la opción de renovación.

Consecuentemente y toda vez que se hayan validado las variables, la forma óptima de valorización puede considerar los siguientes indicadores:

- a. Valor por MHz por población en términos reales.
  - b. Valor por MHz por Producto Interno Bruto (PIB) per cápita.
  - c. Valor por MHz población ajustado por paridad de poder adquisitivo.
  - d. Todos los anteriores por año (considerando diferencias en el período de las licencias).
- **Respecto al Análisis Econométrico**, precisa que parte de la realización de un benchmarking de subastas a efectos de obtener una variable dependiente (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 geográfico de la misma, obligaciones de cobertura, características de la subasta, características económicas y estructura de la industria).

Precisa además que la desventaja principal del análisis econométrico es la disponibilidad de suficientes datos y que algunas de las variables independientes pueden ser definidas de manera diferente por cada país,

con lo cual las muestras estadísticas que sirven de base a este análisis pueden carecer de consistencia en las definiciones.

- **Modelo de Costos Evitados:** que se basa en el cálculo de la reducción potencial de costos (a partir de la capacidad o la cobertura adicionales) resultante si 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 al uso de dispositivos y que la necesidad de aumentar la capacidad de la red puede ser resuelta mediante: Mejoras en la eficiencia tecnológica (mas Mbps/MHz), Mayor reuso de frecuencias, Aumento de infraestructura de radio bases, Combinación de redes (por ejemplo, enrutamiento de trafico celular mediante sitios Wi-Fi) o en último análisis, 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 los costos evitados y que su ventaja, al estar basado directamente en las características específicas del mercado para el que se estima el precio del espectro, la estimación está basada en el entorno y peculiaridades del contexto y no depende de extrapolación alguna del precio de espectro resultante de subastas en otros países.

- **Modelo de Cálculo de caso de negocio:** que 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 descontados generados.

Por consiguiente, desde la vista de negocio propiamente dicho, se mide la rentabilidad a ser generada a partir del costo de inversión que implica pagar al Estado por el uso del espectro radioeléctrico.

- **Modelo de estimación del costo de oportunidad:** referido a la otra premisa financiera clásica según la cual se decide por la alternativa más favorable, **medido** en 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 un determinado uso.
  
- **Modelo de Integración de metodologías de valoración de espectro:** que apunta al precio de reserva a ser fijado en una subasta conocido también como punto de indiferencia, que 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 del mismo. Como la ITU reconoce que el espectro radioeléctrico es un recurso natural y por consiguiente que cada Estado fija las reglas de asignación y cobro, resulta necesario verificar algunos ejemplos de cómo es que se realiza esta última actividad.

### 2.2.5 El CUER en otros países

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), a través de su Subgerencia de Análisis Regulatorio, de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, ha emitido un Documento de Trabajo<sup>31</sup> donde se verifica precisamente cómo es el CUER en algunos otros países, detallando los siguientes:

- a. **Brasil:** la organización del espectro radioeléctrico en Brasil cuenta con una estructura regulatoria en 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) también cumple un rol significativo al

---

<sup>31</sup> Descargado el 20 de enero de 2018 de: <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/documento-de-trabajo-n-16-el-espectro-radioelectrico-como>, elaborado por Luis Pacheco, Daniel Argandoña y José Carlos Aguilar.

ser responsable de las políticas de radio, televisión, y telecomunicaciones.

Respecto al CUER, indican los autores que

[l]as políticas de contraprestación económica por el uso de 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 (Luis Pacheco, Daniel Argandoña, José Carlos Aguilar 2013:95).

- b. **Chile:** la administración y control del espectro radioeléctrico corresponde al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT), órgano que ejerce la función a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL).

Respecto al CUER, indican los autores que

[d]epende 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 (Luis Pacheco, Daniel Argandoña, José Carlos Aguilar 2013:96).

- c. **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 de Espectro (ANE), la Comisión Reguladora de Comunicaciones (CRC) y el Comité Nacional de Espectro).

Respecto al CUER, indican los autores que

[r]eferente a las escalas de contraprestación por uso del espectro, estas 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 (Luis Pacheco, Daniel Argandoña, José Carlos Aguilar 2013:98).

- d. **Corea del Sur:** el ente regulador de las telecomunicaciones y de la radiodifusión, así como el administrador del espectro en dicho país es la Comisión de Comunicaciones de Corea - KCC (Korean Communication Commission) la cual es producto de la fusión entre el Ministerio de Información y Comunicaciones y la Comisión de Radiodifusión de Corea (Korea Broadcasting Commission).

Respecto al CUER, indican los autores que

[p]ara el cálculo de los cánones a pagar por el uso de espectro, Corea del Sur 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 (Luis Pacheco, Daniel Argandoña, José Carlos Aguilar 2013:99).

- e. **España:** la administración del espectro es compartida por la Secretaria de Estado de Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información, dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Turismo; y la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT).

Respecto al CUER, indican los autores que

[c]obra 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 sub banda 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 (Luis Pacheco, Daniel Argandoña, José Carlos Aguilar 2013:103).

De acuerdo a José Carlos Laguna<sup>32</sup> 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 la misma esté referida al coste efectivo de un servicio administrativo, sino que toma en cuenta el valor económico del mercado del uso de la frecuencia reservada y la rentabilidad que de él pudiera obtener el beneficiario.

- f. **Estados Unidos:** la administración del espectro radioeléctrico se encuentra a cargo de la Federal Communications Commission (FCC) para el ámbito comercial y para los casos de propósitos federales (defensa u otros) está a cargo de la Administración Nacional de Telecomunicaciones e Informática (NTIA).

Respecto al CUER, indican los autores que

[l]a 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 éstos. Por su parte, los cargos regulatorios se aplican a los operadores de cable, de televisión, de operadores de redes públicas, de servicios satelitales, y de cable submarino con el fin de financiar

---

<sup>32</sup> Telecomunicaciones: Regulación y Mercado, tercera edición, editorial Aranzadi, España 2010.

exclusivamente las labores de FCC en materia de regulación, determinación de política, entre otros (Luis Pacheco, Daniel Argandoña, José Carlos Aguilar 2013:103).

- g. **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, indican los autores que

[e]n 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° 45 en la Ley de Finanzas de 1987. Posteriormente, se llevó a cabo un procedimiento que generó la publicación del Decreto N° 2009-948 de julio del 2009, el cual modifica las tasas y los cargos basado en principios técnicos y económicos (Luis Pacheco, Daniel Argandoña, José Carlos Aguilar 2013:103).

### **2.2.6 Tributos: Impuestos, Tasas y Contribuciones.**

La legislación peruana no define al Tributo, el Código Tributario (CT) sólo nos indica de manera genérica qué cosas lo comprende en el artículo II del Título Preliminar

[e]ste 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 contractual.

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 obligación (Código Tributario: Artículo II del Título Preliminar).

La ausencia de conceptualización de Tributo es advertida por Bravo Cocci quien refiere

[a]un 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 2015:50).

Advierte dicho autor que “[I]a 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 2015:52).

Eusebio González, catedrático de la Universidad de Salamanca, resalta que el Tributo “[c]ontiene 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: 78).

Entonces, ante ausencia de definición pero con cierto consenso respecto de sus caracteres, Bravo Cucci cita a Marcos Diniz de Santi, quien asevera que “[e]l 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” (Bravo Cucci 2015:74). Siguiendo a este autor

[l]as 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 2015:74).

Siendo una prestación que debe ser establecida por ley (ex lege) cualquier análisis legal debe tener como punto de partida a la Constitución, por ser la Ley Fundamental del Estado. La primera remisión es hacia el artículo 74° que a la letra expone

[l]os 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 artículo (Constitución, artículo 74).

La segunda remisión es hacia el operador estatal especializado en tributos, vale decir el TF<sup>33</sup> quien expone que resulta conveniente acudir a la definición de la doctrina, según la cual

[e]l 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 ley” (RTF 416-1-2009:6)

El TF cita a Ferrero Lapaza quien lo define como “[p]restación pecuniaria de carácter coactivo impuesta por el Estado u otro ente público con el objeto de financiar gastos públicos” (RTF 416-1-2009:6).

Estas definiciones, por estar contenidas en precedentes de observancia obligatoria del TF (416-1-2009 y 9715-4-2008), vienen siendo utilizadas a efectos de determinar qué cosa es un tributo o no, e indican que deben ser evaluadas conjuntamente con ciertas características adicionales recogidas en los principios comunes a los tributos, expuestas en la Constitución: (i) potestad tributaria; (ii) reserva de la ley; (iii) igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona y (iv) no confiscatoriedad.

---

<sup>33</sup> RTF 416-1-2009 referida a aporte al Sostentamiento de los Organismos Normativos, Reguladores y Fiscalizadores, según Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

- a. **Principio de potestad tributaria:** es la facultad del Estado para crear, modificar o derogar tributos, así como para otorgar beneficios tributarios. Conforme el TC “[e]sta 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 establecen” (366-2008-PA/TC fundamento 6).
- b. **Principio de Reserva de Ley:** teniendo el Estado potestad tributaria no puede imponer tributos sin contemplar este principio, según el cual sólo puede crearlos, modificarlos, derogarlos o suprimirlos a través de una Ley o Decreto Legislativo, en caso de delegación de facultades.

Lo anteriormente mencionado coincide con lo expuesto por Francisco Ruiz de Castilla al aseverar que “[e]ste principio tiene arraigo en la auto imposición, en cuya virtud la sociedad, a través del principal órgano estatal que lo representa, es decir el Congreso de la República, conviene en la creación y diseño de un determinado tributo” (Ruiz de Castilla, 2016).

Siguiendo nuevamente a Ruiz de Castilla “[m]uchas veces la ley no cumple con este principio constitucional, pues ofrece una estructuración incompleta del tributo” (Francisco Ruiz de Castilla, 2016).

- c. **Principio de Igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona:** respecto a la Igualdad, el TC ha emitido pronunciamientos estables según los cuales este principio no debe ser interpretado literalmente, porque este derecho fundamental no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino en ser tratadas del mismo modo que quienes se encuentran en una idéntica situación.

Siguiendo nuevamente al TC, el principio de Igualdad posee dos dimensiones: igualdad ante la ley e igualdad en la ley

[l]a 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 razonable (STC 2835-2010-PA/TC, fundamento 39).

En lo concerniente al respeto de los derechos fundamentales, se parte de la premisa que algunas decisiones estatales, incluyendo las referidas a los tributos, seguramente afectarán derechos de los ciudadanos. Por consiguiente, el TC ha establecido un “test de proporcionalidad” cuyo objeto es el de establecer una adecuada preferencia entre los derechos que se encuentren en conflicto.

Este test implica a su vez analizar tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación<sup>34</sup>. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, el TC indica que al verificar si cualquier medida estatal supera el primer sub principio, recién podrá analizarse el segundo y así sucesivamente.

El primer sub principio, la Idoneidad, implica verificar si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar. El segundo sub principio, 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.

---

<sup>34</sup> STC 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.

El tercer sub principio, la Ponderación, implica verificar cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

Por último, esta ponderación no tendría sentido si no se tiene en claro cuál es el principio constitucional que se persigue satisfacer con la imposición de un tributo. La respuesta también la proporciona el TC, quien parte de la premisa que “[l]a 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” (STC 2385-2010-PA/TC fundamento 31) y por consiguiente, la finalidad un tributo debe ser comprendida como “[u]n instrumento crucial para afrontar las necesidades financieras del Estado Social” (STC 10324-2006-PA/TC fundamento 6).

Respecto al Estado Social, la Constitución indica en el artículo 58° que la iniciativa privada se ejerce en una economía social de mercado, indicando 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, servicios públicos e infraestructura.

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.

Respecto a los aspectos económicos, el TC<sup>35</sup> indica 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 justicia. Refiere que

[e]stá caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:

---

<sup>35</sup> STC 0008-2003-AI/TC fundamento 13, emitida con ocasión de la Acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Roberto Nesta Brero, en representación de 5,728 ciudadanos, contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001.

- 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 otro, el combate a los oligopolios y monopolios.
- Un Estado subsidiario y solidario, de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 13.a)

En cuanto a los aspectos sociales, en la misma sentencia indica que “[s]e busca conciliar los intereses de la sociedad, desterrando los antagonismos clasistas del sistema industrial” (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 13.b).

Al referirse a los aspectos políticos, el TC refiere que la democracia es un elemento imprescindible del Estado que “[o]stenta una función dual: método de organización política del Estado, es decir, método de elección y nombramiento de sus operadores, y mecanismo para conseguir el principio de igualdad en el ámbito social” (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 13.c).

Por consiguiente, el TC afirma que la democracia

[n]o 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 fundamentales. (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 13.d)

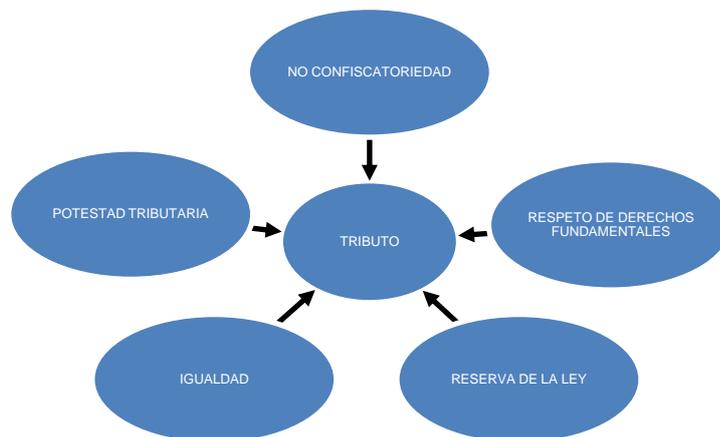
Al tratar el aspecto jurídico, el TC indica que “[e]l fenómeno jurídico no puede ser concebido como una regulación de características estrictamente formales, sino como una de connotaciones sociales” (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 13.e)

d. **Principio de no confiscatoriedad o interdicción de la arbitrariedad:** siguiendo nuevamente al TC, este principio “[l]imita 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” (STC 2727-2002-AA/TC, fundamento 4).

Por consiguiente, está referido principalmente al cuidado legislativo que debe observarse al fijarse una base imponible o la tasa del impuesto. Es consecuente entonces coincidir con el TC cuando considera que

[s]e 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 ésta como institución, como uno de los componentes básicos y esenciales de nuestro modelo de Constitución económica (STC 2727-2002-AA/TC, fundamento 7).

CUADRO 15  
PRINCIPIOS COMUNES A LOS TRIBUTOS



Elaboración propia

Al inicio del presente capítulo se indica que la legislación peruana no define al Tributo y que el CT sólo indica de manera genérica qué cosa está comprendida como tal, siendo el primero el Impuesto. El CT indica que es

el Tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.

Carmen Robles indica que “[l]a 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” (Carmen Robles, 2016:33).

De acuerdo a los comentarios de Walker Villanueva “[e]l legislador debe exigir el impuesto allí donde exista riqueza” (Villanueva, 2016:32) lo cual concuerda con lo expresado por el Tribunal Constitucional en la STC 10324-2006-PA/TC<sup>36</sup> al considerar que el tributo surge como presupuesto funcional del Estado Social, considerando las características del mismo

[p]or un lado su capacidad productiva y flexibilidad, que le permite 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 favorecidas (STC 10324-2006-PA/TC, fundamento 6).

Gerardo Novoa Herrera, citando a Raúl Barrios Orbegoso, indica que “[c]apacidad 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” (Nova Herrera: 2009) y concluye

[l]a 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 (Nova Herrera 2009: 103).

---

<sup>36</sup> Emitida en el proceso de amparo promovido por SERCENCO contra el ITAN (impuesto temporal a los activos netos)

Parte fundamental de la presente radica en tener claramente definido lo que constituye un Tributo género Tasa, a fin de contar con una adecuada concepción jurídica y por consiguiente determinar, entre otros, si el CUER constituye una Tasa.

Comprobamos que la Constitución de 1993 tampoco las define y que sólo las menciona, mientras que el Código Tributario indica que “[e]l 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” (CT, artículo II). De acuerdo a la doctrina y conforme expone Walker Villanueva

[1]a 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 (Villanueva 2016: 8).

De la misma manera indica Carmen Robles “[1]a 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 2016:33)

Conforme precisa el segundo párrafo de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, no es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual e inclusive indica las siguientes especies de Tasa:

[a]rbitrios, cuya aplicación implica, por ejemplo, la limpieza pública cuyo beneficio sería el que cada vecino logre disponer de su basura de una manera ordenada. (Robles 2016:33)

[d]erechos cuya aplicación implica, como viene dicho, la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes

públicos. Conforme principio de reserva de la Ley, deben estar previamente autorizados y por consiguiente considerados dentro de los respectivos Textos Únicos de Procedimientos Administrativos de la entidad que los recauda. (Robles 2016:33)

[l]icencias, que pueden ser consideradas como el servicio administrativo que se vuelve tangible con la expedición de una autorización de una actividad determinada y regulada. (Robles 2016:33)

La cuantificación de una Tasa obliga a observar el criterio del “costo efectivo”, a fin de cumplir con el parámetro de equivalencia hacia servicio público individualizado prestado. El procedimiento para su cálculo fue desarrollado en el Decreto Supremo 064-2010-PCM, el cual se transcriben 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 los elementos de costo (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, 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.*

Como se puede apreciar, las metodologías de cálculo para el caso del CUER para los Teleservicios Públicos y Privados, difiere completamente de la metodología de cálculo para el Tributo Tasa / Derecho<sup>37</sup>.

Respecto de los Arbitrios, el CT indica que son Tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público y, de la verificación de algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional<sup>38</sup>, se puede aseverar que su principal cuestionamiento radica en las formalidades para su creación o en la ausencia o debilidad de los informes con que se pretende sustentar el criterio de costo efectivo.

Es por ello, que cualquier Arbitrio debe obedecer no sólo lo dispuesto en el Código Tributario, sino además la Ley de Tributación Municipal, Decreto Legislativo 776 (TUO aprobado con D.S. 156-2004-EF) cuyo artículo 69° nos remite también al criterio del costo efectivo.

Una especial modalidad de Tasa son los Derechos que, de acuerdo al CT, son Tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos.

En cuanto a los servicios administrativos lo común es que se encuentren previstos en los Textos Únicos de Procedimientos

---

<sup>37</sup> Ver Cuadros 6, 7, 8 y 13 en las páginas 35 a 36.

<sup>38</sup> Visualizada el 20 de enero de 2018 en:

[https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu\\_fisc/documentos/arbitriosmunicipales/CuadroTC.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/documentos/arbitriosmunicipales/CuadroTC.pdf)

Administrativos correspondientes; sin embargo, su principal característica nuevamente recae en constituir un “servicio individualizado” cuyo costo nuevamente obedece al criterio del costo efectivo.

El aprovechamiento de bienes públicos resulta ser una descripción poco precisa y fue precisamente el fundamento utilizado a efectos de catalogar el CUER como un Tributo, género Tasa, especie Derecho.

El que la descripción sea poco precisa no implica ni basta para catalogar todo aprovechamiento de un bien público como una Tasa. Según se indica en el capítulo 4.2, uno de los fundamentos empleados por INDECOPI<sup>39</sup>, ha sido advertir que cualquier Tasa, conforme definición del CT, tiene fundamento en el gasto provocado al ente estatal en la prestación del servicio, pero admite la posibilidad que, para el caso de aprovechamiento de bienes públicos, no sería necesario brindarlo.

El Derecho no es un género de tributo, sino que se trata de una especie de Tasa, motivo el cual si el género implica una contraprestación estatal consistente en un servicio público individualizado, su especie forzosamente también debe de contemplarla.

Esta diferenciación es compartida por Walker Villanueva al referirse a la Ley de Regalía Minera, cuando asevera que “[a]unque 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” (Villanueva, 2016:37).

El CT indica que “[n]o es Tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual” (CT, artículo II) con lo cual se marca plena distancia del servicio público individualizado y se da pie a reconocer otras

---

<sup>39</sup> Fundamentos 70 y 71 de la Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Telefónica y fundamentos 68 y 69 de la Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Claro.

clases de ingresos estatales distintos a los Tributos, como el caso de contraprestaciones o retribuciones económicas extra tributarias.

Respecto de las Licencias, por definición verificamos que “[s]on tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización” (CT, artículo II).

Entonces, 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.

En cuanto a las Contribuciones, de acuerdo al CT es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.

Siguiendo a Walker Villanueva “[e]l beneficio no es tangible como en la contribución de mejoras, sino intangible” (Villanueva, 2016:31). Expone como ejemplo las contribuciones especiales a SENCICO y SENATI, por consiguiente el beneficio intangible es el acceso a mano de obra capacitada.

Un ejemplo moderno es el pago efectuado a los Organismos Reguladores donde el TF<sup>40</sup> y el TC<sup>41</sup> coinciden en calificarlo como Contribución, en el entendido 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.

---

<sup>40</sup> RTF 416-1-2009 referida a aporte al Sostenimiento de los Organismos Normativos, Reguladores y Fiscalizadores, según Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

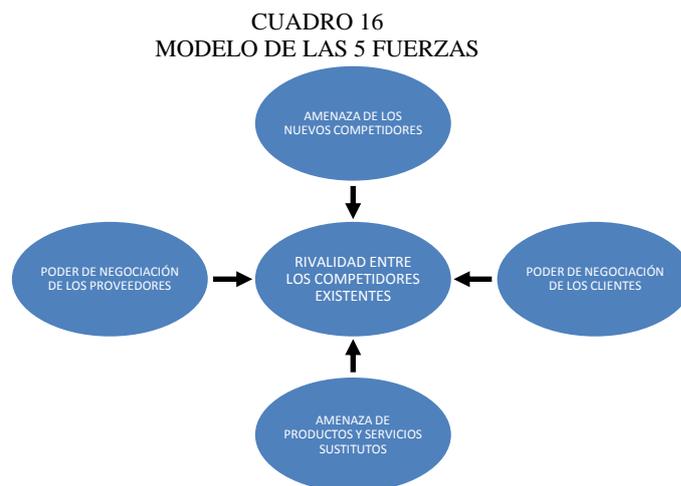
<sup>41</sup> STC 1520-2004-AA-TC emitida como consecuencia de la demanda de amparo promovida por Petro Oil S.A. con la finalidad que se le declaren inaplicables el artículo 10° de la Ley 27332 y los artículos 2° y 6° del D.S. 114—2011-PCM, y que en consecuencia, se abstenga OSINERG de cobrar el aporte 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.

Respecto de la Contribución, se advierte del Código Tributario que el hecho generador constituye beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales. Siguiendo al TF en la RTF N° 416-1-2009 (precedente de observancia obligatoria) “[e]l elemento diferenciador de otros Tributos implica considerar a la Contribución como vinculado, 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 colectividad” (RTF N° 416-1-2009).

En conclusión, los Tributos tienen 3 géneros: Impuestos Tasas y Contribuciones. Las Tasas tienen 3 especies: Arbitrios, Derechos y Licencias y todas éstas últimas tienen un elemento común: la prestación efectiva por parte del Estado de un servicio público individualizado.

### 2.2.7 Las Barreras Burocráticas

Michael Porter, autoridad académica reconocida respecto de temas de estrategia empresarial, desarrolló el modelo de las 5 fuerzas, que analizó el nivel de competencia de las empresas industriales para desarrollar una estrategia de negocio:



Elaboración propia

Dentro de la Fuerza “amenaza de los nuevos competidores” Porter consideró “si es fácil entrar al mercado, mayor será la amenaza” y bajo

dicha consideración identificó 6 barreras de entrada que podrían emplearse a efectos de lograr una ventaja competitiva: (i) Economías de escala; (ii) Diferenciación del producto; (iii) Inversiones de capital; (iv) Desventaja en costes independientemente de la escala; (v) Acceso a los canales de distribución y (vi) 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 grandes inversiones de capital. De esta manera, la legislación peruana brindó una definición de barrera burocrática en el la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI

[a]ctos 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 (D. Ley 25868, artículo 26BIS).

La norma actual es el Decreto Legislativo 1256 “Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas” que define como barrera burocrática a toda

[e]xigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a 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 razonabilidad (D. Leg. 1256, artículo 3).

El Perú promueve la eliminación de Barreras Burocráticas, habiendo encomendado dicha misión al INDECOPI, quien inclusive cuenta con un

Tribunal Especializado y con procedimientos específicos para sancionar y eliminar Barreras Burocráticas.

Hasta hace unos años, INDECOPI seguía un procedimiento específico a efectos de analizar si una medida pública era una barrera burocrática o no. Este mecanismo se encontraba previsto en el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución 182-97-TDC del 16 de julio de 1997 y publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de agosto de 1997, el cual se transcribe a continuación:

*“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 ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si 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 establecidas.*

Al emitirse el D.Leg. 1256 se introduce un nuevo procedimiento previsto en los artículos 14 al 18. Primero se realiza un análisis de legalidad para posteriormente y siempre y cuando existan indicios, proceder con un análisis de razonabilidad, bajo los siguientes parámetros verticales y excluyentes:

1. Análisis de Legalidad

- a. Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.
- b. 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.

c. 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.

## 2. Análisis de Razonabilidad

a. Medida arbitraria: es una medida que carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida; y/o

1. La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.

2. La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.

3. Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida

b. Medida desproporcionada: es una medida que resulta 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.

### **2.2.8 De cómo el Estado asigna la explotación de un recurso natural.**

Especial cuidado merece observar cómo es que el Estado asigna a un particular la explotación de un recurso natural, porque ello a su vez orientará adecuadamente hacia el establecimiento de una correcta naturaleza jurídica de la Tasa / Derecho. Ello implica pronunciarse respecto del régimen de los contratos estatales en el Perú.

Nuevamente el punto de partida será la Constitución, cuyo artículo 66° referido a los recursos naturales, renovables y no renovables, indica que 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.

Asimismo, el artículo 77º, referido a los bienes de dominio público, 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 tratan de cosas distintas. Los bienes de dominio público incluyen a los recursos naturales y por consiguiente la Constitución no hace referencia a dos cosas diferentes, sino simplemente precisa que la especie de dominio público denominada “bien de uso público” también pueda ser explotada económicamente.

De esta manera, adquiere sentido el hecho que algunos bienes de uso público como carreteras, puertos o aeropuertos, vengán siendo explotados económicamente a través de contratos de concesión suscritos por el Estado con terceros particulares.

Volviendo a los recursos naturales, el artículo 66º implica tener presente que sus condiciones y otorgamiento deben estar fijados por leyes orgánicas y no bajo un régimen legal unitario, lo que implica aseverar que cada sub división del Estado que gestione un recurso natural, desarrollará su ley orgánica correspondiente.

Este criterio de dispersión se confirma con la LOASRN, cuyo artículo 13º indica que las “leyes especiales” que regulen el aprovechamiento sostenible de recursos naturales precisarán el sector o sectores del Estado responsables de la gestión de dichos recursos y porque además indica que “la ley especial determina el Sector competente para el otorgamiento de derechos para el aprovechamiento sostenible, en el caso de recursos naturales con varios usos”.

Sin embargo, al referirse al aprovechamiento de recursos naturales indica que “[d]a 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 el derecho, establecidos por las leyes especiales” (LOASRN, artículo 20).

Un aspecto normativo importante está contenido en el mismo artículo 20° por cuanto también 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 al Canon del Tributo; sin embargo, no define al Canon y aparentemente lo diferencia de una “retribución”, derecho de otorgamiento” o “derecho de vigencia del título el derecho”.

Una posible interpretación (en caso se refiera al CUER) implicaría considerar que las retribuciones (llámense derechos de otorgamiento o derechos de vigencia del título, establecidos por las leyes especiales) son Tributos género Tasas, a fin de permitir que las contraprestaciones y los Tributos género Impuestos mantengan su autonomía. Como la “contraprestación por el aprovechamiento de recursos naturales” se encontraría fuera del espectro tributario, correspondería considerarla como “todo aquello que no es Tributo (ni Impuesto ni Tasa ni Contribución) y que tampoco es Canon (debido al objeto redistributivo que éste contiene según LdC).

Si nos remitimos a la LdC, apreciaremos que dicha norma tiene como ámbito de aplicación<sup>42</sup> sólo 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 que se refiere el Artículo 3 de la LOASRN, requiere obligatoriamente de ley para su creación, según criterios económicos de valor actual y no potencial.

El único elemento diferenciador entre la Contraprestación y el Canon sería entonces su finalidad, dado que la LOASRN califica a la primera como retribución económica mientras que la LdC indica que el Canon

---

<sup>42</sup> Ley del Canon (LdC) artículo 3.

tiene como objeto la participación efectiva y adecuada de los gobiernos regionales y locales del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica de los recursos naturales.

Por consiguiente, la finalidad distribuidora de recursos obtenidos es el elemento esencial de un Canon, dado que la Constitución contempla que “[c]orresponden 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 canon” (Constitución, artículo 77).

Es válido entonces afirmar que un Canon podría ser una porción de la Contraprestación. Esta porción se reserva con fines de redistribución de la circunscripción donde se ubica el recurso, conforme lo establezcan las normas especiales correspondientes al tipo de recurso natural.

Sin embargo, las normas que se ocuparon del CUER no contemplan una finalidad redistributiva, la cual tampoco se encuentra desarrollada en ninguna otra legislación. Por consiguiente el denominado CUER es un pseudo Canon, siendo íntegramente una Contraprestación o retribución económica por el aprovechamiento de un recurso natural.

Debe apreciarse entonces que el CUER tiene una finalidad prevista en la LdT

[l]os 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 telecomunicaciones” (LdT, artículo 101).

Adicionalmente, cabe tener en consideración que la LOASRN maximiza el término Concesión indicando en el artículo 23º que es

aprobada por las leyes especiales y que otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

Este mismo artículo define la naturaleza jurídica de una Concesión, acercándola a los derechos reales al establecer que:

1. Otorga a su titular el derecho de uso y disfrute del recurso natural concedido y, en consecuencia, la propiedad de los frutos y productos a extraerse.
2. Las concesiones pueden ser otorgadas a plazo fijo o indefinido.
3. Son irrevocables en tanto el titular cumpla las obligaciones que la Ley o la legislación especial exijan para mantener su vigencia

Además, el artículo 24° establece que las licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso, contratos de explotación y otras modalidades de otorgamiento de derechos sobre recursos naturales, contenidas en las leyes especiales tiene los mismos alcances que las concesiones, en lo que les sea aplicable.

Respecto a las concesiones, resalta lo expuesto por Jorge Danós Ordoñez

[c]onstituye 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 de Orgánica Hidrocarburos, que contempla los contratos de licencia y de servicios (Danós, 2006:20).

De la misma manera se coincide con la apreciación de este mismo autor, al aseverar que “[e]n 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.” (Danos, 2006:21).

Por consiguiente, si la LOASRN maximiza a la Concesión e inclusive dispone que las 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 concesiones, en lo que les sea aplicable, entonces la Contraprestación o retribución económica termina siendo una categoría de ingreso estatal distinta a los Tributos, porque su origen se acerca a relaciones contractuales concesionales, por el simple motivo que no surgen como consecuencia de la potestad tributaria y por consiguiente, adolecen de la auto imposición a que hace referencia el principio de reserva de la ley.

Lo expuesto no quiere decir que nos encontremos exclusivamente en la esfera de derecho privado, por cuanto la “cosa pública” y en especial aquella correspondiente a los bienes de dominio público (recursos naturales) merecen y deben ser objeto de regulación porque, conforme lo establece la Constitución, son patrimonio de la Nación, siendo el Estado soberano en su aprovechamiento.

Consecuentemente, la normativa nacional trataría de encontrar un equilibrio, a fin que los recursos naturales no se asignen sin una retribución adecuada a favor del Estado, pero que a su vez permita que las empresas mantengan rentabilidad, lo que implica que éstas paguen un precio justo.

### 2.2.9 De las Regalías sobre los recursos naturales

La Ley de Regalías Mineras, Ley 28258, las define como “contraprestación económica que los sujetos de la actividad minera pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos”.

Según se indica en el capítulo 2.1.3, esta norma fue objeto de un proceso de inconstitucionalidad donde se verificaron aspectos sustantivos, de forma y de fondo, cuya sentencia data del 01 de abril de 2005 correspondiente a la causa 0048-2004-PI/TC, promovida por José Miguel Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos<sup>43</sup>.

Respecto de los cuestionamientos de forma, se aseveró que la Ley de Regalías Mineras no respeta el procedimiento formal para su creación, dado que conforme artículo 66° de la Constitución, las condiciones de utilización y otorgamiento de recursos naturales deben fijarse mediante Ley Orgánica.

Respecto de los cuestionamientos de fondo, se aseveró que transgrede las normas constitucionales referidas al derecho de propiedad, así como el derecho a la libertad contractual y a la igualdad de trato. A continuación, se sintetizan algunos de los fundamentos más importantes:

1. Se indica que el Estado, pese a tener potestad tributaria, no ha diseñado la regalía minera como un Tributo.
2. Se acusa que esta Ley irrumpe contra los contratos de concesión anteriores a su vigencia; y, respecto a concesiones futuras, constituye una condición que limita la libertad de estipular, creando una ventaja para el Estado que va más allá de lo razonable. Por consiguiente, se considera que mientras se haya otorgado y subsista una concesión minera, la naturaleza y contenido del derecho otorgado no puede ser cambiado unilateralmente por el Estado, siendo la regalía un deber de

---

<sup>43</sup> Visualizada el 19 de febrero de 2018 en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

pago no existente cuando la concesión fue otorgada y, por tanto, no querida originalmente por las partes.

3. Si fuera válido imponer regalías en una actividad donde el Estado autoriza la explotación de un bien sobre el cual 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 son las telecomunicaciones, energía, hidrocarburos, educación, transporte, etc.
4. El concesionario minero sólo está obligado a abonar al Estado un pago anual, llamado Derecho de Vigencia, regulado por los artículos 39° y siguientes de la Ley General de Minería, así como por los artículos 20° y 21° de la Ley Orgánica de Recursos Naturales. Habría una única retribución, que alternativamente puede ser contraprestación, o derecho de otorgamiento, o derecho de vigencia; y, en el caso de las concesiones mineras, sólo se paga el derecho de vigencia, como requisito previo para el otorgamiento de la concesión minera.

Los principales fundamentos considerados por el Tribunal Constitucional para resolver la demanda de inconstitucionalidad fueron los siguientes

[c]omo 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 recursos (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 53).

[l]a 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 concesión (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 55).

[l]os 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 civil (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 98).

[e]n 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 (...)” [21]; 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 particular. (STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 102).

[l]a 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.º 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (STC 0048-2004-PI/TC: fundamento 103).

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

## **CAPÍTULO III:**

### **METODOLOGÍA EMPLEADA**

Bajo el proceso de investigación cualitativa, se ha escogido el método narrativo descrito por Hernández, Fernández y Baptista (2010) en el entendido que permite elaborar un Reporte de Estudio que conglomerará cada caso de los actores involucrados (Empresas de Telecomunicaciones y Estado Peruano), describir las distintas posiciones asumidas por éstos respecto al CUER, generar hipótesis, analizar distintos aspectos técnicos jurídicos, económicos y financieros y elaborar la versión final.

De esta manera, se propone la siguiente Hipótesis General y Específica

#### **3.1. Hipótesis General**

El Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico en el Perú no es un tributo y por consiguiente no es impuesto, ni tasa ni contribución.

#### **3.2. Hipótesis Específica**

El Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico no constituye una barrera burocrática.

## **CAPÍTULO IV: LA CONTROVERSIA**

### **4.1. El TF, el MTC y la Contienda de Competencia**

La legislación peruana ha previsto que las controversias en materia tributaria son resueltas por un órgano especializado denominado Tribunal Fiscal, cuyas atribuciones están previstas en el artículo 98° del CT. De acuerdo a dicha norma

[s]on 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 ésta 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 tributarios (CT, artículo 101).

El TF no ha sido ajeno a la controversia del Canon. Algunas de las empresas operadoras del espectro radioeléctrico han acudido a él, vía recursos de apelación ante las determinaciones efectuadas por el MTC.

Ello ha significado que el TF emita pronunciamientos respecto al Canon por el uso del espectro radioeléctrico. En sus resoluciones ha sido uniforme al sostener que este concepto es un tributo, género Tasa, especie 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 27943, del Sistema Portuario Nacional y su Reglamento aprobado mediante D.S. N° 003-2004-MTC, modificado por el D.S. 041-2007-MTC. En el artículo 8° de la Ley 27943 se dispuso que cualquier autorización, cuyo fin sea la de estructura portuaria, requiere de autorizaciones que pueden ser temporales y definitivas mientras que su Reglamento, en el artículo 30°, dispuso

que esta autorización implica un pago anual por concepto de derecho anual de vigencia.

Este último D.S. estableció el procedimiento a seguir para determinar la cuantía del derecho anual de vigencia, donde básicamente se distingue entre autorización temporal y definitiva a fin de aplicar un porcentaje de la UIT vigente respecto del área concesionada, calculada en m<sup>2</sup>, conforme lo siguiente:

CUADRO 17  
METODOLOGÍA DE CÁLCULO POR EL USO DE ÁREAS ACUÁTICAS  
CONFORME D.S. 003-2004-MTC

TEMPORAL	m <sup>2</sup>	% de la UIT	FORMULA
MARITIMA	x	0.000138	x (UIT*0.000138)
FLUVIAL O LACUSTRE	x	0.000069	x (UIT*0.000069)

Elaboración propia

DEFINITIVA	m <sup>2</sup>	USO EFECTIVO (% UIT)	USO NO EFECTIVO (% UIT)	FORMULA
MARITIMA	x	0.00138	0.000692	x (UIT*0.000692)
FLUVIAL O LACUSTRE	x	0.00069	0.000346	x (UIT*0.000346)

Elaboración propia

Sucedió entonces 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. Advirtiéndolo el administrado que el concepto era tributario (y por consiguiente que correspondía al TF resolver) interpuso recurso de queja de derecho, sin embargo el TF al considerar que el recurso era sólo de reclamación y no de apelación, declaró infundada la queja por lo que 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 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 que “[e]s pagado por el uso exclusivo de un bien de dominio público y en consecuencia, tiene naturaleza tributaria, constituyendo un derecho, de acuerdo con lo dispuesto por

la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 135-99-EF” (RTF 09715-4-2008)<sup>44</sup>.

Destaca dentro de los considerandos del precedente de observancia obligatoria, el hecho que el TF utilizó 2 supuestos: (i) el que el pago podría ser efectuado por el aprovechamiento de un recurso natural y por consiguiente retribuir al Estado por su explotación y (ii) aplicó analogía al derecho de vigencia minero, el cual es cancelado para evitar la caducidad de denuncias, peticiones y concesiones, siendo que en el caso de concesión, ésta otorga el derecho a explorar y explotar los recursos minerales.

Sin embargo, 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 conservación de algún recurso natural, sino que establecen el marco legal de actividades y servicios relacionados con la infraestructura e instalaciones portuarias, motivo por el cual dichas normas regulan el uso de un bien de dominio público mas no su explotación comercial, siendo por lo tanto una Tasa, especie Derecho, que debe ser administrada bajo los estándares del Código Tributario.

Por su parte, el MTC encausó la tramitación como un aspecto administrativo y por consiguiente, ajeno a la materia tributaria. De esta manera y de acuerdo a lo expuesto en la RTF 09715-4-2008 el camino seguido fue: (i) la emisión del Oficio N° 16566-2008-MTC/27 que determinó el monto por el pago anual del derecho de uso de área acuática; (ii) la emisión de la Resolución Directoral N° 499-2008-MTC/27 que declaró improcedente el recurso (de reclamación) contra el Oficio N° 16566-2008-MTC/27; (iii) la emisión de la Resolución Viceministerial N° 013-2009-MTC/03 que declaró infundada la apelación y declarar agotada la vía administrativa. Ello equivale A aseverar que el MTC siempre negó la naturaleza tributaria y, por consiguiente, la competencia del TF para conocer la controversia.

---

<sup>44</sup> RTF 09715-4-2008 del 12 de agosto de 2008, queja promovida por Operadora Portuaria S.A. OPORSA.)

Volviendo al criterio del TF respecto del CUER, verificamos 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 canon por el uso del espectro radioeléctrico tiene una naturaleza distinta al regulado en el artículo 77° de la Constitución pues considera que

[c]onstituye 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 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 naturales (RTF 02836-5-2009, página 6).

En consecuencia y ante el surgimiento de una controversia, el TF ha continuado calificando los recursos bajo el sistema tributario y por consiguiente, se ha declarado competente para conocer las reclamaciones de los administrados. Por su parte, el MTC ha negado la naturaleza tributaria, lo que ha significado que cada vez que exista una reclamación respecto al canon por el uso del espectro radioeléctrico, niegue la remisión de los recursos al TF, argumentando una naturaleza administrativa no tributaria.

Dicha circunstancia implicó que el MTC promoviese un Conflicto de Competencia conforme reglas establecidas en el artículo 95° de la Ley 27444. Durante la tramitación de este procedimiento se emitió el Informe N° 1284-2013-EF/42.01 de la Oficina General de Asesoría Jurídica del MEF<sup>45</sup> en cuyas conclusiones apreciamos: (i) no resulta legalmente posible definir al canon por utilización del espectro radioeléctrico como una obligación tributaria tasa derecho y (ii) la naturaleza jurídica del canon por utilización del espectro

---

<sup>45</sup> Obtenida vía pedido de acceso a la información del MEF.

radioeléctrico es la de una contraprestación por el uso temporal de dicho recurso natural.

Lejos de definirse la dicotomía producida por el criterio del TF y del MTC, la PCM mediante Oficio Múltiple N° 914-2015-PCM/SG<sup>46</sup> mediante el cual comunicó que no existía motivo para emitir un pronunciamiento al respecto, aseverando que el conflicto era inexistente en el entendido que el informe del MEF coincidía con el criterio con el MTC y por consiguiente, siendo el TF dependiente del MEF, debería seguir el mismo camino.

De esta manera el conflicto no se superó porque el TF continúa considerando al canon por el uso del espectro radioeléctrico como un tributo, género Tasa, especie Derecho, en el entendido que: (i) no se ha expedido norma alguna establecimiento una regulación distinta ni se ha presentado algún supuesto previsto en el artículo 154° del Código Tributario<sup>47</sup> que haya ameritado emitir una resolución que constituya jurisprudencia de observancia obligatoria que establezca un criterio distinto<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Obtenida vía pedido de acceso a la información de la PCM.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> RTF 01142-Q-2017 del 04 de abril de 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 N° 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 de los años 2014 a 2016. Expedientes 3741-2017, 3742-2017 y 3743-2017.

## 4.2. El cuestionamiento de las operadoras del espectro radioeléctrico

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 (troncalizado)) acusaron 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 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 INDECOPI. Aunque su metodología de cálculo es distinta (REG4) los argumentos de fondo que fueron empleados son similares.

A continuación un resumen de los casos identificados respecto de Teleservicios Públicos:

### 4.2.1 Telefónica del Perú S.A.A.

Mediante Resolución N°0355-2012-CEB/INDECOPI<sup>49</sup> del 11 de diciembre de 2012, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas declaró fundada la denuncia y, en consecuencia, barrera burocrática “ilegal<sup>50</sup>” la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles y dispuso su inaplicación a Telefónica del Perú S.A.A.

La decisión de INDECOPI en primera instancia, se fundamentó en principalmente en lo siguiente

[e]l Código Tributario establece que el rendimiento de los tributos distintos a los impuestos (dentro de los que se incluye a las tasas) no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de los servicios que constituyen los

---

<sup>49</sup> Descargada el 20 de enero de 2018 de la página web del MTC: [https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/obligaciones\\_economicas/documentos/indecopi/RESOLUCION%20N%C2%B0%200355-2012-CEB-INDECOPI.pdf](https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/obligaciones_economicas/documentos/indecopi/RESOLUCION%20N%C2%B0%200355-2012-CEB-INDECOPI.pdf)

<sup>50</sup> De acuerdo a la metodología de análisis prevista en el precedente 182-97-TDC, una barrera burocrática es declarada ilegal luego de verificar: (i) si se ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables para su creación y, asimismo, (ii) si encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente.

supuestos de la obligación correspondiente (Resolución N°0355-2012-CEB/INDECOPI, fundamento 36)

[l]a 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 radioeléctrico (Resolución N°0355-2012-CEB/INDECOPI, fundamento 38).

[d]e 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 particulares (Resolución N°0355-2012-CEB/INDECOPI, fundamento 39).

Durante la tramitación del recurso de apelación INDECOPI concedió una medida cautelar mediante Resolución 0094-2015/SDC-INDECOPI<sup>51</sup> del 16 de febrero de 2015 disponiendo la inaplicación a su favor de la exigencia del pago del canon correspondiente al periodo 2015.

En segunda instancia INDECOPI emitió la Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI<sup>52</sup> del 19 de febrero de 2016 (casi 4 años después) y confirmó la Resolución N°0355-2012/CEB-INDECOPI, en el extremo que declaró fundada la denuncia y, modificando sus fundamentos, declaró

---

<sup>51</sup> Según fundamento 20 de la Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI.

<sup>52</sup> Descargada el 20 de enero de 2018 de la página web del MTC:

[https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/obligaciones\\_economicas/documentos/indecopi/RESOLUCION%20N%C2%B0%20098-2016-SDC-INDECOPI.pdf](https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/obligaciones_economicas/documentos/indecopi/RESOLUCION%20N%C2%B0%20098-2016-SDC-INDECOPI.pdf)

barrera burocrática “carente de razonabilidad”<sup>53</sup> la metodología de cálculo del Canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles.

En dicha decisión, la segunda instancia de INDECOPI reconoce la existencia de doctrina que califica al canon como un ingreso público originario y por consiguiente no tributario. Sin embargo, opta por la fórmula tributaria, según se aprecia de las siguientes consideraciones

[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 oneroso (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 56).

[s]in 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 Naturales (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 57).

[d]e 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”,

---

<sup>53</sup> De acuerdo a la metodología de análisis prevista en el precedente 182-97-TDC, una barrera burocrática es carente de racionalidad cuando hay indicios aportados por el denunciante que permitan inferir: (i) que establece tratamientos discriminatorios; (ii) que carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o (iii) resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas).

Luego INDECOPI requiere a la autoridad administrativa que acredite la racionalidad de la exigencia cuestionada, por lo que la autoridad administrativa tiene que probar: (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.

“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 el “pago”) ni al valor del recurso aprovechado (como sugiere la “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:*

*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 y énfasis nuestro)*

*(Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 58).*

[c]omo 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 recurso (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 59).

[s]in 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 caso (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 60).

[c]on 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 otros (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 70).

[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 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 bienes).”  
(Subrayado nuestro)*

(Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 71).

[e]n 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° 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 públicos.”*

*(Subrayado nuestro)*

(Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 72).

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 público.”*

(Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 73).

[e]n 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 Tributario (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 74).

[e]n 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 radioeléctrico (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 87).

La decisión de INDECOPI en segunda instancia, para considerar que la medida sí era legal, se fundamentó en principalmente en lo siguiente

[e]n 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 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 las misma debe establecerse en función a criterios económicos, sociales y ambientales (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 114).

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

[e]n 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 razonabilidad (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 154).

Pese a que el análisis desarrollado por INDECOPI en segunda instancia concluye 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 conforme lo siguiente

[s]obre 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 excesiva (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 157).

De la misma manera se pronunció respecto de la medida menos gravosa, conforme lo siguiente

[d]e la revisión del expediente, se aprecia que el MTC no presentó documento alguno que acredite que evaluó metodologías alternativas 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 potencia (Resolución N°0098-2016/SDC-INDECOPI, fundamento 162).

El MTC ha interpuesto demanda demanda contenciosa administrativa, la cual se encuentra en trámite en el Poder Judicial<sup>54</sup>.

#### **4.2.2 América Móvil Perú S.A.C. (Claro)**

Mediante Resolución N°0311-2013-CEB/INDECOPI<sup>55</sup> del 25 de julio de 2013, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas declaró fundada la denuncia y, en consecuencia, barrera burocrática ilegal la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles y dispuso su inaplicación a Claro.

La decisión de INDECOPI en primera instancia, calificó al canon como un tributo por lo siguiente

[e]n 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 Tributario (Resolución N°0311-2013-CEB/INDECOPI, fundamento 40)

[e]l 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.

---

<sup>54</sup> La edición en línea del Diario Gestión informa que el Estado podría tener 700 millones de soles en pérdidas, en caso el Poder Judicial falle a favor de las empresas Telefónica y Claro (edición en línea del 28/02/2017)

<sup>55</sup> Descargada el 20 de enero de 2018 de la página web del INDECOPI:  
[https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/0311\\_ResfinalAmericaMovilMTC\(Canon\)\\_PDF.pdf](https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/0311_ResfinalAmericaMovilMTC(Canon)_PDF.pdf)

Por lo tanto, el canon (que no tiene carácter tributario) al que hace el artículo 20° de la Ley N° 26821 no está referido al canon que sí tiene carácter tributario (como es el caso del canon por uso de espectro radioeléctrico) (Resolución N°0311-2013-CEB/INDECOPI, fundamento 45).

[e]l artículo 2° del Decreto Legislativo N° 771, Ley Marco del Sistema Tributario Nacional<sup>56</sup>, 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 denominados “derechos”, la propia disposición los reconoce como un tipo de tributo (tasa-derecho, según el Código Tributario) (Resolución N°0311-2013-CEB/INDECOPI, fundamento 49).

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

[e]sta 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

---

<sup>56</sup> 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.

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” (Resolución N°0311-2013-CEB/INDECOPI, fundamento 50).

[l]a 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) (Resolución N°0311-2013-CEB/INDECOPI, fundamento 61).

En segunda instancia, INDECOPI emitió la Resolución N°0117-2016/SDC-INDECOPI<sup>57</sup> del 04 de marzo de 2016 y confirmó la Resolución N°0311-2013/CEB-INDECOPI, en el extremo que declaró fundada la denuncia y, modificando sus fundamentos, declaró barrera burocrática “carente de razonabilidad” la metodología de cálculo del Canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles.

En esta oportunidad INDECOPI nuevamente calificó al canon como una tasa-derecho y, luego de comprobar que la denunciante había aportado indicios de carencia de razonabilidad y nuevamente siguiendo la metodología establecida en la Resolución 182-97-TDC, desarrolló los 3 niveles de análisis, considerando que la medida es carente de razonabilidad, bajo bajo los mismos argumentos empleados para el caso de Telefónica indicados de la página 84 a la 91.

---

<sup>57</sup> Descargada el 20 de enero de 2018 de la página web del MTC:  
[https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/obligaciones\\_economicas/documentos/indecopi/RESOLUCION%20N%C2%B0%20098-2016-SDC-INDECOPI.pdf](https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/obligaciones_economicas/documentos/indecopi/RESOLUCION%20N%C2%B0%20098-2016-SDC-INDECOPI.pdf)

Al igual que en el caso de Telefónica del Perú, la decisión de INDECOPI emitida en el caso de Claro también fue objeto de una demanda que se encuentra en trámite en el Poder Judicial.

#### **4.2.3 Otras Empresas**

De acuerdo a la página web del MTC<sup>58</sup> las empresas VIETTEL PERÚ S.A.C. y ENTEL PERÚ S.A.C. también habrían acudido a INDECOPI con la finalidad de lograr pronunciamientos de barrera burocrática. Para el caso de Viettel Perú S.A.C. el MTC reportó que

[c]on fecha 28 de febrero de 2017 se notificó a este Ministerio la Resolución N° 0192-2017/CEB-INDECOPI mediante la cual concedió el recurso de apelación interpuesto por el MTC contra la Resolución N° 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° 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° 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 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° 0068-2017/CEB-INDECOPI.

---

<sup>58</sup> Visualizada e impresa el 24 de febrero de 2018 de [https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/obligaciones\\_economicas/obligaciones\\_economicas.html](https://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/obligaciones_economicas/obligaciones_economicas.html).

A la fecha, Viettel Perú S.A.C. ha pagado S/. 7,807,337.00 por concepto de canon anual 2016. Asimismo, tiene pendiente de pago el monto de S/. 7,373,472.85 por canon anual 2016 y finalmente, por concepto de canon anual 2017 debe el monto de S/. 41,865,174.00, los cuales no son exigibles (MTC, Obligaciones Económicas: 2017)

Para el caso de Entel Perú S.A.C. el MTC reportó que

[c]on 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° 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 231° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, y en ese sentido que el Ministerio se abstenga de realizar cualquier acto dirigido al cobro del canon por el período 2017.

Actualmente, Entel Perú S.A. tiene pendiente de pago el monto de S/. 48,978,035.10 por concepto de canon anual 2017, el mismo que no es exigible (MTC, Obligaciones Económicas: 2017).

Aunque la metodología de cálculo para el caso de Teleservicios Privados es distinta a la de Teleservicios Públicos, pero por tratarse del mismo concepto (canon), resulta oportuno verificar que esta clase de empresas operadoras también acudieron a INDECOPI promoviendo sendas declaraciones de barrera burocrática.

**a. Geo Supply Perú S.A.C.**

Mediante Resolución 0098-2010/CEB-INDECOPI del 22 de abril de 2010 confirmada mediante Resolución 1236-2011/SC1-

INDECOPI<sup>59</sup> del 04 de julio de 2011 se declaró fundada la denuncia y en consecuencia inaplicable el Oficio 3143-2009-MTC/27 a través del cual el MTC notificó el monto que la empresa debía cancelar por el canon correspondiente a los años 2008 y 2009 sobre la base del D.S. 020-2007-MTC.

De la misma manera, mediante Resolución 0182-2010/CEB-INDECOPI del 13 de agosto de 2010, confirmada mediante Resolución 1237-2011/SC1-INDECOPI<sup>60</sup> del 04 de julio de 2011, se declaró fundada la denuncia y en consecuencia inaplicable el Oficio 5778-2010-MTC/27 a través del 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 D.S. 020-2007-MTC.

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

[l]a 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 tasa (Resolución 1237-2011/SC1-INDECOPI, fundamento 132).

Resalta en la resolución, el voto en discordia del vocal Juan Ángel Candela Gómez quien consideró que

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

---

<sup>59</sup> Descargada el 20 de enero de 2018 de: [http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

<sup>60</sup> Descargada el 20 de enero de 2018 de: [http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

calificar el canon por el espectro radioeléctrico como una tasa (Resolución 1237-2011/SC1-INDECOPI, voto en minoría).

**b. Megatrack S.A.C.**

Mediante Resolución N° 272-2010-CEB/INDECOPI del 11 de noviembre de 2010, confirmada mediante Resolución N°1238-2011-SC1-INDECOPI<sup>61</sup> del 04 de julio de 2011, declaró fundada la denuncia de barrera burocrática y en consecuencia ilegal la metodología establecida por el inciso d) del numeral 2 del artículo 231 del Decreto Supremo 020-2007-MTC, para calcular el canon por el uso del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio móvil de datos marítimos, materializada en el Oficio 3142-2009-MTC/27.

Los fundamentos son similares al caso de Geo Supply S.A.C. e inclusive también contó con el mismo voto en discordia del vocal Juan Ángel Candela Gómez.

**c. Tesacom Perú S.A.C.**

Mediante Resolución N° 270-2010-CEB/INDECOPI del 11 de noviembre de 2010, confirmada mediante Resolución N°1239-2011-SC1-INDECOPI<sup>62</sup> del 04 de julio de 2011, se declaró fundada la denuncia que declaró barrera burocrática ilegal la metodología establecida por el inciso d) del numeral 2 del artículo 231 del Decreto Supremo 020-2007-MTC, para calcular el canon por el uso del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio público móvil por satélite, materializada en el Oficio 3142-2009-MTC/27.

Los fundamentos son similares al caso de Geo Supply S.A.C. y Megatrack S.A.C. e inclusive también contó con el mismo voto en discordia del vocal Juan Ángel Candela Gómez.

---

<sup>61</sup> Descargada el 20 de enero de 2018 de: [http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

<sup>62</sup> Descargada el 20 de enero de 2018 de: <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

**d. Melquisedec S.R.L.**

De acuerdo a la Resolución 0249-2017/SDC-INDECOPI<sup>63</sup> del 08 de mayo de 2017, se confirmó una medida cautelar, concedida mediante Resolución 0538-2015/CEB-INDECOPI del 15 de diciembre de 2015, a fin que el MTC se abstenga de aplicar hasta que se evalúe en forma definitiva la ilegalidad y/o razonabilidad de la barrera burocrática admitida a trámite, la exigencia del pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicio móvil por satélite, de acuerdo con la metodología de cálculo contenida en el literal d) del inciso 2 del artículo 231 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo 020-2007-MTC, materializada en el Oficio 17288-2011-MTC/27.

---

<sup>63</sup> Descargada el 20 de enero de 2018 de: <http://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal.seam>

## **CAPITULO V: ANÁLISIS**

### **5.1 LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES**

Según se indica en el capítulo 2.2.8 correspondiente a la forma cómo el Estado asigna la explotación de un recurso natural<sup>64</sup>, el artículo 66° de la Constitución está referido a los recursos naturales, renovables y no renovables, en el cual se indica que 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. Este artículo forma parte del Capítulo II “Del Ambiente y los Recursos Naturales”.

En el capítulo 2.2.6 correspondiente a los Tributos<sup>65</sup>, la primera remisión normativa nacional es la Constitución, donde se indica que [l]os 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” (Constitución, artículo 74°). Este artículo se ubica dentro del Capítulo IV “Del Régimen Económico y Presupuestal”.

Las Leyes Orgánicas “[r]egulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución” (Constitución, artículo 106).

Según se refiere en capítulo 2.1.3 “Recursos Materiales: Los Bienes del Estado”, la normatividad referida a los bienes de dominio público, como es el caso de los recursos naturales, cuenta con dos legislaciones principales, destacando la LOASRN.

---

<sup>64</sup> En la página 66 y siguientes.

<sup>65</sup> En la página 47 y siguientes.

La LOASRN expresamente define al espectro radioeléctrico como un recurso natural (artículo 3, literal “e”), mientras que su artículo 13° indica que las “leyes especiales” que regulen el aprovechamiento sostenible de recursos naturales precisarán el sector o sectores del Estado responsables de la gestión de dichos recursos.

La condición de recurso natural, que a la vez constituye una definición de la ITU (ITU 2016: 1) según se indica en el capítulo 2.2.1, se repite en la LdT que indica “[e]s 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” (LdT, artículo 57).

De esta manera, el Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico cumple con lo indicado por la Constitución, porque:

1. Se cumple con la existencia de una Ley Orgánica, que considera al Espectro Radioeléctrico como un Recurso Natural (artículo 3.e de la LOASRN).
2. Se cumple con la existencia de una Ley Especial que regula su aprovechamiento sostenible y que además precisa el sector responsable de su gestión (LdT).
3. Su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectúa según condiciones señaladas en dicha Ley Especial y su reglamento (LdT, artículo 57°).
4. Su creación se encuentra en esta Ley Especial (LdT, artículo 60°).

En base en lo anteriormente expuesto, podemos concluir entonces que sería incorrecto considerar al Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico 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 y cumple la LdT.

Según se indica en el capítulo 2.2.6 referido a los Tributos<sup>66</sup>, las Tasas (y por consiguiente la sub especie Derecho) son 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 Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico no existe tal servicio público individualizado a favor de quien lo paga. Es más, la LdT indica literalmente que “[l]os 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” (LdT, artículo 101).

Este artículo, al enumerar los ingresos recaudados por concepto de “derechos, tasas, canon y multas” ya realiza una diferenciación entre Tasa y Canon y al indicar cuáles son sus destinos precisa que son (i) el desarrollo de las telecomunicaciones y (ii) 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 al artículo 75° de la LdT donde se establece como función adicional del MTC, entre otras, el organizar el sistema de control, monitoreo e investigación del espectro radioeléctrico.

Entonces 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 precisamente consiste en la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

---

<sup>66</sup> En la página 47 y siguientes.

Según se indica en el capítulo 2.2.1, la LdT realiza un ordenamiento en función a los servicios que se brindan a través del espectro radioeléctrico, dentro de los que se encuentran los Teleservicios Públicos<sup>67</sup>.

De acuerdo al artículo 14° in fine de la LdT “[p]ara la prestación de los teleservicios o servicios finales públicos, se requerirá de contrato de concesión”.

Según se indica en el capítulo 2.2.8, La LOASRN maximiza el término Concesión<sup>68</sup> indicando en el artículo 23° que es aprobada por las leyes especiales (como en el caso de la LdT) y que otorga al concesionario el derecho para el aprovechamiento sostenible del recurso natural concedido, en las condiciones y con las limitaciones que establezca el título respectivo.

Por consiguiente, si la LOASRN maximiza a la Concesión e inclusive dispone en el artículo 23° que las 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 concesiones, en lo que les sea aplicable, entonces el CUER termina siendo una categoría de recurso estatal distinta a los Tributos, porque su origen se acerca a relaciones contractuales concesionales, por el simple motivo que adolecen de la auto imposición a que hace referencia el principio de reserva de la ley.

En ese sentido y según se indica en el capítulo 2.2.6, el TF expone que resulta conveniente acudir a la definición de Tributo de la doctrina<sup>69</sup> e indica “[e]l 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 ley” (RTF 416-1-2009 y RTF 9715-4-2008).

---

<sup>67</sup> En la página 19 y siguientes.

<sup>68</sup> En la página 66 y siguientes.

<sup>69</sup> En la página 47 y siguientes.

Si la LdT establece que para brindar Teleservicios Públicos se requiere de contrato de concesión, eso significa que las empresas ejercen su libre albedrío y libertad de empresa al suscribir tales contratos y, por consiguiente, se auto someten a las condiciones existentes para dicho fin.

Ello quiere decir que la definición doctrinaria indicada por el TF no aplica para el caso del CUER, por el simple motivo que el sujeto pasivo (empresa que brinda Teleservicios Públicos) no paga el CUER ni es puesto 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) pues no brindará el Teleservicio Público y por consiguiente no requiere reserva de espectro, no debiendo pagar CUER.

## **5.2 LAS DEFICIENCIAS DE MOTIVACIÓN EN LAS RESOLUCIONES DEL INDECOPI PARA CONSIDERAR AL CANON COMO UN TRIBUTO (TASA – DERECHO), CONFORME CRITERIOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Al tratar la motivación y justificación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional, en la STC 3943-2006-PA/TC, definió las siguientes clases de deficiencias:

- a. Inexistencia de motivación o motivación aparente, que se produce cuando no se da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque la decisión solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- b. Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.

- c. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se produce 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 casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas.
- d. La motivación insuficiente, que se produce cuando hay un mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada; si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.
- e. La motivación sustancialmente incongruente que se produce cuando los órganos judiciales, al resolver las pretensiones de las partes, cometen desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal.
- f. Motivaciones cualificadas, que se produce 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.

Según se indica en el capítulo 4.2, en los casos de Telefónica y Claro, se identificaron 6 argumentos idénticos empleados por INDECOPI a efectos de determinar que el Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico tiene naturaleza tributaria.

El primero de ellos únicamente se refiere al término retribución económica<sup>70</sup> para lo cual 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, por consiguiente, esta motivación

---

<sup>70</sup> Fundamento 56 de la Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Telefónica y fundamento 54 de la Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Claro.

sólo intenta dar un cumplimiento formal, lo que implicaría una inexistencia de motivación o motivación aparente.

En el segundo, referido al método de interpretación histórico a fin de determinar cuál fue la voluntad del legislador al emitir la LOASRN<sup>71</sup>, INDECOPI cita el Dictamen del Proyecto de Ley indicando que se prefirió el término retribución en vez de pago o contraprestación, para observar 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 que el dictamen a que se hace referencia no precisa la naturaleza jurídica del CUER, esta fundamentación podría ser considerada como motivación insuficiente para lo que se decidió.

Además, si el ánimo de INDECOPI fue realizar una interpretación histórica, debió realizarla también respecto de la LdT, con la cual hubiere comprobado que:

a. El D.L. 702 del 05.11.1991 introdujo el mecanismo de concesión y ya diferenciaba a los derechos de las tasas y al CUER

[a]demás 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:

14.- Proponer para su aprobación respectiva, los porcentajes para la aplicación de los derechos, tasas y canon radioeléctricos establecidos por ley. (D.L. 702, artículo 1.14).

b. El Decreto Supremo 006-94-TCC del 11.02.1994 (el primer Reglamento de la LdT) que entró en vigencia 3 años antes que la LOASRN reguló la concesión y también diferenciaba los derechos de las tasas y al CUER

[e]l 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

---

<sup>71</sup> Fundamentos 57 al 59 de la Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Telefónica y fundamentos 55 al 57 de la Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Claro.

obligaciones, conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal (D.S. 006-94-TCC, artículo 116).

El tercero, referido a la carencia de competencia de los informes del MEF presentados por el MTC<sup>72</sup>, el rechazo liminar 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. Consecuentemente, tal rechazo liminar constituiría una deficiencia en la motivación externa.

En el cuarto y quinto, constituidos por las citas de los autores Huamaní Cueva<sup>73</sup> y Hernández Berenguel<sup>74</sup> se aprecia:

- a. Para el caso de la cita a Huamaní Cueva, INDECOPI señala que dicho autor indica que el derecho (tributo género tasa y sub especie 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 Código Tributario; sin embargo INDECOPI emplea dicha frase para afirmar que de ello se desprende que, a criterio de este autor, en la Tasa Derecho no existe un servicio individualizado del Estado propiamente dicho.
- b. Para el caso de la cita a Hernández Berenguel, INDECOPI señala que este autor recalcó que el legislador peruano optó por alejarse por dicha postura y calificar a los ingresos por el uso o aprovechamiento de bienes públicos como un tributo en especie tasa.

Ambos casos podrían constituir falta de motivación interna del razonamiento, por una invalidez de una inferencia a partir de las premisas (citas de autores) además de incoherencia narrativa porque:

- a. Ambos autores sustentaron sus afirmaciones en función a la tarifa por el agua subterránea, creada por el DL 148 (del 12.06.1981) cuyo artículo primero ya la califica como “recurso tributario”.

---

<sup>72</sup> Fundamento 60 de la Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Telefónica y fundamento 58 de la Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Claro.

<sup>73</sup> Fundamentos 70 y 71 de la Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Telefónica y fundamentos 68 y 69 de la Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Claro.

<sup>74</sup> Fundamentos 72 y 73 de la Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Telefónica y fundamentos 70 y 71 de la Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Claro.

- b. Si la tarifa por agua subterránea fue creada como recurso tributario, resulta inoficioso discutir si tiene naturaleza tributaria o no.
- c. El CUER fue establecido por en el año 1991 sin precisar naturaleza jurídica, pero haciendo distinción entre derechos, tasas y canon tanto en la LdT como en su Reglamento.

Adicionalmente, el haber citado a estos autores significa que 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 calificarlo de forma distinta (o tributaria) podría ser considerado como una deficiencia de motivación externa.

El sexto, referido a presuntas diferencias sustanciales entre la regalía minera y el CUER<sup>75</sup> implicaría una potencial falta de motivación interna del razonamiento por la invalidez de una inferencia porque INDECOPI alejaría al espectro radioeléctrico de la condición de recurso natural la cual, recordemos, está considerada expresamente por la ITU, por la LOASRN y por la propia LdT.

Por otro lado y en cuanto a la carencia de razonabilidad declarada respecto de la metodología de cálculo del Canon por el Uso del Espectro radioeléctrico, según se indica en el capítulo 4.2, INDECOPI empleó en los casos de Telefónica y Claro la metodología prevista en la Resolución 182-97-TDC del 16 de julio de 1997 (precedente de observancia obligatoria de INDECOPI) según la cual, de existir indicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional, 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

---

<sup>75</sup> Fundamento 87 de la Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Telefónica y fundamento 86 de la Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Claro.

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 INDECOPI señaló<sup>76</sup> que el MTC no había presentado documentos y/o informes de fecha anterior a la imposición de la medida en los que se acredite la justificación de la metodología.

Respecto a la segunda carga de la prueba, en ambos casos INDECOPI señaló<sup>77</sup> que el MTC tampoco justificó las ventajas de fijar tasas escalonadas en función a la cantidad de móviles activados, sin explicar el por qué el referido criterio resulta ser una medida proporcional.

Respecto a la tercera carga de la prueba, en ambos casos INDECOPI señaló<sup>78</sup> que el MTC tampoco demostró haber evaluado metodologías alternativas que cumplan con los criterios previstos en el artículo 20 de la LOASRN.

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

### **5.3 LAS PRESUNTA COMPETENCIA DEL INDECOPI**

El INDECOPI, fue creado mediante D.Ley 25868 cuyo artículo 26 BIS fue el que diseñó la competencia de la Comisión de Acceso al Mercado “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”.

---

<sup>76</sup> Fundamento 154 de la Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Telefónica y fundamento 161 de la Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Claro.

<sup>77</sup> Fundamento 157 de la Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Telefónica y fundamento 165 de la Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Claro.

<sup>78</sup> Fundamento 162 de la Resolución 00098-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Telefónica y fundamento 169 de la Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI en el caso de Claro.

Esta norma fue modificada mediante las Leyes 28032, 28996, 30230 y 30056 y Decreto Legislativo 1212; Asimismo, fue derogada por el Decreto Legislativo 1256 que aprobó la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas”, norma bajo la cual actualmente se ampara la tramitación de causas.

Es importante conocer cuál fue la evolución de las competencias de INDECOPI, a efectos de verificar si los diversos casos de Barrera Burocrática relativos al CUER contaron o no con marco normativo que le hubiere permitido emitir pronunciamiento.

La norma original no tuvo una delimitación precisa a efectos de determinar cuándo se encontraba frente a una potencial barrera burocrática, más allá de la propia definición conceptual

[1]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°s. 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios 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 artículo” (artículo 26 BIS del D.Ley 25868).

INDECOPI entonces se encontró con un abanico amplio de posibilidades a efectos de determinar su competencia, pero con una única restricción evidente: la Ley o norma de igual categoría, en el entendido que al ser creadas bajo el criterio de autodeterminación representativa, el Congreso emite leyes que no pueden ser objeto de un proceso de barrera burocrática, sino de un proceso de

Inconstitucionalidad como vía natural y residualmente, de cuestionamiento vía proceso de Amparo, siempre y cuando se trate de norma autoaplicativa<sup>79</sup>.

Otro aspecto restrictivo es la posibilidad de sobreponer competencias respecto de los procesos de Acción Popular, el cual está constitucionalmente reservado para el Poder Judicial como garantía constitucional respecto de los Reglamentos, Normas Administrativas, Resoluciones y Decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

Sin embargo la diferencia radicaría en la consecuencia de uno y otro. Los procesos de barrera burocrática, bajo el diseño previsto en el artículo 26 BIS, implicaban que la declaración de una barrera burocrática sea inaplicable sólo 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.

Entonces, siendo el abanico amplio para INDECOPI, su intervención como órgano resolutor “para cada caso en particular” podría haberse visto justificada para el caso del CUER, en el entendido que el cuestionamiento apuntaba a los Decretos Supremos que establecieron las formas cómo se calculaba el mismo.

Sin embargo, la premisa contenida en el artículo 26 BIS del D.Ley 25868 es que se “impongan barreras burocráticas”, motivo por el cual y según definición de la RAE<sup>80</sup> ello 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 espectro competencial del INDECOPI.

---

<sup>79</sup> STC 00051-2011-PA/TC emitida con motivo de la demanda de amparo promovida por Peruval Corp S.A. contra el MTC a 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 traten de normas autoaplicativas, operativa o denominada también de eficacia inmediata; esto es, aquella cuya sola puesta en vigencia incide en el contenido constitucional protegido de los derechos fundamentales.

<sup>80</sup> Visualizado el 20 de enero de 2018 en <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=imponer>

Otro aspecto que no debe pasar desapercibido es la concepción general bajo la cual INDECOPI se consideró competente porque, al desarrollar cada caso de barrera burocrática, lo hizo considerando que el CUER era un Tributo, género Tasa y especie Derecho y por consiguiente, subrogó en competencia al TF.

Según se indica en el capítulo 4.1, es atribución del TF<sup>81</sup> “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 determinación de la obligación tributaria”.

Por ello resalta que INDECOPI omitió que el precedente de observancia obligatoria contenido indica que está destinada para

[e]valuar si aquellas exigencias impuestas por las entidades integrantes de la Administración Pública - incluso aquéllas 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 continuación (...) (Resolución 182-97-TDC, segundo resolutivo).

Por consiguiente, la intervención de INDECOPI en el caso del CUER, podría admitirse siempre y cuando: (i) no se hubiere impuesto mediante Ley y (ii) no se le considere como Tributo, género Tasa, especie Derecho.

Esta norma fue derogada y en la actualidad el D.Leg. 1256 define a una barrera burocrática como “[e]xigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a 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,

---

<sup>81</sup> En la página 77 y siguientes.

prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad” (D.Leg. 1256, artículo 3º)

Resalta que esta última norma contiene una relación de actuaciones que no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de dicha ley

[s]in 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° 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 barrera.

(D.L. 1256, artículo 3).

Según se puede apreciar, el D.Leg. 1256 ha delimitado el espectro de competencia de INDECOPI, resaltando que ya no es de su competencia el declarar como barrera burocrática aquellas controversias referidas a aspectos contencioso-tributarios, en especial, aquellas vinculadas a la correcta o incorrecta determinación de un tributo en un caso concreto, conforme literal g).

Por consiguiente y a partir de la vigencia del D.L. 1256 (09 de diciembre de 2016) INDECOPI ya no resulta competente para conocer ni declarar como barrera burocrática cualquier aspecto relacionado al CUER, en caso continúe considerándolo como un Tributo, género Tasa, especie Derecho.

De la misma 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 es catalogada por la propia norma como una actuación que no se considera barrera burocrática, según literal b).

Cabe resaltar que la Primera Disposición Complementaria, Final y Transitoria del D.Leg. 1256 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 la Sala que se encuentren en trámite, continúan siendo tramitados bajo las normas anteriores.

Recordemos una vez más que el artículo 26 BIS del D.Ley 25868, norma bajo la cual se tramitan todos los procesos de barrera burocrática aludidos en la presente Tesis, está referido a actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impidan u obstaculicen, ilegal o irracionalmente, el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

Por consiguiente, desde el punto de vista financiero, las empresas de Teleservicios Públicos debieron realizar estudios de mercado y análisis

financieros que les habrían convencido que operar en el Perú era un negocio rentable pese a tener que pagar un CUER que: (i) ya estaba establecido en la LdT y (ii) ya contaba con una metodología de cálculo pre establecida. De esta manera:

- a. 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 fueron interpuestas luego que éstas accedieron al mercado.
- b. Resulta poco veraz argumentar que el CUER impide la permanencia de las empresas de Teleservicios Públicos en el mercado, debido a que debieron realizar estudios de mercado y análisis financieros que les habrían convencido, ex ante, que operar en el Perú era un negocio rentable pese a las exigencias legales para hacerlo, lo que incluye al Canon.

Según se aprecia del Anexo XII “Caso práctico de Análisis” la telefonía celular ha venido creciendo de manera tal que pese al REG1:

1. Hubo crecimiento de penetración de telefonía celular en los hogares peruanos, alcanzando al 2016 el 87.7% (de al menos un miembro de la familia con celular), descartando el argumento que la metodología de cálculo desincentiva la expansión de telecomunicaciones.
2. El impacto con o sin REG1 no fue material, como para determinar que el CUER perturbó la permanencia en el mercado de Telefónica.

En vista de los análisis anteriormente realizados, cuento con argumentos suficientes para dar opinión respecto de las hipótesis que planté en el Capítulo III conforme lo siguiente:

1. El Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico en el Perú no puede ser considerado como tributo y por consiguiente no es impuesto, ni tasa ni contribución, porque:
  - a. La LOASRN es una Ley Orgánica que (i) considera al Espectro Radioeléctrico como un Recurso Natural e (ii) indica que las leyes especiales son las que regulan el aprovechamiento sostenible de recursos naturales.

- b. La LdT es la Ley Especial que (i) regula el uso y otorgamiento del Espectro Radioeléctrico, fijando también sus condiciones y que además (ii) creó el CUER.
  - c. 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.
  - d. Para brindar Teleservicios Públicos se requiere contrato de concesión, por lo que las empresas ejercen su libre albedrío y libertad de empresa al suscribir tales contratos y, por consiguiente, se auto someten a las condiciones existentes para dicho fin, lo que incluye el pago del CUER.
  - e. El CUER termina siendo una categoría de recurso estatal distinta a los Tributos, porque su origen se acerca a relaciones contractuales concesionales, adoleciendo de la auto imposición a que hace referencia el principio de reserva de la ley.
2. El Canon por el uso del espectro radioeléctrico no constituye una barrera burocrática, porque:
- a. Fue impuesto por una Ley, la cual no puede ser cuestionada por INDECOPI como barrera burocrática.
  - b. En el supuesto negado que pudiese hacerlo y que su naturaleza fuese tributaria, no correspondería a INDECOPI verificar cuestionamientos a su determinación (metodología de cálculo) sino al Tribunal Fiscal.
  - c. Las empresas de Teleservicios Públicos debieron realizar estudios de mercado y análisis financieros que les habrían convencido que operar en el Perú era un negocio rentable pese a tener que pagar un Canon que: (i) ya estaba establecido en la LdT y (ii) ya contaba con una metodología de cálculo pre establecida.
  - d. Todas las denuncias de barrera burocrática efectuadas por empresas de Teleservicios Públicos, fueron interpuestas luego que éstas accedieron al mercado.
  - e. Hubo crecimiento de penetración de telefonía celular en los hogares peruanos, alcanzando al 2016 un promedio de 87.7% (de al menos un

miembro de la familia con celular), descartando el argumento que la metodología de cálculo desincentiva la expansión de telecomunicaciones.

- f. El impacto con o sin REG1 no fue material, como para determinar que el CUER perturba la permanencia en el mercado de Telefónica.

## **CAPITULO VI:**

### **CONCLUSIONES**

#### **1. Respetto de los Objetivos Generales:**

- a. La contraprestación por el espectro radioeléctrico, cuya metodología de cálculo se desarrolla en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones:
  - No se ajusta a las mejores prácticas internacionales, dado que conforme se demuestra en el capítulo 2.2.4 la recomendación de la ITU es una metodología econométrica que implique un benchmarking al que no se hace referencia ni en la exposición de motivos del REG1, REG2 o REG3.
  - El caso práctico de análisis verificado en el Anexo XII, demuestra que el CUER bajo el REG1 no es material en los resultados, mientras que el REG2 únicamente disminuyó el monto a pagar teniendo como consideración las declaraciones de barrera burocrática efectuadas por INDECOPI, aunque éstas fuesen erradas según se demuestra en el capítulo 5.2.
  - De acuerdo al capítulo 2.2.3 existe ausencia de criterios empleados para la elaboración del REG1, REG2 y REG3. Ello impide determinar si protege los intereses del Estado, de manera tal que no se malbarate los recursos naturales de la Nación.
  - Permite la competencia, en el entendido que la metodología de cálculo es la misma para todas las empresas y por consiguiente, continúa siendo el mismo insumo que éstas requieren para las telecomunicaciones.
  - No se ajusta a la doctrina del derecho, por cuanto (i) el término Canon resulta ser un término jurídico con un significado distinto en la Constitución. Ello obedece a que tuvo especial empleo en el derecho civil y no en el derecho constitucional ni administrativo, según se comprueba en el capítulo 4.1; (ii) ello se demuestra al analizar las motivaciones empleadas por INDECOPI en el capítulo 5.2 y (iii) con el análisis de la presunta competencia de INDECOPI desarrollado en el capítulo 5.3
  - No se ajusta a la doctrina tributaria, por cuanto tiene un fin específico previsto en la propia LdT: el desarrollo de las telecomunicaciones, control y 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 el CUER, lo cual es indispensable en las Tasas, conforme se capítulo 2.2.6 y 5.1.

- b. La naturaleza del Canon por el uso del espectro radioeléctrico, a efectos de despejar la incertidumbre creada por diversas posiciones técnicas del INDECOPI, el TF y el MTC, dado que los primeros lo califican como tributo mientras el último niega su naturaleza tributaria:
- El denominado CUER no es un tributo y por consiguiente no es una Tasa ni un Derecho, es una contraprestación o retribución económica extra tributaria que tiene naturaleza de derecho público por estar cimentada en los contratos de concesión respecto de recursos naturales, según se demuestra en el capítulo 5.1.
  - Para la legislación peruana actual, un Canon es una fórmula redistributiva de ingresos, independientemente si tales ingresos son tributarios o extra tributarios, conforme definición prevista en la Constitución expuesto en el capítulo 5.1.

## **2. Respetto de los Objetivos Específicos:**

Discernir si las entidades públicas: MTC, INDECOPI y TF, han tratado el Canon por el uso del espectro radioeléctrico bajo la naturaleza jurídica que verdaderamente le corresponde:

- INDECOPI y el TF no han tratado al CUER bajo la naturaleza jurídica que verdaderamente le corresponde, por considerarlo un tributo, cuando no lo es.
- El MTC ha tratado al CUER bajo la naturaleza jurídica que corresponde, aunque continúa empleando el término Canon, lo que resulta inadecuado en el entendido que, de acuerdo a la Constitución, éste 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 que operar en el Perú era un negocio rentable pese a tener que pagar un Canon que: (i) ya estaba establecido en la LdT y (ii) ya contaba con una metodología de cálculo pre establecida. Por

consiguiente El CUER no obstaculiza ni impide el ingreso al mercado o su permanencia en él, por el simple motivo que todas las denuncias de empresas de Teleservicios Públicos fueron interpuestas luego que éstas accedieron al mercado.

- La metodología no constituye un obstáculo para el crecimiento del servicio de telecomunicaciones en zonas donde no se brinda dicho servicio porque (i) hubo crecimiento de penetración de telefonía celular desde el 2012 en los hogares peruanos, alcanzando al 2016 el 87.7% (de al menos un miembro de la familia con celular) y (ii) el impacto en las ganancias netas, con o sin REG1 no fue material, como para determinar que el CUER perturba la permanencia en el mercado, descartando el argumento que la metodología de cálculo desincentiva la expansión de telecomunicaciones.
- De la evaluación de los distintos escenarios de optimización para una metodología de cálculo adecuada o justa, debe preferirse el modelo econométrico a que hace referencia la ITU porque incluye un benchmarking que incluiría un análisis comparativo de resultados en el negocio de Teleservicios Públicos.
- De esta manera el CUER implicaría por un lado que las empresas de telecomunicaciones mantengan rentabilidad en sus negocios sin que se malbarate el patrimonio de la Nación, lo que se traduce en un pago justo a favor del Estado.

## **CAPITULO VII: RECOMENDACIONES**

Al MTC: reforzar su defensa técnica empleando análisis financieros que acrediten que el CUER no es material para la permanencia de las empresas en el mercado, evidenciar las deficiencias de motivación que se han venido empleando 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.

Al INDECOPI: evitar deficiencias de motivación y reevaluar su competencia para intervenir en los procesos que acusan la metodología de cálculo del CUER como una barrera burocrática.

AL TRIBUNAL FISCAL: precisar la RTF 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.

## **ANEXOS**

- I. Resolución 0098-2016/SDC-INDECOPI.
- II. Resolución 0117-2016/SDC-INDECOPI.
- III. Resolución del Tribunal Fiscal 09715-4-2008.
- IV. Resolución del Tribunal Fiscal 01142-Q-2017.
- V. Informe N° 1284-2013-EF/42.01.
- VI. Memorando N° 991-2017-MTC/27.
- VII. Oficio Múltiple N° 914-2015-PCM/SG.
- VIII. Obligaciones Económicas de Telefónica S.A.A., América Móvil Perú S.A.C. Viettel Perú S.A.C. y Entel Perú S.A.C.
- IX. La República on line: Movistar y Claro se libran de millonario pago al Estado peruano por canon.
- X. América TV on line: Movistar y Claro dejan de pagar 247 millones al Estado por canon.
- XI. Gestión on line: MTC vs Movistar y Claro: ¿Estado puedo perder millones?
- XII. Caso práctico de análisis.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Aparicio, E. (2014). *Análisis de la naturaleza jurídica de las contraprestaciones económicas por la explotación de recursos naturales: Caso del Canon por Uso del Espectro Radioeléctrico*. Tesina de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (2010). *Regulación económica de los servicios públicos*. Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Autoridad Portuaria Nacional (2014). *Compendio Normativo*. Lima.
- Bravo, J. (2015). *Fundamentos de Derecho Tributario*. Lima: Juristas Editores E.I.R.L.
- Carrillo, S. (2011). *Estudio para mejorar la administración del espectro radioeléctrico en el Perú*. Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cervantes, D. (2000). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Rodhas S.A.C.
- Chirinos, E. (1995). *Lectura y Comentarios. Constitución de 1993*. 2ª ed. Lima: Editora Piedul S.R.L.
- Código Civil de 1984. Juristas Editores.
- 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. y Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú ENTEL PERÚ*. Congreso de la República.
- Cuadros, C. (1996). *Derechos Reales*. Lima: Editorial Fecat E.I.R.L.
- Danos, J. (2001). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Ara Editores.
- Danos, J. (2006). *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Círculo de Derecho Administrativo.
- Decreto con Fuerza de Ley 1, Código Civil de la República de Chile.
- Decreto Legislativo 1057, Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.
- Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.
- Decreto Legislativo 276, Promulgan la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.
- Decreto Legislativo 702, Declaran de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la Promoción de Inversión Privada en telecomunicaciones.
- Decreto Legislativo 728, Dictan Ley de Fomento del Empleo.
- Decreto Legislativo 771, Ley Marco del Sistema Tributario Nacional.
- Decreto Ley 19020, Ley General de Telecomunicaciones.
- Decreto Ley 26096, Aprueban capítulos complementarios de las Normas que regulan la Promoción de Inversión Privada en Telecomunicaciones.

Decreto Supremo N° 002-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Formación y Promoción Laboral.

Decreto Supremo N° 020-98-MTC, Aprueban los lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú.

Decreto Supremo N° 093-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley General de Telecomunicaciones.

Decreto Supremo N° 003-2004-MTC, Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional.

Decreto Supremo N° 003-2018-MTC, Decreto Supremo que modifica el literal a) del numeral 2 del Artículo 231 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC.

Decreto Supremo N° 005-2002-EF, Aprueban Reglamento de la Ley de Canon.

Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444.

Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

Decreto Supremo N° 020-98-MTC, Aprueban los lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú.

Decreto Supremo N° 043-2006-MTC, Reglamento de Canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles.

Decreto Supremo N° 052-2010-MTC, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico aplicable a los Servicios Públicos: Móvil por Satélite y Móvil de Datos Marítimo por Satélite.

Decreto Supremo N° 064-2010-PCM, Decreto Supremo que aprueba la metodología de determinación de costos de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad comprendidos en los Textos Únicos de Procedimientos Administrativos de las Entidades, Públicas, en cumplimiento del numeral 44.6 del artículo 44 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Decreto Supremo N° 135-99-EF, Texto Único Ordenado del Código Tributario.

Decreto Supremo N° 156-2004-EF, Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal (Decreto Legislativo 776).

Diálogo con la Jurisprudencia (2006). *La Constitución en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Fernando, M.; Gonzales, M.; Gonzales, M.; Fernández, D. (2016) *IV Cuadernos de Derecho Administrativo. Bienes Públicos*. 2ª ed. Salamanca: Ratio Legis.

Gonzales, C. (2009). *Efecto de los impuestos en la competencia de redes móviles: una ampliación del modelo de Laffont, Rey y Tirole*. Lima: Sub Gerencia de Investigación, Gerencia de Políticas de Regulatorias de OSIPTEL.

- Guzmán, C. (2007). *El Procedimiento Administrativo*. Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- Hernández, L. (2008) *La Tarifa por utilización de aguas subterráneas en Lima y Callao y la Tributación Ambiental*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Círculo de Derecho Administrativo.
- Huapaya, R. (2006). *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. (1997). *Resolución N°182-97-TDC del 20 de agosto de 1997*. Expediente 036-96-CAM.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. (2011a). *Resolución N°1236-2011-SC1/INDECOPI del 4 de julio de 2011*. Expediente 000155-2009/CEB-INDECOPI.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. (2011a). *Resolución N°1237-2011-SC1/INDECOPI del 4 de julio de 2011*. Expediente 000057-2013/CEB-INDECOPI.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. (2011b). *Resolución N°1238-2011-SC1/INDECOPI del 4 de julio de 2011*. Expediente 000131-2013/CEB-INDECOPI.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. (2011c). *Resolución N°1239-2011-SC1/INDECOPI del 4 de julio de 2011*. Expediente 000113-2013/CEB-INDECOPI.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. (2012). *Resolución N°0355-2012-CEB/INDECOPI del 11 de diciembre de 2012*. Expediente 000146-2012/CEB.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. (2013). *Resolución N°0311-2013-CEB/INDECOPI del 25 de julio de 2013*. Expediente 000093-2013/CEB.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. (2016a). *Resolución N°0098-2016-SDC/INDECOPI del 19 de febrero de 2016*. Expediente 000146-2012/CEB.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. (2016b). *Resolución N°0117-2016-CEB/INDECOPI del 04 de marzo de 2016*. Expediente 000093-2013/CEB.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. (2017). *Resolución N°0249-2017-SDC/INDECOPI del 8 de mayo de 2017*. Expediente 00344-2015/CEB (CUADERNO CAUTELAR).
- Jiménez, R. (2010). *Comentarios al Sistema Nacional de Bienes Estatales*. Lima: Arial Editores S.A.C.

- Laguna, J.C. (2010). *Telecomunicaciones: Regulación y Mercado*. 3ª ed. Madrid: Thomson Reuters.
- Ley 26,994, Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina.
- Ley 26285, Disponen la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia.
- Ley 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales.
- Ley 27506, Ley de Canon.
- Ley 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional
- Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.
- Ley 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.
- Ministerio de Economía y Finanzas. Oficina General de Asesoría Jurídica (2013) *Informe N° 1284-2013-EF/42.01*.
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (2017). *Memorando N°991-2017-MTC/27*. Dirección General de Concesiones en Comunicaciones.
- Morón, J. (2009). *Comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Neyra, A. (2005). *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Juristas Editores E.I.R.L.
- Novoa, G. (2010). El Principio de la Capacidad Contributiva. Lima: Derecho & Sociedad Asociación Civil.
- Olivos, M (2011). *Fundamentos constitucionales de la economía social de mercado en la economía peruana*. Revista de Investigación Jurídica IUS.
- Pacheco, L; Argandoña, D.; Aguilar J. (2014). *El Espectro Radioeléctrico como herramienta para la promoción de la expansión de los servicios móviles y la competencia en el Perú*. OSIPTEL.
- Paredes, J. (2014). *La capacidad contributiva en los impuestos desde la perspectiva del Estado Constitucional: relativización de los índices o manifestaciones de riqueza*. Tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Presidencia del Consejo de Ministros (2015). *Oficio Múltiple N°914-2015-PCM/SG*. Secretaría General.
- Ramírez, E. (2007). *Tratado de Derechos Reales*. 3ª ed. Lima: Editorial Rodhas S.A.C.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil del Reino de España.
- Revoredo, D. (1988). *Antecedentes Legislativos. Comparación con el Código de 1936*. 2ª ed. Lima: Talleres Industria Avanzada.
- Rivadeneira, J. (2009). *Economía Social de Mercado*. Quito: Fundación Konrad Adenauer.

- Robles, C.; Ruiz de Castilla, F.; Bravo J.; Villanueva, W. (2016) *Código Tributario: Doctrina y Comentarios*. 4ª ed. Lima: Instituto Pacífico.
- Sánchez, M. (2011). *La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 14.
- Senado de España (2016). *Constitución Española*. 14ª ed. Madrid: Grafo Industrias Gráficas.
- Soto, G.; Grandez, R. (2016). *Aporte por regulación, canon por espectro radioeléctrico y tasa por explotación comercial: aspectos tributarios de las telecomunicaciones*. Lima: Editorial Themis
- Tribunal Constitucional (1997). *Sentencia de fecha 30 de enero de 1997*. Expediente 006-96/I-TC.
- Tribunal Constitucional (2003a). *Sentencia de fecha 11 de noviembre de 2003*. Expediente 0008-2003-AI/TC.
- Tribunal Constitucional (2003b). *Sentencia de fecha 19 de diciembre de 2003*. Expediente 2727-2002-AA/TC.
- Tribunal Constitucional (2004). *Sentencia de fecha 11 de octubre de 2004*. Expediente 02192-2004-AA/TC.
- Tribunal Constitucional (2005a). *Sentencia de fecha 17 de enero de 2005*. Expediente 03315-2004-AA.
- Tribunal Constitucional (2005b). *Sentencia de fecha 1 de abril de 2005*. Expediente 0048-2004-PI/TC.
- Tribunal Constitucional (2005c). *Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2005*. Expediente 1520-2004-AA/TC.
- Tribunal Constitucional (2006). *Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2006*. Expediente 03943-2006-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2008). *Sentencia de fecha 28 de febrero de 2008*. Expediente 10324-2006-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2010). *Sentencia de fecha 7 de setiembre de 2010*. Expediente 0002-2010-PI/TC.
- Tribunal Constitucional (2011a). *Sentencia de fecha 31 de mayo de 2011*. Expediente 0051-2011-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2011b). *Sentencia de fecha 13 de diciembre de 2011*. Expediente 2835-2010-PA/TC.
- Tribunal Constitucional (2013). *Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.
- Tribunal Fiscal (2008). *Resolución N°09715-4-2008 del 12 de agosto de 2008*. Expediente 4037-2008.

- Tribunal Fiscal (2009a). *Resolución N°416-1-2009 del 15 de enero de 2009*. Expediente 13338-2004.
- Tribunal Fiscal (2009b). *Resolución N°2836-5-2009 del 26 de marzo de 2009*. Expediente 435-2009.
- Tribunal Fiscal (2010). *Resolución N°01234-7-2010 del 2 de febrero de 2010*. Expediente 13560-2009.
- Tribunal Fiscal (2012). *Resolución N°03908-1-2012 del 16 de marzo de 2012*. Expediente 2685-2012.
- Tribunal Fiscal (2017). *Resolución N°01142-Q-2017 del 4 de abril de 2007*. Expedientes 3741-2017, 3742-2017 y 3743-2017.
- Unión Internacional de Telecomunicaciones (2016). *Directrices de política y aspectos económicos de asignación y uso del espectro radioeléctrico*. Ginebra: Oficina de Desarrollo de las Telecomunicaciones.