

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS
BUROCRÁTICAS
DENUNCIANTE : TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
DENUNCIADO : MINISTERIO DE TRANSPORTES Y
COMUNICACIONES
MATERIA : BARRERAS BUROCRÁTICAS
LEGALIDAD
RAZONABILIDAD
ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
EN GENERAL

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI del 11 de diciembre de 2012, en el extremo que declaró fundada la denuncia; y, modificando sus fundamentos se declara barrera burocrática carente de razonabilidad la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles, contenida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC y en los Oficios 5903-2012-MTC/12 del 27 de febrero de 2012 y 17727-2012-MTC/27 del 11 de junio de 2012.

La razón es que la metodología cuestionada es legal en atención a que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones: (i) es competente para establecerla, (ii) cumplió con los procedimientos y formalidades necesarios para su aprobación; y (iii) las normas especiales (Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, su reglamento así como la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales) no contemplan la obligación que la referida metodología de cálculo se deba determinar en función al criterio “costo del servicio”; sin embargo, dicha entidad no cumplió con presentar documentación que acredite que la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico fijada en función la cantidad de terminales móviles activados al 31 de diciembre del año anterior sea razonable.

Así, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no acreditó documentalmente durante el procedimiento que, de manera previa a la imposición de la metodología cuestionada, evaluó o justificó: (i) la necesidad de que ésta se encuentre fijada en función a “la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior”, (ii) la proporcionalidad de la misma; y, (iii) que analizó la existencia de metodologías alternativas que usen criterios distintos al de la “cantidad de terminales móviles activados al 31 de diciembre del año anterior”, así como los motivos por las que estas fueron descartadas.

Finalmente, este Colegiado considera conveniente precisar que comparte la preocupación del Ministerio en que resulta necesario y legal, exigir el pago de un canon por el uso del espectro radioeléctrico a los usuarios del mismo.

Sin embargo, en atención a las competencias otorgadas a esta Sala en los artículos 26BIS del Decreto Ley 25868, 23 del Decreto Legislativo 1033 y 2 de la Ley 28996 y dado que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones no cumplió con acreditar documentalmente la razonabilidad de la metodología de cálculo de dicho cobro fijada en función a la “cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior”, este colegiado se encuentra en la obligación de declarar que la misma es una barrera burocrática carente de razonabilidad.

Lima, 19 de febrero de 2016

I. ANTECEDENTES

1. El 18 de junio de 2012, Telefónica del Perú S.A.A.¹ (en adelante, la denunciante) denunció² al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) del Indecopi por la imposición de una presunta barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles contenida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo 020-2007-MTC³ y

¹ La denuncia fue interpuesta por Telefónica Móviles S.A. Sin embargo, el 18 de noviembre de 2014, Telefónica del Perú S.A.A. puso en conocimiento de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, Sala) que el 18 de septiembre de 2014 integró a Telefónica Móviles S.A a su empresa a través de una fusión por absorción. En atención a ello, por Resolución 094-2015/SDC-INDECOPI del 16 de febrero de 2015, la Sala tuvo por sustituida a Telefónica Móviles S.A. por Telefónica del Perú S.A.A. en el presente procedimiento, toda vez que operó la sucesión procesal de la parte denunciante.

² Adicionalmente, la denunciante solicitó a la Comisión, en calidad de medida cautelar, que disponga la inaplicación de la metodología de cálculo cuestionada a su favor hasta que emita la resolución final del caso. Sin embargo, el 28 de junio de 2012, presentó un escrito desistiendo de dicho pedido, el cual fue aceptado por la Comisión mediante Resolución 0177-2012/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2012.

³ **DECRETO SUPREMO 020-2007-MTC, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**
ARTÍCULO 231.- CANON ANUAL

El canon anual que deben abonar los titulares de concesiones o autorizaciones por concepto del uso del espectro radioeléctrico, se calcula aplicando los porcentajes que se fijan a continuación sobre la UIT, vigente al primero de enero del año en que corresponde efectuar el pago.

(...)

2. TELESERVICIOS PÚBLICOS.

a) Servicio telefónico móvil, servicio de comunicaciones personales y teleservicio móvil de canales múltiples de selección automática (troncalizado).

En función de la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior:

materializada en los Oficios 5903-2012-MTC/12 del 27 de febrero de 2012 y 17727-2012-MTC/27 del 11 de junio de 2012.

2. La denunciante señaló lo siguiente:

- (i) La presente denuncia no tiene como objeto cuestionar la facultad del Estado para exigir el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico, la cual se desprende del artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC⁴ (en adelante, Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC).
- (ii) La materia denunciada versa sobre la metodología utilizada por el MTC para calcular el canon por el uso del espectro radioeléctrico, la cual ha sido fijada en el Decreto Supremo 020-2007-MTC de una forma arbitraria y sin observar las reglas de legalidad, razonabilidad y proporcionalidad.
- (iii) Cabe indicar que a través del Decreto Supremo 027-2004-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (norma actualmente derogada) se estableció una metodología de cálculo del canon para los servicios públicos móviles en función a la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior.
- (iv) En el año 2006, el MTC consideró necesario revisar dicha metodología de cálculo a fin de coadyuvar al uso eficiente del espectro radioeléctrico bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por esta razón, emitió un proyecto de régimen especial en el que indicó que la metodología general no contaba con sustento técnico, no respondía a los avances tecnológicos ni a las recomendaciones internacionales sobre la materia e incluso penalizaba la expansión del servicio de telefonía móvil⁵.

De 1 a 300, 000 terminales móviles: 0.35% de UIT por terminal móvil.
De 300,001 a 1'500,000 terminales móviles:0.30% de UIT por terminal móvil.
De 1'500,001 a 3'000,000 terminales móviles: 0.25% de UIT por terminal móvil.
De 3'000,001 a más terminales móviles: 0.20% de UIT por terminal móvil.
(Subrayado nuestro)

⁴ De acuerdo al artículo 1 del Decreto Supremo 092-93-PCM, la sigla TCC identifica al MTC. Posteriormente, por Decreto Supremo 039-94-PCM, publicado el 20 de mayo de 1994 se estableció que la sigla que identificaría a dicho ministerio es MTC.

⁵ El proyecto fue publicado en el diario oficial "El Peruano" el 24 de octubre de 2006.

- (v) Este proyecto dio lugar a la aprobación de una nueva metodología de cálculo del canon para los servicios públicos móviles en función a variables como el ancho de banda, cobertura, entre otras aprobada por Decreto Supremo 043-2006-MTC, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 28 de diciembre de 2006 (en adelante, “Régimen Especial”). Este Régimen Especial solo resultaba aplicable para aquellos operadores que cumplieran con determinadas condiciones⁶. Así, los operadores que no se acogieran al Régimen Especial debían efectuar el pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico en virtud a la metodología establecida en el Decreto Supremo 027-2004-MTC y sus modificatorias.
- (vi) La misma metodología de cálculo contenida en el Decreto Supremo 027-2004-MTC se encuentra actualmente prevista en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Decreto Supremo 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC) publicado en el diario oficial “El Peruano” el 4 de julio de 2007.
- (vii) En anteriores pronunciamientos sobre esta materia⁷, la Sala consideró que el canon por la utilización del espectro radioeléctrico tiene la naturaleza de tasa en la modalidad de derecho por el uso o aprovechamiento de bienes públicos, por lo que su creación debe efectuarse según las reglas previstas para las “tasas” en la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario (en adelante, Código Tributario) aprobado por Decreto Supremo 133-2013-

⁶ **DECRETO SUPREMO 043-2006-MTC**
DISPOSICIONES GENERALES
ARTÍCULO 3.- OBJETO DEL REGLAMENTO.-

El compromiso de expansión a que se hace referencia en el artículo precedente está referido a la expansión del Servicio público móvil, en 250 distritos de aquellos seleccionados por el Ministerio (...).(sic)

⁷ La denunciante hace referencia a las Resoluciones 1236-2011/SC1-INDECOPI, 1237-2011/SC1-INDECOPI, 1238-2011/SC1-INDECOPI y 1239-2011/SC1-INDECOPI, las cuales fueron emitidas por la Sala Defensa de la Competencia N° 1 (actualmente, Sala Especializada en Defensa de la Competencia) el 4 de julio de 2011 en el marco de los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas seguidos por diversas empresas distintas a la denunciante, contra el MTC por la imposición de una presunta barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico contenida en el literal d) del inciso 2 del artículo 231 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

En dichos pronunciamientos, la Sala, con una conformación distinta, sostuvo que el canon por el uso del espectro radioeléctrico tiene naturaleza de tasa en la modalidad de derecho según lo previsto en la Norma II del Código Tributario. Adicionalmente, refirió que dado que el Ministerio no cumplió con acreditar que el monto cobrado responda a los costos en los que incurre por la administración y supervisión del sistema de asignación del espectro radioeléctrico o al costo de oportunidad por haberse dejado de desarrollar algún uso alternativo, la metodología de cálculo utilizada constituía una barrera burocrática ilegal.

EF. Adicionalmente, la Sala indicó que su determinación debe realizarse en función al costo de los servicios prestados por el Estado o comprender una suma que refleje el costo de oportunidad por haberse dejado de desarrollar algún uso alternativo sobre dicho bien.

- (viii) La metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico previsto en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC, utiliza como referencia la cantidad de terminales móviles activados al 31 de diciembre del año anterior (en adelante, Régimen General), a pesar de que dicha variable no refleja los costos por la administración del espectro radioeléctrico.
- (ix) El MTC ha reconocido en la exposición de motivos del proyecto del Régimen Especial, posteriormente aprobado por Decreto Supremo 043-2006-MTC, que la metodología contenida en el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, en esa fecha aprobado por Decreto Supremo 027-2004-MTC, penalizaba la expansión del servicio de telecomunicaciones.
- (x) La fórmula del Régimen General, actualmente prevista en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC, dificulta la prestación de los servicios de telecomunicaciones de manera desproporcionada, toda vez que genera costos excesivos para las empresas de telefonía pues les impide el desarrollo adecuado de sus actividades económicas.
- (xi) Asimismo, la metodología de cálculo denunciada es desproporcionada, dado que si bien el porcentaje de la Unidad Impositiva Tributaria pagado por cantidad de terminales móviles activados es decreciente, a mayor número de líneas, los costos totales que deben asumir las empresas operadoras se incrementarán generando un desincentivo a la expansión de sus servicios.
- (xii) En tal sentido, la metodología de cálculo denunciada: (a) genera costos excesivos pues impide el desarrollo adecuado de sus actividades económicas, (b) es desproporcional por cuanto la fórmula fijada en función a terminales móviles activados penaliza la expansión de las telecomunicaciones, el cual es un objetivo previsto en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones aprobados por Decreto Supremo 020-98-MTC y (c) no resulta ser la opción menos gravosa, lo cual se acreditaría, por ejemplo, con la existencia de una metodología de cálculo alternativa prevista en el Régimen Especial. Por tanto, la medida cuestionada sería una barrera burocrática carente de razonabilidad.

- (xiii) De acuerdo al Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones publicado por el Banco Mundial⁸ y el documento denominado “Análisis del Canon por Uso del Espectro Radioeléctrico” elaborado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel)⁹ el cobro que se realiza por la utilización del espectro radioeléctrico debe responder a los costos de administración de dicho recurso a fin de no imponer barreras a la entrada.
- (xiv) Pese a que la medida denunciada es una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad, por Oficios 5903-2012-MTC/12 del 27 de febrero de 2012 y 17727-2012-MTC/27 del 11 de junio de 2012, el MTC le requirió que efectúe el pago del canon según la metodología de cálculo del Régimen General prevista en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC.
3. Mediante Resolución 0177-2012/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2012, la Comisión admitió a trámite la denuncia contra el MTC por la imposición de una presunta barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles contenida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC así como en los Oficios 5903-2012-MTC/12 del 27 de febrero de 2012 y 17727-2012-MTC/27 del 11 de junio de 2012.
4. El 24 de julio de 2012¹⁰, complementado con el escrito del 30 de julio del mismo año, el MTC presentó sus descargos señalando lo siguiente:
- (i) El inciso e) del artículo 3 de la Ley 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (en adelante, Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales) establece que el espectro radioeléctrico es un recurso natural susceptible de ser aprovechado por el ser humano. Asimismo, de la lectura del artículo 20 de la referida ley se observa esta disposición distingue entre el canon y los tributos que

⁸ Banco Mundial, *Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones*. <<http://www.itu.int/itudoc/itu-d/indicato/81478-es.pdf>>. Fecha de consulta: 2 de febrero de 2016.

⁹ Osiptel, *Análisis del Canon por Uso del Espectro Radioeléctrico*. <<https://www.osiptel.gob.pe/articulo/analisis-del-canon-por-uso-del-espectro-radioelectrico>>. Fecha de consulta: 2 de febrero de 2016.

¹⁰ El 19 de julio de 2012, el MTC solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión que le conceda un plazo adicional de tres (3) días para presentar sus descargos. Dicha solicitud fue atendida por Resolución 0234-2012/CEB-INDECOPI del 25 de julio de 2012.

se pagarán por el uso de los recursos naturales. Por tanto, el canon tiene naturaleza administrativa y, en consecuencia, no constituye una especie de tasa ni califica como un tributo sujeto a las disposiciones del Código Tributario.

- (ii) El artículo 21 de la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales señala que la asignación del espectro radioeléctrico en los operadores genera la obligación de pagar una retribución económica a favor del Estado, mas no un tributo.
- (iii) La política fiscal y la política de aprovechamiento de los recursos naturales tienen una finalidad distinta. Mientras la primera está destinada a cubrir el costo de los servicios que brinda, la segunda en el caso del servicio de telecomunicaciones destina lo recaudado al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (en adelante, FITEL), al desarrollo de telecomunicaciones a través de financiamientos, al pago de organismos internacionales y a otros fines que no guardan relación con una política fiscal.
- (iv) Adicionalmente, a través del Informe 058-2009-EF/66.01 del 23 de febrero de 2009, la Dirección General de Política de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) señaló que el pago por concepto de canon por el uso del espectro radioeléctrico carece de naturaleza tributaria, toda vez que constituye una retribución económica a favor del Estado.
- (v) De una manera similar, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 1 de abril de 2005 recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC determinó que el pago por la regalía minera no tenía origen tributario.
- (vi) El Régimen Especial estableció una metodología de cálculo del canon a favor de los operadores con la condición de que asuman compromisos de expansión de redes en el territorio nacional. Sin embargo, este nunca reemplazó al Régimen General, pues la metodología de cálculo del Régimen Especial atendía a los compromisos asumidos por los operadores móviles acogidos a dicho régimen. En tal sentido, no es posible considerar que, al expedir el Régimen Especial, el MTC reconoció la carencia de razonabilidad del Régimen General.
- (vii) La exigencia del pago del canon en aplicación del literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Decreto Supremo 020-2007-MTC se efectúa en función a los parámetros técnicos establecidos en dicha disposición (cantidad de terminales móviles activados) y de acuerdo a las atribuciones que el MTC tiene para la determinación y requerimiento de

pago del canon prevista en el artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC.

5. El 7 de septiembre 2012¹¹, la denunciante manifestó lo siguiente:
- (i) En anteriores pronunciamientos¹², la Sala ha señalado que la naturaleza especial de los recursos naturales prevista en la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución) y la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales no desconoce la aplicación del Código Tributario. Ello por cuanto el uso o aprovechamiento de bienes públicos califican como una tasa en la modalidad de derecho prevista en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario (en adelante, Norma II del Código Tributario).
 - (ii) El hecho que el canon por el uso del espectro radioeléctrico se destine a financiar otros fondos, como es el caso del FITEI, no desconoce su naturaleza tributaria ni que se le aplique una metodología de cálculo ilegal.
 - (iii) Respecto del informe emitido por la Dirección General de Política de Ingresos Públicos del MEF, la Sala ha señalado en anteriores pronunciamientos¹³ que dicha opinión no resulta vinculante, pues la mencionada dirección carece de competencia para definir la naturaleza del canon.
 - (iv) La carencia de razonabilidad de la medida denunciada también se constata del informe *“Análisis de la idoneidad de la aplicación del régimen general de pago por el uso del espectro radioeléctrico para las empresas de servicios de telefonía móvil”* elaborado por Apoyo Consultoría en el mes de agosto de 2012¹⁴, en el que se demuestra que la metodología del cálculo del canon establecida en el Régimen Especial es una medida menos gravosa a la metodología del Régimen General prevista en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC, dado que el costo del primero es menor al del segundo.

¹¹ Complementado con el escrito del 19 de noviembre de 2012.

¹² Ver pie de página 7.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ver foja 377 a la foja 409 del expediente.

6. El 12 y 28 de septiembre de 2012, así como el 10¹⁵ y 29¹⁶ de octubre del mismo año, el MTC reiteró los argumentos presentados a lo largo del procedimiento, adicionalmente señaló lo siguiente:
- (i) La metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles cuestionada en el presente caso cuenta con antecedentes normativos que datan desde el año 1994.
 - (ii) Desde la primera reglamentación de la Ley de Telecomunicaciones, aprobada por Decreto Supremo 06-94-TCC, se consideró idóneo que la retribución económica que le corresponde recibir al Estado por el uso del espectro radioeléctrico para los servicios públicos móviles, emplee como factor de cálculo la cantidad de terminales móviles activados.
 - (iii) En el año 2004 emitió el Decreto Supremo 012-2004-MTC, en el cual la metodología cuestionada volvió a ser considerada legal y racional, precisándose además que el cálculo de la cantidad de terminales móviles activados se realizaría al 31 de diciembre del año anterior. Posteriormente, publicó el Decreto Supremo 040-2004-MTC, en el cual se estableció una tasa diferenciada en función al ámbito geográfico en que se encuentra el terminal móvil, a fin de promover su desarrollo en las regiones fuera de Lima y Callao.
 - (iv) La metodología de cálculo vigente fue aprobada en diciembre de 2005 mediante el Decreto Supremo 030-2005-MTC. El sustento de dicha metodología se encuentra en el noveno considerando de la referida disposición, de acuerdo al cual éste constituye un nuevo sistema de cobro del canon, por el cual cuanto mayor sea la cantidad de terminales móviles activados, menor será el valor del canon a pagar por terminal. Asimismo, la Secretaría de Comunicaciones del MTC justificó dicha metodología a través del Informe 214-2005-MTC/03.01.
 - (v) Al aprobar el Decreto Supremo 030-2005-MTC consideró pertinente establecer un mecanismo de incentivo de relación inversa, que premiaría la mayor expansión, sin hacer distinción en la localidad geográfica.

¹⁵ Adicionalmente, el MTC presentó un Informe Legal elaborado por el consultor Rafael Serrano Enciso el 27 de agosto de 2012, en el que se reiteran los argumentos expuestos por la entidad denunciada.

¹⁶ En este escrito, el MTC describió la situación actual de la demanda por el uso del espectro radioeléctrico y las medidas que adoptará en el futuro.

- (vi) No puede sostenerse que el Régimen Especial es mejor que el Régimen General, pues ambos obedecen a objetivos distintos que coexisten válidamente en el sector de las telecomunicaciones.
7. En sustento de lo anterior, el MTC presentó la siguiente documentación:
- (i) Ayuda Memoria emitida por el Viceministerio de Comunicaciones del MTC respecto del proyecto del Decreto Supremo 012-2004-MTC.
 - (ii) Exposición de Motivos del proyecto del Decreto Supremo 040-2004-MTC.
 - (iii) Matriz de comentarios de los proyectos correspondientes a los Decretos Supremos 040-2004-MTC y 043-2006-MTC.
 - (iv) Informe 214-2005-MTC/03.01 del 20 de diciembre de 2005, elaborado por la Secretaría de Comunicaciones del MTC, que contiene la propuesta de modificación del Decreto Supremo 027-2004-MTC, la cual fue posteriormente aprobada por Decreto Supremo 030-2005-MTC.
8. El 15 de noviembre de 2012¹⁷, la denunciante reiteró los argumentos expuestos en su denuncia.
9. El 6 de diciembre de 2012, se llevó a cabo una audiencia de informe oral ante la Comisión a la cual asistieron ambas partes.
10. Mediante Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI del 11 de diciembre de 2012, la Comisión 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 establecida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC. Asimismo, dispuso la inaplicación de la barrera burocrática ilegal a favor de la denunciante.
11. La primera instancia sustentó su pronunciamiento en los siguientes fundamentos:
- (i) De conformidad con el artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC¹⁸, el MTC es

¹⁷ Complementado con el escrito del 10 de diciembre de 2012.

¹⁸ **DECRETO SUPREMO 013-93-TCC, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES.**

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

competente para aprobar la metodología de determinación para el pago del canon exigido por la utilización del espectro radioeléctrico a través de un decreto supremo. En este caso se ha cumplido con dicha formalidad.

- (ii) El cobro cuestionado posee naturaleza tributaria dado que se enmarca dentro del concepto de “tasa” en la modalidad “derecho por uso de bien de dominio público”, de conformidad con la Norma II del Código Tributario. Dicho criterio ha sido adoptado por la Comisión¹⁹ y la Sala²⁰ en anteriores pronunciamientos. Adicionalmente resulta acorde con el criterio jurisprudencial desarrollado por el Tribunal Fiscal en la Resolución 2836-5-2009 del 26 de marzo de 2009²¹.
- (iii) Dado que el cobro por la utilización del espectro radioeléctrico posee carácter de tasa, los límites legales para la determinación del mismo están establecidos no solo por las disposiciones en materia de telecomunicaciones y utilización de los recursos naturales, sino también por las normas tributarias aplicables a este tipo de tributo.
- (iv) En consecuencia, en virtud de la Norma II del Código Tributario que establece que el rendimiento de los tributos distintos a los impuestos debe cubrir el costo del servicio, el monto que se exige por esta tasa debe estar vinculado a los costos que asume el Estado por la prestación del servicio.
- (v) En el presente caso, el MTC no ha presentado información que justifique que el cobro por cantidad de terminal móvil activado como parámetro para calcular el canon por el uso del espectro radioeléctrico establecido como metodología de cálculo en el Régimen General se encuentre vinculado al costo que implica para el Estado, administrar y supervisar la utilización del referido bien público y/o el costo de oportunidad originado por la asignación exclusiva de las frecuencias.

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.

¹⁹ La Comisión hizo referencia a los siguientes pronunciamientos emitidos por dicha instancia: Resoluciones 098-2010/CEB-INDECOPI del 22 de abril de 2010, 0270-2010/CEB-INDECOPI del 11 de noviembre de 2010 y 0272-2010/CEB-INDECOPI del 11 de noviembre de 2010.

²⁰ Ver pie de página 7.

²¹ Resolución del Tribunal Fiscal (en adelante, RTF) 2836-5-2009 emitida el 26 de marzo de 2009 en el Expediente N° 435-09. En dicho pronunciamiento, el Tribunal Fiscal señaló que el canon por el uso del espectro radioeléctrico califica como una tasa en la modalidad derecho, al amparo de lo dispuesto en la Norma II del Código Tributario.

- (vi) Habiéndose determinado que la exigencia cuestionada constituye una barrera burocrática ilegal no corresponde efectuar el análisis de razonabilidad de la misma, de conformidad con la metodología prevista en el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 182-97-TDC.
12. El 19 de diciembre de 2012, el MTC interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI del 11 de diciembre de 2012, reiterando los argumentos expuestos en sus descargos²². Adicionalmente, señaló que la Comisión no indicó cuales son las variables y los indicadores que tomó en cuenta para calificar una regulación pública como una barrera burocrática que no permite a los agentes económicos actuar libremente o en función a sus propias capacidades.
13. Por su parte, el 28 de mayo de 2013²³, la denunciante reiteró los argumentos expuestos en su denuncia. Adicionalmente, agregó lo siguiente:
- (i) El MTC señaló que el Código Tributario no es aplicable debido a que el canon exigido a la denunciante es una “retribución económica”. Sin embargo, ello no justifica que los límites específicos del pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico no puedan estar previstos en el Código Tributario, en tanto califique como un tributo de tipo tasa.
- (ii) La resolución impugnada ha seguido los criterios establecidos anteriormente por la Sala, señalando que el hecho de que el cobro cuestionado constituya una retribución económica por el uso de un recurso natural no lo excluye automáticamente de la categoría tributaria y de sus normas legales. En esa línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 4899-2007-PA/TC, ha indicado que dicha posibilidad ha sido prevista en el caso de un cobro que efectúa el

²² Posteriormente, el 7 de mayo de 2013, reiterado por escritos del 4 de julio de 2013 y 14 de noviembre de 2014, el MTC solicitó a la Sala la suspensión del presente procedimiento y por ende, su inhabilitación para conocer el caso debido a que planteó una contienda de competencia contra el Tribunal Fiscal ante la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM) a fin de que se determine cuál es la entidad competente para resolver las quejas interpuestas por los administrados respecto al cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico. El 31 de julio de 2013, complementado el 31 de octubre de 2013, la denunciante solicitó a la Sala que declare improcedente el pedido de suspensión presentado por el MTC, toda vez que el mismo no se ampara en causal alguna prevista en el artículo 65 del Decreto Legislativo 807 o en los artículos 63 y 64 de la Ley 27444.

Por Resolución 0094-2015/SDC-INDECOPI del 16 de febrero de 2015, la Sala denegó el pedido de suspensión planteado por el MTC al no encontrarse incurrido en alguna de las causales previstas en el Decreto Legislativo 807 ni en la Ley 27444.

²³ El 21 de febrero de 2013, complementado el 1 de marzo de 2013, la denunciante solicitó a la Sala que, en calidad de medida cautelar, ordene al MTC que se abstenga de cobrarle el canon por el uso del espectro radioeléctrico correspondiente al año 2013 establecido de acuerdo a la metodología cuestionada hasta que emita un pronunciamiento final en el presente caso. Sin embargo, el 6 de marzo de 2013, la denunciante se desistió del referido pedido.

Estado por aprovechamiento de este tipo de recursos como, por ejemplo, el uso de agua subterránea.

- (iii) La resolución impugnada se ha emitido en la misma línea de lo resuelto por el Tribunal Fiscal en la Resolución 2836-5-2009 del 26 de marzo de 2009, en el que se califica al canon por uso del espectro radioeléctrico como una tasa-derecho.
 - (iv) El MTC no ha demostrado que la metodología de cálculo del Régimen General responda a los costos en los que incurre el Estado por la administración del espectro radioeléctrico, por lo que constituye una barrera burocrática ilegal.
14. El 4 de julio de 2013, la denunciante solicitó una reunión con la Secretaría Técnica de la Sala a fin de exponer los argumentos que sustentan su posición.
 15. El 19 de septiembre de 2013, se llevó a cabo una reunión en las instalaciones del Indecopi entre la Secretaría Técnica de la Sala, la denunciante y el MTC. Cabe indicar que las partes reiteraron sus argumentos.
 16. El 31 de octubre de 2013²⁴, la denunciante solicitó a la Sala que le conceda el uso de la palabra en una audiencia de informe oral²⁵.
 17. El 5 de noviembre de 2014, la denunciante solicitó a la Sala que, en calidad de medida cautelar, ordene al MTC abstenerse de exigir el cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico correspondiente al año 2015 de acuerdo a la metodología de cálculo cuestionada hasta que se emita un pronunciamiento final sobre el presente caso.
 18. El 6 de noviembre de 2014²⁶, el MTC solicitó a la Sala que le conceda el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.

²⁴ Posteriormente, el 10 de diciembre de 2014, la denunciante presentó un escrito reiterando los argumentos expuestos a lo largo del procedimiento.

²⁵ El 13 de febrero de 2014, la denunciante solicitó a la Sala que, en calidad de medida cautelar, ordene al MTC que se abstenga de exigir el cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico correspondiente al año 2014 hasta que se emita un pronunciamiento final sobre el presente caso. Dicha medida cautelar fue otorgada a la denunciante mediante Resolución 0295-2014/SDC-INDECOPI del 27 de febrero de 2014. En atención a ello, el 7 de marzo de 2014, el MTC solicitó la nulidad de la Resolución 0295-2014/SDC-INDECOPI. Por Resolución 0094-2015/SDC-INDECOPI del 16 de febrero de 2015, la Sala declaró, entre otros, improcedente la solicitud de nulidad planteada por MTC contra la Resolución 0295-2014/SDC-INDECOPI.

²⁶ Solicitud reiterada con el escrito del 27 de noviembre de 2014.

19. El 22 de enero de 2015, en las instalaciones del Indecopi, se realizó la audiencia de informe oral con la asistencia de ambas partes, en la que ambas reiteraron los argumentos expuestos durante el procedimiento.
20. Por Resolución 0094-2015/SDC-INDECOPI del 16 de febrero de 2015, la Sala concedió la medida cautelar solicitada por la denunciante y en consecuencia, dispuso la inaplicación a su favor de la exigencia del pago del referido canon correspondiente al periodo 2015, según la metodología de cálculo prevista en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUE fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC, ordenando al MTC que se abstenga de exigir a la denunciante su pago hasta que la Sala emita un pronunciamiento final sobre el fondo²⁷.
21. El 27 de mayo de 2015, complementado con el escrito del 3 de agosto de 2015, el MTC presentó los siguientes pronunciamientos judiciales:
 - (i) Una sentencia emitida el 5 de marzo de 2015 por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en temas de mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, en la que se indicó que el canon por el uso del espectro radioeléctrico no tendría naturaleza tributaria²⁸.
 - (ii) Una sentencia emitida el 30 de junio de 2015, por el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima en la que se señaló que la tasa por explotación comercial de los servicios de telecomunicaciones no tiene naturaleza tributaria²⁹.
22. El 2 de noviembre de 2015, la denunciante solicitó el otorgamiento de una nueva medida cautelar a su favor a fin de que el MTC se abstenga de exigir el cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico correspondiente al año 2016 hasta que se emita un pronunciamiento final sobre el fondo.
23. El 19 de noviembre de 2015, complementado con el escrito del 17 de diciembre de 2015, el MTC:

²⁷ Ante ello, el 26 de febrero de 2015, el MTC formuló una oposición contra la Resolución 0094-2015/SDC-INDECOPI del 16 de febrero de 2015, a través de la cual la Sala otorgó una medida cautelar otorgada a favor de la denunciante. Por Resolución 335-2015/SDC-INDECOPI del 18 de junio de 2015, la Sala calificó el referido escrito como una solicitud de nulidad de oficio de la Resolución 0094-2015/SDC-INDECOPI, declarándola improcedente.

²⁸ Sentencia emitida el 5 de marzo de 2015 en el marco del Expediente 4931-2011, proceso contencioso administrativo seguido por el MTC contra Indecopi y Geo Supply Perú S.A.C.

²⁹ Sentencia emitida el 30 de junio de 2015 en el marco del Expediente 6154-2014, proceso contencioso administrativo seguido por América Móvil Perú S.A.C contra el MTC.

- (i) Solicitó a la Sala dejar sin efecto las medidas cautelares otorgadas a favor de la denunciante, toda vez que, a su criterio, la PCM en el marco del procedimiento de contienda de competencia concluyó que el canon por el uso del espectro radioeléctrico es una contraprestación por el uso del referido recurso natural y no un tributo.
- (ii) Presentó el Informe 1284-2013-EF/42.01 del 12 de noviembre de 2013 emitido por la Oficina General de Asesoría Jurídica del MEF indicó que el canon por el uso del espectro radioeléctrico no es un tributo.

24. El 8 de enero de 2016, la denunciante señaló lo siguiente:

- (i) Tanto la PCM como el MEF carecen de competencia para determinar si un cobro califica como un tributo y si el mismo puede o no constituir una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad. Por tanto, el hecho que ambas entidades hayan considerado que el canon no es un tributo resulta irrelevante.
- (ii) Sin perjuicio de ello, de acuerdo con la definición de “barrera burocrática” prevista en el artículo 2 de la Ley 28996, para que un cobro califique como barrera burocrática no es necesario que tenga naturaleza tributaria, solo debe verificarse que este haya sido emitido por una entidad de la Administración Pública y que afecte el desarrollo de las actividades económicas.
- (iii) Siendo así, la Sala debe resguardar que la metodología usada para el cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico prevista en el Régimen General no sea ilegal y/o carente de razonabilidad a fin de evitar arbitrariedades en su cobro. En el presente caso, el MTC no ha cumplido con acreditar que la medida denunciada supere ambas etapas del análisis (legalidad y razonabilidad).
- (iv) Finalmente, de la sección denominada “Análisis Costo-Beneficio” contenido en la exposición de motivos del Decreto Supremo 043-2006-MTC (Régimen Especial), se observa que la metodología prevista en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TULO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC (Régimen General) carece de sustento técnico, por lo que perjudica la expansión de los servicios móviles de telecomunicaciones y el bienestar social.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- (i) Precisar el alcance de la competencia de la Comisión y la Sala a fin de determinar si la denuncia puede ser analizada en el marco de un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.
- (ii) De ser el caso, determinar si la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles contenida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC y materializada en los Oficios 5903-2012-MTC/12 y 17727-2012-MTC/27 constituye la imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.
- (iii) De ser el caso, determinar si corresponde emitir un pronunciamiento sobre: (a) la solicitud de medida cautelar presentada por la denunciante el 2 de noviembre de 2015 y (b) la solicitud del MTC presentada el 19 de noviembre de 2015 para que se dejen sin efecto las medidas cautelares otorgadas a favor de la denunciante.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Cuestión previa: sobre el espectro radioeléctrico

- 25. En el presente caso, la denunciante cuestionó la presunta ilegalidad y/o carencia de razonabilidad de la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC³⁰ y materializada en los Oficios 5903-2012-MTC/12 y 17727-2012-MTC/27.
- 26. De manera previa al análisis del presente caso, corresponde determinar cuál es el tratamiento jurídico que se le ha dado al espectro radioeléctrico en el marco legal vigente.
- 27. Sobre el particular, el artículo 57 de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC, establece que el espectro radioeléctrico es un recurso natural que forma parte del patrimonio de la nación. Por su parte, el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC, menciona que el referido recurso es utilizado para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, conforme se aprecia a continuación:

³⁰ Ver pie de página 3.

“DECRETO SUPREMO 013-93-TCC, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

ARTÍCULO 57.- *El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento de uso a particulares se efectuará en las condiciones señaladas en la presente Ley y su reglamento.”*

(Subrayado nuestro)

“DECRETO SUPREMO 020-2007-MTC, REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

Artículo 202.- Definición de asignación

La asignación es el acto administrativo por el que el Estado otorga a una persona el derecho de uso sobre una determinada porción del espectro radioeléctrico, dentro de una determinada área geográfica, para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con lo establecido en el PNAF.”³¹

(Subrayado nuestro)

28. En esa misma línea, los artículos 1 y 3 de la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales³² también contemplan al espectro radioeléctrico dentro de la lista de recursos naturales que forman parte del patrimonio de la nación y que tienen un valor actual o potencial en el mercado.
29. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha calificado al espectro radioeléctrico no solo como un recurso natural sino también como un bien de dominio público³³. En atención a ello, precisó que el Estado solo autoriza a los particulares³⁴ a hacer uso del mismo pero en ningún caso puede transferirse el dominio sobre éste, tal como se detalla a continuación:

³¹ **DECRETO SUPREMO 020-2007-MTC, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de este Reglamento, entiéndase por:

(...)

PNAF: Plan Nacional de Atribución de Frecuencias.

(...).

³² **LEY 26821, LEY ORGÁNICA PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES**

Artículo 1.- La presente Ley Orgánica norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los Artículos 66 y 67 del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales ratificados por el Perú.

Artículo 3.- Se consideran recursos naturales a todo componente de la naturaleza, susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, tales como:

(...)

e. la atmósfera y el espectro radioeléctrico;

(...).

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) emitida el 16 de septiembre de 2006 en el Expediente 003-2006-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad del artículo 37 de la Ley 28094, Ley de Partidos Políticos, en el cual se determinó si la referida disposición legal modificaba los fines hacia los que se encontraba destinado el canon recaudado a los medios de comunicación social por el uso del espectro radioeléctrico.

³⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

ARTÍCULO 73.- BIENES DE DOMINIO Y USO PÚBLICO.-

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser

“SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EMITIDA EL 16 DE SEPTIEMBRE DE 2006 EN EL EXPEDIENTE 0003-2006-PI/TC

(...)

El espectro radioeléctrico o electromagnético es un recurso natural por medio del cual pueden propagarse las ondas radioeléctricas sin guía artificial.

(...)

Asimismo, en tanto recurso natural y bien de dominio público, el uso del espectro radioeléctrico se atribuye y se ejerce en armonía con el interés público y el bienestar de la sociedad toda. Es así que el Estado puede autorizar a los medios de radiodifusión su uso, pero en ningún caso transmitir el dominio que sobre él ejerce, manteniendo para sí la supervisión y un control general del espectro en aras de garantizar que sus fines en ningún caso disientan del interés público y social que le es inherente (...).”

(Subrayado nuestro)

30. De lo expuesto, se desprende que el ordenamiento jurídico vigente define al espectro radioeléctrico como un recurso natural y un bien de dominio público, el cual forma parte del patrimonio de la nación y cuyo uso resulta necesario para el desarrollo de las telecomunicaciones.

III.2 Sobre la competencia de la Comisión y la Sala

31. El artículo 26BIS del Decreto Ley 25868³⁵, concordado con el artículo 23 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi³⁶ y el artículo 2 de la Ley 28996 establecen que la Comisión y eventualmente la Sala en segunda instancia, son los órganos resolutivos del Indecopi encargados de conocer los actos, disposiciones y cualquier otra modalidad de actuación emitidas por entidades de la Administración Pública³⁷ que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

³⁵ **DECRETO LEY 25868, LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

Artículo 26BIS.- La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es competente para conocer sobre los actos y disposiciones, así como respecto a cualquier otra modalidad de actuación de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irrazonablemente 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 y el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776, 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.
(...).

³⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1033, LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**
ARTÍCULO 23.- DE LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS.-

Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

³⁷ **LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR
ARTÍCULO I.-

La presente Ley será de aplicación para todas las entidades de la Administración Pública.
Para los fines de la presente Ley, se entenderá por “entidad” o “entidades” de la Administración Pública:

32. De acuerdo al artículo 2 de la Ley 28996, las “barreras burocráticas” son definidas como aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros impuestos por las entidades de la Administración Pública que pueden afectar la realización de actividades económicas, limitar la competitividad empresarial en el mercado o afectar normas y principios de simplificación administrativa, tal como se detalla a continuación. De este modo, solo serán contrarias a derecho, aquellas que la Comisión o la Sala califiquen como ilegales y/o carentes de razonabilidad.

“LEY 28996

Artículo 2.- Definición de barreras burocráticas

Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.”

(Subrayado nuestro)

33. En atención a ello, se tiene que el concepto “barrera burocrática” no solo abarca aquellas exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros que pueden afectar el acceso o la permanencia de un agente en el mercado de manera real o potencial, sino todas aquellas que afecten la realización de actividades económicas, por ejemplo generando sobrecostos innecesarios. Adicionalmente, dicho término también incluye aquellas medidas que constituyen contravenciones a las normas y principios de simplificación administrativa.
34. En apelación, el MTC cuestionó que en la Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI, la Comisión no precisó cuáles eran las variables y los indicadores que consideró para calificar una regulación pública como una “barrera burocrática” que afecta a los agentes económicos y que no les permite actuar libremente o en función de sus capacidades. Asimismo, señaló que la metodología de cálculo para determinar el canon por el uso del espectro radioeléctrico no se enmarca dentro de dicho concepto.

1. El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos Descentralizados;

2. El Poder Legislativo;

3. El Poder Judicial;

4. Los Gobiernos Regionales;

5. Los Gobiernos Locales;

6. Los Organismos a los que la Constitución Política del Perú y las leyes confieren autonomía.

7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen; y

8. Las personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado, conforme a la normativa de la materia.

35. Contrariamente a lo señalado por el MTC, esta Sala ha podido apreciar que en la Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI, la Comisión sí determinó los motivos por los que consideraba que la medida cuestionada calificaba como una barrera burocrática y por tanto se encontraba dentro del ámbito de su competencia, conforme se aprecia a continuación:

“RESOLUCIÓN 0355-2012/CEB-INDECOPI DEL 11 DE DICIEMBRE DE 2012

A. Competencia de la Comisión y metodología de análisis del caso:

8. *El Ministerio ha señalado que la Comisión debe precisar cuáles son las variables y los indicadores que ha tomado en cuenta para calificar una regulación pública como barrera burocrática que no permita a los agentes económicos actuar libremente o en función a sus propias capacidades.*

(...)

11. *El pago del canon por el uso del espectro radioeléctrico (con la respectiva metodología que debe seguirse) debe ser efectuado de manera anual ante el Ministerio por todo operador como condición para prestar el servicio de telefonía móvil, conforme lo establece el literal a) inciso del artículo 231 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones. Por tanto, califica dentro de la definición de barrera burocrática al constituir una exigencia que se impone a través de una disposición administrativa (un decreto supremo) para el desarrollo de las actividades económicas de la denunciante (servicio móvil de telecomunicaciones) (...).”*

(Subrayado y énfasis nuestro)

36. En atención a ello, corresponde desestimar el cuestionamiento del MTC en este extremo.
37. Sin perjuicio de lo expuesto, a criterio de la Sala, la metodología denunciada calza dentro del concepto de barrera burocrática y por tanto puede ser analizada en el marco de un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas por los motivos que se detallan a continuación:
- (i) La metodología de cálculo del canon es una exigencia impuesta por el MTC (entidad de la Administración Pública) a través de una disposición (Decreto Supremo 020-2007-MTC) emitida en ejercicio de una función administrativa.
 - (ii) La metodología de cálculo cuestionada establece que los administrados autorizados para utilizar el espectro radioeléctrico deben pagar un canon por su uso determinado en función a la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior³⁸. Por tanto, la exigencia del pago en dichos términos (cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año

³⁸ Ver pie de página 3.

anterior) resulta ser una condición necesaria para usar el referido recurso³⁹ y a su vez para prestar el servicio de telefonía móvil⁴⁰.

- (iii) En caso la metodología utilizada para determinar el importe del referido canon sea ilegal y/o carente de razonabilidad, el cobro exigido afectaría la realización de las actividades económicas de la denunciante al imponerle sobrecostos innecesarios.

III.3 Metodología del análisis de legalidad

- 38. Conforme se señaló en el acápite anterior, la Comisión y la Sala son competentes para evaluar la legalidad y la razonabilidad de las disposiciones, actos y actuaciones expedidas por las entidades de la Administración Pública que contengan exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros que afecten el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, su competitividad o constituyan infracciones a los principios de simplificación administrativa.
- 39. En atención a dicha competencia, el análisis de legalidad se realizará siguiendo la siguiente metodología:
 - (i) En primer lugar se determinará si el MTC tenía competencia para establecer la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico cuestionada en el presente caso.

³⁹ En un anterior pronunciamiento, la Sala precisó que el régimen jurídico de los recursos naturales se divide en dos etapas. La primera, denominada etapa *ex ante*, en la cual el Estado evalúa si es acorde con el interés público permitir el aprovechamiento de los recursos naturales por parte de los particulares, lo cual presupone un estadio previo a la formación de un mercado. La segunda, denominada etapa *ex post*, en la que el Estado permite el acceso de los particulares a los títulos habilitantes para el uso y explotación del recurso natural supervisando el correcto aprovechamiento del mismo. Esta última etapa presupone la existencia de un mercado.

En tal sentido, se aprecia que el escenario en el cual el Estado puede imponer medidas a los administrados para asegurar el correcto aprovechamiento del recurso natural y que son susceptibles de calificar como barreras ilegales y/o carentes de razonabilidad es en la etapa *ex post*, toda vez que presupone la existencia de un mercado en el que concurren particulares habilitados a desarrollar actividades económicas.

Al respecto, ver la Resolución 0035-2016/SDC-INDECOPI del 21 de enero de 2016 emitida por la Sala en el procedimiento seguido por Empresa de Transportes Yato S.A.C. contra el MTC.

⁴⁰ Ver pie de página 18.

DECRETO SUPREMO 020-2007-MTC, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES
ARTÍCULO 202.- DEFINICIÓN DE ASIGNACIÓN

La asignación es el acto administrativo por el que el Estado otorga a una persona el derecho de uso sobre una determinada porción del espectro radioeléctrico, dentro de una determinada área geográfica, para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de acuerdo con lo establecido en el PNAF. (Subrayado nuestro).

- (ii) En segundo lugar se evaluará si el MTC siguió los procedimientos y formalidades necesarios para la aprobación de la mencionada metodología.
 - (iii) Con la finalidad de determinar si la metodología de cálculo cuestionada contraviene el ordenamiento jurídico, se definirá como tercer punto, cuál es la naturaleza del canon por el uso del espectro radioeléctrico para luego evaluar cuál o cuáles debieron ser los criterios que debió tomar en cuenta el MTC para su determinación y si (como sostiene la denunciante) esta debió ser fijada en función al costo del servicio.
40. Para analizar los numerales (ii) y (iii), la Sala utilizará el principio de especialidad normativa⁴¹, en virtud del cual una norma especial prima sobre una general. En atención a ello, se analizará en primer término, lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC⁴² y en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC; en segundo lugar, lo dispuesto por la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales y solo en caso dichas disposiciones no contengan reglas específicas sobre la naturaleza y los criterios aplicables al canon se analizará lo establecido en el Código Tributario. Para evaluar dichas normas se emplearán los métodos de interpretación literal, histórico y sistemático⁴³, según corresponda.

⁴¹ STC emitida el 24 de julio de 2006 en el Expediente 047-2004-AI/TC, sobre proceso de inconstitucionalidad de la Ley 27971, ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por dicha disposición legal:

"(...) 2.2.1.1.4. Principios aplicables para la resolución de antinomias:

(...)

c) Principio de especificidad

Esta regla dispone que un precepto de contenido especial prima sobre el de mero criterio general. Ello implica que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto restringido, prima esta en su campo específico.

*En suma, se aplica la regla de *lex posteriori generalis non derogat priori specialis* (la ley posterior general no deroga a la anterior especial)."*

Este criterio surge de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 139 de la Constitución y en el artículo 8° del Título Preliminar del Código Civil, que dan fuerza de ley a los principios generales del derecho en los casos de lagunas normativas."

⁴² En el presente caso no se aplica la Ley 27506, Ley del Canon ni el artículo artículo 77 de la Constitución, dado que estas disposiciones versan sobre el "canon" definido como "(...) *la participación efectiva y adecuada de la que gozan los gobiernos regionales y locales del total de los ingresos y rentas obtenidos por el Estado por la explotación económica de los recursos naturales.*" A diferencia de ello, el canon por el uso del espectro radioeléctrico cuya metodología viene siendo cuestionada en el presente caso es un ingreso percibido por el MTC como consecuencia del uso o aprovechamiento de particulares de un recurso natural específico (espectro radioeléctrico), según lo previsto en la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC. Por tanto, dado que las disposiciones mencionadas tratan un "canon" distinto al evaluado en el presente procedimiento, no corresponde aplicarlas.

⁴³ Como sostiene Rubio Correa, los métodos de interpretación jurídica son esencialmente los siguientes: (i) literal, (ii) *ratio legis*, (iii) sistemático por comparación con otras normas, (iv) sistemático por ubicación de la norma en el sistema, (v) histórico y (vi) sociológico. RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. 22/65

III.4 Análisis de legalidad

III.4.1 Competencia del MTC

41. Conforme lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC⁴⁴, el MTC cuenta con competencia para reglamentar los montos y formas de pago por la utilización del espectro radioeléctrico. Por lo tanto, esta Sala considera que se supera este primer filtro de análisis.

III.4.2 Cumplimiento de formalidades para la aprobación de la medida cuestionada

42. Si bien el MTC tiene competencia para establecer la metodología de cálculo por el uso del espectro radioeléctrico, dicha entidad debía cumplir con los procedimientos y formalidades necesarios para su imposición.
43. De acuerdo al artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC⁴⁵, el MTC debía aprobar la metodología cuestionada a través de un decreto supremo. En este caso, de la documentación que obra en el expediente se verifica que la metodología cuestionada fue aprobada utilizando dicho instrumento legal (Decreto Supremo 020-2007-MTC⁴⁶).
44. Por otro lado, el inciso 2 del artículo 3 del Decreto Legislativo 560, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo⁴⁷, vigente al momento de la emisión del Decreto Supremo 020-2007-MTC establecía que los decretos supremos debían ser rubricados por el Presidente de la República y refrendados por

Introducción al Derecho, Décima Edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2009. p. 238.

⁴⁴ Ver pie de página 18.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ver pie de página 3.

⁴⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 560, LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO (ACTUALMENTE DEROGADO)**
ARTÍCULO 3.-

El Presidente de la República expide decretos legislativos, decretos supremos y resoluciones supremas.
(...)

2. Los decretos supremos son normas de carácter general que regulan la actividad sectorial o multisectorial a nivel nacional. Pueden requerir o no de la aprobación del Consejo de Ministros según disponga la Ley. En uno y otro caso son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más ministros, según su naturaleza. Rigen desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" salvo disposición expresa.

(...).

uno o más ministros según su naturaleza. Además, debían ser publicados en el diario oficial “El Peruano” para entrar en vigencia.

45. En este caso se ha podido constatar que el Decreto Supremo 020-2007-MTC fue rubricado por el Presidente de la República y refrendado por el MTC el 3 de julio de 2007. Asimismo, dicha norma fue publicada en el diario oficial “El Peruano” el 4 de julio de 2007⁴⁸. En atención a ello, se supera el segundo filtro de análisis de legalidad.

III.4.3 Naturaleza del canon por el uso del espectro radioeléctrico

46. En apelación, el MTC ha señalado que el canon por el uso del espectro radioeléctrico no tiene naturaleza tributaria. Por tal motivo, la denunciada considera que las disposiciones del Código Tributario no le resultan aplicables.
47. Por su parte, la denunciante ha alegado que el canon sí posee naturaleza tributaria al estar comprendido dentro del concepto de tasa en la modalidad de derecho previsto en la Norma II del Código Tributario. Adicionalmente, señaló que, a su criterio, el cobro del mismo debía ser calculado en función al costo del servicio prestado y no en función a la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior. Dicho criterio fue adoptado por la Comisión en la Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI.
48. En consecuencia, con la finalidad de evaluar la apelación del MTC, corresponde determinar, en primer lugar, cuál es la naturaleza del canon por el uso del espectro radioeléctrico, es decir, si tiene o no naturaleza tributaria. Posteriormente y tal como fue señalado en el acápite III.3, con base en dicho resultado se definirán las reglas aplicables de acuerdo al marco legal vigente.
49. Así, para determinar si el canon por el uso del espectro radioeléctrico tiene o no naturaleza tributaria se recurrirá en primer término a lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia. Solo en caso no se encuentre algún supuesto específico aplicable se evaluarán las normas generales. El referido análisis se realizará sobre la base del principio de especialidad normativa (también denominado de especificidad), el cual ha sido reconocido en nuestro ordenamiento por el Tribunal Constitucional⁴⁹ y a nivel doctrinario⁵⁰.

⁴⁸ Documento inserto al expediente mediante Razón de Secretaría del 11 de febrero de 2016, el cual consta en la foja 1322 del mismo.

⁴⁹ El Tribunal Constitucional ha desarrollado el principio de especialidad en la STC emitida el 24 de julio de 2006 en el Expediente 047-2004-AI/TC emitida en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley 27971 (ver pie de página 41 de la presente resolución), así como en la STC emitida el 26 de abril de 2004 en el 24/65

A. Normas especiales

50. Teniendo en cuenta que el canon es un pago que se realiza por el uso del espectro radioeléctrico y que este último es considerado un bien de dominio público indispensable para el desarrollo de las telecomunicaciones, la norma especial aplicable es la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC y su reglamento.
51. De una interpretación literal de los artículos 57 y 60 de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC y del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC⁵¹, se desprende que el espectro radioeléctrico: (i) es un recurso natural que forma parte del patrimonio de la nación, (ii) su utilización da lugar al pago de un canon y (iii) este pago debe ser abonado anualmente por los titulares de las concesiones o autorizaciones. Sin embargo, ninguna de las disposiciones

Expediente 018-2003-AI/TC, sobre proceso de inconstitucionalidad de la Ley 27143, Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional:

“Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente 018-2003-AI

(...)

Es decir, una ley especial –de por sí regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional– se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad.

Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo sui géneris de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas.

En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas.

Consecuencia derivada de la regla anteriormente anotada es que la ley especial prima sobre la de carácter general.”

(Subrayado nuestro)

⁵⁰ Al respecto, Norberto Bobbio, citado por Tardío Pato, sostiene que el principio de especialidad normativa “hace referencia a la materia regulada, al contenido de la norma, y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género. Es decir, ‘la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad.’” TARDÍO PATO, José Antonio. *El Principio de Especialidad Normativa (Lex Specialis) y sus Aplicaciones Jurisprudenciales*. Fecha de consulta: 9 de febrero de 2016. <<http://www.serranocid.com/documentos/Principio%20de%20Especialidad%20Normativa..pdf>>

Por su parte, Rubio Correa señala que las normas con rango de ley se rigen entre sí por el principio de especialidad, en virtud del cual “la disposición especial prima sobre la general, lo que quiere decir que si dos normas con rango de ley establecen disposiciones contradictorias o alternativas pero una es aplicable a un espectro más general de situaciones y otra a un espectro más restringido primará esta sobre aquella en su campo específico.” RUBIO CORREA, Marcial. *Op. Cit.* p. 137.

⁵¹ Como sostiene Rubio Correa, “el método de interpretación literal consiste en determinar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito”. RUBIO CORREA, Marcial. *Op. Cit.* p. 238.

antes mencionadas dilucida si el canon por el uso del espectro radioeléctrico tiene o no naturaleza tributaria, conforme se aprecia a continuación:

“DECRETO SUPREMO 013-93-TCC, TUO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

ARTÍCULO 57.- *El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación.*

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.*

DECRETO SUPREMO 020-2007-MTC, TUO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES

ARTÍCULO 231.- CANON ANUAL

El canon anual que deben abonar los titulares de concesiones o autorizaciones por concepto del uso del espectro radioeléctrico, se calcula aplicando los porcentajes que se fijan a continuación sobre la UIT, vigente al primero de enero del año en que corresponde efectuar el pago (...).”

52. Cabe indicar que luego de efectuar una interpretación histórica⁵² del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC se llega a la misma conclusión pues la exposición de motivos de dicha norma no realiza precisión alguna de ese tipo⁵³.
53. En atención a ello, corresponde continuar con el análisis por especialidad de normas y evaluar la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales⁵⁴, dado que, como se mencionó en el acápite III.1, el espectro radioeléctrico es un recurso natural⁵⁵.
54. Al respecto, este Colegiado aprecia que la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales tampoco menciona cuál es la naturaleza del canon por el uso del espectro radioeléctrico. En el artículo 20 de la referida ley tan solo se

⁵² Dicho método consiste en “recurrir al contenido de la norma que brinda los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la misma, el fundamento de ello es que el legislador siempre tiene una intención determinada al dictar la norma jurídica, por lo que debe contribuir a explicarnos su sentido”. RUBIO CORREA, Marcial. *Op. Cit.* p. 248.

⁵³ Cabe indicar que la Ley de Telecomunicaciones (tanto su Texto Único Ordenado como el decreto legislativo que la aprueba) carece de exposición de motivos.

⁵⁴ **LEY 26821, LEY ORGÁNICA PARA APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES**
ARTÍCULO 1.- La presente Ley Orgánica norma el régimen de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en tanto constituyen patrimonio de la Nación, estableciendo sus condiciones y las modalidades de otorgamiento a particulares, en cumplimiento del mandato contenido en los Artículos 66 y 67 del Capítulo II del Título III de la Constitución Política del Perú y en concordancia con lo establecido en el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales y los convenios internacionales ratificados por el Perú.

⁵⁵ Ver pie de página 32.

establece que el uso del espectro radioeléctrico da lugar a una “retribución económica”, tal como se aprecia a continuación:

“LEY 26821, LEY ORGÁNICA PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES

ARTÍCULO 20.- Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales.”

(Subrayado y énfasis nuestro)

55. Es pertinente notar que el MTC considera que la referencia a “retribución económica” en dicha norma desvirtúa que el canon por el uso del espectro radioeléctrico tenga naturaleza tributaria. Ello, sobre la base de lo señalado en los Informes 058-2009-EF/66.01 y 1284-2013-EF/42.01 emitidos por la Dirección General de Política de Ingresos Públicos y Oficina General de Asesoría Jurídica del MEF, respectivamente.
56. 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”⁵⁶, es decir, la satisfacción de una obligación sin distinguir su origen, sea este civil o tributario⁵⁷. Por su parte, se considera que la referencia a que el pago sea “económico” solo denota su carácter oneroso.

“Diccionario de la Real Academia Española

Retribución

Del lat. retributio, -ōnis.

1. f. Recompensa o pago de algo.”

57. Sin embargo, con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio se utilizará el método de interpretación histórico a fin de determinar cuál fue la voluntad del legislador al incluir el término “retribución económica” en la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales.

⁵⁶ De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, retribución es toda “recompensa o pago de algo”. Diccionario de la Real Academia Española. Fecha de consulta: 2 de febrero de 2016 <<http://dle.rae.es/?id=WKL9yHB>>

⁵⁷ En este sentido, los tributos constituyen, en principio, una prestación con contenido económico a favor del Estado. Al respecto, Sotelo y Vargas sostienen que los tributos pueden ser definidos “como la prestación generalmente pecuniaria exigida con la finalidad principal de obtener recursos, que es el contenido de una obligación ex lege, cuyo sujeto activo, es en principio una persona pública y su sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación (...)”. SOTELO CASTAÑEDA, Eduardo y VARGAS LEÓN, Luis. *En Torno a la definición de tributo: un vistazo a sus elementos esenciales*. En: *IUS ET VERITAS*. Décimo Séptima Edición, Lima, 1998, p.301.

58. De la revisión del Dictamen del proyecto de Ley 2596/96-CR - Ley 26821⁵⁸ (en adelante, Dictamen de la Ley 26821) se ha podido constatar que la intención del legislador al elegir “retribución económica” fue dejar claro que el aprovechamiento de los recursos naturales debía ser oneroso y no gratuito. En esta línea, el legislador distinguió entre los términos “pago”, “contraprestación” y “retribución económica”, eligiendo este último como la denominación del monto que recibe el Estado por el uso de sus recursos naturales, a fin de no restringirlo solamente a un pago monetario (como sugiere 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) RETRIBUCION 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)

59. Como se observa, la intención del legislador no fue determinar si el monto que recibiría el Estado por el uso de los recursos naturales tenía o no naturaleza tributaria, sino fijar que se debía retribuir al Estado por el uso de ese recurso.
60. Sin perjuicio de lo expuesto, adicionalmente se tiene que los Informes 058-2009-EF/66.01 y 1284-2013-EF/42.01, elaborados por órganos del MEF

⁵⁸ El Dictamen del proyecto de la Ley de los Recursos Naturales fue emitido por la Comisión de Ambiente, Ecología y Amazonía del Congreso de la República y posteriormente aprobado por unanimidad por el Pleno del Congreso de la República en sesión del 6 de junio de 1997. <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1996/ambiente/lib01/8.4.htmZ>>. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2016.

TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA (Texto vigente a la fecha de aprobación de la Ley 26821)

Artículo 70.- Los dictámenes son los documentos que contienen una exposición documentada, precisa y clara de los estudios que realizan las Comisiones sobre las proposiciones de ley y resolución legislativa que son sometidas a su conocimiento, además de las conclusiones y recomendaciones derivadas de dicho estudio. Los autores de los proyectos son invitados a las sesiones cuando se traten sus proyectos.

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 competencia⁵⁹ 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.

B. Norma general

59

RESOLUCIÓN VICEMINISTERIAL 148-99-EF-13.03. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (NORMA VIGENTE A LA FECHA DE EMISIÓN DEL INFORME, POSTERIORMENTE DEROGADA POR LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL 223-2011-EF-43, PUBLICADA EL 1 DE ABRIL DE 2011)

Artículo 23.- La Dirección General de Política de Ingresos Públicos es el órgano de línea encargado de evaluar y proponer mejoras al sistema tributario y a las políticas de ingresos fiscales.

Artículo 24.- Son funciones de la Dirección General de Política de Ingresos Públicos

- a) Asesorar al Vice Ministro de Economía en asuntos materia de su competencia
- b) Proponer las medidas de política tributaria, así como participar en el diseño de la política arancelaria, en concordancia con el Programa Económico de mediano y largo plazo, en coordinación con la Dirección General de Asuntos Económicos y Sociales y la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia e Inversión Privada.
- c) Evaluar y proponer permanentemente las medidas de simplificación y reestructuración del Sistema Tributario, así como las normas reglamentarias pertinentes, en concordancia con la doctrina, técnica tributaria y legislación comparada.
- d) Evaluar y opinar sobre el comportamiento de la recaudación fiscal y sus efectos, en coordinación con los administradores de tributos.
- e) Evaluar y elaborar normas administrativas para el otorgamiento de beneficios tributarios de acuerdo a las normas vigentes.
- f) Opinar y proponer las medidas técnicas y legales requeridas para el financiamiento público y su distribución.
- g) Evaluar y emitir opinión sobre los convenios y contratos sectoriales que incluyan la estabilidad o goce de beneficios tributarios.
- h) Opinar, desarrollar y proponer lineamientos tributarios para acuerdos y convenios internacionales, en el contexto de los acuerdos que el Perú haya suscrito.

RESOLUCIÓN MINISTERIAL 223-2011-EF-43. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (NORMA VIGENTE A LA FECHA DE EMISIÓN DEL INFORME, POSTERIORMENTE DEROGADA POR EL DECRETO SUPREMO 117-2014-EF, PUBLICADO EL 23 DE MAYO DE 2014)

Artículo 55.- Oficina General de Asesoría Jurídica

La Oficina General de Asesoría Jurídica es el órgano encargado de proporcionar asesoría de carácter jurídico en el Ministerio de Economía y Finanzas; asimismo, absuelve consultas del sector, según corresponda.

Artículo 56.- Funciones de la Oficina General de Asesoría Jurídica

Son funciones de la Oficina General de Asesoría Jurídica las siguientes:

- a) Asesorar a la Alta Dirección y demás órganos del Ministerio en los asuntos de carácter jurídico vinculados a las competencias del Ministerio de Economía y Finanzas;
- b) Revisar y visar las Resoluciones Ministeriales en materia de su competencia;
- c) Participar en la formulación de proyectos de dispositivos legales, convenios, contratos y otros documentos afines que se sometan a su consideración, emitiendo opinión legal cuando corresponda, siempre que no resulten incompatibles con las funciones específicas de los sistemas administrativos;
- d) Prestar el apoyo legal al Procurador Público en las acciones judiciales relacionadas con el Ministerio;
- e) Absolver consultas que formulen los organismos del Sector respecto a los dispositivos legales vinculados al Sector; y,
- f) Las demás funciones que le sean asignadas por el Secretario General.

61. Dado que la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC, el 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 (normas especiales) no establecen la naturaleza del canon por el uso del espectro radioeléctrico corresponde revisar las disposiciones contenidas en la normativa general.

B.1 Cuestión previa

62. Si bien en principio correspondería verificar las disposiciones del Código Tributario al ser la norma general en materia tributaria⁶⁰, de la revisión de la apelación se aprecia que el MTC cuestionó que esta se aplique al presente caso. En consecuencia como cuestión previa corresponde evaluar este argumento del MTC.

63. Sobre el particular, el MTC sostiene que este colegiado debe acogerse al criterio desarrollado por el Poder Judicial en dos sentencias emitidas durante el año 2015 por el Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo⁶¹ y la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en temas de mercado⁶², ambas de la Corte Superior de Justicia de Lima. Ello, en tanto que en ambas sentencias se concluye que el canon por el uso del espectro radioeléctrico carece de naturaleza tributaria, por lo que no le resulta aplicable la Norma II del Código Tributario.

64. Al respecto, lo primero a tener en cuenta es que las sentencias presentadas por el MTC no resultan vinculantes para el presente caso pues no se cumple con el test de "triple identidad"(identidad de sujetos, materia y petitorio) dado que las partes intervinientes en los procesos judiciales son distintas a las de este caso. Así, mientras que las partes en la vía judicial son, por un lado, el MTC y América Móvil Perú S.A.C. y, por el otro, el Indecopi, el MTC y Geo Supply Perú S.A.C.; las partes que intervienen en el presente caso son Telefónica del Perú S.A.A. y el MTC.

⁶⁰ **DECRETO SUPREMO 133-2013-EF-QUE APRUEBA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO TRIBUTARIO**
NORMA I: CONTENIDO

El presente Código establece los principios generales, instituciones, procedimientos y normas del ordenamiento jurídico-tributario.

⁶¹ Proceso de nulidad de actos administrativo, seguido por América Móvil del Perú S.A.C. contra el MTC, tramitado en el Expediente 06154-2014-0-1801-JR-CA-08.

⁶² Proceso seguido por el MTC en contra del Indecopi y Geo Supply Perú S.A.C. en el marco de un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas seguido por la referida empresa contra el MTC, tramitado en el Expediente 4931-2011.

65. Adicionalmente, de la revisión del Portal Institucional del Poder Judicial se ha podido constatar que ambas sentencias han sido impugnadas⁶³, por lo que carecen de firmeza. En consecuencia, dichos pronunciamientos son pasibles de ser modificados por la autoridad jurisdiccional al no tener la autoridad de cosa juzgada⁶⁴.
66. Por las razones expuestas y dado que estos pronunciamientos no son vinculantes, corresponde desestimar el argumento del MTC en este extremo y continuar con el análisis de las disposiciones del Código Tributario.

B.2 Código Tributario

67. La Norma II del Código Tributario establece una clasificación tripartita de los tributos, los cuales se dividen en: (i) impuestos, (ii) contribuciones y (iii) tasas, tal como se observa a continuación:

“DECRETO SUPREMO 133-2013-EF-CÓDIGO TRIBUTARIO

TÍTULO PRELIMINAR

NORMA II: ÁMBITO DE APLICACIÓN

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

a) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.

b) Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.

c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.

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

(...)”

⁶³ Información verificada en el sitio web del Poder Judicial del Perú: <http://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>. Fecha de consulta: 11 de febrero de 2016. La misma se agregó al expediente por Razón de Secretaría del 11 de febrero de 2016.

⁶⁴ **RESOLUCION MINISTERIAL Nº 010-93-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Artículo 123.- Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o

2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los Artículos 178 y 407.

(Subrayado y énfasis nuestro)

68. De dicha norma se desprende que la tasa es un tributo que, en principio, tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. Asimismo, se establece que las tasas pueden ser sub clasificadas en: (i) arbitrios, (ii) derechos y (iii) licencias.
69. Los derechos son definidos en la Norma II del Código Tributario como aquellos tributos que se generan por la prestación de un servicio público o por el uso o el aprovechamiento de un bien público. Como se observa, esta disposición contiene dos supuestos de hecho. El primero regula las tasas que tienen como hecho generador⁶⁵ la prestación de un servicio administrativo público y el segundo aquellas que tienen como hecho generador el uso o aprovechamiento de bienes públicos.
70. Con relación al derecho por la prestación de un servicio administrativo público, Huamani Cueva⁶⁶ 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 otros⁶⁷.
71. 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

⁶⁵ De conformidad con el artículo 2 del Código Tributario, la obligación tributaria nace cuando se realiza el hecho generador previsto en la ley. En tal sentido, de la referida disposición, se desprende que el hecho generador constituye un evento que se verifica en la realidad, el cual cuenta con consecuencias tributarias previstas en una ley.

⁶⁶ HUAMANÍ CUEVA, Rosendo. *Comentarios al Código Tributario Parte 1*, Jurista Editores, Lima, 2015, p. 140 y 141.

⁶⁷ **DECRETO SUPREMO 064-2010-PCM**
ANEXO

5. GLOSARIO DE TÉRMINOS

Para la nueva metodología de determinación de costos de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad se deben tomar en cuenta los siguientes términos:

(...)

5.3 Conceptos

(...)

e. Elemento de costo: Denominación que recibe cada uno de los elementos que se consumen y luego se costean en un objeto de costo (personal directo, material fungible, material no fungible, servicios de terceros, depreciación de activos, amortización de intangibles y costos fijos). Solo se consideran los elementos de costo relacionados directamente con la prestación de los procedimientos administrativos y/o servicios prestados en exclusividad. Estos elementos son clasificados en directos identificables y directos no identificables.

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)

72. En esa misma línea, al comentar la Norma II del Código Tributario, Hernández Berenguel⁶⁸ (Hernández Berenguel 2008: 110)⁶⁹ sostuvo que la doctrina considera que lo percibido por el aprovechamiento de un bien público califica como ingreso público originario⁷⁰ (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

⁶⁸ HERNÁNDEZ BERENGUEL, Luis. *La Tarifa por utilización de Aguas Subterráneas en Lima y Callao y la Tributación Ambiental*. Fecha de consulta: 2 de febrero de 2016. p.110. <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14055/14677>>

⁶⁹ Si bien la Sala es consciente que el artículo titulado “*La Tarifa por utilización de Aguas Subterráneas en Lima y Callao y la Tributación Ambiental*” elaborado por Hernández Berenguel abordó cuestiones relacionadas con una norma derogada (Decreto Legislativo 148), la presente resolución se limita a adoptar de la referida fuente los fundamentos abstractos que analizan si el uso de un bien público calza en la Norma II del Código Tributario, norma vigente actualmente.

⁷⁰ ELÍAS MELGEN, David y MELGEN DE ELIAS, Martha. *Análisis Económico de los Impuestos*. Fecha de consulta: 15 de febrero de 2016. p.16. <<http://www.eliasmelgen.com/publicaciones/ Analisis.pdf>>. Los referidos autores diferencian entre ingresos públicos originarios y derivados, al indicar que el primero se obtienen a raíz del aprovechamiento de su propio patrimonio y del ejercicio de actividades comerciales o industriales, mientras que el segundo se perciben de patrimonios ajenos a través de la utilización del *ius imperium*.

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)

73. Siguiendo ese mismo razonamiento, Hernández Berenguel⁷¹ 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 continuación⁷²:

“(…) 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.”

74. En atención a lo previamente expuesto y que el Tribunal Constitucional ha calificado 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 bien público prevista en la Norma II del Código Tributario.

B.3 Aplicación de la Norma II del Código Tributario en otros fueros

75. Sin perjuicio de ello y a mayor abundamiento, este colegiado considera pertinente reseñar que otros tribunales tales como el Tribunal Constitucional, el Poder Judicial e incluso el Tribunal Fiscal se han pronunciado sobre el uso de otros recursos naturales calificados como bienes de dominio público (distintos a los no renovables), indicando que su uso da lugar al pago de una tasa-derecho por su aprovechamiento, tal como se explicará a continuación.

Pronunciamiento del Tribunal Constitucional

76. En la sentencia emitida el 17 de agosto de 2010 en el Expediente 4899-2007-PA/TC referido a la tarifa por el uso de aguas subterráneas, el Tribunal Constitucional sostuvo que el uso o aprovechamiento del agua genera la obligación del pago de una tasa por derecho de uso al tratarse de un recurso natural (al igual que el espectro radioeléctrico), tal como se aprecia a continuación:

“SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EMITIDA EL 17 DE AGOSTO DE 2010 EN EL EXPEDIENTE 4899-2007-PA/TC”⁷³

⁷¹ HERNÁNDEZ BERENGUEL, Luis. *Op. cit.*p.111.

⁷² En este punto, si bien la cita consignada en la presente resolución ocurre en el contexto de la utilización de aguas subterráneas, de la misma únicamente se ha recogido el extracto correspondiente a si la utilización o el uso del referido recurso califica como un servicio público a efectos de evaluar si calza en el concepto de derecho previsto en la Norma II del Código Tributario.

⁷³ STC emitida el 17 de agosto de 2010 en el Expediente 4899-2007-PA/TC, sobre proceso de amparo seguido por Jockey Club del Perú contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal.

(...)

11. Si bien la demandante ha alegado que se trata de un impuesto, Sedapal alega que se trata de una Tasa-Derecho. En nuestra opinión se trata de una Tasa-Derecho, puesto que el hecho generador se origina en la utilización de bienes públicos. En efecto, tal como se estableció en el artículo 1 del Decreto Ley 17752, Ley General de Aguas, “Las aguas, sin excepción alguna, son de propiedad del Estado, y su dominio es inalienable e imprescriptible”. Se trata, pues, de un recurso natural, tal como se ha establecido en el artículo 3, literal a), de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (Ley N.º 26821), que considera recursos naturales a todo componente de la naturaleza que puede ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades y que tenga un valor actual o potencial en el mercado, como lo son las aguas superficiales y subterráneas. (...). En ese sentido, los recursos naturales –como expresión de la heredad nacional– reposan jurídicamente en el dominio del Estado. (...)”.

(Subrayado nuestro)

Pronunciamiento del Poder Judicial

77. El Poder Judicial también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la definición de tasa-derecho prevista en la Norma II del Código Tributario. Así, en la Casación 2210-2012 LIMA⁷⁴ (sentencia con calidad de cosa juzgada), la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República sostuvo que, de acuerdo a la referida disposición legal, el “derecho de cesión de uso temporal en la playa Barcaza” posee naturaleza tributaria pues tiene como hecho generador el uso o aprovechamiento de un bien de carácter público, encontrándose por ello comprendido dentro de los alcances de la sub especie derecho:

“CASACIÓN 2210-2012 LIMA DEL 28 DE AGOSTO DE 2014

(...)

Considerando:

(...)

Quinto: (...) de acuerdo al [inciso c de la norma II del Título Preliminar del Código Tributario] los derechos son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos. Sexto: Bajo este marco normativo, puede desprenderse que el concepto denominado ‘derecho de cesión de uso temporal en la playa Barcaza’, cuyo pago es exigido a la demandante por parte de la Municipalidad Distrital de Punta Hermosa en atención al local comercial que ella posee en la playa Caballeros (antes Barcaza), bajo los alcances de lo previsto en la Ordenanza N° 049-2004-MDPH, posee naturaleza claramente tributaria, dado que **al tener como hecho generador el uso o aprovechamiento que efectúa el obligado sobre un bien de carácter público, como lo es el espacio de playa en el cual administra su local comercial, se encuentra comprendido dentro de los alcances de la sub especie derecho (...).**”

(Subrayado y énfasis nuestro)

Pronunciamientos del Tribunal Fiscal

78. En distintos pronunciamientos⁷⁵, el Tribunal Fiscal, órgano administrativo especializado en resolver controversias en materia tributaria⁷⁶ ha sostenido que el uso o aprovechamiento de bienes públicos da lugar al pago de una tasa, conforme a lo señalado por la Norma II del Código Tributario, conforme se aprecia de los siguientes casos.

- RTF 796-1-99 (caso de la tarifa por uso del agua subterránea)⁷⁷

79. El Tribunal Fiscal señaló que nuestro legislador optó por incluir dentro de la clasificación tributaria del tipo tasa derecho, a los ingresos que percibe el Estado por el uso de bienes de dominio público. En esta línea, concluyó que al ser el agua un recurso natural, el pago que debían efectuar los particulares por el uso de dicho recurso tenía naturaleza tributaria, tal como se detalla a continuación:

“RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL FISCAL 796-1-99 EMITIDA EL 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999

*(...) si bien cuando se emitió el Decreto Legislativo N° 148, no existía norma que clasificara y señalara las características de las especies tributarias, desde el 1 de abril de 1992 la tarifa mencionada debía clasificarse en alguna de las especies y/o subespecies reguladas por el Decreto Legislativo N° 769; en consecuencia, **siendo que el hecho gravado en este caso es el uso o aprovechamiento de un bien público como es el agua subterránea, debe considerarse que el cobro se hace a título de derecho** (...).*

Que respecto a la clasificación adoptada por el ordenamiento legal peruano desde abril de 1992 cabe precisar que si bien doctrinariamente los ingresos que el Estado percibe por el uso de bienes de dominio público constituyen dentro de la clasificación de los recursos públicos, recursos patrimoniales distintos a los tributarios, tal clasificación no ha sido adoptada por nuestro legislador quien por el contrario optó por incluirlos dentro de este último grupo.

*Que de lo expuesto se deriva también que **si bien los derechos exactamente no encajan dentro del concepto de tasa establecido en la doctrina, el legislador en el caso peruano decidió considerarlos como tales, señalando que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes públicos, ampliando el concepto, no pudiéndose exigir en este caso que su rendimiento estará destinado a cubrir el servicio prestado.**”*
(Subrayado y énfasis nuestro)

⁷⁵ RTF 796-1-99 emitida el 21 de septiembre de 1999 en el Expediente 3130-97, RTF 9715-4-2008 emitida el 12 de agosto de 2008 en el Expediente 4037-2008 y RTF 2836-5-2009 emitida el 26 de marzo de 2009 en el Expediente 435-09.

⁷⁶ De acuerdo al artículo 52 de la Resolución Ministerial 191-2000-EF/43, que aprueba la nueva estructura orgánica del Tribunal Fiscal, el mismo es un órgano resolutorio cuya misión es resolver las controversias tributarias que surjan entre la Administración y los contribuyentes.

⁷⁷ La controversia surgida en este caso consistió en determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas vinculadas a la tarifa por uso de agua subterránea creada por el Decreto Legislativo 148.

- RTF 9715-4-2008 (caso del derecho de vigencia anual de uso del área acuática y franja costera)⁷⁸

80. Al igual que en el caso anterior, el referido tribunal señaló que el agua es un recurso natural y por tanto un bien de dominio público. Así, indicó que los espacios de agua en la zona portuaria, incluyendo las instalaciones de prácticos, la infraestructura e instalaciones en los puertos y terminales portuarios también son bienes de dominio público, de acuerdo con la Ley 27943, Ley del Sistema Portuario Nacional, cuyo uso particular o privativo da lugar al pago de una tasa derecho, conforme se aprecia a continuación:

“RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL FISCAL 09715-4-2008 EMITIDA EL 12 DE AGOSTO DE 2008

(...)

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

(...)

RESUELVE: (...)

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

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

(Subrayado nuestro).

- RTF 2836-5-2009 (caso del canon por el uso del espectro radioeléctrico)⁷⁹

81. Incluso, el Tribunal Fiscal señaló expresamente que el pago del canon por uso del espectro radioeléctrico tiene naturaleza tributaria y califica como una tasa de tipo derecho debido a que se trata de un pago exigido por el uso de un bien de dominio público como es el espectro radioeléctrico, tal como se aprecia a continuación⁸⁰:

⁷⁸ La controversia surgida en este caso consistió en determinar si el derecho de vigencia anual por el uso temporal de área acuática y franja costera, concepto previsto en la Ley 27943 - Ley del Sistema Portuario Nacional y su reglamento, tiene o no naturaleza tributaria.

⁷⁹ La controversia surgida en este caso consistió en determinar si el canon por el uso del espectro radioeléctrico tiene o no naturaleza tributaria.

⁸⁰ Cabe señalar que si bien este colegiado tiene conocimiento que, como consecuencia de la contienda de competencia presentada por el MTC ante la PCM, el Tribunal Fiscal ha suspendido el trámite de otros

“RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL FISCAL 2836-5-2009 EMITIDA EL 26 DE MARZO DE 2009

(...) [E]n 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.”
(Subrayado y énfasis nuestro)

82. Como se observa, otros tribunales también han considerado que el aprovechamiento de bienes de dominio público da lugar al pago de una tasa en la modalidad de derecho por uso.
83. En atención a los argumentos expuestos, la Sala considera que el canon por el uso del espectro radioeléctrico tiene naturaleza tributaria al calzar dentro del concepto de tasa en la modalidad derecho de uso o aprovechamiento de un bien de dominio público prevista en la Norma II del Código Tributario.

Sobre la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional referida a la Ley 28258, Ley de Regalía Minera

84. Durante el procedimiento, el MTC solicitó al Indecopi que, al resolver la presente controversia aplique el razonamiento expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia del 1 de abril de 2005 recaída en el Expediente 0048-2004-PI/TC en la que determinó que el pago por la regalía por la explotación de los recursos minerales –calificados también como recursos naturales- no tienen origen tributario⁸¹.
85. Sobre el particular, es cierto que en la sentencia antes mencionada el Tribunal Constitucional señaló que el pago por la regalía minera califica como una “exigencia económica” y no como un tributo. Sin embargo, es importante destacar que para llegar a dicha conclusión, el referido colegiado efectuó un análisis de las disposiciones de la Ley 28258, norma especial que regula el pago de la regalía minera, así como de la naturaleza y las características particulares del recurso en cuestión, según se advierte a continuación:

**“STC 048-2004-PI/TC
(...)”**

procedimientos relacionados con el referido canon, dicha suspensión no afecta la validez de este pronunciamiento ni se ha acreditado durante el procedimiento que el mismo haya sido anulado o dejado sin efecto.

⁸¹ STC emitida el 1 de abril de 2005 en el Expediente 048-2004-PI/TC, sobre proceso de inconstitucionalidad respecto de los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la Ley 28258, Ley de Regalía Minera.

III. NORMA CUESTIONADA

LEY 28258 - Ley que crea la Regalía Minera como contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos.

(...)

VI. FUNDAMENTOS

5. Sobre la supuesta inconstitucionalidad formal de la Ley 28258. La materia reservada a ley orgánica por el artículo 66 de la Constitución.

44. (...) Empero, resulta obvio que la regulación legal para la concesión a particulares de derechos para aprovechamiento de los recursos naturales, renovables y no renovables, tiene que ser diversa, según la naturaleza de dichos recursos.

(...)

46. (...) Los derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales se otorgan a los particulares mediante las modalidades que establecen las leyes especiales para cada recurso natural, según lo determina el artículo 19 de la Ley 26821(...).

47. (...) Justamente es por ley especial como se regula la regalía minera.

(...)

49. (...) Ello no quiere decir, claro está, que si una exigencia económica –como regalía minera- no reviste cariz tributario, el legislador quede habilitado para establecerla sin ningún parámetro de objetividad y razonabilidad.

(...)

53. Como se advierte, la regalía es la contraprestación del titular de la concesión minera a los gobiernos regionales y locales por la explotación de recursos naturales no renovables, justificada en la necesidad de la Nación de recibir beneficios de sus propios recursos antes de que se agoten.

(...)

82. Por consiguiente, conforme se ha sostenido, el otorgamiento de una concesión minera implica la cesión a particulares de un bien natural extraído para su provecho económico, pero bajo los parámetros del interés general de la Nación.

(...)

111. Para este Tribunal, es incuestionable que la retribución a la Nación por los beneficios y ventajas obtenidos por la explotación de los recursos que le son originarios –dado su carácter limitado y los perjuicios directos ocasionados a las localidades donde se encuentra ubicada la mina, una vez que los recursos explotados se hayan agotado-, resulta un tema de evidente interés general.
(...)”

(Subrayado nuestro)

86. En el citado pronunciamiento, el Tribunal Constitucional definió el pago por la regalía minera como una contraprestación económica que obedece a la explotación de recursos naturales no renovables y que se justifica en la necesidad de que la Nación (especialmente, las localidades directamente afectadas) perciba los beneficios de estos recursos antes que se agoten. Por ello, enfatizó que la contraprestación exigida obedece al carácter limitado de dicho recurso.

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

- (i) Por un lado, si bien los recursos minerales y el espectro radioeléctrico califican como recursos naturales según la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales sus características han sido reguladas de modo distinto en leyes especiales. Así, mientras los recursos minerales se sujetan a las disposiciones de la Ley 28258, Ley de Regalía Minera; el espectro radioeléctrico se rige por lo previsto en la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC y en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC.
- (ii) De otro lado, la Ley 28258, Ley de Regalía Minera⁸² 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 radioeléctrico⁸³.
88. Con relación a lo señalado en el numeral (ii), la doctrina económica (Ostrom, Gardner y Walker, 1994:44) efectúa una distinción análoga al referirse a los bienes públicos “sustraíbles”⁸⁴ y “no sustraíbles”, los cuales podrían aplicarse

⁸² **LEY 28258, LEY DE REGALÍA MINERA**

Artículo 2. Definición, sujetos y nacimiento de la regalía minera

2.1 La regalía minera es la contraprestación económica que los sujetos de la actividad minera pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos.
(...).

⁸³ Ver numeral 51 de la presente resolución.

⁸⁴ OSTROM, Elinor, GARDNER, Roy y WALKER, James. *Rules, Games and Common-Pool Resources*. Fecha de visualización: 17 de febrero de 2016. <https://www.press.umich.edu/pdf/9780472065462-fm.pdf>
“The variables of an action situation are also affected by attributes of the relevant physical world. (...) The difference between goods that are subtractive in nature, such as CPR’s and private goods, as contrasted to those that are not subtractive, such as public goods and toll goods, strongly affects how rules affect outcomes.(...)”.

Nota 1: Para una definición de *Common Pool Resources (CPR)*: Ver: MILLER, Nolan. *Externalities and Public Goods*. Fecha de visualización: 18 de febrero de 2016 <<https://business.illinois.edu/nmiller/documents/notes/notes8.pdf>>. En dicho artículo, se sostuvo lo siguiente: “A common-pool resource (CPR) is a good where consumption is rivalrous and non-excludable.” {Los recursos de uso común son bienes en los que el consumo es rival pero no excluyente}.

Nota 2: Para una definición de bienes públicos y bienes privados. Ver: STIGLITZ, Joseph E. *La Economía del sector público*. Tercera Edición. España, 2000. p. 150. Con relación a ello, se indica lo siguiente: “En términos generales, los bienes privados tienen las propiedades de consumo rival y de exclusión; los bienes públicos se caracterizan por el consumo no rival y la imposibilidad de excluir a nadie de sus beneficios. (...)”.

Nota 3: Para una mayor explicación sobre los bienes sujetos a ‘peaje’. Ver: *Ibid.* p. 151. Al respecto, el referido autor señala lo siguiente: “Si la exclusión es posible, aunque el consumo no sea rival, el Estado suele cobrar una tasa, llamada tasa por el uso, a los que se benefician de los bienes o servicios que suministra. Las autopistas de peaje se financian por medio de tasas por el uso. (...)”.

a los recursos minerales y al espectro radioeléctrico respectivamente, conforme se observa de la siguiente cita:

“RULES, GAMES AND COMMON-POOL RESOURCES

Las variables de una situación también se ven afectadas por los atributos del mundo físico. (...). La diferencia entre los bienes que son sustraíbles de la naturaleza, tales los bienes CPR y los bienes privados y aquellos que no pueden sustraerse, tales como los bienes públicos y bienes sujetos a ‘peaje’, influye en gran medida cómo las reglas afectan los resultados. (...) “{Traducción libre}

(Subrayado agregado)

89. En sede nacional la distinción entre bienes públicos “no sustraíbles” y “sustraíbles” también ha sido evidenciada por el Tribunal Fiscal en la RTF 09715-4-2008 del 12 de agosto de 2008 (citada en el numeral 79 de la presente resolución) en la que, en sus propios términos, diferenció entre el derecho de vigencia del área acuática y franja costera y el pago previsto para los recursos minerales. Así, indicó que mientras el primero obedece a su uso temporal y exclusivo, el del segundo habilita su explotación dado que se trata de recursos minerales no renovables, según se observa de la siguiente cita:

“RTF 09715-4-2008

En consecuencia, puede concluirse que el derecho de vigencia es pagado por los particulares por un derecho temporal y exclusivo para usar un bien que constituye parte del dominio público, lo cual se refleja en los considerandos del Decreto Supremo 041-2007-MTC, (...), pues de su lectura se aprecia que se consideró que era necesario disponer dicho pago respecto de las autorizaciones de uso de área acuática y franja costera (...)

Es del caso precisar que si bien la Ley del Sistema Portuario Nacional ha optado por denominar al derecho bajo análisis como ‘derecho de vigencia’, este no comparte las características bajo las cuales ha sido regulado el derecho de vigencia que debe pagarse a efecto de mantener vigente las concesiones mineras {Pie de página 16}.”

(Subrayado es nuestro)

Nota: en el pie de página 16 de la resolución mencionada se señala lo siguiente: “(...) en el caso de la concesión, esta otorga el derecho a explorar y explotar los recursos minerales. En cambio, la autorización objeto de análisis no otorga tal derecho.”

90. En consecuencia, por los motivos expuestos en el presente acápite, la Sala estima que la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el pago de la regalía minera no resulta aplicable al presente caso. Por tanto, corresponde desestimar el argumento expuesto por el MTC en este extremo.

III.4.4 Criterios para la determinación de la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico

91. Habiendo determinado que el canon por uso por el espectro radioeléctrico tiene naturaleza de tasa-derecho se procederá a evaluar si la metodología de cálculo cuestionada solo debió tener en cuenta el criterio “costo del

servicio” como alega la denunciante y la primera instancia en la Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI o si por el contrario debía ser determinada en función a otros criterios.

92. En el procedimiento, el MTC refirió que la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico ha sido determinada en función a criterios económicos, sociales y ambientales de acuerdo a lo dispuesto en las leyes especiales, por lo que es legal. Adicionalmente, precisó que no se debe aplicar el Código Tributario (norma general) y considerar que el cobro debió ser calculado en función al costo del servicio debido a la existencia de estas normas especiales.
93. A fin de evaluar el argumento del MTC se analizarán en primer término 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, así como la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales (normas especiales) a fin de verificar si estas regulan los criterios de determinación aplicables a la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico de manera expresa. Solo en caso estas no regulen este aspecto se recurrirá al Código Tributario (norma general).

A. Normas Especiales

Ley de Telecomunicaciones y su reglamento

94. Al respecto, 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 no mencionan cuales son los criterios de determinación de la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico. La referida ley únicamente señala que el destino final de lo recaudado por concepto del canon será utilizado para el desarrollo de las telecomunicaciones, el control y monitoreo del espectro radioeléctrico y para sufragar las obligaciones con los organismos internacionales, conforme se aprecia a continuación:

**“DECRETO SUPREMO 013-93-TCC, TUO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES
ARTÍCULO 101.-**

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

(Subrayado y énfasis nuestro)

95. A decir del MTC, esta referencia sobre el destino del canon hace que éste no califique como una tasa en la modalidad derecho de uso. Por su parte, la denunciante manifestó que el hecho que el canon se destine a financiar otros fondos, como por ejemplo el de FITEL no desconoce su naturaleza tributaria⁸⁵.
96. De acuerdo a lo señalado por Villegas⁸⁶ se debe diferenciar entre el tributo en sí mismo y lo que el Estado realiza con los ingresos recaudados por el pago del mismo (destino y/o administración del recurso). Así, el hecho que el tributo se destine a diversas finalidades no conlleva a que el mismo pierda su naturaleza tributaria, en tanto se enmarque dentro de alguna de las clasificaciones establecidas en la Norma II del Código Tributario, tal como se aprecia a continuación:

“CURSO DE FINANZAS”⁸⁷

*Creemos que una cosa es el tributo y otra diferente lo que el Estado haga con los fondos que mediante ese tributo recauden. Una vez logrado el fin perseguido mediante el tributo que es la obtención del recurso, el tributo se agota en su contenido y cesa el aspecto tributario de la actividad financiera, porque **todo lo atinente al destino y administración del recurso ya obtenido es materia de orden presupuesto, y no tributario** (...).”*

(Subrayado y énfasis nuestro)

97. En tal sentido, esta Sala concuerda con la denunciante en que si bien por mandato expreso de la Ley, el MTC debe derivar parte de lo recaudado por el canon por uso del espectro radioeléctrico a financiar las actividades del FITEL, ello no ocasiona que deje de ser una tasa en la modalidad derecho por uso conforme se desarrolló en el acápite III.4.3 de la presente resolución. Por tanto corresponde desestimar el argumento del MTC en este extremo.
98. En consecuencia, teniendo en cuenta que la ley especial en materia de telecomunicaciones no establece cuáles son los criterios de determinación sobre los que se debe calcular el canon por el uso del espectro radioeléctrico se debe recurrir a la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales, norma especial en materia de recursos naturales.

Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales

99. A diferencia de lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC y en el Reglamento de la Ley

⁸⁵ Ver foja 555 del expediente.

⁸⁶ VILLEGAS, Héctor B. *Curso de Finanzas. Tomo Único*. Séptima Edición, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 127

⁸⁷ Idem.

de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC, esta Sala aprecia que la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales sí contiene una referencia expresa a los criterios sobre los cuales se puede determinar el derecho por el aprovechamiento de tales recursos. Así, el artículo 20 de la referida norma establece que el aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales da lugar al pago de una retribución económica determinada en función de factores económicos, sociales y ambientales, tal como se observa a continuación:

“LEY 26821, LEY ORGÁNICA PARA EL APROVECHAMIENTO SOSTENIBLE DE LOS RECURSOS NATURALES

ARTÍCULO 20.- *Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. (...)*

(Subrayado y énfasis nuestro)

100. Si bien la denunciante sostiene que el canon por el uso del espectro radioeléctrico debe ser determinado en función al “costo del servicio prestado” de acuerdo a la Norma II del Código Tributario, lo cierto es que, en virtud del principio de especialidad normativa esta disposición solo podría ser aplicable en tanto la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales (norma especial en materia de recursos naturales) no contenga reglas para determinar el referido derecho. Sin embargo, ello no ocurre en el presente caso pues el artículo 20 de la Ley 26821 establece expresamente cuáles son los criterios para efectuar dicha determinación.
101. No obstante, con la finalidad de contar con mayores alcances sobre los criterios “económicos, sociales y ambientales” se revisó el Dictamen de la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales⁸⁸ (interpretación histórica). De dicha evaluación se constató que si bien no existe una definición de los referidos criterios sí es posible esbozar cual fue la voluntad del legislador, al revisar los motivos por los que eligió “retribución económica” y descartó los términos “pago” y “contraprestación” para identificar lo que el Estado recibe por el aprovechamiento de los recursos naturales.
102. En esa línea, conforme se señaló en el numeral 58 de la presente resolución, el legislador eligió el término “retribución económica” a fin de no restringir el derecho por el uso de los recursos naturales únicamente al valor del recurso aprovechado (como sugiere el término “contraprestación”) o que se asimile únicamente a un pago monetario (como sugiere el concepto de “pago”), tal como se desprende de la cita a continuación. Por tanto, el legislador tenía la intención que la determinación de este concepto trascienda de estos dos factores y englobe además criterios sociales y ambientales.

⁸⁸ Ver pie de página 54.

“DICTAMEN DEL PROYECTO DE LEY 2596/96-CR- LEY 26821

13) RETRIBUCIÓN POR EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

(...)

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 (...).”

103. Por tanto, de acuerdo a la interpretación literal e histórica del artículo 20 de la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales, norma especial aplicable al presente caso, el derecho por el aprovechamiento de los recursos naturales debe ser determinado no solo en función a criterios económicos, como puede ser por ejemplo el valor del recurso aprovechado, sino además en función a criterios sociales y ambientales relacionados con dicho recurso. Asimismo, se aprecia que la norma especial no hace referencia alguna al “costo del servicio” alegado por la denunciante.

B. Norma general

104. Como se mencionó, el Código Tributario no es aplicable para determinar los criterios del canon por el uso radioeléctrico debido a que la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales, norma especial en materia de recursos naturales los menciona de manera expresa. Por tanto, dado que esta Sala no se pronunciará sobre los alcances del Código Tributario en esta etapa, corresponde desestimar todos los argumentos presentados por ambas partes sobre su aplicación y contenido.

C. Otros argumentos

105. Durante el procedimiento, la denunciante sustentó que la metodología de cálculo del referido canon debía haber sido fijada en función al criterio del costo del servicio no solo en virtud a la aplicación de la Norma II del Código Tributario sino también al amparo de lo señalado por el Banco Mundial en el documento denominado “Manual de Reglamentación de la Telecomunicaciones”⁸⁹ elaborado en el año 2001 y por el Osiptel en el informe denominado “Análisis del Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico”⁹⁰.

⁸⁹ Ver de la foja 156 a la foja 158 del expediente.

⁹⁰ Ver de la foja 131 a la foja 154 del expediente. Osiptel remitió el referido informe al MTC mediante la Carta c.327-PD.GPR/2006 del 3 de noviembre de 2006, en el cual señaló que adjuntaba dicho documento a fin de trasladar sus comentarios respecto del proyecto de lo que posteriormente sería el Régimen Especial. La referida carta ha sido incorporada al expediente mediante Razón de Secretaría del 11 de febrero de 2016 y obra en la foja 1321 del mismo.

Consultado

<www.osiptel.gob.pe/Archivos/Transparencia/Info_adicional/147208MTCce03112006_2.pdf>.

en:

Fecha de consulta: 11 de febrero de 2016.

106. Sobre el particular, el Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones es un libro publicado por el programa *InfoDev* del Banco Mundial⁹¹ que tiene por objeto informar a las autoridades nacionales competentes en el sector de telecomunicaciones sobre las prácticas de reglamentación en el mencionado sector que se aplican en diversos países, tal como desprende de la cita a continuación:

MANUAL DE REGLAMENTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES

“Prólogo

(...)

El objetivo del programa InfoDev, al apoyar este proyecto, fue poner a disposición de las autoridades de reglamentación y otras entidades participantes en el proceso de reglamentación una fuente de referencias prácticas de los métodos utilizados para la reglamentación del sector de las telecomunicaciones en todo el mundo, destacándose las mejores prácticas.

Los autores han logrado describir de manera clara y directa las prácticas de reglamentación más importantes en el sector de las telecomunicaciones a escala mundial, y han hecho hincapié en las que promueven la prestación eficiente de servicios de telecomunicaciones en un mercado abierto a la competencia.

(...)

El personal de la Unión Internacional de Telecomunicaciones ha colaborado en la preparación de este Manual, cuya lectura recomendamos a autoridades de reglamentación y otras entidades interesadas en el sector de las telecomunicaciones en el mundo.

El libro es una compilación útil, en un solo volumen, de descripciones y análisis de prácticas de reglamentación, así como de los enfoques que se aplican en una amplia variedad de países.”

(Subrayado nuestro)

107. En esa línea, lo señalado en dicho documento es solo una recomendación que podría o no ser adoptada por cada Estado, teniendo en cuenta lo señalado en su propio ordenamiento jurídico.
108. En el presente caso, tal como se determinó en el acápite III.4.4.A de la presente resolución, el legislador peruano expidió una ley (el artículo 20 de la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales) en la que optó por un criterio de determinación distinto al que sugiere el referido manual al establecer de manera expresa que el aprovechamiento de los recursos naturales (como el canon por el uso del espectro radioeléctrico) da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales.

⁹¹ **MANUAL DE REGLAMENTACIÓN DE LAS TELECOMUNICACIONES ELABORADO POR EL PROGRAMA INFODEV DEL BANCO MUNDIAL**

“El presente libro se distribuye en el entendido de que, en caso de requerir asesoría jurídica u otro asesoramiento especializado, los lectores no deben confiar en las afirmaciones que figuran en este libro, sino procurarse los servicios de un profesional competente. (...)”.

109. En consecuencia, en virtud al principio de legalidad⁹² corresponde que esta Sala aplique lo mencionado en el artículo 20 de la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales y desestime el argumento de la denunciante de que se adopte la recomendación establecida en el Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones del Banco Mundial al presente caso.
110. Por otro lado, de la revisión del informe denominado “Análisis del Canon por el Uso del Espectro Radioeléctrico” del Osiptel se aprecia que éste fue elaborado con el objeto de trasladar al MTC, los comentarios y sugerencias respecto al “Proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico” publicado en el diario oficial “El Peruano” el 24 de octubre de 2006, el cual posteriormente derivó en la aprobación del Régimen Especial a través del Decreto Supremo 043-2006-MTC⁹³.
111. En esa línea se evidencia que este informe fue elaborado como una opinión, la cual incluso no se encuentra relacionada con la metodología de análisis del Régimen General contenida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Decreto Supremo 020-2007-MTC y que es materia de cuestionamiento en este procedimiento, sino que se refiere a la metodología del Régimen Especial.
112. Sin perjuicio de ello, en el mencionado informe el Osiptel parte de la premisa que el canon por el uso del espectro radioeléctrico es una tasa en la modalidad de derecho por uso, sin precisar cuál es el sustento normativo de dicha aseveración. Adicionalmente basándose principalmente en lo señalado en el manual del Banco Mundial antes mencionado, el Osiptel concluye que el pago del canon solo debería ser fijado en función al costo del servicio prestado por el MTC. En esa línea, desarrolla cuáles son, a su criterio, los servicios que el Estado prestaría cuando pone a disposición el espectro radioeléctrico y que deberían estar sujetos al pago del canon.
113. Sobre el particular y pese a que solo se trata de una opinión del Osiptel, el análisis efectuado en dicho informe se sustentó en el manual del Banco Mundial, el cual como se mencionó en el acápite anterior no resulta aplicable

⁹² **LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
TÍTULO PRELIMINAR**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

(...).

⁹³ El Decreto Supremo 043-2006-MTC fue publicado en el diario oficial “El Peruano” el 28 de diciembre de 2006.

al presente caso pues prima la norma especial nacional como es la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales. Adicionalmente, el Osiptel tampoco sustentó normativamente el motivo por el que debía aplicarse el criterio del costo del servicio para determinar la metodología de cálculo del referido canon, pese a que no está previsto en la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC, en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC ni en la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales. En atención a lo expuesto, no resulta posible adoptar los argumentos del mencionado informe al presente caso.

114. En suma, en este acápite se ha verificado lo siguiente: (i) el MTC es competente para establecer la metodología de cálculo cuestionada, (ii) la denunciada cumplió con los procedimientos y formalidades necesarios para la aprobación la mencionada metodología; y (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 “costo del servicio”. Por el contrario el artículo 20 de la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales establece que la misma debe establecerse en función a criterios económicos, sociales y ambientales.
115. En atención a lo expuesto, la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles contenida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC y materializada en los Oficios 5903-2012-MTC/12 y 17727-2012-MTC/27 es legal.

III.5 Metodología del análisis de razonabilidad

116. Conforme ha sido señalado en el acápite III.2, de acuerdo a los artículos 26BIS del Decreto Ley 25868, 23 del Decreto Legislativo 1033 y 2 de la Ley 28996, la Comisión y la Sala tienen competencia no solo para evaluar la legalidad de las exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros cuestionados sino también su razonabilidad.
117. Si bien ambas instancias del Indecopi han ejercido dicha competencia desde el año 1992⁹⁴, a través de la Resolución 182-97-TDC del año 1997, la Sala

⁹⁴ Con la aprobación del Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 24 de noviembre de 1992.

aprobó una metodología de análisis precisando las pautas que se debían tener en cuenta en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas para determinar cuando una barrera burocrática era “ilegal” y/o “carente de razonabilidad”.

118. No obstante, en dicha resolución se indicó de manera expresa que esta metodología **no resultaba aplicable de manera obligatoria para la evaluación de disposiciones que establecían tributos**, como ocurre en el presente caso con la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico, tal como se aprecia de la siguiente cita:

RESOLUCIÓN 182-97-TDC

“Dicha obligación por parte de la autoridad denunciada - que consiste en sustentar durante el procedimiento la legalidad y razonabilidad de sus actos - surge del hecho que ella debió haber realizado los análisis de legalidad y razonabilidad antes de adoptar la medida objeto de cuestionamiento.

Para evaluar 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 en el esquema que se muestra a continuación** y que está resumido en el gráfico que se acompaña como Anexo de esta resolución:

- En primer lugar, la Comisión - o la Sala en su caso - evaluará 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.

- En segundo término, se analizará la racionalidad de la exigencia impuesta, *teniéndose en cuenta los siguientes aspectos (...).*”
(Subrayado y énfasis nuestro)

119. Pese a ello, a fin de garantizar los principios de uniformidad y predictibilidad de los pronunciamientos de la Sala⁹⁵, este Colegiado aplicará de manera

⁹⁵

**LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
ARTÍCULO IV.- PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)

1.14. Principio de uniformidad.- La autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general. Toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados.

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

referencial las principales pautas metodológicas contenidas en la Resolución 182-97-TDC en tanto resulten aplicables al presente caso⁹⁶.

120. En esa línea resulta necesario verificar en primer lugar si la denunciante aportó o no elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática carente de razonabilidad, ya sea porque: (i) establece tratamientos discriminatorios, (ii) carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o (iii) resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas).
121. Dicha evaluación es necesaria a fin de garantizar, por un lado, que la denunciante tuvo la pretensión de cuestionar la carencia de razonabilidad de la medida; y, por otro, para determinar si estos argumentos dan cuenta, a nivel indiciario, de la existencia de una potencial barrera burocrática carente de razonabilidad que amerita que el Indecopi continúe con dicha evaluación.
122. De otro lado, de la Resolución 182-97-TDC se puede extraer que el análisis de razonabilidad se fundamenta principalmente en **verificar que, de manera previa a la imposición de la exigencia, la autoridad evaluó y justificó** lo siguiente:
 - (i) la necesidad de imponerla en esos términos;
 - (ii) la proporcionalidad de la medida, es decir que la misma no resultaba excesiva con relación a sus fines; y,
 - (iii) la existencia de medidas alternativas y las razones por los cuales estas fueron descartadas.
123. Dicha evaluación tiene sustento en los principios de “razonabilidad” y “proporcionalidad” , los cuales de acuerdo al Tribunal Constitucional en las Sentencias recaídas en los Expedientes 0090-2004-AA/TC⁹⁷, 00535-2009-

⁹⁶ Al respecto, corresponde indicar que dicho razonamiento ha sido adoptado por este Colegiado en diversos pronunciamientos relacionados con tributos tales como la Resolución 179-2014/SDC-INDECOPI del 20 de enero de 2015 (procedimiento seguido por la Asociación de Propietarios del Mercado Ciudad y Campo contra la Municipalidad Distrital del Rímac, tramitado en el Expediente 000060-2013/CEB) y la Resolución 0032-2015/SDC-INDECOPI del 10 de febrero de 2014 (procedimiento seguido por Los Portales S.A. contra la Municipalidad Distrital de San Isidro, tramitado en el Expediente 000088-2013/CEB).

Así, en los referidos casos se indicó que la metodología de análisis aprobada mediante Resolución 182-97/TDC no resultaba vinculante para los casos de tributos (arbitrios) por lo que se precisó de manera expresa que el análisis de razonabilidad únicamente implicaría la evaluación de indicios de razonabilidad presentados por las denunciadas y la evaluación de la utilización de los criterios de distribución aprobados por el Tribunal Constitucional, en las sentencias recaídas en los Expedientes 0041-2004-AI y 0053-2004-AI.

⁹⁷ STC emitida el 5 de julio de 2004 en el Expediente 0090-2004-AA/TC, proceso de amparo seguido por Juan Carlos Callegari Herazo.

PA/TC⁹⁸ y 2235-2004-AA/TC⁹⁹, implican (i) que la medida cuestionada cuente con una justificación previa a su imposición, (ii) la adopción de decisiones racionales y no arbitrarias y (iii) la necesidad de adoptar entre diversas alternativas la opción menos gravosa para los administrados, conforme se aprecia a continuación:

“SENTENCIA EMITIDA EL 5 DE JULIO DE 2004 EN EL EXPEDIENTE 0090-2004-AA/TC

(...)

La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél.

En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado (...).”

(Subrayado nuestro)

SENTENCIA EMITIDA EL 5 DE FEBRERO DE 2009 EN EL EXPEDIENTE 00535-2009-PA/TC

(...)

La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto “implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos (...).”

(Subrayado nuestro)

SENTENCIA EMITIDA EL 18 DE FEBRERO DE 2005 EN EL EXPEDIENTE 2235-2004-AA/TC

(...)

A su vez, en el Fund. Jur. N.º 109 de la STC N.º 0050-2004-AI/TC, este Tribunal afirmó que el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental (...).”

(Subrayado nuestro)

124. En atención lo expuesto, el análisis de razonabilidad del presente caso se realizará siguiendo las siguientes pautas:

- (i) Se determinará si la denunciante aportó indicios razonables sobre la presunta carencia de razonabilidad de la metodología de cálculo del

⁹⁸ STC emitida el 5 de febrero de 2009 en el Expediente 0535-2009-PA/TC, proceso de amparo seguido por Rodolfo Luis Oroya Gallo.

⁹⁹ STC emitida el 18 de febrero de 2005 en el Expediente 02235-2004-AA/TC, proceso de amparo seguido por Grimaldo Saturdino Chong Vásquez.

canon por el uso del espectro radioeléctrico, fijada en función a la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior.

- (ii) Solo en caso se considere que la denunciante aportó indicios razonables acerca de la carencia de razonabilidad de la medida se determinará si el MTC presentó en el procedimiento, documentación que permita acreditar que, de manera previa a la imposición de la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico cuestionada, evaluó y justificó lo siguiente:
- la necesidad de imponerla en función a la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior;
 - la proporcionalidad de dicha metodología, es decir cómo la misma no resultaba excesiva; y,
 - la existencia de metodologías alternativas que usen criterios distintos al de “cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior” y las razones por las que estas fueron descartadas.

III.6 Análisis de razonabilidad

III.6.1 Indicios sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada

125. La denunciante manifestó que la metodología de cálculo fijada en función a la cantidad de terminales móviles activados declarados al 31 de diciembre del año anterior constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad por los siguientes motivos: (i) genera costos excesivos para las empresas de telefonía pues les impide el desarrollo adecuado de sus actividades económicas, (ii) penaliza la expansión de la infraestructura de las telecomunicaciones por cuanto la fórmula utilizada (cantidad de móviles activados) contraviene los objetivos de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo 020-98-MTC; y, (iii) no resulta ser la opción menos gravosa, lo cual se acreditaría, por ejemplo, con la existencia de un Régimen Especial en el que el MTC estableció una metodología de cálculo distinta, tal como se aprecia a continuación:

“ESCRITO DE DENUNCIA

27. *Nuestra posición es que la fórmula de cálculo del monto a pagar como canon anual por servicios públicos móviles de telecomunicaciones establecida por el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Decreto Supremo 020-2007-MTC, constituye una barrera burocrática ilegal en la medida que dicha metodología no refleja los costos de*

administración del espectro radioeléctrico, vulnerando lo dispuesto por la Norma II del Código Tributario. Asimismo, consideramos que dicho método de cálculo constituye una barrera burocrática irrazonable, dado que genera un costo excesivo para los operadores de telefonía que les impide expandir el servicio adecuadamente, en perjuicio directo de los intereses del consumidor y además constituye una opción más gravosa que otras fórmulas previstas para el cálculo del canon aplicable a dicho servicio.

(...)

54. En efecto, la actual fórmula utiliza como referencia el número de líneas móviles activas. En ese sentido, los costos se incrementarán mientras más se expanda la operadora de servicios móviles. Si bien el porcentaje pagado por cada línea es decreciente a mayor número de líneas, los costos totales que tienen que enfrentar los operadores móviles se incrementan con posibles planes de expansión. Esto genera que quienes posean un mayor número de líneas móviles activas tengan menores incentivos a la expansión a zonas alejadas, en tanto el pago por el canon se incrementaría.

(...)

58. Todo lo anterior genera un desincentivo a la expansión de las empresas generadoras, lo cual contraviene los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones (aprobado por Decreto Supremo 020-98-MTC) que priorizan los fines de expansión en este mercado.(...)

(...)

67. Efectivamente, tal como hemos señalado líneas arriba, en el año 2006, el MTC creó un régimen especial del pago del canon que dejó de lado –para quienes se acogieran a el– el régimen general que, hasta ese momento, venía siendo aplicado. Ello, porque el régimen general penalizaba la expansión tal como el propio MTC reconoce en la exposición de motivos del Decreto Supremo 043-2006-MTC, cuando señala que: ‘Con la implementación de la fórmula para el cálculo del canon, se otorga a las empresas predictibilidad acerca del monto que les corresponde pagar, y en comparación de la anterior metodología no se penaliza la expansión’.

68. Es decir, el MTC reconoció expresamente que la metodología que ahora pretende aplicarnos nuevamente es irrazonable, y que existían medidas menos gravosas que lograban la misma finalidad. La existencia de un régimen especial, creado por el propio MTC, ante la desproporcionalidad del régimen general, constituye un indicio claro de ello.”

(Subrayado y énfasis nuestro)

126. Con relación al primer argumento, el hecho que la medida denunciada pueda generar costos a la denunciante no constituye en sí mismo un indicio sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera cuestionada¹⁰⁰. Ello, por cuanto la implementación de cualquier obligación por parte del Estado puede generar costos en los particulares, situación que no califica *per se* como una barrera burocrática carente de razonabilidad. Por tanto, este argumento no constituye un indicio sobre la presunta carencia de razonabilidad de la medida denunciada.

¹⁰⁰

Ver: (i) Resolución 0042-2015/SDC-INDECOPI del 27 de enero de 2015 en el procedimiento seguido por Escuela de Conductores Brevete Seguro S.A.C. en contra del MTC y (ii) Resolución 0306-2015/SDC-INDECOPI del 1 de junio de 2015 en el procedimiento seguido por Escuela de Conductores San Rafael E.I.R.L. en contra del MTC.

127. Respecto del segundo y tercer argumento presentado por la denunciante, se tiene que estos se dirigen a cuestionar la presunta desproporción de la metodología de cálculo fijada en función a la cantidad de terminales móviles activados. A criterio de la denunciante, si bien el porcentaje aplicable según la cantidad de terminales móviles activados decrece, a mayor número de líneas activadas se incrementará la base total calculada en función a dicho factor, penalizando así la expansión de sus servicios.
128. En tal sentido, según la denunciante, dicha situación desincentiva la expansión de los servicios de telecomunicaciones, el cual es un objetivo previsto en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo 020-98-MTC.
129. Al respecto, el inciso a) del numeral 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC señala lo siguiente:

“REGLAMENTO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES CUYO TUO FUE APROBADO POR DECRETO SUPREMO 020-2007-MTC

Artículo 231.- Canon anual

(...)

2. TELESERVICIOS PÚBLICOS.

a) Servicio telefónico móvil, servicio de comunicaciones personales y teleservicio móvil de canales múltiples de selección automática (troncalizado).

En función de la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior:

De 1 a 300, 000 terminales móviles: 0.35% de UIT por terminal móvil

De 300,001 a 1'500,000 terminales móviles: 0.30% de UIT por terminal móvil

De 1'500,001 a 3'000,000 terminales móviles: 0.25% de UIT por terminal móvil

De 3'000,001 a más terminales móviles: 0.20% de UIT por terminal móvil

(...).”

130. De la revisión preliminar de la disposición citada, este Colegiado considera que la utilización del factor “cantidad de terminales móviles activados” en todos los niveles de la metodología denunciada podría implicar que, a mayor número de líneas móviles activadas la base total del cálculo se incremente. De este modo, el uso del referido criterio podría resultar potencialmente desproporcionado para aquellas empresas operadoras de telefonía móvil que deseen expandir sus servicios, dado que al contar con una mayor cantidad de terminales móviles tendrían que abonar un mayor canon por el uso del espectro radioeléctrico, situación que posiblemente podría desincentivar la expansión de los servicios de telecomunicaciones.
131. En esa misma línea, la denunciante advierte que existe un Régimen Especial que cuenta con criterios alternativos, distintos al de “cantidad de terminales móviles activados” que no penalizarían la expansión del servicio de

telecomunicaciones y cuya utilización hubiese podido llevar a la imposición de una medida menos gravosa.

132. Al respecto, este Colegiado ha podido apreciar de manera indiciaria que en efecto, existe un Régimen Especial que contiene una metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico en la que se utiliza factores distintos al de *“cantidad de terminales móviles activados, al 31 de diciembre del año anterior”*, tales como el ancho de banda, área, bandas de frecuencias y zonas.
133. Asimismo, de la lectura de los considerandos del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC se ha podido observar, de manera preliminar que, el MTC no habría evaluado ni descartado criterios distintos a la cantidad de terminales móviles activados para establecer la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico.
134. Por lo expuesto, esta Sala considera que los argumentos presentados por la denunciante califican como indicios razonables sobre la presunta desproporción de la metodología de cálculo cuestionada fijada en función a la cantidad de terminales móviles activados al 31 de diciembre del año anterior.
135. En consecuencia, al haberse verificado la existencia de indicios, corresponde continuar con el análisis de carencia de razonabilidad de la medida denunciada.

III.6.2 Aplicación al caso en concreto

Sobre la justificación de la imposición de la medida

136. Como ha sido señalado en los párrafos precedentes, la denunciante cuestionó la carencia de razonabilidad de la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico fijada en función a la cantidad de terminales móviles activados, declarada al 31 de diciembre del año anterior, según lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC y en los Oficios 5903-2012-MTC/12 y 17727-2012-MTC/27.
137. En ese sentido, corresponde evaluar si el MTC acreditó contar con algún documento y/o informe de fecha previa a la imposición de la medida que justifique el motivo por el que fijó 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.

138. Sobre el particular, de la información presentada en el expediente no se aprecia documento ni informe alguno que contenga dicho sustento. Si bien el MTC presentó documentos de fecha previa a la publicación del Decreto Supremo 020-2007-MTC¹⁰¹, estos están relacionados con otras disposiciones normativas y metodologías que no guardan relación con la medida cuestionada. Por tanto, no resultan vinculantes al presente caso, por los argumentos que se detallan a continuación:

(i) Ayuda Memoria del proyecto para modificar el reglamento de la Ley de Telecomunicaciones¹⁰²

139. Este documento elaborado por el Viceministerio de Comunicaciones del MTC¹⁰³ contiene un resumen de las principales propuestas para modificar una anterior metodología del canon por el uso del espectro radioeléctrico, aprobada por Decreto Supremo 012-2004-MTC en el año 2004. Esta disposición actualmente se encuentra derogada¹⁰⁴.

140. Sin perjuicio de lo expuesto, se precisa que esta metodología de cálculo aprobada en el año 2004 no era igual a la que viene siendo cuestionada en el presente caso, pues no solo utilizaba la cantidad de terminales móviles activados como factor de cálculo, sino además, calculaba el referido canon por “cada estación base y base repetidora del servicio”. Adicionalmente, contemplaba porcentajes distintos, los cuales se encontraban distribuidos entre ambos factores de cálculo.

141. Por tal motivo, este documento no puede ser utilizado para sustentar la razonabilidad de la metodología aprobada en el año 2007, basada en la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior.

(ii) Exposición de Motivos del proyecto del Decreto Supremo 040-2004-MTC¹⁰⁵

142. La referida exposición de motivos contiene la evaluación de otra metodología de cálculo aprobada en el año 2004 a través del Decreto Supremo 040-

¹⁰¹ El Decreto Supremo fue publicado el 4 de julio de 2007.

¹⁰² Documento que consta de folios 431 a 434 del expediente.

¹⁰³ Si bien la referida ayuda memoria no contiene información sobre su fecha de elaboración, dicho documento fue remitido al Ministro de Transportes y Comunicaciones para su consideración el 11 de marzo de 2004.

¹⁰⁴ Esta propuesta de modificación fue aprobada mediante Decreto Supremo 012-2004-MTC, disposición que no forma parte del ordenamiento jurídico vigente conforme a lo previsto en el artículo 3 del Decreto Supremo 118-2013-PCM.

¹⁰⁵ Documento que consta de folios 457 a 460 del expediente.

2004-MTC, la cual también difiere de la cuestionada en el presente caso. Esta norma también se encuentra derogada actualmente¹⁰⁶.

143. De la revisión de dicho documento se aprecia que los porcentajes de cálculo en la metodología aprobada por Decreto Supremo 040-2004-MTC, variaban dependiendo del lugar en el que se activaba el terminal móvil (Lima y Callao o Provincias), lo cual no ha sido replicado en la medida cuestionada. Por lo tanto, al no tratarse de la misma fórmula de cálculo, la referida exposición de motivos no puede ser usada para sustentar la razonabilidad de la metodología denunciada.

(iii) Matriz de comentarios del proyecto del Decreto Supremo 040-2004-MTC¹⁰⁷

144. La matriz de comentarios se encuentra relacionada con la metodología de cálculo propuesta en el año 2004 y que ha sido mencionada en el literal precedente. Por las razones expuestas en el literal (ii), este documento tampoco puede ser aplicado al presente caso.

(iv) Informe 214-2005-MTC/03.01¹⁰⁸

144. Este informe contiene la evaluación de una metodología de cálculo aprobada en el año 2005 a través del Decreto Supremo 030-2005-MTC (actualmente derogado¹⁰⁹) que constituye el antecedente normativo más próximo a la medida aprobada en el año 2007.

145. Si bien la metodología evaluada en el referido informe fue aprobada mediante una disposición distinta a la que contiene la medida cuestionada, el factor de cálculo y los porcentajes previstos en ambas son iguales (la cantidad de terminales móviles activados), por lo que este informe potencialmente podría justificar la metodología cuestionada.

146. Sin embargo, se ha podido apreciar que en el Informe 214-2005-MTC/03.01, el MTC no justificó el motivo por el que fijó la metodología de cálculo en función a la cantidad de terminales móviles activados. Por el contrario, en dicho informe, el MTC únicamente explicó los supuestos beneficios de

¹⁰⁶ La referida metodología de cálculo fue aprobada mediante Decreto Supremo 040-2004-MTC, publicado el 22 de diciembre de 2004, y posteriormente derogada por el Decreto Supremo 020-2007-MTC.

¹⁰⁷ Documento que consta de folios 466 a 479 del expediente.

¹⁰⁸ Documento que consta a folios 436 del expediente.

¹⁰⁹ El Decreto Supremo 030-2005-MTC fue derogado por el Decreto Supremo 020-2007-MTC, publicada el 4 de julio de 2007.

disponer una rebaja en el porcentaje del canon por el uso del espectro radioeléctrico en función al referido criterio.

147. De otro lado, de la revisión de los considerandos del proyecto del Decreto Supremo 030-2005-MTC, este colegiado ha podido apreciar que el MTC no indicó las razones por las que se optó por dicho factor. En efecto, en el noveno considerando únicamente señaló los presuntos incentivos que podrían generar una rebaja en el porcentaje del canon.

148. En tal sentido, el referido informe no contiene explicación alguna que justifique por qué el MTC escogió la “cantidad de terminales móviles activados al 31 de diciembre del año anterior” como factor de cálculo.

(v) Proyecto de modificación del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo 027-2004-MTC¹¹⁰

149. El documento contiene el proyecto normativo de la metodología de cálculo del 2005 mencionada en el literal precedente. Por las razones expuestas en el literal (iv), este documento tampoco puede justificar la metodología cuestionada.

(vi) Matriz de comentarios del proyecto del Decreto Supremo 043-2006-MTC¹¹¹

150. La matriz de comentarios está relacionada con el Régimen Especial (aprobado por Decreto Supremo 043-2006-MTC), el cual se encuentra basado en factores de cálculo distintos al previsto en la metodología de cálculo cuestionada (tales como el ancho de banda, área, potencia, etc).

151. Por esta razón, al tratarse de una metodología de cálculo que no se encuentra sustentada en la cantidad de terminales móviles activados, las opiniones y comentarios que hubiera efectuado al MTC, vinculadas al Régimen Especial tampoco pueden ser usadas para justificar la metodología adoptada en el presente caso.

152. Atendiendo que la documentación presentada por el MTC no contiene una justificación de la metodología de cálculo en función a la cantidad de terminales móviles activados, corresponde verificar si en la disposición que contiene la medida denunciada (Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC) se ha previsto alguna razón para utilizar dicho factor de cálculo.

¹¹⁰ Documento que consta de folios 430 a 435 del expediente.

¹¹¹ Documento que consta de folios 487 a 500 del expediente.

153. Al respecto, de la revisión de los considerandos del referido reglamento, este colegiado ha podido constatar que el MTC no indicó cuál es el sustento de la metodología denunciada en función a la cantidad de terminales móviles activados al 31 de diciembre del año anterior, ni tampoco hizo referencia a otro documento que contenga la justificación de la medida cuestionada.
154. En conclusión, el MTC no ha presentado documentos y/o informes de fecha anterior a la imposición de la medida en los que se acredite la justificación de la metodología establecida en el Decreto Supremo 020-2007-MTC en función a la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior. Por tanto, la medida denunciada no supera el primer filtro del análisis de razonabilidad.

Proporcionalidad

155. Pese a que la barrera burocrática denunciada no ha superado el primer filtro de análisis y no sería necesario proseguir con los siguientes niveles, dada la importancia del presente caso corresponde continuar con el análisis de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada.
156. De acuerdo a las pautas metodológicas desarrolladas en el acápite III.5 de la presente resolución, el MTC tenía la obligación de acreditar de manera previa a la imposición de la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico fijada en función a la cantidad de terminales móviles activados al 31 de diciembre del año anterior, que dicha medida era proporcional.
157. Sobre el particular, de la revisión del expediente no se aprecia documento o informe técnico alguno a través del cual el MTC haya justificado, de manera previa a la aprobación del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC, las razones por las cuales considera que la metodología cuestionada cumple con el principio de proporcionalidad, es decir que la misma no es excesiva.
158. Ello por cuanto, como se señaló en el acápite referido a la justificación de la imposición de la medida, si bien el MTC presentó documentos de fecha anterior a la publicación del Decreto Supremo 020-2007-MTC¹¹², estos no resultan aplicables al presente caso, toda vez que: (i) se encuentran referidos a una metodología de cálculo del canon distinta la cuestionada en el presente caso¹¹³ y (ii) se encuentran destinados a explicar cuáles son las

¹¹² El Decreto Supremo fue publicado el 4 de julio de 2007.

¹¹³ Cabe señalar que dicha conclusión se desprende de la revisión de los siguientes documentos: Ayuda Memoria del proyecto del Decreto Supremo 012-2004-MTC, la Exposición de Motivos del proyecto del 59/65

ventajas de fijar tasas escalonadas en función a la “cantidad de terminales móviles activados”, mas no a explicar por qué el referido criterio resulta ser una medida proporcional¹¹⁴.

159. En consecuencia, este colegiado considera que tampoco se supera este segundo filtro del análisis de razonabilidad.

Medida menos gravosa

160. A pesar de que la barrera burocrática denunciada no ha superado los dos primeros filtros de análisis de razonabilidad, motivo por el cual no resultaría necesario continuar con el último nivel de análisis, esta Sala considera que dada la envergadura del presente caso corresponde proseguir con el análisis.
161. Conforme a la metodología indicada en el III.5 de la presente resolución, en este filtro se debe determinar si el MTC evaluó de manera previa a la imposición de la medida: (i) otras medidas alternativas a la metodología del cálculo del canon establecida en el Régimen General (cantidad de terminales móviles activados al 31 de diciembre del año anterior) y (ii) de ser así, si justificó los motivos por los que éstas opciones fueron desechadas.
162. De 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 potencia¹¹⁵.
163. Al respecto, si bien de acuerdo a lo señalado por el propio MTC, el Régimen Especial y el Régimen General tienen finalidades distintas, la existencia de otros criterios empleados para el mismo servicio (servicio de telefonía móvil)

Decreto Supremo 040-2004-MTC, la Matriz de comentarios de los proyectos correspondientes al Decretos Supremos 040-2004-MTC y la Matriz de comentarios del proyecto correspondientes al Decreto Supremo 043-2006-MTC.

¹¹⁴ Dicha conclusión se desprende de la revisión del Informe 214-2005-MTC/03.01 que contiene la propuesta de modificación del Decreto Supremo 027-2004-MTC.

¹¹⁵ **PROYECTO DEL DECRETO SUPREMO 43-2006-MTC**
“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

(...)

ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

(...)

La nueva metodología permite a las empresas destinar sus recursos en expansión de la red que posean, dado que se reducen sus costos por el uso del espectro asignado.

(...)”.

dan cuenta de que potencialmente se podrían haber utilizado otros factores de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico distintos al de “cantidad de terminales móviles activados” y en el presente caso el MTC no presentó informes y/o documentos que acrediten que justificó, de manera previa, por qué no los evaluó o los motivos por los que los descartó. Por tanto, la barrera burocrática denunciada tampoco supera el tercer nivel del análisis de razonabilidad.

164. En atención a lo expuesto, corresponde declarar que la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles contenida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC y materializada en los Oficios 5903-2012-MTC/12 y 17727-2012-MTC/27 constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad.
165. Por tanto, se confirma la Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI del 11 de diciembre de 2012 que declaro fundada la denuncia; y, modificando sus fundamentos, se declara que la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles contenida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC y materializada en los Oficios 5903-2012-MTC/12 y 17727-2012-MTC/27, constituye una barrera burocrática carente de razonabilidad.
166. Adicionalmente, modificando fundamentos, corresponde confirmar el extremo de dicha resolución en el que se dispuso la inaplicación de la barrera burocrática declarada carente de razonabilidad a favor de la denunciante.

III.7 Sobre las solicitudes de la denunciante y el MTC

167. El 2 de noviembre de 2015, la denunciante solicitó el otorgamiento de una medida cautelar a fin de que el MTC se abstenga de exigir el cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico correspondiente al año 2016. Por su parte, el 19 de noviembre de 2015, el MTC solicitó que se dejen sin efecto las medidas cautelares otorgadas por la Sala a favor de la denunciante.
168. De acuerdo a lo previsto en el artículo 146.3 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, una vez emitido el pronunciamiento final sobre el fondo, las medidas cautelares caducan de pleno derecho¹¹⁶.

¹¹⁶ LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
Artículo 146.- Medidas cautelares
(...)

169. Por tanto, dado que en la presente resolución se está emitiendo un pronunciamiento sobre el fondo que pone fin al procedimiento, este colegiado considera que carece de objeto atender las solicitudes presentadas por la denunciante y el MTC vinculadas a las medidas cautelares.

III.8 Precisiones finales

Sobre los pronunciamientos anteriores

170. Durante el procedimiento, la denunciante hizo referencia a las Resoluciones 1236-2011/SDC-INDECOPI, 1237-2011/SDC-INDECOPI, 1238-2011/SDC-INDECOPI y 1239-2011/SDC-INDECOPI emitidas en el marco de los Expedientes 0155-2009/CEB, 0057-2010/CEB, 0131-2010/CEB y 0113-2010/CEB respectivamente, en los que la Sala declaró que las metodologías de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para los servicios públicos móviles por satélite y de datos marítimos por satélite establecidas en función a megahertz asignados y cantidad de terminales móviles activados al 31 de diciembre del año anterior constituían barreras burocráticas ilegales. Ello, bajo la premisa de que dichas metodologías de cálculo contravendrían la Norma II del Código Tributario, al no haber sido fijadas en función al costo de los servicios prestados por el Estado.
171. Sobre el particular, lo primero a tener en cuenta es que dichas metodologías eran distintas a la que viene siendo discutida en el presente procedimiento. Así, en los procedimientos anteriores se evaluó la metodología de cálculo del canon para servicios públicos móviles por satélite y móvil de datos marítimos por satélite establecida en el literal d) del inciso 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC¹¹⁷ mientras que en este caso se

146.3 Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.

¹¹⁷ **DECRETO SUPREMO 020-2007-MTC, TUO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**

Artículo 231.- Canon anual

El canon anual que deben abonar los titulares de concesiones o autorizaciones por concepto del uso del espectro radioeléctrico, se calcula aplicando los porcentajes que se fijan a continuación sobre la UIT, vigente al primero de enero del año en que corresponde efectuar el pago.

(...)

d) Servicio móvil por satélite y servicio móvil de datos marítimo por satélite.

Por MHz asignado: 166%

Por cada estación móvil: en función de la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior. 0,5%

Para el enlace entre la estación terrena y el satélite:

Por MHz asignado 0,5%

En caso de que la asignación no fuera múltiplo exacto en MHz, el pago por el excedente será calculado proporcionalmente.

discute la metodología de cálculo aplicable al servicio telefónico móvil establecida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 de dicha norma¹¹⁸.

172. Por tanto, no existe un pronunciamiento anterior en el que la Sala haya evaluado si la metodología contenida en el literal a) del inciso 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC constituye o no una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad.
173. Sin perjuicio de lo expuesto, esta Sala considera pertinente precisar cuáles han sido las principales diferencias en el análisis que ha efectuado en el presente caso, en comparación con el realizado por el Colegiado, con una diferente conformación, en las Resoluciones 1236-2011/SDC-INDECOPI, 1237-2011/SDC-INDECOPI, 1238-2011/SDC-INDECOPI y 1239-2011/SDC-INDECOPI y que han conllevado a que existan conclusiones distintas.
174. En el presente caso se ha utilizado el principio de especialidad de las normas, en virtud del cual las normas especiales priman sobre las generales. Por tanto, se ha evaluado en primer término lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 013-93-TCC, su Reglamento cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 020-2007-MTC, así como la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales a fin de determinar si las mismas regulan la naturaleza y los criterios de determinación del canon por el uso del espectro radioeléctrico. Solo se ha recurrido a lo dispuesto en una norma general (Código Tributario) en caso las normas especiales no tuvieran una regulación sobre estos aspectos, como sucedió en el caso de la determinación de la naturaleza del espectro radioeléctrico.
175. Sin embargo, dado que la ley especial (artículo 20 de la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales) menciona de manera expresa cuáles son los criterios sobre los que se puede determinar el canon de recursos naturales (como es el caso del espectro radioeléctrico) fue necesario aplicar esta norma. Así, para la determinación de los criterios del canon por el uso del espectro radioeléctrico no correspondía analizar ni aplicar lo dispuesto en el Código Tributario, al ser esta una norma general aplicable solo de manera supletoria a la especial. En atención a ello y dado que la norma especial no señalaba que canon por el uso del espectro radioeléctrico debía ser fijado solo en función al costo del servicio como alegó la denunciante, este Colegiado declaró que la metodología de cálculo es legal.

Inciso derogado por el Artículo 3 del Decreto Supremo N° 052-2010-MTC, publicada el 29 octubre 2010.

¹¹⁸ Ver pie de página 3.

176. A diferencia de ello, en las Resoluciones 1236-2011/SDC-INDECOPI, 1237-2011/SDC-INDECOPI, 1238-2011/SDC-INDECOPI y 1239-2011/SDC-INDECOPI, el Colegiado con una diferente conformación, determinó la naturaleza del canon por el uso radioeléctrico realizando un análisis concordado entre las normas especiales y la Norma II del Código Tributario. De dicho análisis concluyó que el canon por el uso radioeléctrico era una tasa-derecho.
177. No obstante, la principal diferencia con este caso es que para establecer cuáles eran los criterios sobre los cuales se debía determinar las metodologías cuestionadas, la segunda instancia, aplicó directamente la Norma II del Código Tributario, sin evaluar si las normas especiales como por ejemplo la Ley 26821, Ley de los Recursos Naturales tenía alguna regla particular. En atención a la diferencia en el análisis, en los casos del año 2011, la Sala declaró que las metodologías cuestionadas eran ilegales mientras que en el presente caso ha declarado que la medida denunciada es legal.
178. Finalmente, dado que en el presente caso se declaró que la medida denunciada era legal y se corroboró que la denunciante presentó indicios razonables acerca de la presunta carencia de razonabilidad de la medida se realizó el análisis de razonabilidad de la misma. De dicha evaluación y dado que el MTC no cumplió con sustentar la razonabilidad de la medida impuesta se concluyó que la metodología de cálculo denunciada fijada en función a la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior, constituía una barrera burocrática carente de razonabilidad.

Alcance de la presente resolución

179. En atención a la trascendencia de la materia discutida en el presente procedimiento, esta Sala considera conveniente precisar que comparte la preocupación del MTC en que resulta necesario y legal, exigir el pago de un canon por el uso del espectro radioeléctrico a los usuarios del mismo.
180. Sin embargo, en atención a las competencias otorgadas a esta Sala en los artículos 26BIS del Decreto Ley 25868, 23 del Decreto Legislativo 1033 y 2 de la Ley 28996 y dado que el MTC no cumplió con acreditar documentalmente la razonabilidad de la metodología de cálculo de dicho cobro fijada en función al “*la cantidad de terminales móviles activados al 31 de diciembre del año anterior*”, este colegiado se encuentra en la obligación¹¹⁹ de declarar que dicha metodología es una barrera burocrática carente de razonabilidad.

¹¹⁹ LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
Artículo 65.- Ejercicio de la competencia

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar que carece de objeto atender la solicitud de medida cautelar presentada por Telefónica del Perú S.A.A. el 2 de noviembre de 2015.

SEGUNDO: declarar que carece de objeto atender la solicitud del Ministerio de Transportes y Comunicaciones del 19 de noviembre de 2015 referida a que se dejen sin efecto las medidas cautelares dictadas a favor de Telefónica del Perú S.A.A.

TERCERO: confirmar la Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI del 11 de diciembre de 2012 en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por Telefónica del Perú S.A.A. en contra del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; y, modificando sus fundamentos, se declara barrera burocrática carente de razonabilidad la metodología de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico para servicios públicos móviles, contenida en el literal a) 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 y en los Oficios 5903-2012-MTC/12 del 27 de febrero de 2012 y 17727-2012-MTC/27 del 11 de junio de 2012.

CUARTO: confirmar, modificando sus fundamentos, la Resolución 0355-2012/CEB-INDECOPI del 11 de diciembre de 2012 en el extremo que dispuso la inaplicación a favor de Telefónica del Perú S.A.A. de la barrera burocrática declarada carente de razonabilidad en el presente procedimiento.

Con la intervención de los señores vocales Julio Carlos Lozano Hernández, Sergio Alejandro León Martínez, Silvia Lorena Hooker Ortega y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.

JULIO CARLOS LOZANO HERNÁNDEZ
Presidente

65.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley.

(...)

Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes: 1. Actuar dentro del ámbito de su competencia y conforme a los fines para los que les fueron conferidas sus atribuciones.

(...).