

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe sobre el Expediente de relevancia jurídica No. 000155-2009-CEB-PUCP.
E-2246. Denuncia interpuesta por Geo Supply S.A.C. contra el Ministerio de
Transportes y Comunicaciones por la presunta existencia de una barrera
burocrática**

Trabajo de Suficiencia Profesional para obtener el título profesional de
ABOGADO que presenta:

Autor:

Rully Piero Vivar Pajuelo

Revisor:

Eduardo José Sotelo Castañeda

Lima, 2023



Informe de Similitud

Yo, **Sotelo Castañeda, Eduardo José**, docente de la Facultad de **DERECHO**, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de suficiencia profesional titulado(a)

Informe sobre el Expediente de relevancia jurídica No. 000155-2009-CEB-PUCP. E-2246. Denuncia interpuesta por Geo Supply S.A.C. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones por la presunta existencia de una barrera burocrática.

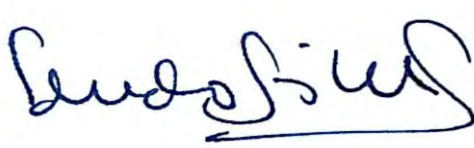
del/de la autor(a)/de los(as) autores(as)

Vivar Pajuelo, Rully Piero

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **32%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **31/07/2023**.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de suficiencia profesional y no se advierten indicios de plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 9 de noviembre de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Sotelo Castañeda, Eduardo	
DNI: 06663254	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6005-0534	

RESUMEN

El presente informe jurídico analiza la denuncia ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) interpuesta por Geo Supply S.A.C., empresa del sector telecomunicaciones prestadora del servicio público móvil satelital, contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones por la presunta existencia de una barrera burocrática consistente en la fórmula de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico. La denuncia tiene como pretensión que se declare la inaplicación de la metodología de cálculo del canon, al considerarla como una barrera burocrática irracional que impide la ejecución de sus actividades comerciales. El caso refleja un problema jurídico medular que radica en evaluar la naturaleza jurídica del cobro del canon por el uso del espectro radioeléctrico que realiza el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. La posición que se adopte sobre la naturaleza de esta obligación deriva en consecuencias jurídicas distintas respecto a las reglas que deberían regir su determinación y sus características

Del caso analizado se derivan diversos tópicos controvertidos en materia jurídica como la naturaleza de los cobros efectuados por la Administración, las características del tributo, el alcance de la potestad tributaria, los mecanismos de interpretación del ordenamiento jurídico, las competencias de Indecopi, la evaluación de la vía idónea para cuestionar la razonabilidad del cobro del canon, entre otros temas que serán evaluados bajo el prisma de la teoría general del derecho. En las conclusiones de este informe se confirman nuestra primer hipótesis de investigación referida a que el canon por uso del espectro radioeléctrico tiene naturaleza tributaria, al calificar como una tasa de la especie derecho, así como nuestra segunda hipótesis que sostiene que la vía adecuada para cuestionar la razonabilidad del cobro del canon es el proceso contencioso administrativo o los procesos de acción popular o amparo en sede constitucional, en cuyo ámbito se puede efectuar un control de constitucionalidad de la razonabilidad del importe cobrado.

ABSTRACT

This legal paper analyzes the complaint filed before Indecopi by Geo Supply S.A.C., a telecommunications company engaged in the provision of public mobile satellite service, against the Ministry of Transportation and Telecommunications for the alleged existence of an administrative barrier consisting in the formula to calculate the fee for the use of the radio electric spectrum ("canon fee"). This complaint seeks to declare the non-application of the fee calculation methodology, considering that such methodology qualifies as an irrational administrative barrier that prevents the execution of its commercial activities. The case reflects a key legal problem that lies in evaluating the legal nature of the canon fee charged by the Ministry of Transportation and Communications. The position adopted on the nature of this obligation leads to different legal consequences with respect to the rules that should regulate its determination and characteristics

From the case analyzed, several controversial topics in legal matters are derived, such as the nature of the fees charged by the Administration, the characteristics of the tax, the scope of the taxation power, the mechanisms of interpretation of the legal system, the competences of Indecopi, the evaluation of the suitable procedure to question the reasonableness of the canon fee, among other topics that will be evaluated under the prism of the general theory of law. The conclusions of this report confirm our first research hypothesis that the canon fee it's a tax, as it qualifies as a fee of the type of law, as well as our second hypothesis that the appropriate way to question the reasonableness of the canon fee is the administrative litigation process or the processes of popular action or amparo in constitutional venue, in which a control of constitutionality of the reasonableness of the amount charged by the Administration can be carried out.

ÍNDICE

I.	Introducción	4
II.	Identificación de hechos relevantes	6
2.1.	Hechos principales de la controversia que obra en el Expediente.....	6
2.2.	Resumen de la historia procedimental de la controversia.....	9
2.2.1.	Denuncia interpuesta por Geo Supply	9
2.2.2.	Contestación de la denuncia por el MTC	10
2.2.3.	Argumentos adicionales planteados por Geo Supply y respuesta del MTC 11	
2.2.4.	Decisión de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.....	12
2.2.5.	Apelación del MTC contra la Resolución 0098-2010/CEB-INDECOPI.....	13
2.2.6.	Escrito de respuesta a la apelación del MTC presentado por Geo Supply.	16
2.2.7.	Decisión de la Sala de Defensa de la Competencia	17
III.	Identificación de los principales problemas jurídicos del expediente.....	19
IV.	Análisis de los principales problemas jurídicos del expediente	20
4.1.	¿El Canon cobrado a Geo Supply califica como una obligación de naturaleza tributaria o tiene naturaleza contractual? ¿Cuál es la diferencia entre una obligación tributaria y un precio público?	21
4.1.1.	Regulación del Canon en el sector telecomunicaciones	22
4.1.2.	El concepto de tributo en nuestro ordenamiento jurídico	24
4.1.3.	El Canon como tasa de la especie derecho.....	28
4.1.4.	Aplicación en el caso del Canon de los criterios de distinción entre las tasas y los precios públicos	33
4.2.	¿El Canon se encuentra sujeto al régimen aplicable a los recursos naturales? ¿Las obligaciones que se exigen en el ordenamiento jurídico por el aprovechamiento privativo de los recursos naturales son susceptibles de ser calificadas como tributarias?	44
4.2.1.	El Régimen establecido por la LOGRN y su aplicación en el caso del Canon 44	
4.2.2.	Diferencias entre el Canon y el caso de las regalías mineras	53
4.3.	¿Al calificar el Canon como una tasa-derecho, el importe de esta obligación debe encontrarse alineado con el límite del costo efectivo del servicio establecido por la Norma II del Código Tributario?.....	61
4.4.	¿La metodología de cálculo del Canon puede ser calificada como una barrera burocrática ilegal o irracional?.....	64
4.5.	¿El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas era una vía idónea para cuestionar la razonabilidad del cobro del Canon? ¿Correspondía que la controversia sea encauzada a través del proceso contencioso tributario o en sede constitucional mediante los procesos de acción popular o amparo? .	72
V.	Conclusiones	76
VI.	Bibliografía	78

I. Introducción

Los servicios de telecomunicaciones permiten la interacción y la transmisión de datos entre usuarios a larga distancia de forma inalámbrica. El traslado de información desde usuarios emisores hasta puntos receptores se realiza a través de ondas radioeléctricas (ondas de baja frecuencia que comprenden desde los 3 kHz¹ hasta los 3000 GHz), las cuales componen el espacio aéreo denominado espectro radioeléctrico.

El espectro radioeléctrico es un recurso natural escaso que resulta necesario para que las empresas presten sus servicios en el sector telecomunicaciones. De acuerdo con los criterios proporcionados por la literatura económica, este recurso califica como un bien de consumo rival no excluible. Es por ello que su regulación es una labor que es competencia del Estado, pues se busca tutelar que este recurso natural se aproveche por los particulares de forma idónea.

En nuestro país, el marco normativo del sector telecomunicaciones tiene su origen en el procedimiento de liberalización de la economía desarrollado en los años 90' que tuvo como consecuencia el cambio de rol del Estado desde un Estado prestador de servicios e intervencionista a un Estado garante y supervisor. Con anterioridad a dicho procedimiento, el Estado a través de la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. se encargaba de prestar los servicios de telecomunicaciones en el país, sin que exista mayor oferta privada en el mercado por las limitaciones impuestas por el Estado.

Así, se diseñó el marco institucional del sector telecomunicaciones y se otorgó potestades al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, "MTC") como ente rector del sector; mientras que, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones ("Osiptel") se conformó de forma independiente como organismo regulador de la inversión privada en el ámbito de las telecomunicaciones. De forma posterior, se constituyó el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones ("FITEL")², fondo público cuyo objetivo es el fomento de la inversión en aquellas zonas rurales de interés social que, por problemas de rentabilidad, no resultan atractivas para la oferta privada.

En palabras de Zegarra Valdivia, a través del nuevo diseño institucional del sector telecomunicaciones el Estado se reservó el objetivo de regular el mercado sectorial con la finalidad de promover la competencia entre las empresas, la prestación adecuada de los servicios y tutelar los derechos de los usuarios. El rol del Estado se orientó a la supervisión y regulación de los agentes del mercado, mediante la implementación de la potestad tarifaria, así como normas sobre el alcance, la calidad y disponibilidad de los servicios (2018, p.31).

En esta coyuntura de liberalización de la economía, se promulgaron las principales normas que componen el régimen jurídico del sector telecomunicaciones. Así, mediante el Decreto Legislativo No. 702 del año 1991 se declaró de necesidad pública el desarrollo de las telecomunicaciones y se publicaron otras normas de promoción de la inversión privada.

¹ Hercio o Hertz hace referencia a la unidad de medida de una frecuencia ondulatoria de transmisión de información.

² A través de la Ley No.28900 publicada el 04 de noviembre de 2006 se otorgó al FITEL la calidad de persona jurídica de Derecho Público.

Posteriormente, la norma mencionada fue complementada por los Decretos Leyes 26095 y 26096, los cuales finalmente se concentraron en el T.U.O aprobado por el Decreto Supremo No. 013-93-TCC (en adelante, “la Ley de Telecomunicaciones”).

El T.U.O del reglamento de esta norma se aprobó por el Decreto Supremo No. 020-2007-MTC (en adelante, el “Reglamento de Ley de Telecomunicaciones”). En el Reglamento se desarrollan los principios normativos del sector; el alcance de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones, según la naturaleza de los servicios y su vinculación con aspectos técnicos; las normas que regulan la gestión y el monitoreo del espectro radioeléctrico, entre otros aspectos de relevancia (Zegarra Valdivia, 2018, p.57,61 y 144).

Desde la entrada en vigor de estas normas que rigen las actividades de telecomunicaciones, se ha contemplado el pago de determinadas obligaciones a cargo de las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones por el uso del espectro radioeléctrico y la ejecución de sus actividades. Entre estas se encuentra el aporte por regulación al Osiptel, el aporte al FITEL, la tasa por explotación comercial y el pago del canon anual por el uso del espectro radioeléctrico asignado.

Esta última obligación tiene carácter periódico y es exigida a todas empresas que precisan de la utilización del espectro radioeléctrico. El Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece en su artículo 231 una metodología de cálculo del canon anual que varía según los servicios de telecomunicaciones que las empresas prestan a los particulares³.

En el caso objeto de evaluación en este informe jurídico (en adelante, el “Informe”), el servicio prestado por Geo Supply (en adelante, “Geo Supply”) se inserta en la clasificación de los teleservicios móviles (servicios finales) públicos; en específico, se trata del servicio móvil por satélite que es definido por el artículo 52 del Reglamento de Ley de Telecomunicaciones como aquel servicio prestado entre estaciones terrenas móviles (con una o varias estaciones espaciales); entre estaciones espaciales utilizadas por este servicio; o, en todo caso, entre estaciones terrenas móviles por intermedio de una o varias estaciones espaciales.

En dicho contexto, a través del presente Informe se analiza el expediente No. 000155-2009-CEB-PUCP (en adelante, el “Expediente”), el cual aborda la denuncia ante el Indecopi iniciada por Geo Supply contra el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (en adelante, el “MTC”) por la presunta existencia de una barrera burocrática que se materializa en la metodología de determinación y cobro del canon anual por el uso del espectro radioeléctrico para la prestación del servicio público móvil por satélite (en adelante, el “Canon”).

El procedimiento administrativo contenido en el Expediente presenta como tópico central la controversia sobre la determinación de la naturaleza jurídica del Canon: si califica como una obligación tributaria o una contraprestación administrativa por el uso de los recursos naturales del Estado. A partir de ello, se analizan problemas jurídicos de relevancia, tales como, el alcance de la potestad tributaria del Estado, los elementos constitutivos de los tributos, la

³ El Reglamento de Ley de Telecomunicaciones en sus artículos 21 y 22 clasifica a los servicios de telecomunicaciones en dos grandes grupos: (i) de conformidad con la utilización y naturaleza de los servicios, en servicios públicos, privados y privados de interés público (servicios de radiodifusión sonora y de televisión) ; así como, (ii) en atención a su vinculación con aspectos técnicos del servicio, en servicios portadores, teleservicios, también llamados servicios finales, servicios de difusión y servicios de valor añadido.

naturaleza de las erogaciones realizadas al Estado por la utilización privativa de los recursos naturales, las competencias del Indecopi, la evaluación de la vía idónea para cuestionar el carácter confiscatorio del cobro del Canon, entre otros.

En tal sentido, el Informe nos invita a plantear una reflexión jurídica con el objeto de evaluar cuál es la naturaleza del Canon administrado por el MTC y, de forma general, respecto al tratamiento de las erogaciones exigidas por el Estado a raíz del uso privativo de los recursos naturales de titularidad del Estado. Este análisis será realizado en atención a los principios de interpretación jurídica y los conceptos que aporta la teoría general del derecho.

Resulta importante destacar que en el procedimiento administrativo que obra en el Expediente se desarrollan de forma sustancial y adjetiva temas relacionados con las áreas del Derecho Tributario, el Derecho Administrativo (con especial incidencia en el Derecho de las Telecomunicaciones) y el Derecho Constitucional.

Respecto a las dos primeras áreas, estas se evidencian en distintos temas de fondo que se discuten en el procedimiento. Así, las materias de Derecho Tributario y Derecho Administrativo involucradas son (i) el análisis de los elementos constitutivos de los tributos — en específico, respecto a la tasa de la especie derecho y su conceptualización en el ordenamiento jurídico peruano—; (ii) el alcance de la potestad tributaria (en lo referido a los principios aplicables sobre las obligaciones tributarias y su diferencia con otras contraprestaciones administrativas); y (iii) el Derecho de las Telecomunicaciones, sobre todo considerando la evaluación de la naturaleza del Canon y su vinculación con la regulación vigente sobre los recursos naturales en el Perú.

Por otro lado, la vinculación con el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional también se puede apreciar en el ámbito procedimental del Expediente, toda vez que la controversia materia de análisis fue desarrollada mediante el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas de Indecopi, a pesar de que, por la naturaleza de la pretensión exigida por Geo Supply, correspondía que sea realizado el análisis en un proceso contencioso administrativo o en los procesos constitucionales de acción popular o amparo, como será explicado en el presente Informe.

Siendo ello así, a través del caso que obra en el Expediente se aborda el desarrollo de tópicos controvertidos referentes a diversas áreas del Derecho que ameritan ser discutidos por la vigencia de los temas materia de evaluación, el aporte académico del análisis de los conceptos jurídicos y el impacto económico que se deriva del tratamiento jurídico de las obligaciones requeridas por la explotación de los recursos naturales en el Perú.

II. Identificación de hechos relevantes

2.1. Hechos principales de la controversia que obra en el Expediente

Geo Supply es una empresa peruana del sector telecomunicaciones dedicada a la prestación del servicio móvil satelital y de datos marítimos. Con fecha 19 de noviembre de 2007, se le otorgó a Geo Supply la concesión única para la prestación de los servicios de telecomunicaciones en el territorio nacional. A través de la Resolución Ministerial No. 687-

2007-MTC/03 se formalizó la publicación del Contrato de Concesión que fue suscrito entre Geo Supply S.A.C y el Estado Peruano el 20 de diciembre de 2007.

Como consecuencia de lo anterior, Geo Supply registró al servicio móvil por satélite como aquel servicio a ser prestado en el marco de la concesión única de servicios de telecomunicaciones que le fue otorgada por el Estado y se obligó a iniciar la prestación de dicho servicio en un plazo de doce meses. Inicialmente la empresa informó que el servicio sería prestado a través de los satélites de INMARSAT.

Posteriormente, con fecha 02 de abril de 2008, el MTC notificó a Geo Supply el oficio No.5890-2008-MTC/27, a través del cual señaló que, dado que el servicio móvil por satélite había sido inscrito como el primer servicio a ser prestado por la compañía y este se encontraba sujeto a asignación del espectro radioeléctrico, Geo Supply debía informar las bandas utilizadas para la prestación del servicio móvil por satélite y las metas del uso del espectro radioeléctrico.

En ese sentido, Geo Supply cumplió con indicar las bandas a ser utilizadas para el desarrollo de sus operaciones y la proyección de metas de uso de dichas bandas. Además de ello, en adición a lo requerido por el MTC, con fecha 07 de agosto de 2008, presentó al MTC una solicitud de ampliación de los servicios materia de la concesión del servicio público móvil satelital con el objeto de utilizar la red de satélites del Sistema IRIDIUM.

En atención a lo solicitado, mediante la Resolución Directoral No. 534-2008-MTC/27, el MTC asignó a Geo Supply el derecho a utilizar el espectro radioeléctrico para la prestación del servicio móvil por satélite en los rangos de frecuencia que detallamos a continuación.

Para la prestación de servicios con el satélite INMARSAT un total de 68 MHZ (incluyendo Uplink y Downlink) distribuidos como sigue:

Frecuencia (MHZ)	
Uplink	Downlink
1626,50-1660,50	1525,00-1559,00

Por su parte, en el caso de los servicios a ser prestados con el satélite IRIDIUM un total de 10.30 MHZ (incluyendo Uplink y Downlink) distribuidos como sigue:

Frecuencia (MHZ)
Uplink y Downlink
1618,25-1626,50

Asimismo, el MTC dispuso las siguientes metas de uso del espectro radioeléctrico Geo Supply para la ejecución de sus servicios móviles satelitales en ambos sistemas satelitales:

Ítem/ Años	1 año	2 año	3 año	4 año	5 año

% de uso del espectro radioeléctrico	100%	100%	100%	100%	100%
--------------------------------------	------	------	------	------	------

Siendo ello así, con fecha 20 de febrero de 2009, el MTC notificó a Geo Supply el Oficio No.3143-2009-MTC/27 mediante el cual le requiere el pago del Canon correspondiente a los años 2008 y 2009, conforme al detalle que exponemos a continuación.

- Respecto al sistema satelital IRIDIUM en el periodo 2008:

Ancho de Banda Asignado (MHZ)		166% de la U.I.T por MHz	Monto en S/ por 12 meses	Monto en S/ por 2 meses
UP-LINK/WN-LINK	5,15 MHZ	5,810.00	29,921.50	4,986.92
Total, a pagar:				4,986.92

- Respecto al sistema satelital IRIDIUM en el periodo 2009:

Ancho de Banda Asignado (MHZ)		166% de la U.I.T por MHz	Monto en S/ por 12 meses
UP-LINK/WN-LINK	5,15 MHZ	5,893.00	30,348.95
Total, a pagar:			30,348.95

- Respecto al sistema satelital INMARSAT en el periodo 2008:

Ancho de Banda Asignado (MHZ)		166% de la U.I.T por MHz	Monto en S/ por 12 meses	Monto en S/ por 2 meses
UP-LINK	34,00 MHZ	5,810.00	197,540.00	32,923.33
DOWN-LINK	34,00 MHZ	5,810.00	197,540.00	32,923.33
Total, a pagar:				65,846.67

- Respecto al sistema satelital INMARSAT en el periodo 2009:

Ancho de Banda Asignado (MHZ)		166% de la U.I.T por MHz	Monto en S/ por 12 meses
UP-LINK	34,00 MHZ	5,893.00	200,362.00
DOWN-LINK	34, MHZ	5,893.00	200,362.00
Total, a pagar:			400,724

Sobre la base de lo anterior, el MTC requirió a Geo Supply el pago del importe total de S/ 501,906.54 por concepto de Canon correspondiente a los periodos 2008 y 2009, resaltando que el incumplimiento de pago por dos años consecutivos se configura como una causal de

resolución del contrato de concesión, en conformidad con lo establecido por el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones⁴.

En dicho contexto, Geo Supply presentó ante Indecopi una denuncia en contra del MTC, bajo la pretensión de que la metodología de determinación del Canon regulada en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones calificaba como una barrera burocrática irracional que generaba el cobro de una obligación exorbitante y desproporcionada que impedía a la compañía la ejecución de sus servicios móviles satelitales.

De acuerdo a la pretensión de Geo Supply, la presunta barrera burocrática irracional se encontraba materializada en el Oficio No. 3143-2009-MTC/27, acto administrativo a través del cual se le exigió a la compañía el pago del Canon correspondiente a los periodos 2008 y 2009 por el importe total de S/ 501,906.54.

2.2. Resumen de la historia procedimental de la controversia

2.2.1. Denuncia interpuesta por Geo Supply

El 23 de diciembre de 2009, Geo Supply interpone una denuncia contra el MTC con la principal pretensión que se declare que la metodología de determinación y el cobro del Canon regulada en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones constituía una barrera burocrática irracional.

Este petitorio se sustentó en los siguientes argumentos:

- Si bien el cobro del Canon fue determinado en función al porcentaje de 166% de la UIT vigente por la asignación de cada MHZ -según lo estipulado por el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones- este criterio de determinación resulta desproporcionado e irrazonable, toda vez que a través del mismo se presume que las empresas que prestan el servicio móvil por satélite no utilizan de manera exclusiva y permanente las frecuencias del espectro radioeléctrico.
- En el caso de los servicios móviles satelitales, es factible que se asignen las mismas frecuencias del espectro radioeléctrico a varios operadores sin que exista riesgo de interferencia, en el caso del servicio móvil por satélite. Se afirma que esto se corrobora por el hecho de que el MTC ha asignado a tres empresas distintas la misma frecuencia asignada a Geo Supply. En consecuencia, no es razonable que se calcule el Canon por el uso total del espectro radioeléctrico, cuando es posible que este sea utilizado de manera simultánea por varias empresas del sector.
- Las características especiales del servicio de telefonía móvil satelital y, en particular del servicio que brinda la empresa, implican la utilización efectiva de una porción muy reducida del espectro asignado y por lapsos de tiempo discontinuos. Por ello, resulta irracional que se cobre el Canon por toda la frecuencia asignada, considerando que

⁴ Según esta norma, el incumplimiento de pago del Canon por dos años consecutivos es una causal de resolución del contrato. En conformidad con ello, en la cláusula 6.04 del contrato de concesión celebrado entre Geo Supply y el MTC, se contempla que la concesionaria debe cumplir con los pagos señalados en la Ley general de telecomunicaciones, el Reglamento de dicha ley y el reglamento de Osiptel.

es de conocimiento del MTC que la utilización efectiva del espectro en el caso de este servicio no corresponde a la totalidad del espectro asignado.

- El MTC no ha tomado en cuenta las metas de uso comunicadas por Geo Supply para el segundo año de servicio (0.5%). De ser así, hubiera requerido únicamente el pago de S/ 17, 178.42 y no el monto de S/ 400 724.00 para el sistema satelital “Inmarsat”, respecto del cual se presume la totalidad de uso del espectro asignado (34 MHz).
- La fórmula de cálculo del Canon empleada por el MTC resulta discriminatoria en relación a la metodología que se aplica para los operadores de otros servicios en el mercado de telefonía móvil, en cuyos casos se determina el canon en función a los terminales activados. En este escenario el criterio no solo toma en cuenta el uso efectivo del espectro, sino también la relevancia de que el cobro no represente un obstáculo para expandir el alcance de los servicios.
- Los métodos de cálculo del Canon deberían tener sustento, ya sea en una variable que permita identificar el uso efectivo del espectro que hacen los operadores o en los costos que se generan por la administración y supervisión del sistema de asignación de uso del espectro. Estos criterios para el cálculo del Canon son considerados como estándares dentro del ámbito de los servicios de telecomunicaciones e incluso han sido tomados en cuenta por el ente regulador peruano (Osiptel).
- El artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones establece que el cobro cuestionado debe responder a la utilización del espectro radioeléctrico. De lo contrario, este cobro deviene en desproporcionado.

A través de la Resolución No. 0006-2010/STCEB-INDECOPI del 21 de enero de 2010, la CEB comunicó que correspondía admitir a trámite la denuncia planteada por Geo Supply y procedió a registrar el caso bajo el Expediente de identificación No. 000155-2009-CEB-PUCP.

En dicha Resolución, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (“CEB”) le otorgó al MTC un plazo de 05 días hábiles para exponer sus descargos y desvirtuar la pretensión solicitada por la denunciante, destacando que correspondía que esta última entidad presente información que permita evaluar la legalidad y razonabilidad de la barrera burocrática denunciada por Geo Supply.

2.2.2. Contestación de la denuncia por el MTC

En atención a la Resolución No. 0012-2010/STCEB-INDECOPI que otorgó un plazo adicional de 10 días hábiles al MTC para que formule sus descargos y presente la información solicitada, con fecha 12 de febrero de 2010, el MTC cumplió con contestar la denuncia planteada por Geo Supply, contradiciéndola en todos sus extremos y solicitando que esta sea declarada infundada

A través de su escrito de contestación, el MTC solicitó que se declare infundada la denuncia de Geo Supply, con base en los siguientes argumentos:

- Geo Supply no ha acreditado que la norma cuestionada califique como una barrera burocrática, toda vez que no ha logrado demostrar que exista alguna exigencia, prohibición o cobro que limite la competitividad empresarial de la compañía en el mercado, como lo establece el artículo 2 de la Ley No. 28996. El análisis de

admisibilidad de la CEB debe verificar las variables e indicadores que se toman en cuenta para calificar si una regulación pública puede configurarse como una barrera burocrática.

- La determinación del Canon se realizó a la luz de lo dispuesto por el ordenamiento legal; es decir, en aplicación de lo establecido por la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento. En tal sentido, el MTC se encuentra facultado para calcular y requerir el cumplimiento de las obligaciones económicas que corresponden a las empresas titulares de concesiones en telecomunicaciones.
- El monto del Canon no se calcula sobre la base de los ingresos reales que la empresa percibe, sino por el uso del espectro radioeléctrico, aplicando un porcentaje de 166% de la UIT vigente por cada MHz asignado.
- Si bien la denunciante señaló que la utilización efectiva del espectro es mínima, las empresas prestadoras del servicio móvil por satélite requieren de todo el espectro radioeléctrico asignado para desarrollar sus operaciones, debido a que la fracción del espectro requerida por un usuario para concretar sus comunicaciones no se fija en una frecuencia específica, sino que se desplaza por todo el espectro asignado. En consecuencia, los equipos terminales de las empresas tienen la posibilidad de operar en toda la banda asignada.
- En cuanto a la propuesta de metas de uso del espectro, presentada por Geo Supply, dicha propuesta fue modificada mediante Resolución Directoral No. 534-2008-MTC/27 y se aprobaron las nuevas metas de uso aplicables a la concesión otorgada a Geo Supply, abarcando un porcentaje de uso del espectro del 100% (para todos y cada uno de los cinco años). La asignación realizada por este acto administrativo no ha sido materia de ningún recurso de impugnación, por lo cual goza de plenos efectos jurídicos.

2.2.3. Argumentos adicionales planteados por Geo Supply y respuesta del MTC

El 17 de febrero de 2010 Geo Supply presentó ante la CEB un escrito complementario a través del cual introduce argumentos adicionales a su denuncia, bajo los siguientes términos:

- Se indica que el MTC publicó el 04 de febrero de 2010 la Resolución Ministerial No.055-2010-MTC/03 que contiene el proyecto del nuevo Reglamento del Canon por el uso del Espectro Radioeléctrico aplicable a los servicios públicos móviles por satélite y datos Marítimos. La norma propone una alternativa de cálculo del Canon distinta a la establecida por el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.
- De acuerdo con Geo Supply, dicho Proyecto deja en evidencia que el MTC reconoce que el método de cálculo del Canon que cuestiona en su denuncia por irrazonable efectivamente constituye una barrera burocrática irracional y desproporcionada, lo cual se deduce de lo expuesto en los considerandos del Proyecto que tiene como objeto establecer un método alternativo que no penalice la expansión de los servicios móviles por satélite y fomente la utilización eficiente del espectro radioeléctrico.
- La fórmula de cálculo del Canon adoptada por el nuevo Proyecto define al Canon en función a coeficientes de área, potencia, ancho de banda, no exclusividad de la banda, congestión espectral, frecuencia, y otros aspectos que no eran considerados por el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones para determinar el

importe de pago del Canon que le correspondía a cada uno de los concesionarios de espectro radioeléctrico.

- Sin embargo, esta metodología alternativa de cálculo del Canon, que presuntamente tenía como finalidad establecer una forma de cálculo proporcional y razonable a los concesionarios, solo resultaba aplicable para aquellos concesionarios que se comprometían a prestar el servicio público móvil satelital en todo el territorio de la República del Perú, lo cual, a criterio de Geo Supply, representaba un requisito que implicaba un costo exagerado y que era contradictorio con los supuestos objetivos del Proyecto.

En relación con los argumentos mencionados, el 26 de marzo de 2010, el MTC presentó su posición sobre los argumentos adicionales de Geo Supply, manifestando lo siguiente:

- La Resolución Ministerial No.055-2010-MTC/03 que contiene el proyecto del Decreto Supremo (en adelante, "D.S.") de fórmula de cálculo del Canon, no busca la modificación del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, sino que solo regula un régimen normativo alternativo para definir la fórmula de cálculo del Canon para los operadores que cumplan con los requisitos estipulados en esta norma.
- Se afirma que los argumentos expuestos por Geo Supply no corresponden al fondo del asunto que ha sido denunciado por la operadora, sino que más bien reflejan sus críticas sobre un proyecto normativo que regula un régimen jurídico distinto a aquel cuya presunta razonabilidad se cuestiona.
- Por consiguiente, el MTC reafirma que la aprobación de un régimen jurídico alternativo para el cálculo de la obligación de pago del Canon que administra el MTC no significa, de ningún modo, que se reconozca que la fórmula de definición de cálculo del Canon establecida en el régimen general (artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones) sea ilegal o irracional, siendo que es parte de la función del MTC fijar las políticas generales del sector telecomunicaciones.

2.2.4. Decisión de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

El 22 de abril de 2010 la CEB emitió la Resolución No. 0098-2010/CEB-INDECOPI a través de la cual declaró fundada la pretensión principal de la denuncia presentada por Geo Supply en contra del MTC y deja expedito el derecho de esta última entidad de apelar la resolución notificada.

En dicha Resolución, la CEB concluye que la metodología de cálculo del Canon estipulada por el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, basada en la totalidad del rango de frecuencia asignado a cada concesionario, en razón de 166% de la UIT por cada megahercio, se constituía como una barrera burocrática ilegal⁵, en virtud de lo siguiente:

- A pesar de que la Comisión considera que el MTC tiene competencias para requerir el pago del Canon a las empresas que prestan el servicio móvil por satélite y que las normas que sustentan dicha exigencia, la Ley de Telecomunicaciones y su

⁵ Como se desarrolla líneas abajo, si bien la pretensión de Geo Supply tenía como objeto que se declare que la metodología de cálculo del Canon era una barrera burocrática irracional, la CEB concluyó que la metodología denuncia calificaba como una barrera burocrática ilegal, en atención a que dicha metodología de cálculo no cumplía con los parámetros normativos impuestos por la Norma II del Código Tributario.

Reglamento son instrumentos idóneos para tal efecto, se determina que el Reglamento de la norma no cumple con los parámetros establecidos por el Código Tributario para el caso de las tasas de la especie derecho en el extremo de que las tasas deben limitarse a cubrir el costo del servicio prestado por el Estado.

- Mediante la Resolución No. 2836-5-2009 del 26 de marzo de 2009, el Tribunal Fiscal ha señalado que el “canon por utilización del espectro radioeléctrico” previsto en la Ley de Telecomunicaciones, constituye un “derecho” por uso o aprovechamiento de bienes de uso público y, por ende, que tiene carácter tributario.
- El Tribunal Constitucional ha concluido que la naturaleza tributaria de un cobro será determinada de acuerdo la definición del término “tributo” en la doctrina, es decir, que se trate de una obligación pecuniaria ex-lege, que no constituya sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por disposición de una Ley.
- La Norma II del Código Tributario establece que las tasas de la especie “derechos” son aquellas tasas que se pagan por la prestación de un servicio público administrativo (derecho de trámite) o el uso o aprovechamiento de bienes públicos, siendo este último caso coincidente con la obligación de pago del Canon de cargo de Geo Supply.
- La obligación de pago del Canon que exige el MTC debe ser considerado como un cobro de naturaleza tributaria en la modalidad de tasa-derecho, ya que se origina por el uso de un bien de dominio público. Por tanto, los límites normativos para el cálculo de esta obligación deben atender no solo a las disposiciones legales en materia de telecomunicaciones, sino también a las normas tributarias aplicables a las tasas. Por tanto, el cobro no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de los servicios que constituyen los supuestos de la obligación correspondiente; esto es, el costo que implica financiar la ejecución de las actividades de supervisión, asignación y control del espectro radioeléctrico.

2.2.5. Apelación del MTC contra la Resolución 0098-2010/CEB-INDECOPI

Posteriormente, con fecha 04 de mayo de 2010, el MTC presentó un recurso de apelación contra la Resolución No.0098-2010/CEB-INDECOPI, solicitando que se revoque la resolución mencionada, de conformidad con los siguientes argumentos:

- El Canon no cumple con las características del tributo del tipo tasa. Por el contrario, es una obligación de carácter administrativo por el uso y explotación del espectro radioeléctrico, recurso natural que conforma el patrimonio de la nación. Así, el artículo 202 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones contempla que el derecho sobre el espectro radioeléctrico es otorgado a los particulares mediante un acto administrativo de asignación.
- Las empresas de servicios públicos de telecomunicaciones gozan del espectro radioeléctrico en virtud de una concesión, acto administrativo que se perfecciona a través de la suscripción de un contrato, conforme lo indicado por la Ley de Telecomunicaciones. Al respecto, la Norma II del Código Tributario dispone que los pagos por servicios de origen contractual no constituyen tasas. En igual sentido, la Norma IV determina que los tributos deben ser creados solo por la ley.
- El artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones no regula ningún supuesto que califique como un tipo de tributo. No se presenta (i) un hecho económico de los

particulares que revele una capacidad contributiva y se grave con un impuesto; (ii) una actividad estatal que redunde en un beneficio especial y exclusivo de los operadores de telecomunicaciones que se financie por contribuciones; o (iii) la prestación de un servicio público individualizado que se retribuya por una tasa.

- El Canon se fundamenta en un acto administrativo los particulares suscriben con el Estado por su propia voluntad. El Canon refleja la retribución que percibe el Estado por la asignación del espectro radioeléctrico y la utilización de parte de los particulares, ya que estos obtienen beneficios patrimoniales a partir de su explotación o aprovechamiento exclusivo.
- Los requisitos que deben cumplir las obligaciones consideradas como tributos se han establecido en la Constitución Política del Perú y la Norma IV del Código Tributario, siendo relevantes, entre otros, la reserva de ley y el principio de legalidad. La CEB no puede catalogar al Canon como un tributo mediante una interpretación, dado que no ha sido definido de esta manera por el artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones o el artículo 20 de la LOGRN⁶ (Ley No.26821).
- El Canon tiene una naturaleza ajena a la tributaria, similar a aquella determinada para el caso de las regalías mineras. Al igual que en este supuesto, el Canon es una contraprestación que deben pagar los concesionarios por la utilización de los recursos naturales. El criterio del Tribunal Constitucional referido a que la regalía minera es un ingreso originario distinto a un tributo es aplicable al Canon, al ser ambos recursos naturales de acuerdo con lo establecido por la LOGRN.
- La LOGRN establece que la contraprestación por el aprovechamiento de los recursos naturales puede configurarse como una contraprestación, un derecho de otorgamiento o un derecho de vigencia; pero no considera al tributo del tipo tasa como una de las modalidades de retribución.
- No se puede calificar al Canon como una tasa-derecho, toda vez que distintas disposiciones del sector telecomunicaciones determinan que el Canon debe ser destinado para el fomento de las actividades de telecomunicaciones en el país. Un ejemplo de ello es el artículo 3 de la Ley No.28900, norma de creación del FITELE, que regula como un aporte al FITELE un porcentaje del Canon recaudado por el MTC.
- La Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (Ley No.28411), señala que los tributos son utilizados para sostener la política fiscal del Gobierno Central, por lo que los ingresos destinados a fines distintos no tendrían naturaleza tributaria. En tal sentido, dado que el Canon se recauda con el objeto de vigilar y monitorear el espectro radioeléctrico y contribuir al desarrollo de los servicios de telecomunicaciones, dicha erogación no sería tributaria.
- La Resolución No.0098-2010/CEB-INDECOPI incurre en una causal de nulidad al haber infringido la Constitución Política del Perú, así como otras normas de rango legal. Lo anterior dado que el pronunciamiento de la CEB no ha determinado que parámetros deberían regir la fórmula de cálculo del Canon, ni cómo debería proceder el MTC respecto a las empresas del sector que ya efectuaron el pago del Canon de conformidad con la metodología de cálculo vigente.

⁶ Acrónimo utilizado para referirnos a la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales en el presente Informe,

De forma complementaria, el 22, el 24 de setiembre, el 29 de octubre, el 5 de noviembre de 2010; y, finalmente, el 7 de febrero de 2011, a través de escritos adicionales el MTC expuso los siguientes fundamentos complementarios para su apelación:

- La obligación de pago del Canon se basa en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú que establece un régimen para los recursos naturales y dispone que las condiciones para su uso y asignación se regulen por una Ley orgánica. El Código Tributario no tiene el carácter de ley orgánica, por lo cual esta norma no puede regular el régimen de utilización y otorgamiento a los particulares del espectro radioeléctrico.
- La naturaleza del Canon es la de una retribución económica exigida a los privados por la utilización privativa de un recurso de dimensiones limitadas y que forma parte del espacio aéreo del territorio nacional. Por consiguiente, su tratamiento es distinto al del resto de bienes del Estado, como los caminos, los puentes, entre otros.
- Las contraprestaciones que exige el Estado por la explotación o aprovechamiento de los privados de los recursos naturales que tiene una finalidad distinta a la política fiscal para el caso de los tributos distintos a los impuestos. En este último caso el Estado busca solventar el costo de las obras o servicios que ejecuta de forma específica.
- El método de cálculo del Canon se fundamenta en parámetros técnicos que se encuentran alineados con las recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. A nivel internacional existen diferencias respecto de los mecanismos de determinación de esta obligación; sin embargo, ninguno de los países sustenta su cobro en base a los costos administrativos, sino en una política de aprovechamiento de recursos naturales.
- La CEB ha aplicado el régimen tributario al Canon calificando de forma inexacta las categorías de “bien de dominio público” y “recurso natural”. De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los bienes de dominio público abarcan distintos bienes además de los recursos naturales.
- A través del Informe No.058-2009-EF/66.01, la Dirección General de Política de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas ha concluido que el Canon califica como una retribución económica que no tiene naturaleza tributaria.
- En el Dictamen No.732-2010 emitido por el Ministerio Público, la 9 fiscalía provincial civil de Lima sostuvo que el Canon es una contraprestación por el aprovechamiento de un recurso natural que no califica como tributo ya que no ha sido creado por ley, sino que surge de una relación contractual u obligacional con el Estado.
- El Canon no tiene la naturaleza de tasa en la modalidad de derecho, debido a que no se verifica ninguna prestación de servicios por parte del Estado. El MTC no desarrolla ninguna actividad cuyo costo deba ser individualizado en los particulares, sino que se limita a permitir el uso del recurso natural. Este pago se configura como un cobro por el aprovechamiento de un recurso originario (naturaleza administrativa).
- En nuestro ordenamiento jurídico existen pagos retributivos por el aprovechamiento privativo de bienes de dominio público que pueden tener la naturaleza tasas de la especie derecho. Sin embargo, también se determinan pagos que se realizan como contraprestación por el aprovechamiento de recursos naturales que se denominan como canon o regalías. El Canon no califica como un tributo, dado que el pago de esta obligación no se origina en virtud de la potestad de ius imperium del Estado, sino que deriva de su potestad de dominio sobre sus bienes patrimoniales. Es decir, es un cobro que proviene de la explotación de un recurso originario.

Por último, el 09 de junio de 2011, el MTC añadió mediante un nuevo escrito complementario argumentos adicionales para sustentar su posición, manifestando que:

- El Canon no se configura como un tributo, ya que el artículo 20 de la LOGRN establece que la contraprestación por el aprovechamiento de recursos naturales debe tomar en consideración criterios económicos, sociales y ambientales, sin señalar elementos propios de los tributos, tales como la capacidad contributiva de los obligados o el costo de la actividad estatal que genera el pago de la obligación.
- Para que una erogación sea calificada como tributo no basta que coincida con la definición proporcionada por la doctrina, sino que su norma de creación debe especificar qué actividad estatal genera un beneficio para los obligados, o, precisar un hecho económico relacionado a la capacidad contributiva de estos últimos.
- La contraprestación por el uso de recursos naturales no califica como un supuesto de obtención de recursos del Estado derivados del patrimonio de los particulares, sino que es un recurso originario que reconoce la utilización de los bienes patrimoniales que son de titularidad del Estado.
- La Resolución No.2836-5-2009 del Tribunal Fiscal a la que hace referencia la CEB para sustentar la calificación jurídica que realiza sobre el Canon, no constituye un precedente de observancia obligatoria. Asimismo, se advierte que en dicha Resolución no se amparó la petición de la denunciante referida a la calificación del Canon como tributo, sino que se declaró su improcedencia por vicios de competencia.

2.2.6. Escrito de respuesta a la apelación del MTC presentado por Geo Supply

Por su parte, el 28 de julio de 2010, Geo Supply presentó un escrito de respuesta con la finalidad de contradecir los argumentos que alegó el MTC a través de su recurso de apelación y los escritos complementarios que presentó ante la CEB.

En dicho escrito de respuesta, complementado por un escrito adicional presentado el 20 de abril de 2011, Geo Supply señala que la posición del MTC referida a que presuntamente el Canon no sería una tasa y que, por ende, el MTC no se encontraría limitado a reflejar únicamente los costos en los que incurre para efectuar el monitoreo y supervisión del espectro radioeléctrico es una postura inexacta, en virtud de los siguientes argumentos:

- En primer lugar, Geo Supply deja en evidencia que el MTC parecería haberse apartado de su argumento inicial referido a que el Canon no podía ser un tributo por presuntamente poseer un origen contractual y no legal, pues el MTC ya no alegó este argumento en su apelación, sino que su posición se respaldó otros fundamentos.
- Respecto a que las características del Canon no cumplirían con la definición establecida por el Código Tributario para el caso de la tasa-derecho, por presuntamente no apreciarse una actividad ejecutada por el MTC, Geo Supply indica que el Tribunal Constitucional ha advertido expresamente que no es exigible que se acredite esta característica tradicional de las tasas para el caso de la tasa-derecho que se cobra por el uso de un bien público.
- En relación con que el Canon no sería un tributo, sino un cobro con carácter de contraprestación por la explotación exclusiva de un recurso natural originario del Estado, Geo Supply recurre a la doctrina y jurisprudencia extranjera y nacional para

sustentar que el Canon se enmarca dentro del concepto tasa-derecho regulado por la Norma II del título preliminar del Código Tributario.

- Asimismo, Geo Supply manifiesta, como consideración final, que la metodología de cálculo del Canon aprobada por el D.S. No.052-2010-MTC se basa en lineamientos técnicos que, entre otros criterios, consideran el uso efectivo del espectro radioeléctrico como un elemento de ponderación, a diferencia de la fórmula contemplada en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones. Lo anterior, bajo criterio de Geo Supply, refleja que el propio MTC ha advertido que la determinación del Canon cuestionada (regulación previa) no obedecía a parámetros razonables ni proporcionales.

2.2.7. Decisión de la Sala de Defensa de la Competencia

Finalmente, el 04 de julio de 2011, la Sala de Defensa de la Competencia emitió la Resolución No.1236-2011/SC1-INDECOPI a través de la cual resolvió en mayoría⁷, confirmar la Resolución No.0098-2010/CEB-INDECOPI que declaró barrera burocrática ilegal la metodología de cálculo del Canon regulada en el inciso d) del numeral 2 del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

La Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi (segunda instancia) confirmó la Resolución de la CEB (primera instancia), en base a los siguientes fundamentos:

- El espectro radioeléctrico constituye un bien de dominio público que se concede a las empresas de servicios de telecomunicaciones a través de un acto de concesión. Dado que la Norma II del Código Tributario define como tasa de la especie derecho, al pago derivado del uso o el aprovechamiento de bienes públicos, se debe entender que el Canon forma parte de este supuesto de hecho.
- En relación al servicio estatal prestado al sujeto obligado al pago, se menciona que, a raíz de la asignación del espectro radioeléctrico, el MTC debe desplegar distintas actividades que comprenden la atribución de bandas de frecuencia, así como la supervisión y monitoreo de las posibles interferencias que podrían perjudicar los servicios de telecomunicaciones. Para cumplir con estas funciones, el MTC dispone de personal especializado que utiliza equipos informáticos, de medición y personal abocado al desarrollo de las actividades de control.
- Sobre el presunto origen contractual del surgimiento de la obligación de pago del Canon, se menciona que los servicios de asignación y verificación del espectro radioeléctrico son ejercidos por el MTC en cumplimiento de las facultades conferidas legalmente. Estas prestaciones son una manifestación de su ius imperium y no tienen un origen contractual. Se resalta que no es el contrato, sino el reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y el D.S.No.052-2010-MTC aquellos que establecen la obligación referida al cobro del Canon y su metodología de cálculo.
- Respecto a la Resolución No.2836-5-2009 del Tribunal Fiscal, se indica que el pronunciamiento del Tribunal sí es relevante para el caso, toda vez que el Tribunal Fiscal es el órgano encargado de resolver las controversias tributarias entre la Administración y los contribuyentes. Por ende, siendo que en el procedimiento seguido

⁷ La Resolución se emitió con el voto en minoría del vocal Juan Ángel Candela Gómez.

por Geo Supply un punto controvertido corresponde a la naturaleza tributaria del Canon, se debe considerar el criterio del Tribunal Fiscal.

- En relación con la metodología de determinación del Canon, se menciona que tanto el OSIPTEL y el Banco Mundial han afirmado que una metodología de cálculo del Canon que se rija por el costo que le irroga al Estado la administración del espectro radioeléctrico, coadyuva a la expansión de los servicios de telecomunicaciones. Esto último genera que se evite el traslado de sobrecostos a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y fortalece la competitividad del mercado.
- Respecto a la aseveración del MTC referida a que el Canon no califica como un tributo por no estar definido de tal forma por una Ley, se menciona que tanto el artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones como el artículo 20 de la LOGRN señalan que la utilización del espectro radioeléctrico origina el pago de un Canon a favor del Estado. Por lo tanto, mediante ley se cumple con identificar el hecho imponible (la utilización del espectro radioeléctrico), el sujeto pasivo (aquel sujeto que aprovecha el espectro) y el sujeto activo: el MTC como administración tributaria.
- Sobre el criterio expuesto por el Tribunal Constitucional en el caso de las regalías mineras, se manifiesta que el Tribunal Constitucional en su sentencia afirma que el aprovechamiento de los recursos naturales se fija de forma independiente por cada ley especial. En adición a ello, se indica que existen rasgos que diferencian el uso de los recursos minerales y la utilización del espectro radioeléctrico, entre estas que este último es un recurso renovable que no se agota con su uso. En ese sentido, se destaca que la regulación de ambos regímenes es independiente.
- Respecto a que la LOGRN no establece que la contraprestación por el uso de los recursos naturales pueda constituir un tributo, se afirma que el artículo 20 de la LOGRN contempla que el cobro por el aprovechamiento de recursos naturales puede tener carácter tributario, lo cual debe ser analizado a través de un análisis sistemático y concordante entre la Ley de Telecomunicaciones y el Código Tributario.
- El hecho de que parte de los ingresos correspondientes al Canon se destinen al desarrollo de las telecomunicaciones en el país mediante el FITEL, no enerva la calificación jurídica del Canon, toda vez que la Norma II del Código Tributario puede establecer un marco general, pero ello no impide que mediante leyes especiales se establezcan particularidades respecto a los fines de lo recaudado. No obstante, se resalta que en estos casos la excepción debe provenir de una norma con rango de Ley a efectos de preservar el principio de reserva de Ley.
- Sobre la limitación regulada en el artículo 11 de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, respecto a que los tributos sostienen la política fiscal del Gobierno Central y que por tanto los ingresos destinados a fines ajenos no tendrían naturaleza tributaria, se afirma que este razonamiento es aplicable para el caso de los impuestos. Sin embargo, ello no ocurre con las tasas, pues estas tienen como objeto cubrir los costos en los que incurre el Estado en la prestación de determinados servicios a favor de los contribuyentes.

La Resolución No. 1236-2011/SC1-INDECOPI fue emitida con el voto en discrepancia del vocal Juan Ángel Candela Gómez, quien sostuvo que el Canon no tiene naturaleza tributaria, principalmente por los siguientes fundamentos:

- El artículo 66 de la Constitución Política del Perú permite que el Estado pueda exigir una contraprestación por el aprovechamiento de los recursos naturales, sin disponer

algún límite para dicha contraprestación. Por lo tanto, el MTC no debería limitar el cobro del Canon bajo los parámetros del costo que incurre en prestar servicios a los operadores de telecomunicaciones como exige la Norma II del Código Tributario.

- El MEF, entidad con competencias para determinar qué ingresos califican como tributos, de acuerdo con el Decreto Legislativo No. 183, señaló a través del Informe No.058-2009-EF/66.01 que la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto no contempla al Canon como un tributo, sino como una renta de propiedad del Estado.
- El Canon tiene origen contractual, toda vez que surge de una obligación establecida en los contratos de concesión suscritos voluntariamente por las empresas prestadoras de servicios telecomunicaciones y el MTC.
- La Ley de Telecomunicaciones clasifica los ingresos que corresponden al MTC, como ente rector de las telecomunicaciones, en las categorías de tasa, derecho y canon. Por consiguiente, de lo anterior se deriva que la norma ya ha definido una diferenciación entre los ingresos que percibe el MTC, por lo que el Canon no puede considerarse como una tasa-derecho.

III. Identificación de los principales problemas jurídicos del expediente

Luego de haber expuesto los hechos principales del conflicto objeto de controversia en el Expediente, en las siguientes secciones del presente Informe se evaluarán los principales problemas jurídicos que hemos identificado en el Expediente.

Así, en el Informe se tomará posición respecto de los problemas con mayor relevancia y contenido jurídico de las dos áreas del Derecho relacionadas con el Expediente, los cuales son los siguientes:

Problemas vinculados con el Derecho Tributario

- 1.1. ¿El Canon cobrado a Geo Supply califica como una obligación de naturaleza tributaria o tiene naturaleza contractual? ¿Cuál es la diferencia entre una obligación tributaria y un precio público? De ser un tributo, ¿Qué especie abarca la obligación de pago del Canon, tasa, contribución o impuesto?
- 1.2. ¿Existe una contraposición entre el régimen aplicable a los recursos naturales y la potestad tributaria del Estado? ¿Las obligaciones que se exigen por el uso de estos bienes son excluyentes de la potestad tributaria?
- 1.3. ¿Si se considera el Canon como una tasa (derecho) por la utilización privativa de un recurso natural, ¿la metodología de cálculo del Canon debe encontrarse alineada con el criterio del costo efectivo del servicio que establece la Norma II del Código Tributario?

Problemas vinculados con el Derecho Administrativo:

- 1.4. ¿La metodología de cálculo del Canon cobrado a Geo Supply puede calificarse como una barrera burocrática ilegal o irracional?
- 1.5. ¿El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas del Indecopi era una vía idónea para cuestionar la razonabilidad del cobro del Canon? ¿La controversia debió

haber sido encauzada a través de un proceso contencioso administrativo o, en sede constitucional, mediante una acción de amparo o un proceso de acción popular?

IV. Análisis de los principales problemas jurídicos del expediente

Como se colige de los hechos contenidos en la historia procedimental del Expediente, la principal cuestión controvertida del caso consiste en evaluar la naturaleza jurídica del Canon, dado que, dependiendo de la calificación que se realice, se puede concluir si el importe de esta obligación debe sujetarse al límite del costo efectivo que la utilización privativa del espectro radioeléctrico irroga al Estado o, si el Canon no debería estar sujeto a este parámetro normativo, al calificar como una obligación de carácter contractual.

1. La calificación jurídica del Canon posee relevancia práctica, pues, en caso se considere que el Canon es un tributo de la especie tasa-derecho, se debe concluir que resultan de aplicación los principios tributarios vinculados a la capacidad contributiva del contribuyente, la no confiscatoriedad, entre otros, así como la regulación establecida por la Norma II del Código Tributario referida a la limitación del cobro de la obligación al costo que le genera al Estado el aprovechamiento del bien público por parte del particular.

De calificar el Canon como un tributo, se deberá evaluar si la metodología de cálculo estipulada en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones es irrazonable, como sostiene Geo Supply en su pretensión, y si la carencia de razonabilidad en el cálculo de esta obligación deriva en que la pretensión corresponda a un análisis constitucional (no confiscatoriedad del tributo) o en un análisis de legalidad, al ser una exigencia que impide el libre acceso al mercado de las telecomunicaciones a Geo Supply.

Esto último resultará importante, ya que si se concluye que la razonabilidad de la obligación implica que la obligación tenga carácter confiscatorio la pretensión de Geo Supply debería ser objeto de análisis en la vía judicial en un proceso contencioso administrativo o, en sede constitucional, mediante los procesos de amparo o de acción popular. En cambio, si se establece que la razonabilidad en el cálculo del Canon no tiene relación con el presunto carácter confiscatorio, la pretensión se configuraría como una controversia respecto a una limitación que impide el libre acceso al mercado, cuyo análisis sería de competencia del Indecopi.

2. De otro lado, en el escenario que se considere que el Canon no es un tributo, sino una obligación de carácter contractual (precio público), no resultarían aplicables las garantías y principios de las normas tributarias, entre ellas el parámetro referido a la limitación del cobro de la obligación al costo que el servicio le genera al Estado⁸. Lo anterior dado que el Canon tendría naturaleza de una contraprestación (de carácter civil) que es pactada entre el Estado y un privado por la utilización económica de un recurso natural.

⁸ Ello no implica que el Estado no tenga limitaciones para determinar el importe de esta obligación, toda vez que el Tribunal Constitucional ha reconocido que en nuestro Estado Constitucional rige el principio de interdicción a la arbitrariedad, el cual determina que todas las decisiones del Estado deben ser motivadas y razonables.

En adición a lo señalado, en este supuesto el Indecopi no sería competente para pronunciarse sobre la razonabilidad del cobro del Canon como será desarrollado en el Expediente.

En atención a estos dos escenarios, en la presente sección del Informe se desarrollarán de forma ordenada los aspectos controvertidos de los problemas jurídicos identificados en la sección anterior (sección III), considerando la jurisprudencia y la doctrina relevante en cada materia con la finalidad de proponer una respuesta integral y coherente con el ordenamiento jurídico a los problemas que se desarrollan en el Expediente.

Problemas vinculados con el Derecho Tributario:

4.1. ¿El Canon cobrado a Geo Supply califica como una obligación de naturaleza tributaria o tiene naturaleza contractual? ¿Cuál es la diferencia entre una obligación tributaria y un precio público?

Si bien Geo Supply interpuso su denuncia ante la CEB del Indecopi con la pretensión de que se declare que la fórmula de cálculo del Canon por la utilización del espectro radioeléctrico constituye una barrera burocrática irracional y desproporcionada, tanto la CEB como la Sala de defensa de la Competencia concluyeron que la mencionada metodología de cálculo del Canon era ilegal, al no adecuarse al criterio de costo del servicio que es aplicable a las tasas tributarias, tal y como se regula en la Norma II del Código Tributario.

En tal sentido, la CEB y la Sala de defensa de la Competencia del Indecopi determinaron la inaplicación del Oficio No. 3143-2009-MTC/27, acto administrativo que contenía la metodología de cobro del Canon exigido a Geo Supply por el importe de S/ 501,906.54, al declarar que la fórmula de cálculo del Canon regulada por el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones⁹ calificaba como una barrera burocrática ilegal.

En sendas instancias administrativas la controversia iniciada por Geo Supply fue resuelta bajo la premisa de que el Canon califica como una obligación jurídica de naturaleza tributaria, por lo que su determinación y cálculo debía regirse bajo los parámetros determinados en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario¹⁰; esto es, considerando el límite del costo que le irroga al Estado la utilización de Geo Supply del espectro radioeléctrico asignado.

Con el objeto de realizar un análisis crítico de las conclusiones determinadas por las instancias de Indecopi en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, así como de los argumentos esbozados por el MTC y Geo Supply, en los siguientes párrafos se evaluará la regulación del sector telecomunicaciones aplicable al Canon y los elementos que componen el concepto de tributo en nuestro ordenamiento jurídico. A tal efecto, se considerará con especial énfasis los criterios aportados por la doctrina y la jurisprudencia.

⁹ Como indicamos previamente el Canon que le correspondía pagar a Geo Supply se fijó con base en la fórmula del 166% de la UIT vigente por cada MHZ asignado, sin considerar ninguna variable de ajuste por el uso efectivo del espectro radioeléctrico

¹⁰ En el presente Informe jurídico, también nos referimos a esta norma bajo la denominación de “Norma II del Código Tributario”.

4.1.1. Regulación del Canon en el sector telecomunicaciones

En el Perú se denomina Canon al pago que exige el Estado a los particulares por el uso privativo del espectro radioeléctrico, recurso natural de titularidad pública que es requerido por las empresas para la ejecución de sus servicios de telecomunicaciones en el país.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico no se utiliza el término “canon” de manera uniforme¹¹, en los artículos 57, 58, 60 y otros de la Ley de Telecomunicaciones y el Reglamento de esta norma se determina que la utilización del espectro radioeléctrico genera el pago de un Canon de cargo de los particulares que precisen de reserva radioeléctrica, siendo la gestión, determinación y cobro de esta obligación encargada al MTC como ente rector del sector telecomunicaciones en el Perú.

Se debe resaltar que el espectro radioeléctrico resulta imprescindible para la prestación adecuada de los servicios de telecomunicaciones. De no contar con la asignación de bandas de frecuencia del espectro, las empresas de telecomunicaciones no podrían transmitir las ondas radioeléctricas a través de los equipos inalámbricos y la infraestructura que traslada la información de los usuarios emisores hacia los equipos y los terminales móviles que son activados por los usuarios receptores.

Respecto a las ondas radioeléctricas, Aparicio Zavaleta señala que las ondas se identifican por el número de oscilaciones que producen en periodos de tiempo específico, las cuales generan una frecuencia que tienen una unidad de medida que es el Hz (Hercio). Cada Hz representa la cantidad de oscilaciones que tiene una onda electromagnética por cada segundo. El espectro radioeléctrico es el subconjunto de ondas electromagnéticas de la radiación electromagnética que se encuentra entre las frecuencias de 3 kHz a 3000 GHz (2014, p.13 y 14).

Como se explicó en la introducción del presente Informe, el espectro radioeléctrico se despliega a través del espacio electromagnético, espacio aéreo disponible de cada país y su regulación obedece a parámetros internacionales establecidos por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (“UIT¹²”) y por las normas internas establecidas por cada país. A través de las Conferencias Mundiales de la UIT los países miembros de la UIT adoptan acuerdos, establecen estándares y acuerdan recomendaciones con el objeto de dotar de uniformidad y orden a la ejecución de los servicios de telecomunicaciones¹³.

De acuerdo con la UIT, el Estado como titular del dominio público debe gestionar de forma eficiente el espectro de radiofrecuencias con la finalidad de generar el mayor beneficio a la población. Usualmente, los países administran el espectro con base a un marco regulatorio compuesto por normativa interna, procedimientos y directrices (2011, p.16).

¹¹ En la Ley 27506 (“Ley del Canon”) se regula como “canon” la participación efectiva que deben gozar los gobiernos regionales y locales del total de rentas que obtiene el Estado por la explotación económica de los recursos naturales, señalando porcentajes de participación distintos respecto a los minerales, hidrocarburos, recursos forestales y otros.

¹² La Unión Internacional de Telecomunicaciones es el Organismo especializado de las ONU destinado al desarrollo de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

¹³ Por ejemplo, mediante el Reglamento de Radiocomunicaciones, cuya última edición fue acordada en la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones del año 2019 en Sharm el-Sheikh Egipto.

Según nuestra legislación, el espectro radioeléctrico se distribuye y asigna, de conformidad con lo dispuesto por el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias¹⁴ ("PNAF"). A través de este instrumento jurídico se determina la atribución de frecuencias y se reservan las bandas del espectro radioeléctrico para la ejecución de los distintos servicios de telecomunicaciones.

Asimismo, en el PNAF se indica que el espectro se clasifica en nueve bandas de frecuencias, las cuales se designan por números enteros desde la frecuencia de 3 kHz a 3000 GHz, siendo los rangos de frecuencia asignados a servicios específicos. Cabe mencionar que las bandas del espectro conformadas por los 1525-1559 MHz y 1626,5-1660,5 MHz han sido determinadas para la ejecución del servicio público móvil satelital.

Como se infiere de lo expuesto, el espectro radioeléctrico es un recurso natural del Estado que se despliega en el espacio aéreo; específicamente, entre las unidades de frecuencias de 3 kHz a 3000 GHz del espacio aéreo nacional. La utilización de este recurso es fundamental para la prestación efectiva de los servicios inalámbricos que realizan las empresas del sector telecomunicaciones.

Ahora bien, se debe resaltar el Estado ejecuta actividades vinculadas a la asignación de este recurso natural vinculadas al monitoreo de las bandas del espectro asignadas a cada empresa, a efectos de que los servicios sean prestados de forma idónea y las operaciones de las empresas operadoras del sector telecomunicaciones se efectúen sin interferencias.

Es por ello que, entre otras obligaciones exigidas a las empresas del sector telecomunicaciones que precisan de la utilización del espectro radioeléctrico, el artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones, establece que: **"La utilización del espectro radioeléctrico dará lugar al pago de un canon que deberán satisfacer los titulares de estaciones radioeléctricas, emisoras y de las meramente receptoras que precisen de reserva radioeléctrica"**. (El énfasis es nuestro).

Por su parte, durante el periodo materia de controversia (es decir, entre los años 2009 al 2011), el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señalaba que:

"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. (...)

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%". (El énfasis es nuestro).

De conformidad con lo establecido por la normativa citada, las empresas prestadoras del servicio público móvil satelital, como Geo Supply S.A.C, debían pagar por concepto de Canon el importe equivalente al 166% de la UIT por cada MHz del espectro radioeléctrico que se les

¹⁴ Norma aprobada por la Resolución Ministerial No.187-2005-MTC-03.

hubiera asignado, así como el 0,5% de la UIT adicional por cada enlace y terminal móvil activado declarado hasta el 31 de diciembre de cada año.

Asimismo, se desprende de lo anterior que el pago de la suma de dinero denominada como “Canon” se origina por el aprovechamiento económico del espectro radioeléctrico por parte de las empresas de telecomunicaciones. En el presente caso, se le otorgó a Geo Supply S.A.C potestad exclusiva de aprovechamiento de este recurso para la prestación de sus servicios comerciales.

Como se explicó previamente en la introducción, Geo Supply suscribió un contrato de concesión¹⁵ y se le otorgó autorización de uso (mediante la Resolución Directoral No.534-2008-MTC/27) sobre un total de 78.3 MHz de radio de frecuencia del espectro radioeléctrico para el desarrollo de sus servicios móviles satelitales en el país.

Si bien en el contrato de concesión suscrito por Geo Supply se estipulan aspectos relevantes vinculados al Canon, como en la cláusula 6.04 en la que se determina que el incumplimiento de pago de Canon por un periodo de dos años consecutivos constituye una causal de resolución del contrato, se debe señalar que estas consecuencias son establecidas en referencia a las propias normas del sector telecomunicaciones que regulan las obligaciones a las que se sujetan todos los operadores de telecomunicaciones.

Habiendo expuesto que el Canon es el cobro anual que exige el Estado por el uso privativo del espectro radioeléctrico por parte de las empresas de telecomunicaciones a las que se les asigna este recurso natural, como fue el caso de Geo Supply, corresponde analizar en el siguiente acápite si el Canon es una obligación que tiene naturaleza tributaria o corresponde a una contraprestación contractual por la explotación de un recurso natural.

A tal efecto, resultará importante delimitar el concepto de tributo que se deduce de las normas de nuestro ordenamiento jurídico.

4.1.2. El concepto de tributo en nuestro ordenamiento jurídico

En nuestro ordenamiento jurídico, la norma de rango constitucional que delimita el alcance de la potestad tributaria es el artículo 74 de la Constitución, en cuyo contenido se señala que:

“Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas”. El Estado al ejercer la potestad tributaria debe respetar los principios de reserva de ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio. (El énfasis es nuestro).

Si bien en nuestra legislación no existe una definición del concepto de tributo, de forma recurrente, la jurisprudencia y la doctrina se han referido a la clasificación de las especies

¹⁵ El artículo 204 de la Ley General de Telecomunicaciones dispone que el uso del espectro radioeléctrico se realiza a través de la obtención de una concesión o autorización del servicio de telecomunicaciones correspondiente, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma.

tributarias reguladas en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario para dotar de contenido a esta institución.

En dicha norma se regulan las características de las clases de tributo que contempla nuestro ordenamiento jurídico (impuestos, tasas y contribuciones)¹⁶-, en base a las cuales se puede formular una definición del concepto de tributo, complementada con los criterios expuestos por distinta doctrina autorizada.

Así, la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario establece que:

“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”.** (El énfasis es nuestro).*

El inciso c) de la norma citada agrega que los tributos distintos a los impuestos, esto es, las tasas y contribuciones, no deben tener un rendimiento para el Estado que sea distinto a la finalidad de cubrir el costo de los servicios que originan el pago de la obligación.

Respecto a las tasas, la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario agrega la siguiente clasificación:

“1. Arbitrios: son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público.

2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos

3. Licencias: son tasas que gravan la obtención de autorizaciones específicas para la realización de actividades de provecho particular sujetas a control o fiscalización.

El rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación”. (El énfasis es nuestro).

De la normativa citada se pueden extraer determinadas características de los tributos, tales como que los tributos corresponden a obligaciones pecuniarias que tienen como sujeto titular de la obligación al Estado y, como sujetos pasivos que son puestos en dicha situación jurídica por Ley, a los contribuyentes.

Además de ello, se desprende que los tributos tienen como fuente de origen a la Ley y como límite a la Constitución, pues deben observar estrictamente el principio de legalidad (vinculado a la reserva de ley), el principio no confiscatoriedad, de igualdad, así como los otros principios contemplados por el artículo 74 de la Constitución.

Se colige también que el ordenamiento jurídico peruano adopta una clasificación tripartita de los tributos, siendo el impuesto un tributo no vinculado, es decir, una obligación que no genera ninguna contraprestación directa a favor del obligado; mientras que, los otros dos tipos de

¹⁶ De acuerdo a la clasificación tripartita del tributo que ha sido adoptada por la legislación peruana.

tributos sí constituyen obligaciones que se vinculan a beneficios provenientes de un servicio del Estado recibidos por un contribuyente específico (tasas) o un grupo de contribuyentes (contribuciones).

Es de resaltar que del artículo 74 de la Constitución Política del Perú también se infiere la adopción de la clasificación tripartita que es desarrollada por el Código Tributario. Así, en el artículo citado se comprende dentro de la categoría tributo a los aranceles (impuestos), las tasas y las contribuciones, resaltando que estos últimos tributos son susceptibles de ser creados, modificados, eliminados o exonerados por los Gobiernos Subnacionales, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos por Ley.

A pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico no se ha contemplado una definición del concepto tributo, el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, ha tenido la oportunidad de exponer un concepto de tributo, partiendo de una definición que proviene de la doctrina jurídica.

Por ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente No. 3303-2003-AA/TC, hace suya la definición de Geraldo Ataliba¹⁷, señalando que se entiende por tributo a la obligación dineraria ex lege que no constituye sanción de acto ilícito, que tiene como sujeto activo a una entidad del Estado y como sujeto pasivo a un sujeto particular que ha sido puesto en situación de contribuyente por voluntad de la Ley.

En igual sentido, la jurisprudencia nacional también ha atribuido contenido al concepto de tributo, considerando los aportes de la doctrina jurídica. Por ejemplo, en la Resolución No.05434-5-2002, el Tribunal Fiscal hace referencia a la definición de Villegas, describiendo al tributo como aquella prestación comúnmente en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio sobre la base de la capacidad contributiva, con fundamento en una norma con rango de Ley y para cubrir los gastos que requiere para el cumplimiento de sus fines.

A mayor abundamiento, en las Resoluciones de observancia obligatoria del Tribunal Fiscal Nos. 9715-4-2008 y 0416-1-2009, se consideró que el tributo es una obligación jurídica dineraria con origen en una Ley, que no corresponde a una sanción por acto ilícito, que tiene como sujeto activo al Estado y cuyo sujeto pasivo es un privado puesto en esa dicha por voluntad de la Ley, Se resalta además el carácter coactivo de la obligación que tiene como objetivo financiar los gastos públicos.

De las definiciones expuestas se colige que, entre las características del tributo se resalta que se trata de una obligación pecuniaria creada por el Estado, en virtud de su ius imperium, mediante norma de rango legal), que tiene una finalidad recaudatoria -distinta a la sanción por acto ilícito-, que presenta como sujeto activo al Estado y como sujeto pasivo a un contribuyente que se ubica en el supuesto de hecho normativo establecido por la norma y cuya determinación se rige por la capacidad contributiva del obligado o la prestación del servicio que se realiza a su favor.

¹⁷ En la sentencia se cita a Geraldo Ataliba (1987). Hipótesis de Incidencia Tributaria. Instituto Peruano de Derecho Tributario, p.37.

Estas características del concepto tributo son compartidas por la doctrina. Así, en palabras de Sevillano, el tributo es la obligación, ex lege, que el Estado requiere a los particulares en virtud de su poder de imperio, la cual consiste en dar una suma dineraria (o una especie valuable en moneda) con carácter definitivo, cuya finalidad esencial es permitir el financiamiento del Estado; y, cuyos hechos descritos en la hipótesis de incidencia del tributo tienen su fundamento en la capacidad contributiva del obligado (2019, p.48 y 49).

Por su lado, García Vizcaíno, manifiesta que el tributo es toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado reclama a través del ejercicio de su ius imperium, resaltando que la nota característica del tributo es su obligatoriedad. Esta característica implica que el Estado actúa investido de su poder de imperio, de modo que se prescinde de la voluntad del obligado propia de los negocios jurídicos, siendo unilateral el origen de la obligación (1999, p.41 y 42).

No es una pretensión de este Informe Jurídico agotar esta discusión ni abordar todas las aristas de las características que identifican a una obligación tributaria, sino extraer los criterios comunes compartidos por la doctrina y la jurisprudencia nacional a efectos de aplicar estos elementos al caso del Canon que es objeto de análisis en el Expediente.

2

Siendo ello así, se debe advertir que el Canon constituye una obligación que cumple con todas las características constitutivas de un tributo que han sido esbozadas por la doctrina y la jurisprudencia, dado que es una obligación coactiva en dinero exigida por el Estado que:

- Se fundamenta en una norma con rango de ley: La obligación ha sido establecida por el artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones y es desarrollada por el artículo 231 de su Reglamento, entre otras disposiciones.
- No tiene naturaleza de sanción: el supuesto de hecho que genera la obligación de pago del Canon obedece a la utilización del espectro radioeléctrico y los servicios prestados por el Estado derivados de la utilización del recurso. Por lo tanto, no se constituye como un pago que obedezca al incumplimiento de una norma; es decir, un comportamiento antijurídico que busca ser desincentivado por el ordenamiento jurídico.
- Tiene como sujeto activo al Estado Peruano, ya que el MTC es el ente designado como administración tributaria.
- Tiene un sujeto pasivo puesto en la situación de contribuyente por ley. En el caso del Canon, los sujetos pasivos son los particulares que desarrollan actividades de telecomunicaciones y requieren de la utilización del espectro radioeléctrico.
- Se origina en hechos que reflejan capacidad contributiva del contribuyente. El uso de este recurso refleja capacidad contributiva de aportar a la hacienda por parte de las empresas del sector que se benefician por la prestación de un servicio realizado por el Estado de gestión y verificación del espectro radioeléctrico asignado a su favor.
- Por último, tiene finalidad recaudatoria. El artículo 101 de la Ley de Telecomunicaciones estipula que los ingresos que recaude el MTC por concepto del Canon deben destinarse al desarrollo de las telecomunicaciones y a solventar las obligaciones derivadas de la gestión del espectro radioeléctrico y la contraídas con los organismos internacionales de telecomunicaciones.

Se debe resaltar que el cumplimiento de todas las características mencionadas resulta trascendental para poder concluir que una determinada obligación califica o no como

tributaria, ya que es factible que otras obligaciones contempladas en nuestro ordenamiento jurídico puedan compartir más de uno de los rasgos expuestos, pero carecer de otras características que determinen que tengan una naturaleza distinta a la tributaria, como explicaremos en los siguientes párrafos.

Ahora bien, de acuerdo con la clasificación tripartita del tributo adoptada por nuestro ordenamiento jurídico, el Canon se subsumiría como una tasa-derecho, dado que es una obligación pecuniaria que exige el Estado a los contribuyentes que utilizan o se aprovechan de un bien público -en este caso, del espectro radioeléctrico- y que reciben del Estado la prestación de un servicio asociado a la utilización de dicho recurso.

Por lo tanto, corresponde analizar en el siguiente acápite si el uso del espectro radioeléctrico por parte de Geo Supply califica como un tributo de la especie tasa-derecho. En dicho afán se evaluarán las características específicas del tributo tasa, así como los argumentos alegados por el MTC en el Expediente y las conclusiones expuestas por la CEB y la Sala de defensa de la Competencia del Indecopi.

4.1.3. El Canon como tasa de la especie derecho

Si bien la obligación del pago del Canon parecería calificar como una tasa tributaria, el análisis de la calificación efectuada por la CEB y la Sala de defensa de la Competencia en el Expediente carece de profundidad y contenido respecto a las características de una tasa de la especie derecho como obligación tributaria y su diferencia con otras categorías jurídicas. Lo anterior a pesar de que la discusión de la calificación jurídica del Canon corresponde a un punto controvertido, como se desprende de los argumentos alegados por las partes.

Es por ello que, para efectos del presente Informe jurídico, resulta necesario abordar con carácter exhaustivo la presunta calificación del Canon como una obligación tributaria de la especie tasa-derecho y el impacto que dicha calificación podría tener en la suma de dinero que le corresponde pagar a Geo Supply por concepto de Canon en los periodos 2008 y 2009, cuya determinación es materia de controversia en el Expediente.

El concepto de bien público en la tasa de la especie derecho:

Un primer aspecto que debe ser materia de análisis respecto a la calificación del Canon como una tasa tributaria del tipo derecho es aquel referido a la definición de la hipótesis de incidencia del tributo que contempla el aprovechamiento de bienes públicos como el supuesto de hecho que deriva en la imposición de este tipo de tasas por parte del Estado Peruano.

Como hemos mencionado, en el caso materia de evaluación en el Expediente el operador de telecomunicaciones, Geo Supply, sería el contribuyente de la tasa al haber requerido la utilización privativa del espectro radioeléctrico para concretar la prestación de los servicios móviles satelitales que ofrece en el país y cuyo otorgamiento se concretó a través de la Resolución Directoral No.534-2008-MTC/27.

Sobre el término de bien público regulado en la Norma II del Código Tributario, el profesor Ruiz de Castilla precisa que, si bien dicho término hace referencia al patrimonio público, en

el derecho constitucional moderno no se utiliza la expresión de bien público, sino más bien la de bienes de dominio público (2017, p.63 y 64).

En concordancia con lo mencionado por el profesor Ruiz de Castilla, Kresalja y Ochoa, indican que el término dominio público no debe ser comprendido como un régimen de propiedad estatal, sino que corresponde en sentido estricto a un título jurídico que reviste a la Administración Pública para regular y ejercer control sobre el aprovechamiento de los bienes colectivos con el objeto de garantizar que se cumpla el interés nacional respecto a dichos bienes (2020, p.336).

En igual sentido, el numeral 2.2 del Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales señala que son bienes públicos: “Aquellos destinados al uso público como playas, plazas, parques, infraestructura vial, vías férreas, caminos y otros, cuya administración, conservación y mantenimiento corresponde a una entidad; así como aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público (...)”.

De acuerdo con los criterios citados, en nuestra legislación se define el concepto de bienes públicos en alusión a aquellos bienes que se encuentran en dominio del Estado; esto es, los bienes sometidos al uso público o que soportan la ejecución de un servicio público. Por lo tanto, la referencia al término “bien público” en la Norma II del Código Tributario debe entenderse referida a los bienes de dominio público, entre los que se encuentra el espectro radioeléctrico como recurso natural inmaterial que conforma el patrimonio de la nación.

Así, respecto a los recursos naturales como bienes de dominio público, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico No. 29 de la sentencia recaída en el expediente No.0048-2004-PI/TC, manifestó que: “Los recursos naturales, in totum, son patrimonio de la Nación (...) En ese sentido, los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce”.

Específicamente en relación con el espectro radioeléctrico, en la sentencia recaída en el expediente No.0003-2006-PI/TC el Tribunal Constitucional afirma en el fundamento jurídico No. 04 que el espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas. En dicha medida, de acuerdo con el artículo 66 de la Constitución, la Ley del Sistema Nacional de Bienes Estatales y los principios generales de los bienes, se concluye que el espectro conforma el patrimonio de la Nación, siendo el Estado el ente soberano encargado de gestionar su aprovechamiento, planificación y control.

Como ha expresado el Tribunal Constitucional, el espectro radioeléctrico, como recurso natural de titularidad del Estado es un bien de dominio público, cuya administración, planificación y control ha sido asignado al MTC, entidad que se encarga de otorgar derechos temporales sobre las frecuencias de este recurso natural para el desarrollo de los distintos servicios de telecomunicaciones prestados en el país.

Cabe señalar que en la doctrina del Derecho Público se han desarrollado diversas teorías respecto al dominio del Estado sobre sus bienes (patrimonialista, del dominio público, dominio

eminente, funcionalista, entre otras¹⁸); sin embargo, para efectos del análisis del presente Informe basta mencionar que las posiciones que presentan mayor recepción en nuestro ordenamiento jurídico y que guardan coincidencia con nuestra normativa y los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto a los recursos naturales son aquellas tesis referidas al dominio público o eminente del Estado.

Esto último en la medida que el Estado Peruano no posee un régimen de propiedad sobre los recursos naturales, sino que, como prescribe el artículo 73 de la Constitución, los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Por consiguiente, los recursos naturales están sujetos a un régimen especial de administración por parte del Estado que ostenta facultades para conceder títulos habilitantes a terceros sobre estos recursos.

Se debe resaltar que el Estado puede conceder a los privados el aprovechamiento económico sobre los recursos naturales a través de procedimientos administrativos reglados para el otorgamiento de una concesión o licencia. Sin embargo, se encuentra vedada la cesión de los recursos naturales a través de relaciones de carácter contractual que no sean aquellas habilitadas por las normas, pues estamos frente a recursos inalienables que son de titularidad de la Nación.

En palabras de Azuaje Pirela, una de las consecuencias principales de someter determinados bienes al dominio público es que su regulación presentará excepciones teóricas y prácticas respecto al régimen ordinario de propiedad civil, siendo justificado que se impongan cargas fiscales a los sujetos que se aprovechan de estos bienes, pues existe un interés general que debe ser tutelado (2020, p.106).

En el mismo sentido, el profesor Ramón Huapaya ha afirmado que los recursos naturales conforman el dominio público del Estado y, por consiguiente, estos recursos son considerados como bienes públicos, sujetos a la soberanía del Estado en su administración y explotación (2014, p.336).

En atención a lo expuesto, corresponde concluir en este acápite que el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público respecto al cual el Estado ejerce su soberanía y ostenta facultades para su regulación y la cesión de derechos a los particulares, incluyendo la posibilidad de habilitar el aprovechamiento económico privativo de estos recursos. En esa medida, el Canon cumple con esta primera característica de la hipótesis de incidencia de la tasa-derecho.

El elemento de prestación de un servicio estatal en la tasa-derecho:

Como ha sido precisado previamente, la tasa como tributo vinculado tiene como sustento de su hecho imponible que se genera por la ejecución efectiva de un servicio realizado por el Estado, el cual es individualizado y prestado a favor del contribuyente que se encuentra obligado al pago del tributo. Sin embargo, la especie derecho de las tasas tiene una redacción

¹⁸ Puede revisarse al respecto el trabajo de: Mutsios Ramsay, Milagros (2018). ¿Quién se robó mi propiedad? El tratamiento de los recursos naturales mineros a la luz de las teorías de dominio público y su aplicación en el Perú. THEMIS Revista de Derecho, (74), p.11-25.

particular, pues su origen también se determina por la utilización exclusiva de un particular de un bien de dominio público.

Si bien específicamente en la definición de esta obligación tributaria recogida en la Norma II del Código Tributario sólo se contempla que surge como consecuencia del uso o aprovechamiento de un bien público -en el presente caso, del espectro radioeléctrico-, una interpretación conjunta del género tasa, a la cual pertenece el derecho como especie, nos llevaría a concluir que también se debe evidenciar la prestación de un servicio divisible realizado por el Estado asociado a la utilización del bien público, cuyo aprovechamiento origina el pago del derecho.

Una interpretación contraria a la expuesta; esto es, sostener que el mero uso o aprovechamiento de un bien público genera el pago de una tasa-derecho, sin que exista la ejecución por parte del Estado de un servicio individualizado a favor del contribuyente relacionado con la utilización del bien público objeto de gravamen, suprimiría el contenido que le ha otorgado la doctrina y nuestra legislación al concepto de tasa como categoría tributaria, a pesar de que desde una interpretación literal podría admitirse esto último.

Así, por ejemplo, Villegas es enfático al señalar respecto a las tasas que el hecho imponible de esta obligación se compone de una actividad que el Estado ejecuta y que está vinculada con el obligado al pago. La actuación estatal vinculante es el elemento caracterizador más importante del instituto en estudio. En dicha medida, sostiene que es intrínseca a la tasa que su cobro se fundamente en la prestación de un servicio concreto y específico a favor del contribuyente (2002, p.174).

En la doctrina jurídica también se resalta esta característica del tributo tasa que tiene su origen en la clasificación de tributos vinculados y no vinculados desarrollada por el jurista brasileño Gerardo Ataliba, la cual ha sido de gran recepción en Latinoamérica. Incluso, esta clasificación fue incorporada como parte de la definición adoptada por el consejo de tributaristas encargados de redactar el Modelo de Código Tributario para América Latina (OEA-BID) de 1967¹⁹.

En sede nacional, el profesor Ruiz de Castilla menciona que el servicio público al que hace referencia la tasa conlleva necesariamente la realización de actividades efectuadas por el Estado. En otras palabras, la actividad estatal debe estar relacionada con el desarrollo de prestaciones de hacer (2017, p.57).

Por su parte, Bravo Cucci manifiesta que desde una perspectiva dinámica -entendiendo al tributo como fenómeno normativo- se considera como tasa a la obligación tributaria cuyo aspecto material mantiene vinculación directa con una actividad estatal consistente en la prestación efectiva de un servicio público individualizado en el obligado. Este pago debe ponderarse en atención al principio de capacidad contributiva, a pesar de que el principio rector de las tasas sea el de la provocación del costo del servicio (2015, p.75).

En tal orden de ideas, sin perjuicio de que cierto sector de la doctrina nacional considera que no resulta necesario acreditar la realización efectiva de un servicio individualizado prestado

¹⁹ OEA-BID. (1967). Modelo de código tributario. Unión Panamericana. Programa Conjunto de Tributación.

por el Estado en el caso del derecho que surge como obligación a raíz de la utilización privativa de un bien de dominio público²⁰, dado que pertenece al género de las tasas, somos de la opinión de que se deben cumplir también las características de este tributo en el caso de los derechos; entre estas, la acreditación de un servicio realizado por el Estado para permitir el aprovechamiento económico del bien de dominio público.

En el caso materia de evaluación en el Expediente, la Sala de defensa de la Competencia del Indecopi identifica de forma acertada, desde nuestra postura, en los fundamentos jurídicos No. 50, 51 y 52 de su Resolución el alcance de los servicios individualizados prestados por el Estado derivados de la utilización del espectro radioeléctrico por parte de las empresas del sector telecomunicaciones.

Así, en los fundamentos de su resolución, la Sala de defensa de la Competencia detalla las funciones encargadas al MTC por la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, en cuyas disposiciones se delega expresamente las funciones del MTC referidas a la supervisión, gestión y verificación de la infraestructura de telecomunicaciones, subrayando con especial énfasis la labor de organizar el sistema de control e investigación del espectro radioeléctrico. Estos servicios se despliegan de forma específica a favor de las empresas de telecomunicaciones, en coincidencia con las frecuencias del espectro que se les ha asignado.

Por ejemplo, en los artículos 222 y 223 Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones se estipula lo siguiente:

“Artículo 222.- El Ministerio debe velar por el correcto funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones que utilizan el espectro radioeléctrico y por la utilización racional de éste.

Artículo 223.- Mecanismos para garantizar la utilización racional del espectro radioeléctrico Para el cumplimiento de lo establecido en el artículo anterior, el Ministerio deberá:

1. Efectuar la comprobación técnica de las emisiones radioeléctricas, identificar y localizar las interferencias perjudiciales y demás perturbaciones a los sistemas y servicios de telecomunicaciones.

2. Detectar a las personas que presten servicios de telecomunicaciones en condiciones técnicas distintas a las establecidas por el Ministerio o, sin la correspondiente concesión, autorización, permiso o licencia”. (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 87 del Reglamento de la Organización y Funciones del MTC, agrega lo siguiente:

“La Dirección General de Control y Supervisión de Comunicaciones tiene las funciones específicas siguientes:

a) Controlar el uso del espectro radioeléctrico.

b) Ejercer las facultades inspectoras y supervisar el cumplimiento de las condiciones técnicas establecidas en los contratos de concesión y autorizaciones para la prestación de servicios de comunicaciones. (...)

i) Organizar y supervisar la gestión del Sistema Nacional de Gestión y Control del Espectro Radioeléctrico”. (El subrayado es nuestro).

En atención a la normativa citada, en los fundamentos jurídicos Nos. 53 y 54 de la Resolución No. 1236-2011/SC1-INDECOPI, la Sala concluye que el uso del espectro radioeléctrico por las empresas operadoras de telecomunicaciones genera que el MTC ejecute distintas actividades individualizadas en estos contribuyentes que utilizan el espectro radioeléctrico.

²⁰ Por ejemplo, un defensor de esta posición en nuestro país es el profesor Hernández Berenguel.

Estas actividades comprenden una gama de prestaciones que abarcan desde la atribución de las bandas de frecuencia hasta el monitoreo y verificación de las posibles interferencias que podrían perjudicar la conexión de los servicios de telecomunicaciones. A efectos de cumplir con estas funciones, el MTC debe designar personal en las zonas de monitoreo y control que utilice diversos equipos de medición, sistemas informáticos y realice otras acciones de control requeridas.

En concordancia con lo expuesto por la Sala de defensa de la Competencia del Indecopi, consideramos que en el caso del Canon objeto de evaluación sí se acredita la ejecución de un servicio individualizado de parte del Estado. Como hemos mencionado, la utilización de Geo Supply del espectro radioeléctrico que requiere para el desarrollo de sus operaciones conlleva la prestación de actividades específicas de monitoreo, control y protección de la frecuencia del espectro radioeléctrico asignada, por lo que se acredita la existencia de servicios divisibles que son prestados en beneficio del contribuyente.

Por consiguiente, se debe resaltar que el cobro que se efectúa por concepto de Canon a Geo Supply sí cumple con esta característica derivada de la definición general del género de tasa regulada en la Norma II del Código Tributario. Por lo tanto, contrariamente a lo que ha alegado el MTC en el Expediente, se debe afirmar que en el caso del Canon sí se acredita la ejecución de un servicio asociado a la utilización privativa del espectro radioeléctrico de parte del contribuyente

Habiendo expuesto que el Canon cumple con las características generales del tributo del tipo tasa-derecho, se debe señalar que tradicionalmente se suele confundir las tasas tributarias con los precios públicos (obligaciones de carácter contractual), ya que ambas figuras jurídicas se relacionan con la obligación de pago de una suma de dinero exigida por el Estado por la prestación de un servicio.

Es por ello que resulta pertinente exponer en los siguientes párrafos los elementos que diferencian a las tasas tributarias de los precios públicos, considerando la definición de tributo que hemos desarrollado en el presente Informe Jurídico y la aplicación de los criterios de distinción para el caso del Canon objeto de evaluación.

4.1.4. Aplicación en el caso del Canon de los criterios de distinción entre las tasas y los precios públicos

En el presente caso, a través de los argumentos expuestos en las dos instancias de la controversia objeto de análisis en el Expediente, el MTC sostuvo que el Canon no era una obligación de naturaleza tributaria, sino que se constituía como una contraprestación de naturaleza administrativa, cuyo cobro era exigido por el Estado por la utilización de un particular de un recurso originario que forma parte de su patrimonio. En tal sentido, según el MTC, el Canon era un precio público de carácter contractual.

Lo anterior nos lleva a dilucidar la cuestión controvertida de mayor importancia en el Expediente: analizar si efectivamente el Canon califica como una tasa tributaria de la especie derecho, al constituir el cobro de una suma de dinero por el uso o aprovechamiento de un

bien público o si, por el contrario, se trata de un precio público requerido como contraprestación por la utilización privada de un recurso de titularidad estatal.

En la doctrina jurídica diversos autores han expuesto criterios y posiciones respecto a las características que permiten diferenciar entre las obligaciones consideradas como tasas tributarias y aquellas calificadas como precios públicos. Entre estos elementos de análisis, destacan aquellos que subrayan el tipo de actividad estatal prestada, la voluntariedad en el acceso al servicio, el tipo de interés o beneficio que persigue la actividad pública, entre otros criterios de análisis.

En palabras de Ferreiro Lapatza, la tasa y el precio público son dos técnicas que el legislador utiliza para financiar un servicio público, atendiendo a los fines que persigue y a las especiales características de la actividad desplegada por el Estado (1991, p.92).

Sin embargo, la discusión en torno a estos criterios y su aplicación en cada caso no es pacífica en la doctrina jurídica. Por ejemplo, Villegas ha manifestado que la tasa es indudablemente el tributo más cercano a los ingresos de derecho privado denominados precios, y que la distinción entre uno y otro concepto es uno de los más intrincados problemas del derecho tributario. Destaca que la distinción no obedece a un mero ejercicio teórico, sino que presenta una gran relevancia práctica, por ejemplo, para resolver las vías de ejecución de la obligación, la aplicación de los principios tributarios, la competencia de los órganos que resolverán las controversias, entre otros. (2002, p.185)".

Si bien no existe un consenso sobre los elementos que determinan la diferencia entre una obligación que califica como una tasa tributaria o un precio público, a continuación, se presentarán de forma resumida algunos de los elementos diferenciadores que se han esbozado en la doctrina y las principales tesis que se exponen con la finalidad de verificar el cumplimiento de estos criterios en el caso del Canon y poder concluir el carácter de esta obligación que es materia de controversia en el Expediente.

La tasa es una obligación que tiene su origen en una Ley (obligación ex lege):

Un criterio fundamental para distinguir entre el precio público y la tasa aceptado ampliamente por la doctrina jurídica radica en evaluar la fuente de la obligación jurídica. Así, diversos autores señalan que la tasa es un tributo y, en consecuencia, la delimitación del hecho imponible de esta obligación se determina por una norma con rango de ley.

Por el contrario, el precio público es una obligación que tiene su origen en una relación de naturaleza contractual. A pesar de que el Estado es parte de dicha relación jurídica, el Estado actúa en igualdad de condiciones con el privado y define una contraprestación por un servicio que ha sido consentido por el particular.

Resulta importante mencionar que en nuestro ordenamiento jurídico la Norma II del Código Tributario atiende este criterio diferenciador, al establecer de forma expresa que no es tasa el pago que se recibe por un servicio de origen contractual.

En el presente caso, precisamente un argumento que sostuvo el MTC en el Expediente consistió en afirmar que el Canon tiene origen contractual, al efectuarse la prestación del

servicio móvil por satélite realizada por Geo Supply en el marco de un contrato de concesión de servicios de telecomunicaciones suscrito con el MTC, en el cual se hace referencia a la obligación del pago del Canon como parte de las obligaciones del concesionario. Asimismo, se señala que el incumplimiento reiterativo de dicha obligación constituía una causal de resolución del contrato.

Desde nuestra posición, el argumento esgrimido por el MTC referido a que el Canon tiene origen contractual es un argumento incorrecto, ya que, como se ha mencionado previamente, el pago del Canon es una obligación a cargo los concesionarios que utilizan el espectro radioeléctrico que tiene como origen una norma de rango legal: la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento.

El hecho de que el contrato de concesión suscrito por Geo Supply haga referencia al pago de esta obligación, así como a las consecuencias de su incumplimiento no enerva que la norma que determina la obligación de pago del Canon sea la Ley de Telecomunicaciones. En atención a ello, se debe advertir que la obligación de pago del Canon es impuesta por ley; mientras que, la sanción establecida en el contrato de concesión solo se aplica en referencia a esta obligación legal.

Asimismo, no es óbice que parte de los aspectos que componen el hecho imponible de una obligación tributaria sean desarrollados mediante una norma reglamentaria -como ocurre con el Reglamento la Ley de Telecomunicaciones en el presente caso-, toda vez que esto es admitido por nuestro ordenamiento jurídico, siempre que la hipótesis de incidencia tributaria se encuentre regulada por Ley y la remisión del desarrollo se su estructura se encuentre debidamente limitada por esta última²¹.

En el caso del Canon materia de evaluación en el Expediente, el hecho imponible que origina la obligación de pago del Canon, el acreedor tributario (el MTC), el sujeto obligado (quién utilice el espectro radioeléctrico y reciba los servicios asociados) están definidos por el artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 231 del Reglamento de esta norma.

En dicha medida, el contrato de concesión celebrado por Geo Supply solo determina una consecuencia asociada con el incumplimiento de pago del Canon y se remite a la obligación establecida por la normativa del sector.

Lo anterior tiene mayor respaldo si se considera que las modificaciones respecto al cálculo y determinación del Canon que establece el Estado son aplicables de forma directa a las empresas operadoras de telecomunicaciones a través de modificaciones legislativas, sin que se acuerde una modificación contractual. Precisamente, en el Expediente se aborda una modificación a la metodología de cálculo del Canon del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que se ejecutó mediante una norma legal: el Decreto Supremo No. 052-2010-MTC²².

²¹ De conformidad con lo expuesto por el Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos Nos. 07 y 11 de la sentencia recaída en el expediente No.3303-2003-AA referida al alcance del principio de reserva de ley en materia tributaria.

²² Otros ejemplos más recientes son las modificaciones a la fórmula de cálculo del Canon para el caso de los servicios públicos móviles de telecomunicaciones realizadas por los Decretos Supremos Nos.003-2018-MTC y 004-2021-MTC.

En virtud de lo expuesto, corresponde concluir que el argumento esgrimido por el MTC es inexacto, pues, como se ha dejado en evidencia, la obligación de pago de la suma de dinero por concepto de Canon no tiene origen en una relación de carácter contractual, sino que tiene su origen en una norma con rango de Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, si bien el Canon cumple con esta característica asociada al origen de las tasas como obligaciones derivadas de una fuente normativa, corresponde evaluar si se cumplen con los otros criterios de distinción compartidos por la doctrina.

La tasa, a diferencia del precio público, no tiene carácter voluntario:

Otro criterio que ha sido desarrollado por la doctrina para distinguir las tasas de los precios públicos es aquel referido a la voluntariedad en el nacimiento de la obligación. Si bien este criterio se encuentra relacionado con el anterior, es de señalar que la jurisprudencia destaca a la coactividad como un elemento sustancial de la tasa, a diferencia del precio público, cuyo surgimiento refleja voluntariedad por parte del particular que recibe el servicio.

En ese orden de ideas, Giuliani Fonrouge subraya con especial énfasis el carácter obligatorio de la tasa y resalta que es contraria a la naturaleza de esta obligación calificarla como voluntaria o facultativa, pues tiene su origen siempre en un acto de coerción hacia el responsable. Así, el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del privado con la finalidad de que no pueda negarse a su pago, a pesar de que el ciudadano no utilice el servicio, dado que los servicios persiguen cumplir un interés general colectivo a través de la compulsión hacia los contribuyentes (1987, p.319 y 320).

La posición de este autor refleja una idea importante, pues dota de contenido la coactividad asociada al pago de una tasa tributaria y su finalidad lógica. Así pues, la compulsión al responsable del pago de una tasa tiene sustento en que el Estado pone a disposición de los particulares determinados servicios con el objeto de garantizar el financiamiento y el cumplimiento del interés público que se persigue con la ejecución efectiva del servicio puesto a disposición.

A título ilustrativo, en el Perú el servicio de limpieza y recojo de basura prestado por las municipalidades (Gobiernos Locales) se financia a través de las tasas tributarias denominadas arbitrios. La recepción de este servicio es obligatoria, ya que el Gobierno tiene como objetivo asegurar el cumplimiento del interés público de mantener el ornato y la limpieza de la ciudad, lo cual no se condiciona a que el contribuyente receptor del servicio tenga o no disposición de recibirlo, sea porque no reside en su vivienda, porque mantiene un sistema privado de reciclaje o por cualquier otro motivo²³.

En referencia a este ejemplo, Vidal, Vidal y Mur señalan que: “El contribuyente que por sus propios medios limpia su vereda y se deshace de la basura que produce, no utilizando para ello los servicios de limpieza y recojo de basura que suministra el Estado a través del municipio respectivo, no podría eximirse del pago de la tasa o arbitrio de limpieza y baja

²³ Cabe señalar que este ejemplo también es utilizado por el Modelo de Código Tributario del CIAT (2015) en los comentarios del artículo 4 referido a las tasas.

policía, ya que en cualquier momento puede utilizar tales servicios que, en su caso, se mantienen como potenciales (1991, p.57 y 58)”.

Siendo ello así, tiene sustento jurídico y económico que el financiamiento para la prestación de determinados servicios sea establecido por una tasa tributaria, dado que, el Estado, con la finalidad de procurar la satisfacción del interés colectivo de la sociedad, debe organizar la prestación obligatoria de determinados servicios, los cuales se ponen a disposición de los particulares, con independencia de su voluntad para recibir y financiar dichos servicios.

Ahora bien, es importante ser enfáticos en que se debe acreditar el cumplimiento concurrente de todas las características que hemos esbozado previamente para poder concluir que efectivamente estamos ante una obligación tributaria. Como afirma con acierto Sevillano, en cita a Ferreiro Lapatza, la identificación del tributo no puede reposar únicamente en la coactividad del Estado, ya que este es un rasgo común que comparten las normas del ordenamiento jurídico que establecen obligaciones (2019, p.35).

Por ejemplo, si bien la póliza del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (“SOAT”) corresponde a un pago obligatorio²⁴ que deben efectuar todos los particulares que tienen un vehículo motorizado que circule por el territorio nacional, no se podría afirmar que esta obligación califica como un tributo, pues no se realiza a favor de ninguna entidad del Estado como acreedor de la obligación, sino que se efectúa a favor de las aseguradoras privadas.

Asimismo, este pago no tiene finalidad recaudatoria, sino que se constituye con la finalidad social de cubrir los eventuales daños derivados de un accidente de tránsito.

En el caso evaluado en el Expediente resulta clara la coactividad del pago de Canon por la prestación de los servicios del MTC vinculados con la utilización del espectro radioeléctrico, ya que la obligación de pago del Canon surge de una norma con rango de Ley, como se ha explicado previamente.

No obstante, en la doctrina jurídica se discute respecto a las características y el alcance de la coactividad que determina la diferencia entre una tasa y un precio público, sobre todo en los casos en los que la obligación surge de directivas u otras normas infralegales.

Desde una posición, se señala que la coactividad en las tasas tiene sustento en la ausencia de la autonomía de la voluntad para obligarse de manera espontánea a asumir el pago de una obligación. De acuerdo con García Novoa, solo califica como coactiva aquella actividad cuya recepción sea obligatoria en términos jurídicos; es decir, que exista una disposición normativa que obligue al Estado a prestarla y al individuo a recibirla. Este elemento resulta fundamental para calificar como tasa tributaria a la obligación por un servicio prestado por el Estado a favor de un ciudadano (2009, p.157).

Sin embargo, otros autores consideran que el hecho de que la libertad de negociar se encuentre restringida no es un obstáculo para considerar que existe un acuerdo de voluntades entre el particular y el Estado que se evidencia en el requerimiento del servicio y el pago de

²⁴ De conformidad con lo establecido por el artículo 30 de la Ley No. 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

este, a pesar de que el usuario se encuentre en una relación obligatoria con el proveedor del servicio; es decir, pese a que el servicio se preste bajo un régimen de monopolio.

Por ejemplo, Valdés Costa manifiesta sobre los precios públicos que el hecho de que en algunos supuestos los servicios prestados por el Estado o sus entidades se realicen bajo un régimen de Monopolio, no enerva que se trate de un servicio de recepción voluntaria por los particulares que lo solicitan, pues el monopolio es un fenómeno que también ocurre con los agentes privados del mercado y los consumidores de determinadas industrias en las cuales no existe más de un ofertante. En dichos casos no se cuestiona el consentimiento que da origen a la relación jurídica, ni tampoco la consecuente obligación retributiva aceptada libremente por los particulares (1996, p.19).

En igual sentido, Dino Jarach considera que las tasas y los precios públicos solo se distinguen por el grado de coactividad, dado que en ambos casos se evidencia coerción hacia los particulares. En el caso de los precios públicos la compulsión puede provenir de un contrato por adhesión, así como en aquellos casos en los que únicamente el Estado presta un servicio en razón a la prohibición de la concurrencia por parte de empresas privadas (1999, p.237).

En coincidencia con los argumentos de los autores citados, en la Resolución No. 16876-9-2011, el Tribunal Fiscal afirma que la tarifa de sobrevuelo exigida por la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (en adelante "Corpac") a las empresas de aviación que eran usuarias del aeropuerto calificaba como un precio público. Ello en base a la premisa de que existía una relación de carácter contractual entre las empresas de aviación y el Estado Peruano para requerir el pago de esta obligación.

En específico, el Tribunal Fiscal indica que: *"Se prevé normativamente una serie de requisitos técnicos y estándares que deben ser cumplidos por las empresas para poder operar, siendo que uno de ellos -el uso de los servicios de aeronavegación- es prestado en forma exclusiva por el Estado. (...) Si bien normativamente se dispone que las empresas cumplan con determinados requisitos para poder operar en cielos peruanos, **la realización efectiva de uno de ellos -la comunicación permanente entre torres y aeronaves- es llevado a cabo mediante una relación contractual** (...)"*. (El énfasis es nuestro).

De acuerdo al criterio del Tribunal Fiscal, pese a que el Estado tenía el monopolio del servicio y que los particulares no tenían poder de negociación, pues la obligación tenía como origen las condiciones impuestas por Corpac a través de las directivas aprobadas por Resoluciones Ministeriales del MTC, estas condiciones eran aceptadas libremente por las empresas de aviación de forma similar a lo que ocurre en los contratos por adhesión de carácter civil. En esa línea, si bien los particulares no tenían libertad para modificar las disposiciones contractuales, si tenían libertad para celebrar el negocio jurídico.

En el caso materia de evaluación en el Expediente la titularidad del uso del espectro radioeléctrico se encuentra bajo el dominio del Estado y la gestión de dicho recurso es realizada por el MTC. Como hemos indicado, la asignación y el otorgamiento de derechos sobre el espectro radioeléctrico a favor de los particulares -en el presente caso, a Geo Supply- conlleva la prestación de servicios de inspección y monitoreo a aquellas empresas a las cuales se les asigna el recurso natural, servicios que son prestados de forma exclusiva por el MTC y que dan lugar al pago del Canon.

Sin embargo, a pesar de que el pago por concepto de Canon sea obligatorio y que la prestación del servicio sea realizada en un régimen de monopolio, de conformidad con el criterio desarrollado por el Tribunal Fiscal en su Resolución No.16876-9-2011, podría considerarse que existe una relación contractual similar a la de un contrato por adhesión que reflejaría una aceptación -implícita- del pago del Canon que es asumido por las empresas de telecomunicaciones que se aprovechan del espectro radioeléctrico en el Perú.

Respecto a esta controversia, el Tribunal Constitucional de España ha profundizado con mayor detalle respecto a los alcances y fundamentos del carácter coactivo de los servicios prestados por el Estado, en referencia a la diferencia entre los precios públicos y las tasas.

Así, en la Sentencia No. 185/1995 el Tribunal Español señala lo siguiente:

“Deben considerarse coactivamente impuestos las prestaciones pecuniarias que derivan de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho (...) aunque los servicios o las actividades no sean obligatorias, ni imprescindibles, lo cierto es que si sólo son los entes públicos quienes los prestan, los particulares se ven obligados a optar entre no recibirlos o constituir necesariamente la obligación de pago de la prestación. La libertad de contratar o no contratar, la posibilidad de abstenerse de utilizar el bien, el servicio o la actividad no es a estos efectos una libertad real y efectiva”. (El énfasis es nuestro).

Así, el Tribunal Español destaca que la voluntariedad de acceso a un servicio no puede evaluarse de forma aparente, sino que debe corresponder a una libertad real y efectiva para acceder al servicio, lo cual implica, desde nuestra posición, que dicho servicio sea susceptible de ser prestado por agentes privados y que sea una contraprestación de libre concurrencia en el mercado; es decir, que su prestación no haya sido atribuida de forma exclusiva al Estado por razones de hecho o derecho

En concordancia con dicho razonamiento, la Sentencia No. 185/1995 del TC de España agrega que los bienes de dominio público son de titularidad del Estado y su aprovechamiento exclusivo por parte de un particular en cualquier nivel de organización se rige por la obtención previa de una autorización o concesión administrativa. En tal sentido, para que un privado logre ejecutar cualquier actividad económica sobre los bienes del Estado debe contar obligatoriamente con una habilitación pública, siendo la única opción posible para eludir esta obligación la abstención de la ejecución de la actividad. Sin embargo, a criterio del Tribunal, la abstención no representa la libre voluntariedad para la solicitud de un servicio.

Como se colige de lo anterior, de acuerdo el Tribunal Constitucional de España, si estamos ante una prestación efectuada por el Estado asociada con la utilización de recursos públicos que es realizada en régimen de monopolio no podemos concluir que existe un servicio adquirido por libre voluntad del particular, sino ante una contribución exigida de manera obligatoria y que, por tanto, debe quedar sometida a la reserva de ley aplicable a las obligaciones tributarias.

En dicha medida, consideramos que el razonamiento de la Resolución No.16876-9-2011 respecto a la presunta voluntariedad del pago de la tarifa de sobrevuelo no es acertado, ya

que la tarifa de sobrevuelo exigida a las empresas de aviación comercial usuarias del aeropuerto sí presentaba el rasgo de coactividad de un tributo, en tanto se trataba de un servicio prestado en régimen de monopolio por una empresa pública.

Sin embargo, como hemos mencionado previamente, se debe verificar el cumplimiento concurrente de todas las características que son propias de los tributos para determinar la naturaleza tributaria de una obligación. Esto último no ocurría en el caso de la tarifa de sobrevuelo cobrada por Corpac porque, si bien se trataba de un pago obligatorio, se debe notar que el servicio era prestado por una empresa pública respecto a servicios que no eran inherentes a las funciones del Estado, como se explicará en el siguiente acápite. Por ende, no se cumplía con esta característica propia de una obligación tributaria.

Como síntesis del presente punto, se debe advertir que, en el caso objeto de evaluación, la obligación de pago del Canon que debe pagar Geo Supply, también cumple con el rasgo de la coactividad asociada por la doctrina jurídica como una característica de las tasas tributarias, las cuales, a diferencia de los precios públicos, no surgen de las relaciones voluntarias y espontáneas de los particulares con el Estado.

A continuación, proseguiremos con el análisis en el caso concreto de Geo Supply de otro criterio de distinción entre los precios públicos y los tributos del tipo tasa.

La naturaleza del servicio prestado por el Estado es diferente:

Otro de los criterios fundamentales que resalta la doctrina jurídica para distinguir entre los precios públicos y las tasas consiste en evaluar la naturaleza del servicio que es prestado por el Estado. Así, de acuerdo con este criterio, se deben calificar como tasas tributarias los realizados por servicios individualizados inherentes a la soberanía estatal; mientras que, aquellos servicios que presta el Estado por razones de conveniencia u oportunidad comercial deberían ser financiados a través de precios públicos.

Por ejemplo, este criterio es recogido por el artículo 14 del Modelo de Código Tributario para América Latina de 1967 realizado por la OEA y el BID en el cual se estipula que la diferencia entre las tasas y precios públicos se establece en función a la naturaleza del servicio. En dicho artículo se subraya que los servicios inherentes al Estado responden al principio de gratuidad y su prestación se grava mediante norma legal; de otro lado, los servicios no inherentes al Estado, generalmente servicios económicos responden al principio de onerosidad.

En referencia a la aplicación de este criterio por parte de Valdés Costa, Vidal, Vidal y Mur, afirman que el autor mencionado distingue dos tipos de servicios que presta el Estado: (1) servicios que son en esencia de naturaleza jurídica administrativa que son inherentes al Estado y que no son pasibles de ser prestados por los privados, ya sea por mandato normativo o porque no serían útiles si lo prestaran los agentes del mercado (funcionalidad), así como (2) otros servicios que son aquellos que el Estado presta, de forma complementaria a la oferta privada, por razones de oportunidad y conveniencia, ya sea mediante un régimen de monopolio o de libre competencia (1991, p.59).

De acuerdo a este criterio, resulta trascendental para distinguir entre una tasa y un precio público analizar cuál es la naturaleza del servicio que realiza el Estado. Se deberá evaluar si estamos ante un servicio que, por razones de utilidad o por mandato legal o constitucional no podría ser prestado por los agentes privados, al constituir un servicio vinculado intrínsecamente al rol del Estado o si, por el contrario, se trata de un servicio que presta el Estado por razones de conveniencia económica.

Así, en referencia a este criterio, los autores citados previamente (Vidal, Vidal y Mur) señalan que la actividad prestacional del Estado desarrollada mediante empresas públicas, generalmente, es retribuida por un precio público, dado que corresponde a una actividad que realiza el Estado por razones de conveniencia económica, por lo que la naturaleza de la relación con los particulares obedece en mayor medida a una relación de cambio.

Nótese que la evaluación de este criterio debe ser realizada de forma particular, en atención al ordenamiento jurídico y la organización política vigente en cada Estado, ya que el cambio de las corrientes ideológicas y las doctrinas políticas que informan al Gobierno de cada Estado genera que determinadas funciones y su alcance pueda ser distinto. Por ejemplo, en los últimos años, en el Perú se produjo un cambio importante del rol del Estado desde la Constitución Política de 1993, siendo la actividad empresarial del Estado relegado a un rol subsidiario como establece el artículo 60 de la Constitución²⁵.

Es importante mencionar que, a nivel nacional, la jurisprudencia del Tribunal Fiscal también ha hecho referencia a este criterio de análisis para efectuar la distinción entre servicios que son ejecutados por el Estado que dan origen a obligaciones de carácter tributario (tasas) y aquellas contraprestaciones de naturaleza administrativa (precios públicos).

Por ejemplo, en el caso de la naturaleza del peaje cobrado por la Municipalidad Metropolitana de Lima a través de la Empresa Municipal EMAPE S.A. que fue objeto de controversia en la Resolución No.5201-5-2004 del Tribunal Fiscal. En este supuesto, el Tribunal afirmó que el peaje no calificaba como una tasa, sino como un precio público, tomando en cuenta en su conclusión el argumento referido a que el servicio prestado por EMAPE S.A. no era inherente a las actividades del Estado.

De forma expresa, en la citada resolución el Tribunal Fiscal afirma que: *“Tal como se aprecia, una de las diferencias entre precio público y tasa se encuentra en la naturaleza del servicio estatal, es decir serán tasas en tanto los servicios sean inherentes a la soberanía del Estado, lo cual implica que tales servicios no podrían ser prestados por particulares, situación que no ocurre en el caso del peaje”*.

Así, el Tribunal Fiscal considera que el cobro de peajes no se encuentra asociado a una actividad inherente al Estado, partiendo de la premisa de que la administración de carreteras es una función que es susceptible de ser realizada por empresas privadas, empresas concesionarias, las cuales se pueden encargar de gestionar la infraestructura vial y desarrollan un negocio a través del cobro de los peajes por la construcción y mantenimiento de las vías de transporte.

²⁵ En dicho artículo se regula que el Estado únicamente puede realizar actividad empresarial si se le autoriza por Ley expresa y se justifica el interés público de su actividad.

De igual forma, en la Resolución No.16876-9-2011 del Tribunal Fiscal -citada previamente- en la que se evalúa la naturaleza jurídica de la tarifa de sobrevuelo exigida por Corpac, el Tribunal expresó que el servicio de sobrevuelo se define como las comunicaciones que se realizan desde una torre de control a las naves que cruzan por el territorio peruano en ruta a su destino, sin aterrizar en el Perú. Este servicio es ejecutado por el Estado de forma exclusiva por razones de oportunidad y conveniencia y Corpac tiene libertad para determinar el monto de la tarifa, siempre que supere sus costos operativos y genere una rentabilidad.

En ese sentido, el Tribunal Fiscal determina que la tarifa de sobrevuelo califica como un precio público, considerando además del presunto origen contractual de la obligación, que el servicio que cobra Corpac a través de la obligación denominada como tarifa de sobrevuelo había sido asumido por el Estado por razones de oportunidad y conveniencia.

En otras palabras, de acuerdo con la posición del Tribunal, se trataba de un servicio que es posible de ser prestado por agentes privados, pero que era ejecutado por el Estado a través de una empresa pública por decisiones de oportunidad adoptadas por el Gobierno. En consecuencia, el servicio prestado no se encontraba vinculado a funciones inherentes del Estado que no podrían ser transferidas a los particulares como caracteriza a las tasas.

Si bien el Tribunal Fiscal resalta el rol del Estado como regulador y defensor de los derechos de los consumidores para garantizar la seguridad de los usuarios y las empresas comerciales que transitan por el cielo peruano, también manifiesta, según su criterio, que los servicios estaban vinculados en mayor grado a la demanda del negocio de las empresas de aviación comercial que a la seguridad en la aeronavegación, lo cual se reflejaba en que se haya establecido que el servicio sea prestado por un vehículo empresarial del Estado.

Otro caso en el que se expone un criterio similar es en la Resolución No.13789-1978 del Tribunal Fiscal en la cual se analiza la naturaleza de las tarifas por los servicios de tráfico y rampa que eran cobrados por Corpac. El Tribunal Fiscal contempla entre sus fundamentos la evaluación de la naturaleza del servicio estatal y concluye que los servicios prestados por Corpac no eran inherentes a la soberanía estatal, toda vez que se trataba de servicios que han estado a cargo de particulares nacionales o extranjeros, siendo asumidos por el Estado por razones de conveniencia.

En dicha medida, el Tribunal Fiscal consideró que las tarifas cobradas por Corpac por estos servicios no calificaban como tasas tributarias, partiendo de la premisa de que los servicios prestados por esta entidad no correspondían a servicios vinculados con una función intrínseca del Estado, máxime en atención a que dichos servicios habían estado a cargo de empresas privadas nacionales y extranjeras de forma previa a su asunción por parte de Corpac.

Ahora bien, en el caso desarrollado en el Expediente se evalúa la naturaleza de la obligación de pago del Canon, cobro que se efectúa por el aprovechamiento del espectro radioeléctrico y la prestación de los servicios de comprobación técnica, inspección y monitoreo que realiza el MTC a favor de las empresas de servicios de telecomunicaciones a las cuales se les ha asignado este recurso natural.

Como se ha explicado previamente, si el Estado no efectuará estas actividades de control a favor de las empresas de telecomunicaciones titulares de frecuencias del espectro

radioeléctrico, no se podría garantizar la ejecución adecuada de los servicios de telecomunicaciones que desarrollan estas empresas, sin interferencias entre las señales de comunicación, perturbaciones o superposiciones entre las bandas de frecuencia

Se debe apreciar que el pago del Canon como obligación tiene su origen en los servicios que realiza el Estado por la gestión del dominio público. En específico, los servicios vinculados con la asignación, monitoreo e inspección del espectro radioeléctrico. En ese orden de ideas, consideramos en el presente Informe que la naturaleza del servicio que origina el pago del Canon se encuentra intrínsecamente vinculada al rol del Estado e incluso corresponde a una actividad que debe realizar el Estado por mandato constitucional.

Esta interpretación se encuentra alineada con lo dispuesto por el artículo 66 de la Constitución Política del Perú en el que se establece que los recursos naturales son patrimonio de la Nación y que el Estado Peruano actúa como soberano de su aprovechamiento, sin perjuicio de que puede otorgarse la utilización del recurso a sujetos particulares a través de la concesión administrativa siempre que se cumplan con las condiciones legales.

Se colige de lo anterior que los recursos naturales, como el espectro radioeléctrico, son de titularidad del Estado, quien es soberano en su aprovechamiento. Por ende, los servicios de inspección y monitoreo asociados con la asignación y utilización de este recurso natural solo podrían ser prestados por el Estado y financiados mediante una tasa, ya que corresponden a una función inherente al Estado por su soberanía sobre estos recursos naturales.

Se desprende de la norma constitucional que no sería posible que la asignación del espectro radioeléctrico y los servicios vinculados a este recurso natural sean prestados por sujetos privados, dado que los servicios vinculados al pago del Canon corresponden al control y la verificación de la correcta asignación de un recurso público, actividad que debe ser efectuada inexorablemente por el Estado Peruano.

Nótese que las actividades de policía vinculadas al control e inspección del espectro radioeléctrico inherentes a la función del Estado corresponden a una función complementaria y vinculada a la potestad del Estado para otorgar la explotación a los particulares del mencionado recurso natural a través de contratos de concesión o autorizaciones administrativas.

La naturaleza inherentemente estatal de la gestión del dominio público también es confirmada por los comentarios expuestos sobre la tasa como tributo en el Modelo de Código Tributario propuesto por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, en cuyo artículo cuatro se menciona que cuando lo que origina el pago de una prestación es el aprovechamiento de un bien público, entendido como un bien de uso y dominio público, este constituye una tasa tributaria y no un precio público (2015, p.38).

Desde nuestra posición, los servicios asociados con la inspección y el monitoreo del espectro radioeléctrico que son retribuidos a través del Canon obedecen a prestaciones por un servicio que es inherente al Estado y, por lo tanto, el Canon que debe pagar Geo Supply también cumple con este criterio desarrollado por la doctrina jurídica para distinguir las tasas de los precios públicos; es decir, la evaluación del tipo de servicio que es prestado por el Estado.

A la luz de los criterios de análisis de la doctrina jurídica para determinar la diferencia entre las tasas y los precios públicos, podemos concluir, de manera general, que en el caso del Canon estaríamos frente a un tributo. En específico, ante una tasa-derecho, en tanto se trata del cobro de una obligación por servicios propios del Estado como la gestión y monitoreo del espectro radioeléctrico que es asignado a los particulares.

Asimismo, el Canon es compatible con la definición de tributo que hemos esbozado en el acápite previo, ya que es una obligación impuesta de forma coactiva, que tiene finalidad recaudatoria, no corresponde a una sanción por una actuación ilícita y es exigida por la prestación de un servicio inherente al Estado vinculado con el aprovechamiento exclusivo de un recurso natural asignado por el Estado. Por consiguiente, se cumplen todas las características del tributo que hemos explicado previamente.

Sin perjuicio de que consideramos que la calificación jurídica realizada en el Expediente por la CEB y por la Sala de defensa de la Competencia sobre la naturaleza jurídica del Canon es adecuada, se debe advertir que el alcance de la evaluación que se realiza en estas instancias respecto a la naturaleza jurídica del Canon y la evaluación de las características que diferencian a los precios públicos de las tasas tributarias es limitado y no brinda una resolución debidamente motivada a las partes, sobre todo considerando que la calificación del Canon como un precio público formaba parte de los argumentos alegados por el MTC.

**4.2. ¿El Canon se encuentra sujeto al régimen aplicable a los recursos naturales?
¿Las obligaciones que se exigen en el ordenamiento jurídico por el
aprovechamiento privativo de los recursos naturales son susceptibles de ser
calificadas como tributarias?**

Como hemos dejado en evidencia en los apartados previos, la obligación de pago del Canon que tiene su origen en los servicios prestados por el Estado por el uso privativo del espectro radioeléctrico cumple con todas las características para ser calificada como una obligación de naturaleza tributaria; no obstante, un último aspecto que resulta importante evaluar es aquel referido al régimen normativo del aprovechamiento de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico y su aplicación para el caso del espectro radioeléctrico.

Así, otro argumento que sostiene el MTC en el Expediente para cuestionar la calificación del Canon como tributo radica en señalar que el Canon tiene su origen en la potestad del Estado sobre los recursos naturales regulada por el artículo 66 de la Constitución y desarrollada por la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (en adelante, la “LOGRN”) y por las normas especiales de cada sector, las cuales presuntamente difieren de la potestad tributaria del Estado.

4.2.1. El Régimen establecido por la LOGRN y su aplicación en el caso del Canon

De acuerdo con la posición del MTC, el marco normativo que establece la Constitución y la LOGRN sobre los recursos naturales es excluyente a la potestad tributaria del Estado estipulada en el artículo 74 de la Constitución y, en consecuencia, el Canon no podría ser analizado bajo los parámetros de la regulación del Código Tributario en lo referido a que el goce y uso privativo de los bienes públicos genera el pago de una tasa tributaria.

Como se citó líneas arriba, el artículo 66 de la Constitución establece que los recursos naturales son patrimonio de la nación y el Estado actúa como soberano de su aprovechamiento. En concordancia con ello, a través de este Informe Jurídico se ha afirmado que el espectro radioeléctrico es un recurso natural de titularidad del Estado y, por tanto, el pago por los servicios vinculados con el uso de este recurso natural es susceptible de dar origen a una tasa de carácter tributario.

Ahora bien, sobre los recursos naturales el literal e) del artículo 3 de la LOGRN indica que: " 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: (...) el espectro radioeléctrico**". (El énfasis es nuestro).

En relación al pago que puede requerir el Estado por el uso de los recursos naturales, la LOGRN dispone en su artículo 20 lo siguiente:

"Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales. El canon por explotación de recursos naturales y los tributos se rigen por sus leyes especiales". (El énfasis es nuestro).

El artículo citado de la LOGRN establece que la retribución que corresponde pagar a los particulares por la utilización económica de los recursos naturales debe considerar factores económicos, sociales y ambientales. Asimismo, indica que esta retribución comprende cualquier concepto requerido por el Estado por la utilización del recurso natural, indicando como ejemplos cualquier contraprestación, derecho de vigencia o derecho de otorgamiento que pueda ser exigido por cada ley especial.

Acto seguido, pero en una oración distinta, se subraya que el canon y los tributos se regulan según lo dispuesto por sus normas específicas, realizando una especie de distinción de estos conceptos (canon y tributos) de aquellos correspondientes a la retribución económica exigida por el uso de los recursos naturales. No obstante, a partir de lo dispuesto por estas normas no se puede inferir de forma indubitable una exclusión de la potestad tributaria respecto a los conceptos que se exigen como retribución por el uso de los recursos naturales, principalmente por las siguientes razones.

En primer lugar, porque la misma norma establece que los conceptos que son listados como parte de la retribución económica se indican de forma enunciativa, siendo factible que a través de la regulación sectorial se incorpore cualquier otra obligación de carácter retributivo.

Así, en la norma se lista de forma enunciativa a los derechos de vigencia u otorgamiento como parte de la retribución que puede exigir el Estado. Estas obligaciones son calificadas como tributos por definición legal, por lo que sería incoherente afirmar que existe una exclusión de los tributos y las retribuciones exigidas por el uso de recursos naturales cuando el propio artículo 20 de la LOGNR contempla los derechos (tributos) como ejemplos de las obligaciones que conforman la retribución que puede exigir el Estado.

En segundo lugar, se debe advertir que la LOGNR tiene la vocación ser una Ley Marco de carácter general, cuyo objeto es uniformizar los criterios que permitan garantizar el aprovechamiento eficiente y sostenible de los recursos naturales en nuestro país, como se indica en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley No.2596/96-CR que dio origen a esta norma. Es por ello que se realiza una remisión normativa a las normas sectoriales para determinar las obligaciones que puedan exigirse como retribuciones vinculadas al uso de un recurso natural.

En dicha medida, se debe entender que, como regla general, la LOGNR dispone que los pagos que se exigen por el aprovechamiento económico de los recursos naturales, incluyendo cualquier concepto de naturaleza retributiva que deba otorgarse al Estado, así como cualquier tributo o canon, están regulados por la normativa especial que los contemple.

Este razonamiento ha sido confirmado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente No. 0048-2004-PI/TC en la cual se manifiesta que la condición para exigir a los particulares el pago de una retribución económica por la concesión de los recursos naturales, se encuentra fijada por una ley orgánica, la LOGNR. No obstante, la regulación específica de cada una de las modalidades como pueda materializarse dicha retribución corresponde ser desarrollada por leyes especiales. Ello porque los diversos modos en los que la retribución puede materializarse no podrían ser desarrollados mediante una Ley Orgánica reservada a materias exclusivas por la Constitución.

En virtud de lo expuesto, considerando el principio de especialidad invocado por el propio MTC para cuestionar la calificación del Canon como tributo, debemos recurrir a la regulación específica del Canon para evaluar la naturaleza de esta obligación. Ello en tanto el origen del Canon, sus características y las condiciones para su pago se describen en las normas específicas del sector telecomunicaciones.

Por lo tanto, a priori, no existe una relación excluyente entre los artículos 66 y 74 de la Constitución, como alega de forma errada el MTC en el Expediente. Si bien la LOGNR determina que las variables económicas, sociales y ambientales deben informar las retribuciones exigidas por la utilización de los recursos naturales, la LOGNR delega a las normas sectoriales la regulación de los diversos conceptos que pueden ser requeridos como retribución por el aprovechamiento de los recursos naturales y precisa que el canon y los tributos se rigen por sus normas especiales.

En tal sentido, se debe realizar un análisis específico de las variables que se determinan en las normas del sector telecomunicaciones para el cobro del Canon, obligación que se origina por la utilización del espectro radioeléctrico, a efectos de evaluar si se puede inferir de su regulación una conclusión distinta sobre su naturaleza jurídica.

Como se ha indicado previamente en la sección 4.1 del presente Informe Jurídico, la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento regulan la obligación de pago del Canon a cargo de los operadores de telecomunicaciones, al igual que las otras retribuciones que son exigidas

a las empresas de forma periódica en el marco del desarrollo de sus operaciones económicas en el sector telecomunicaciones²⁶.

De la revisión del marco normativo del sector no se identifica que se establezca que el pago del Canon constituya un pago con carácter contraprestativo por el uso de un recurso originario, sino que el artículo 60 de la Ley de Telecomunicaciones solo establece que el pago del Canon por el uso del espectro radioeléctrico es una obligación de las empresas operadoras de telecomunicaciones, como Geo Supply.

Por su parte, en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que regula el Canon exigido a Geo Supply, de forma previa a la modificación del Decreto Supremo No.052-2010-MTC²⁷, se describen los componentes que impactan en el cálculo del Canon, entre los cuales se contempla como factor cada MHz del espectro radioeléctrico asignado al operador, así como los enlaces y equipos activados.

Así, ni en las disposiciones de la Ley de Telecomunicaciones, ni en las del Reglamento de esta Ley se contempla alguna norma que determine alguna calificación sobre la naturaleza jurídica del Canon ni se precisa alguna reserva de aplicación de la normativa tributaria vigente sobre esta obligación que exige el Estado de manera unilateral sobre las empresas de telecomunicaciones que utilizan el espectro radioeléctrico.

Si bien en diversos artículos de la Ley de Telecomunicaciones y el Reglamento se hace referencia a la obligación del pago de los derechos, tasas y del Canon a cargo de las empresas que prestan servicios de telecomunicaciones, como señala con acierto la Sala del Indecopi en el fundamento jurídico No.152 de la Resolución contenida en el Expediente, la alusión a estos tres conceptos no implica una distinción de su naturaleza jurídica, máxime considerando que por definición legal los derechos, las tasas y el Canon pertenecen a la misma categoría de tributos.

Con la finalidad de ilustrar lo expuesto, a continuación, se presenta un cuadro resumen de las disposiciones normativas relevantes sobre el Canon en el régimen del sector telecomunicaciones, considerando las normas aplicables sobre el Canon exigido a Geo Supply (años 2008 y 2009) y aquellas vigentes en la actualidad:

Normativa aplicable al Canon	Años	
	2008	2023
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 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.		Vigente

²⁶ Como mencionamos, además del Canon, se exige a las empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones el pago de otras obligaciones como el aporte por regulación, el aporte al FITEC y la tasa por explotación comercial.

²⁷ La modificación entro en vigencia en octubre del año 2010 y no resultaba aplicable al Canon que debía pagar Geo Supply por los años 2008 y 2009.

<p>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.</p>	Vigente									
<p>Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones</p>	2008	2023								
<p>Artículo 137.- Causales de resolución del contrato</p> <p>6. Incumplimiento del pago del canon por dos (2) años calendario consecutivos, salvo que cuente con fraccionamiento vigente o se haya dejado en suspenso la exigibilidad de las obligaciones económicas conforme a lo establecido en la Ley General del Sistema Concursal.</p>	Vigente									
<p>Artículo 231.- Canon anual</p> <p>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.</p>	Vigente									
<p><i>d) Servicio móvil por satélite y servicio móvil de datos marítimo por satélite.</i></p> <table border="0" style="width: 100%;"> <tr> <td style="width: 80%;"><i>Por MHz asignado</i></td> <td style="text-align: right;"><i>166%</i></td> </tr> <tr> <td><i>Por cada estación móvil: en función de la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior.</i></td> <td style="text-align: right;"><i>0,5%</i></td> </tr> <tr> <td><i>Para el enlace entre la estación terrena y el satélite:</i></td> <td></td> </tr> <tr> <td><i>Por MHz asignado</i></td> <td style="text-align: right;"><i>0,5%</i></td> </tr> </table> <p><i>En caso de que la asignación no fuera múltiplo exacto en MHz, el pago por el excedente será calculado proporcionalmente. (*)</i></p>	<i>Por MHz asignado</i>	<i>166%</i>	<i>Por cada estación móvil: en función de la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior.</i>	<i>0,5%</i>	<i>Para el enlace entre la estación terrena y el satélite:</i>		<i>Por MHz asignado</i>	<i>0,5%</i>	Vigente	Derogado ²⁸
<i>Por MHz asignado</i>	<i>166%</i>									
<i>Por cada estación móvil: en función de la cantidad de terminales móviles activados, declarados al 31 de diciembre del año anterior.</i>	<i>0,5%</i>									
<i>Para el enlace entre la estación terrena y el satélite:</i>										
<i>Por MHz asignado</i>	<i>0,5%</i>									
<p>Decreto Supremo No. 052-2010-MTC (Metodología de cálculo del Canon)</p>	2010	2023								
<p>Artículo 3.- Fórmula de valoración del canon</p> <p>El canon anual que se abonará por la utilización del espectro radioeléctrico para el Servicio Público Móvil por Satélite y el Servicio Público Móvil de Datos Marítimo por Satélite, se determinará mediante la siguiente fórmula general de valoración:</p> $C = (CA \times CAB \times CSE \times CPX \times CPB \times CPZ) \times UIT$ <p>Donde:</p> <p>C es el canon anual por el uso del espectro radioeléctrico. UIT es la Unidad Impositiva Tributaria. CA es el Coeficiente de Área. CAB es el Coeficiente Ancho de Banda. CSE es el Coeficiente por tipo de Servicio y Estaciones. CPX es el Coeficiente por no Exclusividad de Bandas y Frecuencias. CPB es el Coeficiente por características de las Bandas de Frecuencias. CPZ es el Coeficiente de Ponderación por Zona.</p>	Vigente ²⁹									

De una lectura sistemática de la LOGRN, las normas del sector telecomunicaciones y el Código Tributario se puede apreciar que en las normas especiales que regulan el Canon no se ha previsto ninguna disposición que establezca algún parámetro o criterio adicional que efectúe alguna precisión respecto a su calificación jurídica como un tributo o que califique el Canon como una contraprestación económica por el uso del espectro radioeléctrico.

Por el contrario, a partir de la evaluación realizada en el acápite 4.2 del presente Informe hemos concluido que el Canon cumple con todos los elementos esenciales que caracterizan a una obligación tributaria, en tanto se trata de un pago exigido por el Estado (sujeto activo),

²⁸ El inciso d) fue derogado por el artículo 3 del D.S. No.052-2010-MTC, publicada el 29 octubre 2010.

²⁹ Según lo establecido por el literal b) del numeral 2.2 del D.S. No.052-2010-MTC la nueva fórmula de cálculo del Canon es aplicable respecto al Canon correspondiente al mes de noviembre del año 2010 y siguientes, por lo que no resultaba aplicable al Canon Tributario exigido a Geo Supply por los años 2008 y 2009.

que no tiene vocación sancionatoria, y que es exigido a las empresas de telecomunicaciones (sujeto pasivo) por la utilización privativa del espectro radioeléctrico y los servicios obligatorios de gestión y monitoreo que presta el MTC vinculados con la asignación de este recurso (hecho imponible).

Por lo tanto, a partir de las normas citadas, podemos concluir que no existe una aplicación excluyente entre la Ley de Telecomunicaciones, la LOGRN y el Código Tributario, como ha alegado el MTC en el procedimiento contenido en el Expediente. Por el contrario, de la propia remisión de la LOGRN a las normas especiales que regulan el Canon, se concluye que el Canon es una obligación tributaria, específicamente una tasa-derecho, dado que corresponde a un pago por los servicios vinculados al aprovechamiento privativo del espectro radioeléctrico.

Resulta importante mencionar que la interpretación expuesta de las normas del sector telecomunicaciones, del Código Tributario y de la LOGRN, en virtud del criterio de especialidad de las normas, se encuentra alineada con el principio de coherencia normativa y la unidad sistemática que debe regir a todo el ordenamiento jurídico.

Así pues, el criterio de especialidad o especificidad es un mecanismo para subsanar la interpretación del ordenamiento jurídico, ante la irrupción de una posible antinomia, como ocurre en el caso del Canon si se realiza una interpretación aislada como la efectuada por el MTC, la cual no toma en consideración la remisión de la LOGRN a las normas especiales que regulan la contraprestación de cada recurso natural y el ámbito de aplicación de las normas del Código Tributario.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala en los fundamentos jurídicos 48 y 49 de la sentencia recaída en el expediente No. 047-2004-AI/TC que:

“La normatividad sistémica descansa en la coherencia normativa. Dicha noción implica la existencia de la unidad sistémica del orden jurídico. lo que, por ende, indica la existencia de una relación de armonía entre todas las normas que lo conforman. (...) El ordenamiento jurídico está compuesto por una diversidad de disposiciones o normas producidas por diversas fuentes, muchas de las cuales pueden llegar a contraponerse afectando la coherencia del ordenamiento. Por ello existen en todo ordenamiento principios o criterios para subsanar estos conflictos. (El énfasis es nuestro).

Entre los criterios que resalta el Tribunal se encuentran aquellos mecanismos que rigen las relaciones entre los distintos tipos de normas válidas y que, por tanto, operan en la oportunidad de aplicación de las normas en un caso concreto, especialmente en la aplicación judicial, como es el caso de los criterios de especialidad, cronológico y de prevalencia.

En concordancia con los fundamentos del Tribunal Constitucional, Marcial Rubio, afirma sobre los principios de interpretación de las normas constitucionales que, de conformidad con el principio de coherencia normativa el Derecho debe ser evaluado como un sistema integral que se compone por distintas normas que son consonantes entre sí y se integran de forma armónica (2005, p. 111 y 112).

Como hemos mencionado, la propia LOGRN estipula que el canon y los tributos se regulan según lo dispuesto por sus propias normas especiales. A partir de las normas del sector telecomunicaciones que contemplan el pago del Canon, se deriva que esta obligación de titularidad de las empresas operadoras de telecomunicaciones, como Geo Supply, se origina por el aprovechamiento del espectro radioeléctrico y los servicios obligatorios que presta el Estado vinculados con la asignación de este bien público.

Por ende, el Canon se subsume en la hipótesis de incidencia del tributo de tipo tasa-derecho, de acuerdo con la clasificación regulada en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, pues se trata de una obligación pecuniaria exigida por el Estado a aquellos particulares que utilizan de forma privativa un bien público y reciben servicios por la asignación de dicho bien. Como hemos mencionado, ni en la LOGRN, ni en las normas del sector telecomunicaciones, se establece alguna excepción a la aplicación del Código Tributario respecto al Canon, por lo que sus disposiciones resultan plenamente aplicables.

Es importante dejar constancia que la calificación como tributos de aquellas obligaciones de pago que exige el Estado Peruano por la utilización privativa de los recursos naturales, bajo el ámbito de aplicación de la LOGRN -como el caso del Canon- ha sido confirmada por el Tribunal Fiscal en distinta jurisprudencia, así como por algunos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, como será desarrollado en los casos que se exponen a continuación.

Por ejemplo, respecto al pago de vigencia anual por el otorgamiento de autorización temporal de uso del área acuática y franja costera, en la Resolución No.09715-4-2008, de observancia obligatoria, el Tribunal Fiscal manifiesta que de acuerdo con el Código Tributario los derechos son un tipo de tasas que se originan por el uso de los bienes de dominio público y cuyo cobro se justifica por el aprovechamiento particular de dichos bienes. En tal sentido, se afirma que el derecho de vigencia anual regulado por el Reglamento de la Ley del Sistema Portuario Nacional era exigido por el Estado en atención al uso temporal de las aguas y franjas costeras y, como tal, esta obligación calificaba como una tasa-derecho.

En la Resolución citada, el Tribunal Fiscal determina que el pago por la autorización por el uso del área acuática y franja costera constituye una retribución que abonan los privados por la utilización de un bien que es parte del dominio público, las aguas y el área de franja costera, por lo que, a pesar de corresponder a un pago por una autorización temporal vinculada al aprovechamiento de un recurso natural, el Tribunal concluye que este pago es un tributo del tipo tasa.

Este pronunciamiento es relevante para el caso del Canon materia de evaluación en el Expediente, ya que el Canon también es una obligación calificada como una tasa-derecho, en la medida que se trata de un pago que surge por el aprovechamiento de los servicios asociados a la asignación de un bien de dominio público, sin perjuicio que se trate de una autorización de uso temporal sobre un recurso natural; es decir, las frecuencias del espectro radioeléctrico cuya explotación es asignada por el periodo de concesión.

Es importante resaltar que la nota número diecinueve al pie de página de la Resolución No.09715-4-2008 menciona que: *“Si bien cierto sector de la doctrina califica los ingresos que el Estado percibe por el uso de bienes de dominio público como recursos patrimoniales*

*distintos a los tributarios, **nuestro Código Tributario ha optado por considerar como recursos tributarios a las sumas que se pagan por el uso o aprovechamiento de bienes de dominio público***". (El énfasis es nuestro).

En la misma nota a pie de página, el Tribunal Fiscal agrega que se ha arribado a la misma conclusión en diversos pronunciamientos, tales como las Resoluciones Nos.0796-1-1999 Y 01438-5-2002. En dichas resoluciones, el Tribunal confirma la naturaleza de tributo de la tarifa de agua subterránea, al sostener que califica como una retribución por el aprovechamiento privado de un recurso natural, destacando que nuestro legislador ha optado por la tesis de considerar como tasas tributarias de la especie derechos a los pagos exigidos por el aprovechamiento de bienes de dominio público.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el pago exigido por el uso del agua subterránea. En las sentencias recaídas en los Expedientes Nos.04899-2007-PA/TC y 01837-2009-PA/TC se concluye que resulta indiscutible que la tarifa de agua subterránea tiene naturaleza tributaria y que, por lo tanto, esta obligación debe cumplir con los principios constitucionales aplicables a las obligaciones del régimen tributario, de acuerdo a lo establecido por el artículo 74 de la Constitución.

En la Sentencia recaída en el expediente No.04899-2007-PA/TC, el magistrado César Landa Arroyo menciona en el cuarto fundamento de su voto dirimente que por la explotación de recursos naturales el Estado está legitimado para cobrar tasas de la sub especie derecho, destacando que la tarifa por el uso del agua subterránea tiene naturaleza de tributo, a pesar de que el agua como recurso natural también se encuentran bajo el alcance de la regulación de la LOGRN y a los principios que informan a dicha norma.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia no ha tenido una posición uniforme respecto a la naturaleza de la tarifa por el uso del agua subterránea, pues en algunos casos, como en la Casación No.11585-2014, se ha apartado del criterio del Tribunal Constitucional, señalando, entre otras razones, que desde un análisis histórico la tarifa de agua subterránea no constituye tributo, sino retribución económica³⁰.

Posteriormente, a través de la Casación No.1870–2017, la Corte Suprema de Justicia no se pronuncia de forma concluyente sobre la naturaleza jurídica tributaria, sino que precisa que, a pesar de no cumplir con el cumplimiento de determinados principios tributarios, la norma vigente, la Ley de Recursos Hídricos, establece la exigencia plena del pago de la retribución económica por el uso del agua subterránea de cargo de los particulares que no fue un punto de controversia, por lo que confirma la legitimidad del pago de la obligación.

En esta resolución de Casación, los magistrados de la Corte Suprema Wong Abad y Bustamante Zegarra emitieron votos particulares en los cuales indican expresamente que la tarifa por el uso del agua subterránea tiene naturaleza de tributo y que como tal debe regirse

³⁰ Uno de los fundamentos que se evaluó en la sentencia de Casación fue que el Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, aprobado por un Decreto Supremo, establecía que la tarifa no es una obligación tributaria. Si bien el artículo 176 del Reglamento que contenía esta disposición era una norma de rango infralegal, la Corte Suprema consideró que esta norma desarrollaba el artículo 91 de la Ley de Recursos Hídricos referido a la retribución económica por el uso del agua.

por los principios constitucionales aplicables los tributos, de conformidad con el criterio compartido por el Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia.

Cabe mencionar que la Corte Suprema se ha pronunciado específicamente sobre la naturaleza del canon por espectro radioeléctrico, siendo que en una de sus resoluciones más recientes (Casación No.704-2020-Lima) ha afirmado que el Canon no tiene naturaleza de tributo. La Corte arriba a esta conclusión sobre la base, entre otros argumentos, de que (i) esta obligación tiene su origen en una relación de carácter contractual suscrita entre el Estado y el concesionario y que (ii) el legislador no le ha otorgado expresamente la calidad de tributo al canon, como sí ocurre, por el contrario, con la tasa anual por explotación comercial.

Si bien el análisis de esta Casación no es materia del presente Informe, basta mencionar que el criterio de la Corte Suprema es incorrecto, pues como hemos demostrado el Canon no surge de una relación contractual, sino que es una obligación impuesta por la Ley de Telecomunicaciones, siendo los contratos de concesión únicamente un reflejo de las disposiciones del Canon determinadas por Ley.

Por otro lado, el segundo argumento carece de rigor académico, ya que la calificación legislativa que se realice sobre la naturaleza de alguna obligación resulta irrelevante para determinar su naturaleza jurídica, si los elementos sustanciales de tal calificación se verifican en el caso concreto. Es decir, resulta irrelevante que se incluya la denominación de “tasa” a una obligación si por sí misma actúa como una obligación tributaria impuesta a los particulares que reconoce los servicios brindados a estos por el uso exclusivo de un bien público.

Sin perjuicio de lo mencionado, de lo anterior resulta claro que, a criterio del Tribunal Fiscal, del pronunciamiento de algunos magistrados de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, la obligación que requiere el Estado por el uso de un recurso natural califica como una exigencia de naturaleza tributaria, en tanto esta obligación cumpla con las características de la hipótesis de incidencia de un tributo.

Precisamente, esto último ocurre en el caso del Canon, toda vez que esta obligación tiene su origen en la utilización privativa del espectro radioeléctrico y la recepción de los servicios obligatorios de parte del Estado vinculados con la asignación de este bien público a favor de las empresas operadoras de telecomunicaciones, como Geo Supply.

El hecho de que la LOGRN establezca que la retribución por el aprovechamiento de los recursos naturales deba fijarse en atención a criterios sociales, ambientales o económicos no enerva esta calificación jurídica, ya que la propia LOGRN remite el tratamiento de todo pago que deba efectuarse por el uso de los recursos naturales al régimen jurídico regulado por sus propias normas especiales. En este caso, a las normas del sector telecomunicaciones, en las cuales no se efectúa ninguna reserva de aplicación de las disposiciones del Código Tributario.

Incluso, respecto al caso específico del Canon el Tribunal Fiscal ya ha señalado en diversa jurisprudencia que el Canon sí tiene naturaleza tributaria, considerando que constituye una tasa de la especie derecho, al amparo de lo establecido por la Norma II del Código Tributario, sin que resulte aplicable alguna norma que establezca una regulación distinta. Este criterio puede revisarse en las Resoluciones Nos.02836-5-2009, 16074-5-2012, 02059-Q-2019, 03125-Q-2019, 01015-Q-2020, entre otras.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir sobre este punto que, de acuerdo al ordenamiento jurídico peruano, el aprovechamiento privativo de los bienes de dominio público -incluyendo a los recursos naturales- genera, en los particulares que se aprovechan exclusivamente de estos bienes, el pago de una obligación por los servicios que presta el Estado vinculados a la asignación del bien de dominio público. Esta obligación califica como un tributo, según lo establecido por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario.

En tal sentido, compartimos la posición que sustenta la Sala de defensa de la Competencia del Indecopi en la resolución contenida en el Expediente y consideramos que la posición esgrimida por el MTC respecto a la presunta incompatibilidad entre la potestad tributaria y la regulación de los recursos naturales en el Perú es inexacta, puesto que, como hemos dejado en evidencia, no existe una exclusión entre la regulación de los recursos naturales en la LOGRN y la potestad tributaria del Estado, por lo que este marco normativo no contraviene la calificación del Canon como tributo (tasa-derecho).

4.2.2. Diferencias entre el Canon y el caso de las regalías mineras:

Otro de los argumentos que alegó el MTC en el Expediente y que también es parte de la defensa de su posición referida al cuestionamiento de la calificación jurídica del Canon como tributo, se basó en sustentar que el Tribunal Constitucional en el caso de las regalías mineras (sentencia recaída en el expediente No.048-2004-PI/TC) ya había confirmado que legalmente es factible que el Estado exija a su favor ingresos de naturaleza distinta a la tributaria y que se fije una retribución a los particulares que obtengan réditos derivados de la explotación de bienes que son de titularidad del Estado.

En aplicación extensiva de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el MTC considera que existen retribuciones que el Estado cobra a los particulares por la obtención de beneficios económicos provenientes del aprovechamiento de recursos naturales. El MTC afirma que la naturaleza de estas obligaciones es ajena a la tributaria, pues constituyen recursos originarios que reciben el nombre de canon o regalías en nuestro ordenamiento jurídico y, en dicha medida, el MTC sostiene que el Canon es un cobro que no posee naturaleza tributaria.

Sobre lo expuesto, consideramos que el razonamiento del MTC es impreciso, toda vez que en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre las regalías mineras no se establece de forma general que las obligaciones derivadas de la utilización de recursos naturales de titularidad del Estado no puedan tener la calificación de tributos, sino que se ha limitado a desarrollar el caso específico de las regalías mineras como contraprestación de cargo de los titulares de concesiones mineras por la explotación de los recursos minerales, resaltando como parte de su evaluación las particularidades de la extracción de los recursos minerales y el consumo de este recurso.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional desarrolla de forma específica las premisas de las que parte su análisis al caso concreto, considerando las particularidades de la industria extractiva de recursos minerales y la calificación de estos recursos como recursos no renovables para definir su posición referida a que las regalías mineras constituyen una contraprestación desprovista de cariz tributario y confirmar la legalidad de su cobro en nuestro ordenamiento jurídico.

En tal sentido, es importante resaltar que esta sentencia no tiene vocación de pronunciarse de forma general y abstracta sobre la naturaleza de las obligaciones que exige o puede exigir el Estado Peruano como retribución por la utilización de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico.

Por el contrario, como bien ha afirmado la Sala de defensa de la Competencia en el fundamento jurídico No.125, el Tribunal Constitucional señala en su propia sentencia que el aprovechamiento de los recursos naturales comprendidos por la Ley No. 26821 (LOGRN) se establece de forma general por la Ley Orgánica, pero el alcance del régimen jurídico aplicable a las obligaciones exigidas por el uso de cada recurso natural se regula de forma independiente por las normas específicas sectoriales.

Esto último se evidencia en el fundamento jurídico No.47 de la sentencia recaída en el Expediente No. 048-2004-PI/TC en el cual el Tribunal Constitucional señala que:

*“(...) La condición para exigir a los particulares el pago de una retribución económica por la concesión de los recursos naturales, se encuentra fijada en una ley orgánica (en este caso la Ley No. 26821). No obstante, **la regulación específica de cada una de las modalidades como pueda materializarse dicha retribución corresponde ser desarrollada por leyes especiales** (...) Justamente, es por ley especial como se regula la regalía minera”. (El énfasis es nuestro).*

En tal sentido, a pesar de que los recursos minerales y el espectro radioeléctrico califiquen como recursos naturales de titularidad del Estado que pueden ser cedidos a los agentes económicos privados para su utilización, cada una de las obligaciones que se exijan por estos recursos se sujetan a las disposiciones de sus regímenes especiales.

En el caso de los recursos minerales, les resultan aplicables, entre otras normas, la Ley de Regalía Minera (Ley No. 28258); mientras que, la regulación del espectro radioeléctrico se desarrolla en la Ley de Telecomunicaciones y en su Reglamento, normas que han sido objeto de análisis en los acápites precedentes.

Así, se debe notar que en el fundamento jurídico No.29 de su sentencia el Tribunal Constitucional considera como premisa de su evaluación la clasificación de recursos naturales renovables y no renovables de la ONU para concluir que el derecho de gozar un medio ambiente adecuado y sostenible comprende una variable de heredad nacional en el caso de los recursos no renovables que son de titularidad del Estado.

A partir de dicha calificación, el Tribunal Constitucional determina que la preservación del medio ambiente es un derecho del que no solo gozan los peruanos que coexisten en la Nación, sino también las generaciones futuras. Por tanto, las regalías son un mecanismo válido para lograr la satisfacción de este derecho como una contraprestación que tiene como finalidad que la comunidad nacional participe de los beneficios del valor especial de cotización de los recursos minerales en el mercado, antes que su explotación se agote en el país.

Desde una interpretación sistemática de los derechos constitucionales del medio ambiente, la propiedad y la empresa, el Tribunal Constitucional sostiene -en el fundamento jurídico No.115 de su sentencia- que corresponde al Estado adoptar las medidas necesarias para

hacer viable el desarrollo sostenible de la comunidad, por lo que resulta legítima la contraprestación exigida por el Estado a través de las regalías mineras, pues constituye una retribución para las generaciones futuras por la explotación de recursos que no son renovables.

Como se evidencia de lo anterior, el análisis que efectúa el Tribunal Constitucional sobre la legitimidad del cobro por regalías mineras tiene como fundamento el desarrollo del derecho constitucional de contar con un medio ambiente adecuado, subrayando la idoneidad de esta contraprestación para garantizar la sostenibilidad del ecosistema y considerando el eventual agotamiento de los recursos naturales no renovables.

Se deriva de los fundamentos del Tribunal Constitucional que las conclusiones esbozadas para el caso de las regalías mineras, en la sentencia No. 048-2004-PI/TC, no pueden ser aplicadas a otros recursos naturales de titularidad del Estado que presentan características distintas y se encuentran regulados por sus propias normas especiales. Este razonamiento del Tribunal guarda coherencia con la postura que hemos sostenido en el acápite 4.3 del presente Informe.

De igual forma, Soto Carrillo y Grández Villareal respaldan esta posición y sostienen que las empresas de telecomunicaciones titulares de los derechos para usar el espectro radioeléctrico reconocen el pago de una obligación por la asignación temporal de dicho recurso natural, pero no por la explotación en el sentido de agotar y reducir la cantidad del bien cedido por el Estado. En tal sentido, el uso del espectro radioeléctrico no implica una afectación directa a las localidades ubicadas en la zona de influencia del recurso, a diferencia de lo ocurrido en el caso de las regalías mineras (2016, p.190).

Siendo ello así, carece de sustento que el MTC pretenda realizar una interpretación extensiva del criterio establecido por el Tribunal Constitucional en el caso de las regalías mineras (en atención a las particularidades de la explotación del recurso mineral no renovable) y aplicarlas al caso del Canon que le corresponde pagar a Geo Supply pues, a diferencia de las regalías mineras, el Canon es un cobro por la utilización temporal de un recurso natural que sí es renovable y cuyo consumo no se agota por la asignación del espectro radioeléctrico asignado. Al finalizar el periodo de concesión, la frecuencia del espacio aéreo puede ser reasignada sin que se haya agotado la fuente de su utilidad por la utilización del espectro para el desarrollo de las operaciones de Geo Supply

Por otro lado, otro argumento que coadyuva a la posición de que las conclusiones establecidas por el Tribunal Constitucional para el caso de las regalías mineras no podrían ser aplicadas en forma analógica para cuestionar la calificación del Canon como tributo, radica en que, a diferencia de esta última obligación, en el artículo 1 de la Ley No.28969 (norma con rango de Ley) se dispone que la contraprestación económica exigida como regalía minera a los concesionarios de este recurso natural no tiene naturaleza tributaria.

Es decir, en el régimen jurídico especial aplicable sobre los recursos minerales se determina mediante una norma de rango de ley que la obligación denominada como regalía minera no tiene naturaleza tributaria, lo cual no se verifica en el caso del Canon que es objeto de evaluación en el Expediente.

Siendo ello así, pese a que la calificación de la naturaleza jurídica de las regalías mineras no constituía un punto controvertido de la acción de inconstitucionalidad evaluada por el Tribunal en su sentencia No. 048-2004-PI/TC, concordamos con el MTC en lo referido a que, de forma implícita, la sentencia admite que en nuestro ordenamiento jurídico las obligaciones derivadas de la utilización de un recurso natural de titularidad del Estado pueden ser calificadas como contraprestaciones económicas que no tengan naturaleza de tributo.

No obstante, es importante precisar que ello resulta válido en nuestro ordenamiento jurídico, siempre que se realice una exclusión normativa a través de una norma con Rango de Ley o una precisión que indique que la suma exigida por el Estado por el uso de un recurso natural tiene la naturaleza de una contraprestación no tributaria, pues, de lo contrario, se despojaría de contenido lo establecido por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, como será explicado en los siguientes párrafos.

Cabe dejar constancia con antelación que, desde nuestra postura, la sola referencia de una norma sobre la naturaleza jurídica de una obligación o concepto no implica de forma automática que dicha calificación sea adecuada, dado que, más allá del “nomen iuris” que utilice un dispositivo normativo, lo que resulta importante es evaluar los elementos de la obligación, los fundamentos que determinan la legitimidad de su calificación jurídica y su coherencia con el ordenamiento jurídico.

Sobre esta posibilidad, por ejemplo, Medrano manifiesta lo siguiente: “dicha tesis conduciría al absurdo de sostener que bastaría al legislador negar a un tributo su carácter de tal para que su creación, modificación o supresión necesitará sólo de disposición del Poder Ejecutivo. Desaparecería, así, en los hechos, el principio de legalidad, que es la piedra angular del derecho tributario. Es innecesario resaltar la manifiesta violación constitucional que ello significaría” (1991, p.37 y 38).

Ahora bien, el MTC no ha alegado que en el caso del Canon se presente una exclusión normativa al ámbito de aplicación del Código Tributario; sin embargo, esta entidad sí ha manifestado en el Expediente que el Canon no debe ser considerado como un tributo, toda vez que la retribución por la utilización de recursos naturales se justifica en la legitimidad que tiene el Estado para exigir el cobro de una contraprestación por la explotación de los recursos originarios que forman parte de su patrimonio.

El MTC ha afirmado que el cobro del Canon corresponde a una manifestación distinta a aquella que la doctrina financiera clasifica como la obtención del Estado de recursos derivados del patrimonio de los particulares. Desde la postura del MTC, el Canon no debería encontrarse bajo el alcance de las normas tributarias ni ser calificado como un tributo, pues el Canon no sería un ingreso extraído del patrimonio de los particulares, sino que correspondería a la retribución por el aprovechamiento de un bien originario que conforma el propio patrimonio del Estado.

En relación con esta clasificación de los ingresos del Estado, Zuzunaga afirma lo siguiente:

“Son ingresos derivados aquéllos que obtiene el Estado por su condición de tal y que constituyen apropiaciones legítimas del patrimonio de los particulares sustentadas en el “poder de imperio” del Estado y en la Constitución, pero que no responden a un concepto retributivo – compensatorio. Ejemplo de este tipo de ingresos son los tributos y las sanciones. De otro

lado tenemos **los ingresos originarios o patrimoniales que son aquellos que se originan en el propio patrimonio del Estado como consecuencia de los intercambios que realiza como sujeto de una relación económica, es decir, son recursos obtenidos por el Estado mediante el aprovechamiento económico de su patrimonio.** Los obtiene de fuentes propias de riqueza, cuando explota, arrienda o vende sus propiedades (2011, p.02). (El énfasis es nuestro).

Desde nuestra postura, consideramos que este argumento no ha sido abordado de forma adecuada por el pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia contenida en el Expediente, ya que la Sala se limitó a indicar en el fundamento jurídico No.140 de su resolución que la calificación regulada en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario era aplicable al Canon porque cumplía con todas las características de una tasa-derecho.

Al respecto, sobre la inclusión de los recursos naturales en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario el profesor Sotelo Castañeda anota de forma crítica que el término “bien público” contenido en la redacción del inciso c), de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario debería ser coherente con la definición que la economía y la política tributaria reconocen como bien público y no con una redacción ambigua de la norma mencionada.

En esa línea, Sotelo afirma que, dada la definición contemplada por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, el cobro que requiere el Estado a un privado por la utilización de un recurso natural sería inexplicablemente un tributo (tasa-derecho), a pesar de que la doctrina de derecho financiero y tributario califica los recursos naturales como originarios del patrimonio del Estado, es decir, ajenos a la potestad tributaria (2005, p.246).

Resulta pertinente señalar que, si bien estamos de acuerdo con lo señalado por el profesor Sotelo, pues no consideramos razonable que los pagos por el uso económico de los recursos naturales se rijan por las restricciones de las tasas tributarias, debemos mencionar que en nuestra legislación no se ha adoptado de forma general esta clasificación proveniente del derecho financiero. Por el contrario, la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario determina expresamente que utilización exclusiva por parte de los particulares de los bienes públicos origina el cobro de una tasa-derecho, sin efectuar alguna precisión normativa.

Como hemos explicado líneas arriba, en nuestro ordenamiento jurídico la normativa tributaria establece que la utilización privativa de los bienes de dominio público, entre ellos los recursos naturales, deriva en la obligación de pagar una tasa de la especie derecho. El alcance de la tasa-derecho evidencia una opción legislativa adoptada por nuestro legislador en la redacción de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario (Huamani Cueva: 2019, p. 66 y 67).

Esta idea también ha sido respaldada por doctrina autorizada. Por ejemplo, Hernández Berenguel sostiene que, si bien la doctrina considera que los cobros que exige el Estado por ceder el uso o aprovechamiento de bienes públicos no califican como ingresos derivados, sino como recursos originarios, nuestro Código Tributario, desde el 01 de abril de 1992 incorporó normativamente la clasificación tripartita de los tributos y dispuso que los derechos, como una especie de las tasas, se cobran por la utilización o el uso de los particulares de bienes públicos (2008, p.110).

Se colige de la opinión de este autor que en la legislación peruana se ha optado por la posición de considerar que la utilización o aprovechamiento privativo de un particular sobre un bien de dominio público, incluyendo a los recursos naturales, deriva en el acaecimiento del cobro de una obligación que se inserta en la hipótesis de incidencia del tributo denominado como tasa-derecho. Como ya hemos explicado líneas arriba, esta interpretación también se encuentra respaldada por recurrente jurisprudencia del Tribunal Fiscal.

Ahora bien, si esta es la tesis que ha recogido nuestro Código Tributario, resulta pertinente cuestionarnos por qué estas disposiciones no han sido aplicadas en el caso de las regalías mineras y si se puede sostener una posición similar para el caso del Canon. De ser así, la posición del MTC tendría asidero y podría considerarse que el Canon no califica como una obligación de naturaleza tributaria.

Al respecto, como hemos indicado previamente en el presente Informe, en el régimen de las regalías mineras se prevé una disposición normativa con rango de Ley que establece una excepción a la aplicación de la hipótesis de incidencia del Código Tributario de la tasa-derecho para el caso de esta contraprestación exigida por el Estado, lo cual no ocurre en el caso del Canon que le corresponde pagar a Geo Supply.

Como hemos indicado líneas arriba, en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce la calificación de los ingresos originarios y derivados que se desarrolla en la doctrina financiera tradicional³¹, por lo que las obligaciones que requiere el Estado por el aprovechamiento de los recursos naturales pueden calificar como tasas, salvo que una norma de igual rango disponga alguna reserva de aplicación de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario.

Si bien, no sería razonable que únicamente por la exclusión realizada por una norma con rango de Ley se pueda establecer una excepción a la vigencia de las reglas y principios que deben regir a las obligaciones tributarias, pues ello podría generar que una obligación que cumple con todas las características para ser calificada como una exacción tributaria sea desprovista de todos los requisitos que se determinan para las obligaciones tributarias como garantía de los contribuyentes, en el caso de las regalías esta excepción tiene sustento constitucional.

Así, en el fundamento jurídico No.11 de la sentencia recaída en el Expediente No. 048-2004-PI/TC, el Tribunal Constitucional determina la legitimidad del Estado Peruano, en representación de la Nación, para exigir una retribución a los privados por las ventajas obtenidas a través de la explotación de los recursos que le son originarios, debido a su carácter limitado y a los perjuicios directos ocasionados a las localidades ubicadas en la zona de extracción una vez que los recursos explotados se hayan agotado. En tal sentido, el Tribunal reafirma la constitucionalidad del cobro de las regalías mineras a cargo de los concesionarios.

La excepción normativa de la aplicación del Código Tributario sobre las regalías mineras no es antojadiza, sino que tiene sustento en una norma con rango de Ley que, desde nuestra

³¹ Respecto a esta clasificación de los ingresos, puede revisarse a Valdez Costa, Ramón (1996). Curso de Derecho Tributario. Segunda Edición. Argentina, p.9; a Jarach, Dino 1999 Finanzas públicas y derecho tributario. Tercera edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.224 y siguientes; entre otros.

posición, también tiene como fundamento la legitimación de origen que posee el Estado para exigir el cobro de una retribución económica a aquellos particulares que se benefician de forma exclusiva de bienes que forman parte del patrimonio del Estado como lo son los recursos naturales.

Como hemos mencionado, la sola referencia de una norma con rango de Ley respecto a la naturaleza tributaria o no de la exigencia de pago de una suma de dinero no conlleva que estemos ante una excepción válida que limite la aplicación de las normas del Código Tributario sobre las obligaciones que puede exigir el Estado a los particulares por el aprovechamiento exclusivo de bienes de dominio público.

Desde nuestra posición, la objeción de reserva de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario resulta legítima en el caso de las regalías mineras, así como en el caso de otros recursos naturales que conformen el patrimonio originario del Estado, pues la exigencia de estas obligaciones se efectúa, por definición, a través de una relación jurídica distinta a la tributaria.

Un razonamiento similar es compartido por el profesor Hernández Berenguel para el caso del derecho de uso de agua regulado por la Ley No.29338, Ley de Recursos Hídricos. Respecto a este caso, el autor manifiesta que de forma expresa la Ley No.29338 le quita competencia al Tribunal Fiscal para pronunciarse sobre controversias referidas a las retribuciones por el uso del agua y resalta que esta norma se aparta de las disposiciones establecidas por el Código Tributario, lo cual resulta plenamente válido, pues ambas normas tienen rango de ley.

En ese orden de ideas, Hernández Berenguel afirma que: “La Ley No.29338 no ha querido que se aplique el concepto de derechos por el uso o explotación de bienes públicos previsto en la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, en cuanto tales derechos, según este Código son tasas y, por lo tanto, tributos, apoyándose más bien en la doctrina para la cual estas retribuciones económicas constituyen un recurso originario del Estado (2010, p.59)”.

Así, la utilización del agua como recurso natural se regula por la Ley No.29338 que determina en sus artículos 90 y siguientes que los titulares de los derechos de uso de agua tienen la obligación de contribuir al sostenimiento de este recurso mediante una retribución económica por su aprovechamiento que se define por la Autoridad Nacional del Agua (ANA), en proporción al metro cúbico utilizado.

En concordancia con esta regulación, se precisa en el artículo 176 del Reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto Supremo No.001-2010-AG que la retribución económica que los usuarios deben pagar por el uso del agua califica como una contraprestación económica que no constituye tributo.

Otro ejemplo similar al citado por el profesor Hernández es el pago del derecho de uso del área acuática derivado de la autorización emitida por la Autoridad Portuaria Nacional. De una lectura sistemática del artículo 5 del Decreto Legislativo No.1147 y el artículo 674 de su Reglamento aprobado por el D.S. No.015-2014-DE, se colige que la utilización privativa del espacio marítimo para la ejecución de actividades comerciales se sujeta a un pago que se

efectúa en calidad de contraprestación económica por el aprovechamiento de un recurso originario, según lo establecido de forma expresa por las normas mencionadas.

En igual sentido, en el caso de las regalías mineras una norma con rango de Ley también determina que dicha contraprestación económica no tiene naturaleza tributaria, lo cual representa una diferencia importante con el caso del Canon materia de evaluación en el presente Informe.

Lo explicado hasta este punto contribuye a desvirtuar la posición del MTC que pretende extender el criterio del Tribunal Constitucional en el caso de las regalías mineras al caso del Canon, sin evaluar que, además de no presentarse las características particulares de apropiación y consumo del recurso mineral, no existe tampoco ninguna disposición normativa en el régimen normativo del Canon que determine una exclusión del ámbito de aplicación de la tasa-derecho y la califique como una retribución de naturaleza distinta a la tributaria.

A propósito de la carencia de una disposición normativa que precise la naturaleza no tributaria de la obligación exigida a las empresas de telecomunicaciones por concepto de Canon, en la redacción original del artículo 2 del Proyecto de Ley 806/2021-CR, cuyo dictamen fue aprobado por la Comisión de Economía el 14 de diciembre de 2022, se propuso precisar que la obligación de pago por el uso del espectro radioeléctrico origina un pago de naturaleza no tributaria³².

En atención a lo explicado hasta este acápite del Informe, podemos concluir que en el caso del Canon estamos ante una obligación que es regulada por las normas especiales del sector telecomunicaciones y que califica como un tributo; en específico una tasa-derecho, bajo los términos expuestos por la norma II del Título Preliminar del Código Tributario, dado que en su régimen normativo no se ha previsto ninguna excepción respecto la naturaleza de esta obligación.

Si bien el legislador puede regular un tratamiento específico para las contraprestaciones exigidas por la utilización económica de los recursos naturales, debido a que corresponden a recursos originarios del Estado, en las normas del sector telecomunicaciones no se ha previsto ninguna reserva del ámbito de aplicación del Código Tributario para el caso del Canon, por lo cual las disposiciones referidas a la hipótesis de incidencia de la tasa de la especie derecho como consecuencia de la utilización de un bien de dominio público mantiene plena vigencia sobre este concepto.

Por consiguiente, a pesar de que consideramos que la calificación jurídica realizada por la Sala de defensa de la Competencia sobre la naturaleza tributaria del Canon es correcta, debemos resaltar que el análisis efectuado por la Sala no ha tomado en cuenta la posibilidad de que en el régimen normativo aplicable al Canon se podría establecer una reserva de aplicación del Código Tributario, como ocurre en el caso de las regalías mineras, pues también estamos ante una obligación que exige un pago vinculado al uso de un recurso natural, el espectro radioeléctrico.

³² En el dictamen del Proyecto de Ley se exponen las opiniones de la OGAJ del Ministerio de Economía y Finanzas y del MTC. De acuerdo con la opinión de la primera entidad el Canon califica como una obligación de naturaleza tributaria del tipo tasa-derecho; mientras que, el MTC afirmó que reiterar la naturaleza no tributaria del canon resultaría necesario y adecuado, a fin de eliminar las interpretaciones erróneas que se han presentado.

Se debe resaltar que la conclusión expuesta hasta este punto tiene como sustento una interpretación sistemática e integral de las disposiciones establecidas por la Constitución, la regulación del sector telecomunicaciones aplicable sobre el Canon, la LOGRN y el Código Tributario, a la luz de los principios de jerarquía y coherencia normativa reconocidos por nuestra Constitución.

4.3. ¿Al calificar el Canon como una tasa-derecho, el importe de esta obligación debe encontrarse alineado con el límite del costo efectivo del servicio establecido por la Norma II del Código Tributario?

Luego de concluir que, bajo el régimen normativo actual y aquel que estaba vigente durante el periodo en el que se desarrolló la controversia del Expediente (años 2009-2011), el pago por concepto de Canon de cargo de Geo Supply tiene naturaleza de tributo (tasa-derecho), se debe afirmar como consecuencia de ello que el Canon debía regirse por los principios y las normas tributarias establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, el Canon que le fue exigido a Geo Supply correspondiente a los años 2008 y 2009 debía estar alineado con la limitación impuesta a las tasas tributarias por la norma II del Título Preliminar del Código Tributario; es decir, el importe de esta obligación no debería exceder al costo que le irroga al Estado financiar los servicios que ejecuta vinculados a la utilización del espectro radioeléctrico: los servicios de asignación, inspección y monitoreo que hemos desarrollado en el acápite 4.1 del presente Informe.

Nuestra posición es concordante con aquella que sostuvo la Sala de defensa de la Competencia del Indecopi en los fundamentos Nos.96, 97 y siguientes de su Resolución en los cuales concluyó que el Canon era un tributo, por lo que se afirmó que resultaba razonable que el MTC exija un pago por este concepto limitado a los costos en que incurre por la prestación de los servicios vinculados a la asignación del espectro y el costo de oportunidad por la cesión de este recurso; en otras palabras, el costo que deja de percibir el Estado por no optar por la segunda opción económica más eficiente de uso de este recurso natural.

En dicha medida, para que la determinación de cálculo del Canon sea compatible con los parámetros que determina la normativa tributaria respecto a los importes que puede exigir el Estado por concepto de tasas, su cobro debería tener como objetivo únicamente restituir lo siguiente:

- i. Los costos directos e indirectos que se generan en el MTC vinculados con la administración del espectro radioeléctrico. Es decir, los costos que se irrogan en las partidas del MTC por los servicios de asignación, verificación, monitoreo y control de la adecuada utilización de las frecuencias del espectro radioeléctrico que han sido asignadas a las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones.
- ii. El costo de oportunidad del Estado por los beneficios que deja de percibir provenientes del uso alternativo más eficiente por el que pudo haber optado, en caso corresponda. En otras palabras, el costo de oportunidad del Estado por la asignación del espectro radioeléctrico a favor de una empresa de servicios de telecomunicaciones específica.

Se debe hacer énfasis en que el costo de oportunidad que incorpore el Estado a la obligación de pago del Canon debería estar debidamente acreditado y contemplado en la metodología de cálculo como un coeficiente de uso alternativo. Es decir, se debería poder demostrar de forma objetiva el beneficio del uso alternativo del espectro radioeléctrico que no se materializa por haberse cedido su utilización a un agente privado determinado, como indica la Sala de defensa de la Competencia en el fundamento No.99 de su Resolución.

En el caso objeto de evaluación en el Expediente, Geo Supply afirma que la fórmula de cálculo del Canon contemplada en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones no tenía como fundamentos criterios objetivos que permitan ponderar una determinación razonable del importe de esta obligación.

Geo Supply sostiene que el cobro del espectro radioeléctrico a las empresas a las cuales se les asignaba este recurso natural no era efectuado de forma objetiva. Por ejemplo, a través de una distribución de los costos totales que se generaban en las partidas del MTC por la gestión del espectro radioeléctrico a las empresas que precisaban una mayor disponibilidad o una utilización efectiva del espectro radioeléctrico, sino que era determinado de forma ilegal y desproporcionada.

En esa línea, en el Expediente se actúan como medios probatorios, entre otros, el Informe de Osiptel: “Análisis del Canon por Uso del Espectro Radioeléctrico” del año 2006 en el que esta entidad afirma que la obligación de pago del Canon debería tener como finalidad financiar los gastos vinculados a la administración del espectro radioeléctrico, excluyendo aquellos costos ajenos a las actividades de gestión de este recurso natural. De lo contrario, se generaría una mayor distorsión económica en las tarifas de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones en el país y con ello se contribuiría a la ineficiencia del mercado.

En la sección considerativa del Decreto Supremo No.052-2010-MTC ³³, se indica lo siguiente: *“La fórmula de cálculo del canon por el uso del espectro radioeléctrico aplicable a los servicios públicos: Móvil por Satélite y Móvil de Datos Marítimo por Satélite, **requiere ser actualizada, a fin de adoptar una metodología que basada en nuevos lineamientos técnicos, pondere el uso eficiente de este recurso, sin penalizar la expansión de estos servicios; siguiendo estándares de aplicación en otros países de la Región, tales como Brasil, Chile y Ecuador, y la recomendación formulada por consultores de la Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT**”.* (El énfasis es nuestro).

Por su parte, en la exposición de motivos de la norma citada, se precisa que, si bien la modificación normativa implicaría una reducción sustancial de monto que le hubiera correspondido percibir al Estado por concepto de Canon en el año 2010, este nuevo régimen conlleva que el Estado recupere más del 100% de la recaudación por este concepto, dado el alto grado de morosidad que se registraba por el pago de esta obligación.

En línea con lo desarrollado en los acápite previos del Informe, dado que el Canon califica como un tributo, la determinación de esta obligación debió haber sido establecida

³³ Como hemos mencionado previamente, esta norma se publicó el 29 de octubre del año 2010 durante el desarrollo de la controversia evaluada en el Expediente.

considerando la limitación referida al costo que le irroga al Estado la prestación de los servicios que originan el cobro del Canon, incluyendo el costo de oportunidad de la asignación del recurso natural, de corresponder.

Asimismo, al ser el Canon una obligación tributaria, su determinación debe regirse también por el principio de capacidad contributiva. Este principio tiene como función garantizar el respeto de los derechos de los contribuyentes obligados a contribuir con el gasto público, pues tutela que no se exija el pago de un tributo en aquellos casos en los que no se evidencie capacidad del sujeto obligado de contribuir al fisco.

Si bien parte de la doctrina jurídica considera que este principio tiene una menor receptividad en las tasas, al ser estos tributos asociados en mayor medida al principio del beneficio o equivalencia del costo que provoca al contribuyente el servicio prestado por el Estado, ello no obsta para atender que el principio de capacidad contributiva presenta una aplicación transversal a todos los tributos, aunque pueda tener una distinta intensidad en las tasas (González, 1991, p.79).

Sobre el particular, Tarsitano considera que el deber de contribuir tiene su origen en la necesidad de atender las necesidades públicas, siendo la verificación de la capacidad contributiva el eje rector que justifica la legitimidad de una obligación tributaria, sin perjuicio de que en los tributos diferentes a los impuestos se verifiquen otras condiciones complementarias. Así, en las tasas y las contribuciones se adicionan determinadas características derivadas de la naturaleza de la actividad estatal y sobre ellas se determina su cuantificación; no obstante, esta es una cuestión posterior y distinta a la legitimidad del cobro de la obligación sobre la base de la capacidad de contribuir (2014, p.122).

Esta posición es compartida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente No. 0033-2004-AI/TC, en cuyo fundamento jurídico No.12 se manifiesta que la capacidad contributiva es el presupuesto que dota de legitimidad a una acción de imposición económica del Estado. Este principio refleja el criterio de justicia tributaria en el que se debe fundamentar el legislador para incorporar un hecho al fenómeno de la tributación persiguiendo como finalidad el equilibrio entre el bienestar general y el marco constitucional tributario.

De igual forma, en los fundamentos jurídicos Nos. 47 y 50 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente No. 041-2004-AI/TC, sobre una acción de Inconstitucionalidad contra arbitrios impuestos por la Municipalidad de Surco, el Tribunal admite la aplicación del principio de capacidad contributiva para graduar de forma objetiva la ejecución de la potestad tributaria de los arbitrios municipales (tasas), aunque se afirma que es más factible predicar la aplicación de este principio para establecer beneficios o exoneraciones de pago en favor de los contribuyentes que carecen de recursos económicos.

La aclaración referida a la vigencia del principio de capacidad contributiva respecto a todos los tributos resulta importante para el presente caso, dado que, al ser el Canon un tributo del tipo tasa-derecho, la determinación de su importe debería graduarse también por la capacidad económica del sujeto obligado a su pago; en este caso, Geo Supply. De lo contrario, el Canon infringiría un principio rector de las obligaciones tributarias.

En ese sentido, la aplicación de la capacidad contributiva sobre la obligación de pago del Canon es otro argumento que respalda la posición de Geo Supply referida al cuestionamiento de la razonabilidad en la determinación del Canon exigido por los periodos 2008 y 2009 sobre la base de la metodología de cálculo regulada en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

En atención a lo expuesto, podemos concluir que el pago por concepto de Canon que debía efectuar Geo Supply debía regirse por los principios y las disposiciones normativas tributarias aplicables a las tasas. La denuncia planteada por Geo Supply coincidentemente tenía como objeto cuestionar la determinación de la obligación de pago del Canon, alegando que su cálculo carecía de elementos técnicos y objetivos.

Siendo ello así, se evaluará en la segunda sección de este Informe Jurídico si el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas resultaba una vía adecuada para desarrollar la controversia contenida en el Expediente o si la pretensión de Geo Supply debió haber sido encauzada a través otras vías de acción jurídicas, a efectos de lograr el amparo adecuado de sus derechos.

Problemas vinculados con el Derecho Administrativo

4.4. ¿La metodología de cálculo del Canon puede ser calificada como una barrera burocrática ilegal o irracional?

Luego de haber definido nuestra posición sobre los problemas jurídicos relacionados al Derecho Tributario y las controversias sustantivas identificadas en el Expediente; es decir, sobre la calificación del Canon como tributo y la interpretación de la LOGRN respecto a los pagos exigidos por el uso de los recursos naturales, corresponde abordar en los siguientes acápite del Informe las controversias relacionadas al Derecho Administrativo que fueron listadas en la sección III de este Informe.

Como se ha indicado previamente, los problemas jurídicos vinculados con el Derecho Administrativo identificados en el Expediente son aquellos que se relacionan al ámbito procedimental de la controversia (temas adjetivos).

Sin perjuicio de que estos problemas no han sido discutidos por el MTC y Geo Supply en el caso objeto de evaluación, ya que no formaban parte de los puntos controvertidos del Expediente, constituyen preguntas que se deducen del contenido del Expediente y que tienen relevancia académica y práctica, por lo que ameritan ser desarrolladas en este Informe Jurídico.

Así pues, en el caso materia de evaluación, Geo Supply presentó una denuncia contra el MTC ante la CEB del Indecopi por la presunta irracionalidad en la determinación del Canon de los periodos 2008 y 2009 que le fue exigido por el Oficio No. 3143-2009-MTC/27 y cuya fórmula de cálculo se establecía en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

Al respecto, durante el periodo en el que se desarrolló el litigio contenido en el Expediente (es decir, durante los años 2009 al 2011), las normas vigentes que regían el procedimiento

de eliminación de barreras burocráticas eran el artículo 26 BIS del Decreto Ley No. 25868 y la Ley No.28996³⁴.

Esta última norma contemplaba en su artículo 2 la definición de barreras burocráticas como aquellos 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 No. 27444 o que perjudiquen el acceso a la libre competencia en el mercado.

Por su parte, en el artículo 26 BIS del Decreto Ley No. 25868 se regulaban las competencias de la Comisión de Acceso al Mercado (actualmente, la CEB). En dicha norma se estipulaba que la comisión puede pronunciarse sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública (incluso del ámbito municipal o regional) que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de las empresas en el mercado, en especial de las pequeñas empresas.

De lo anterior, se desprende que en nuestro ordenamiento jurídico se definía como barrera burocrática a todo acto o disposición administrativa de la Administración Pública que, a través de la imposición de condiciones, restricciones o exigencias, obstaculicen -de manera ilegal o irracional- las condiciones de desarrollo de los agentes privados en el mercado o que puedan afectar a los ciudadanos en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley No. 27444).

Sobre la potestad del Poder Ejecutivo de efectuar un control de las barreras burocráticas en los distintos niveles del Gobierno, el Tribunal Constitucional ha señalado, en los fundamentos jurídicos Nos. 25 y 26 de la Sentencia del expediente No. 014-2009-PI/TC, lo siguiente:

“La CEB, cuando “inaplica” una ordenanza, formalmente no alega su inconstitucionalidad sino su ilegalidad. (...) Su resolución descansa por consiguiente en la aplicación de la norma legal aplicable al caso concreto en virtud de competencias repartidas y no en virtud a un análisis de jerarquía entre ordenanza (regional o local) y la Constitución. El ejercicio de la CEB se circunscribe al ámbito de protección de la competitividad del mercado. tarea que, en virtud de la unidad del mercado, está bajo la competencia del Ejecutivo que vigilará la preservación del orden público económico (...).” (El énfasis es nuestro).

Como se infiere de los fundamentos citados, la función de la CEB radica en custodiar que se preserve la legalidad del ordenamiento jurídico en las diversas actuaciones de la Administración. En la persecución de este objetivo, esta entidad ejerce acciones de control y sanción sobre aquellos actos de la Administración Pública (ilegales o irrazonables) en los que se determine que se infringen las garantías que habilitan a los ciudadanos en la ejecución de actividades económicas en el mercado o aquellas normas de simplificación administrativa reconocidas en el ordenamiento jurídico.

En dicha medida, la CEB evaluó como presupuesto de admisibilidad que la metodología de cálculo del Canon constituía una limitación establecida por la Administración Pública

³⁴ Esta norma fue emitida el 3 de abril de 2007 y se mantuvo en vigencia en todos sus extremos hasta la publicación de la Ley No 30056 (01 de julio de 2013).

susceptible de ser calificada como una barrera burocrática ilegal o irracional, toda vez que se trataba de una obligación contenida en una disposición administrativa de carácter infralegal.

Así, en concordancia con el alcance de la definición del concepto de barreras burocráticas citado previamente, mediante la Resolución No. 0006-2010/STCEB-INDECOPI del 21 de enero de 2010, la CEB determinó que correspondía admitir a trámite la denuncia planteada por Geo Supply, sobre la base de que los hechos que originaron la denuncia tenían su fuente en el cuestionamiento de la metodología de cálculo del Canon regulada en una disposición administrativa, el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

El procedimiento establecido por el Indecopi para determinar si una exigencia o impedimento de la Administración califica como una barrera burocrática fue definido a través de los lineamientos de un precedente de observancia obligatoria (Resolución No.182-97-TDC), en el cual se define el siguiente esquema de análisis:

1. **En primer lugar, la Comisión evalúa la legalidad de la medida administrativa cuestionada**, con el objetivo de verificar si se han cumplido con las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y si la actuación se encuadra dentro de las atribuciones y competencias otorgadas.
2. **En segundo lugar, se analiza la racionalidad de la exigencia impuesta**, tomando en consideración que:
 - a. El denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado por ser discriminatorio, arbitrario o desproporcionado.
 - b. La entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella. (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados son razonables, considerando los fines que se pretendía alcanzar. (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas, en relación con las demás opciones existentes para lograr la finalidad prevista.

Se colige de lo expuesto que el método de análisis del sistema de eliminación de barreras burocráticas realizado por la CEB se compone por dos etapas. En primer lugar, un análisis de legalidad de las disposiciones administrativas o actos de la administración bajo el prisma de las competencias que ostenta la entidad que emite el acto o disposición administrativa, así como de las formalidades que puedan resultar aplicables y la verificación de la vulneración de alguna disposición establecida por una norma.

Sólo en caso se haya determinado que el acto o disposición objeto de análisis cumple con el examen de legalidad, se efectúa el análisis de razonabilidad que contempla la evaluación del interés público que persigue tutelar el acto o disposición administrativa impugnado; la proporcionalidad de la medida impugnada con los fines que busca preservar con su imposición (evaluación costo-beneficio de la medida administrativa); y, finalmente, se identifica si se optó por la medida menos gravosa para lograr tutelar el interés público que protege el acto o disposición administrativa.

Se debe advertir que la denuncia planteada por Geo Supply no tenía como objeto de controversia cuestionar la legitimidad del MTC para exigir el cobro del Canon, sino que la denuncia versaba sobre la razonabilidad de la metodología de cálculo del Canon contemplada en un Decreto Supremo. Por ende, esta exigencia impuesta por el Estado se encontraba dentro del ámbito de aplicación del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas.

Asimismo, es de resaltar que en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución No.182-97-TDC se indica que el razonamiento para la eliminación de barreras burocráticas resulta aplicable a los casos en los que el Tribunal de Defensa de la Competencia de Indecopi debe resolver si las exigencias impuestas por las entidades que conforman la Administración Pública, distintas a los tributos, constituyen barreras que limitan de forma ilegal o irracional el libre acceso al mercado.

Es decir, a través de su precedente, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Indecopi ya había delimitado de forma expresa que mediante el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no resultaba factible determinar la ilegalidad o irracionalidad y, por consiguiente, la inaplicación en el caso concreto de una exigencia establecida por la Administración de naturaleza tributaria.

Posteriormente, la normativa del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas fue modificada por el Decreto Legislativo No.1256 publicado el año 2016, en cuyos artículos 14 y 18 se regula el alcance del examen de legalidad y razonabilidad que debe realizar la CEB, inspirado en la Resolución No. 182-97/TDC³⁵.

Ahora bien, a la luz del esquema del análisis descrito previamente, la CEB procedió a realizar su evaluación sobre la fórmula de cálculo del Canon, concluyendo que la determinación del Canon era ilegal porque esta obligación calificaba como una tasa-derecho, de acuerdo a lo dispuesto por la Norma II del Código Tributario, y el MTC no había cumplido con demostrar que el monto de la obligación se haya fijado en atención a los costos que le irrogaba al MTC la administración del espectro radioeléctrico.

Si bien ni la CEB ni la Sala de Defensa de la Competencia desarrollaron una evaluación específica sobre la razonabilidad de la metodología de cálculo del Canon, en los fundamentos de sus resoluciones se hace referencia a los estándares objetivos que deberían regir la metodología de cálculo del Canon y ambas instancias concuerdan en aseverar que el MTC no cumplió con acreditar la adecuación de la fórmula del Canon que se encontraba vigente con la restricción del límite del costo de proveer el servicio que establece el Código Tributario.

Como hemos precisado líneas arriba, las instancias de Indecopi han sido atribuidas de competencias para declarar la ilegalidad o razonabilidad de actos o disposiciones de la Administración que califiquen como restricciones o exigencias ilegítimas que impidan el acceso al mercado de los particulares o que contravengan las disposiciones de simplificación administrativa; esto es, efectuar un control de legalidad de los actos impuestos por el Estado.

³⁵ Tal y como se indica de forma expresa en la Exposición de motivos del D.L.No.1256.

Siendo ello así, consideramos que la actuación de la CEB y la Sala de Defensa de la Competencia se ejecutó en atención a sus competencias de revisión de la potestad reglamentaria, pues su análisis se orientó a evaluar la compatibilidad de la metodología de cálculo del Canon con las disposiciones que se determinan en el Código Tributario para las tasas tributarias³⁶.

Pretensión jurídica solicitada por Geo Supply en su denuncia ante la CEB

No obstante, se debe tomar en cuenta que la pretensión de Geo Supply en su denuncia en realidad tenía como finalidad que se declare la irracionalidad de la fórmula de cálculo del Canon que le había sido notificado el MTC y la inaplicación de los importes exigidos en su caso concreto por los periodos del 2008 y 2009, al corresponder, según su criterio, a un monto desproporcionado y arbitrario.

Para explicar lo anterior se deben apreciar los fundamentos de la denuncia de Geo Supply en los cuales se sustenta que el Canon que se les ha exigido por los periodos del 2008 y 2009 resulta exagerado, en proporción a las frecuencias efectivas del espectro radioeléctrico que esta empresa demandaba para la prestación de sus servicios móviles satelitales, Es por ello que se cuestiona ante la CEB la razonabilidad de los elementos que componen la fórmula de cálculo del Canon que se encuentran regulados en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

Así, en los fundamentos jurídicos Nos. 57, 58 y 59 de su denuncia ante la CEB, Geo Supply sostiene que para el desarrollo del servicio móvil satelital solo precisa de la utilización intermitente de una porción del espectro radioeléctrico asignado, por lo cual considera desproporcionado que se le pretenda cobrar el Canon por frecuencias del espectro que resultan excesivamente superiores a aquellas que requiere para el desarrollo de sus servicios en el Perú.

En consecuencia, la pretensión que fue solicitada por Geo Supply en su denuncia tenía como objetivo cuestionar la razonabilidad del cobro de la obligación de pago del Canon, cuya determinación se regula por una norma infralegal, la cual consideraba como incompatible con el uso efectivo del espectro radioeléctrico y el alcance de las actividades económicas que realizaba como concesionario, al ascender a importes excesivamente superiores que aquellos montos que había pagado por el mismo concepto en periodos anteriores.

Esto último resulta más claro cuando se observan los documentos que fueron actuados en el Expediente. Por ejemplo, en el Informe No.236-2009-MTC/27 y el Memorando No.1614-2008-MTC/27 se expone que la fórmula de cálculo del Canon vigente genera un importe elevado que parte de la premisa de que la utilización del espectro radioeléctrico se realiza de forma exclusiva y supera los importes que pagaban regularmente por concepto de Canon las empresas concesionarias; entre estas, Geo Supply.

³⁶ Cabe resaltar que la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi ha realizado evaluaciones de similar índole en otros casos, como se refleja en la Resolución No.213-97-TDC, la Resolución No.0119-2010/SC1-INDECOPI, entre otras.

Así, en el Memorando No.1614-2008-MTC/27 se valoran los pedidos de otras empresas del sector telecomunicaciones -Telefónica del Perú S.A.A, TE.SAM. Perú S.A., entre otras-, las cuales requieren la modificación de los factores de determinación del Canon regulados en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones por considerarlo oneroso.

En relación con ello, en el Informe No.236-2009-MTC/27 se indica que se ha comprobado que la aplicación de la metodología de cálculo deriva en el cobro de montos exorbitantes por concepto de Canon, por lo que mediante el Memorando No.093-2009-MTC/27 se exhorta a la Dirección General de Regulación del MTC que evalúe los factores que inciden en la determinación del Canon, a efectos de evitar perjuicios relacionados con la potencial salida del mercado de las empresas concesionarias.

Otro de los argumentos que alegó Geo Supply con el objeto de evidenciar que el importe que se le exigía por concepto de Canon era excesivo fue aquel referido a que la metodología alternativa de determinación del Canon que se propuso mediante la Resolución Ministerial No.055-2010-MTC/03³⁷, a criterio de la compañía, reflejaba una metodología de cálculo del Canon más proporcional y ponderada, ya que contemplaba una variable de coeficiente de no exclusividad de la banda que determinaba un menor importe de la obligación en los casos que se requería un menor uso efectivo del espectro radioeléctrico.

Se colige de lo expuesto que la pretensión de Geo Supply en la controversia desarrollada en el Expediente contemplaba en el fondo un petitorio que tenía el objetivo de cuestionar la onerosidad de la determinación del Canon generada por la aplicación de la metodología de cálculo vigente de esta obligación, la cual no incluía una variable que considere el uso efectivo del espectro radioeléctrico en su determinación.

De acuerdo a lo expresado por Geo Supply, la aplicación de esta metodología de cálculo por el MTC había incrementado el importe de la obligación de pago del Canon hasta un monto exorbitante que, incluso, generaba un riesgo para el mantenimiento del desarrollo de sus actividades comerciales.

Por ello, esta empresa solicitó al MTC que evalúe la metodología de cálculo del Canon y tome en consideración la utilización intermitente y no exclusiva del espectro radioeléctrico que era propia de la prestación de los servicios móviles satelitales, a efectos de que se ajuste el importe de la obligación por concepto de Canon que le había sido exigida.

Es importante advertir que el contenido del análisis solicitado por Geo Supply tiene un cariz constitucional que difiere de las competencias de control de legalidad de la potestad reglamentaria que han sido atribuidas al Indecopi, dado que Geo Supply requiere a la CEB que declare la irracionalidad de un decreto supremo y su inaplicación en un caso concreto por constituir una obligación onerosa, desproporcionada y discriminatoria que perjudica la ejecución de sus actividades.

Como hemos mencionado, el Canon es una obligación tributaria (en específico, una tasa-derecho). Por consiguiente, el petitorio requerido por Geo Supply comprendía una evaluación

³⁷ Este proyecto de modificación normativa derivó en la publicación del Decreto Supremo No. 052-2010-MTC que incorporó la nueva metodología de cálculo del Canon que se mantiene vigente a la fecha.

de “razonabilidad” del cálculo de un tributo con aparente carácter confiscatorio, según Geo Supply, con el objeto de que la CEB declare su inaplicación en su caso, luego de confrontar el cumplimiento de la metodología mencionada con el principio de razonabilidad y las garantías tributarias de igualdad y no confiscatoriedad.

En palabras de Villegas, los tributos tienen carácter confiscatorio cuando despojan a un contribuyente de una porción significativa de su propiedad. Esta evaluación de la afectación de un tributo confiscatorio se debe revisar en cada caso concreto a la luz de las exigencias de cada tiempo y contexto, así como también observando los fines económicos y sociales del tributo. No es aconsejable que se establezca un límite fijo a través de una norma, sino que resulta más adecuado realizar una evaluación de las situaciones concretas (2002, p.207).

En tal sentido, la pretensión de Geo Supply refleja una actividad ajena a las competencias otorgadas al Indecopi y se asemeja a una evaluación de control constitucional en un caso concreto.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha evaluado casos de similares características en las sentencias de los expedientes Nos.041-2004-AI/TC y 054-2004-AI/TC, en las cuales fija criterios para determinar la confiscatoriedad en el caso de arbitrios impuestos por la Municipalidad Distrital de Surco y de Miraflores, respectivamente.

El Tribunal indica expresamente en los fundamentos jurídicos Nos. 56 y 57 de la sentencia del expediente No.041-2004-AI/TC que: “El principio de no confiscatoriedad informa y limita el ejercicio de la potestad tributaria estatal, **garantizando que la ley tributaria no pueda afectar irrazonable y desproporcionadamente la esfera patrimonial de las personas (...)** Su contenido constitucionalmente protegido no puede ser precisado en términos generales y abstractos, sino que **debe ser analizado y observado en cada caso, teniendo en consideración la clase de tributo y las circunstancias concretas de quienes estén obligados a sufragarlo.** (El énfasis es nuestro).

De igual forma, en los fundamentos jurídicos Nos. 42, 43 y siguientes de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en los expedientes Nos.001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC sobre la contribución solidaria para la asistencia previsional el Tribunal afirma que el principio de no confiscatoriedad se constituye como un límite del ejercicio irrazonable y desproporcionado de la potestad tributaria del Estado, concluyendo que carece de sustento sostener que la contribución es confiscatoria, pues en ningún caso a través de esta contribución se afecta una parte sustancial del patrimonio de los obligados a su pago.

A mayor abundancia, en la Sentencia de Casación No.11493-2022-Lima, la Corte Suprema indica que el principio de razonabilidad y el de no confiscatoriedad presentan una vinculación intrínseca, resaltando que el Tribunal Constitucional en fundamento jurídico No.5 de la sentencia del expediente No.02727-2002-AA/TC ha señalado que la razonabilidad constituye un estándar de exigencia cuyo incumplimiento contribuye a la calificación de un tributo como confiscatorio.

Siendo ello así, el alcance del petitorio de fondo de Geo Supply referido al cuestionamiento de la fórmula de cálculo del Canon como presuntamente irracional no hubiera podido ser evaluado por la CEB, pues esta pretensión se vincula directamente a la determinación de una

controversia tributaria: la razonabilidad en la correcta determinación del Canon de los periodos 2008 y 2009 que le correspondía pagar a Geo Supply y la compatibilidad del cálculo efectuado por el MTC con las garantías y principios tributarios.

En relación con lo señalado, Zumaeta y Avendaño Valdez afirman sobre el ámbito de actuación de la CEB que: “La labor de la Comisión no es fiscalizar si un arbitrio es oneroso, si los costos se encuentran sobrevalorados, si los incrementos no están debidamente justificados, o si la municipalidad viene prestando los servicios públicos que originan el pago del arbitrio (...) Asimismo, debe precisarse que el Indecopi tampoco cuenta con facultades para evaluar la correcta determinación de un tributo, en la medida que dicha materia es controvertida ante la autoridad y luego en el proceso contencioso-tributario (2011, p.221)”.

Como se desprende de lo anterior, no es función de la CEB realizar una evaluación de control sobre la presunta onerosidad de un arbitrio (tasa tributaria) o determinar si los costos que justifican el cobro de esta obligación o su incremento no han sido debidamente motivados, pues la labor de revisión de la correcta determinación de esta obligación no es materia de su competencia, sino del órgano de la entidad que realiza el cobro de la obligación tributaria³⁸.

En atención a lo expuesto, se debe concluir que, bajo la normativa vigente durante la interposición de la denuncia de Geo Supply S.A.C, la CEB tenía competencias para desarrollar el análisis de legalidad de la fórmula de cálculo del Canon, como efectivamente realizó.

Sin embargo, el Indecopi no era competente para desarrollar un análisis de razonabilidad de la obligación exigida por concepto de Canon, como fue solicitado por Geo Supply, ya que dicha evaluación obedece a un análisis de confiscatoriedad contencioso-tributario, cuyo análisis en cada caso concreto debería ser efectuado en sede jurisdiccional.

Cabe mencionar que, bajo la regulación vigente del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, se ha restringido el ámbito de actuación de la CEB de forma expresa. Así, en el artículo 3 del Decreto Legislativo No.1256 se afirma que no pueden ser consideradas como barreras burocráticas:

“b) Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros contenidos en contratos suscritos por una entidad, procesos de subasta o bases de algún tipo de concurso para contratar con el Estado³⁹ (...)”

g) Las controversias contencioso-tributarias, en especial, aquellas vinculadas a la correcta o incorrecta determinación de un tributo en un caso concreto⁴⁰”.

En concordancia con lo señalado líneas arriba, la regulación vigente del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas determina expresamente que no pueden calificarse como barreras burocráticas las controversias contencioso-tributarias, en específico aquellas relacionadas con la determinación de un tributo en un caso concreto, como precisamente fue

³⁸ Se puede apreciar un criterio similar en la Resolución No.0159-2009/CEB-INDECOPI.

³⁹ De conformidad con esta exclusión normativa, en caso se hubiese calificado al Canon como un precio público de origen contractual, tesis que no ha sido acogida en el presente Informe, la CEB no habría tenido competencia para abordar un caso en el que se cuestione la metodología de cálculo de esta obligación.

⁴⁰ El artículo 61 de la Ley de Tributación Municipal regula una excepción a esta norma, dado que determina que las personas afectadas con tasas y contribuciones municipales que impidan el acceso al mercado y la libre comercialización en el territorio nacional podrán recurrir al Indecopi.

solicitado en la impugnación del Canon efectuada por Geo Supply objeto de evaluación en el presente caso.

Como se ha explicado, en el caso del Expediente, Geo Supply cuestiona la razonabilidad de la determinación del Canon, Esta controversia constituye una materia contencioso-tributaria, cuya reclamación sería competencia de la Dirección General de Concesiones del MTC como Administración Tributaria y del Tribunal Fiscal en sede de apelación, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 133 y 143 del Código Tributario.

En virtud de lo expuesto, corresponde concluir que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no constituía una vía idónea para abordar la pretensión de fondo exigida por Geo Supply en el presente caso, dado que el Indecopi carece de competencias para desarrollar un análisis constitucional en el caso concreto de la presunta confiscatoriedad de un tributo, como fluye de los argumentos esbozados por Geo Supply al controvertir la razonabilidad del cálculo de esta obligación.

En atención a las conclusiones esbozadas, cabe evaluar como último punto del Informe Jurídico que vías se regulan en nuestro ordenamiento jurídico para que un contribuyente como Geo Supply pueda lograr cuestionar la razonabilidad de la determinación del Canon.

4.5. ¿El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas era una vía idónea para cuestionar la razonabilidad del cobro del Canon? ¿Correspondía que la controversia sea encauzada a través del proceso contencioso tributario o en sede constitucional mediante los procesos de acción popular o amparo?

Si bien este análisis no fue efectuado en su oportunidad por los órganos resolutores del Indecopi, es menester afirmar que, al consistir el petitorio de Geo Supply en el cuestionamiento de la razonabilidad de una obligación tributaria que consideraba como confiscatoria, en realidad su pretensión debió ser encauzada a través de (i) un proceso contencioso administrativo con el MTC; (ii) un proceso de amparo; (iii) o mediante una acción popular con el objeto de solicitar al Poder Judicial la inconstitucionalidad del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

A continuación, se expondrá para fines didácticos del presente Informe Jurídico⁴¹, los aspectos relevantes de cada una de estas vías de acción, considerando las normas que regulan los procesos judiciales y constitucionales vigentes a la fecha de presentación del Informe, salvo aclaración en contrario.

(i) Proceso contencioso administrativo

Nuestro ordenamiento jurídico contempla en el artículo 148 de la Constitución Política un mecanismo de defensa de los administrados contra las resoluciones de la Administración

⁴¹ Nótese que esta evaluación obedece a un ejercicio académico que no considera el periodo de controversia del caso de Geo Supply, ni el plazo de prescripción de su derecho de acción para ejercer su pretensión en las vías mencionadas.

Pública que hayan quedado firmes (“que hayan causado estado”), disponiendo que estas resoluciones pueden ser impugnadas a través de la acción contenciosa administrativa.

La Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, cuyo T.U.O. ha sido aprobada por el Decreto Supremo No.011-2019-JUS (en adelante, la “LPCA”), establece en su artículo 1 que la acción contenciosa administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Ahora bien, a efectos de que se admita a trámite una acción contenciosa administrativa, el T.U.O. de la LPCA establece en su artículo 19 que se debe cumplir de forma previa con el requisito de agotar la vía administrativa, de conformidad con las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o en aquellas normas específicas que correspondan.

Como se ha explicado líneas arriba, el iter del procedimiento administrativo está compuesto por las etapas de reclamación y apelación, las cuales deberían ser transitadas ante el MTC y el Tribunal Fiscal, respectivamente, considerando los plazos y requisitos establecidos por el Código Tributario. Si bien en los artículos 142 y 150 del Código Tributario se estipulan los plazos de 9 y 12 meses para resolver las controversias en sendas etapas, en la práctica, debido a la carga procedimental de las controversias que se dilucidan ante las autoridades tributarias, los litigios se suelen resolver fuera de los plazos normativos.

Por lo tanto, con antelación a la interposición de una acción contenciosa administrativa contra el MTC, hubiera resultado necesario que Geo Supply cumpla con agotar las etapas del procedimiento contencioso tributario y cuestione el carácter confiscatorio del Canon de los periodos 2008 y 2009 que le fue exigido a través del Oficio No.3143-2009-MTC/27.

Se debe advertir que, en el caso materia de análisis, Geo Supply hubiera podido interponer una apelación de puro derecho⁴², ya que la impugnación del Oficio No.3143-2009-MTC/27 por la presunta inconstitucionalidad de la fórmula de determinación del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones califica como un conflicto de índole normativo. En dicho caso, la controversia no hubiera tenido que transitar por la etapa de reclamación⁴³.

No obstante, se debe señalar que en esta etapa hubiera sido poco factible que se ampare la pretensión de Geo Supply, dado que en nuestro ordenamiento jurídico no se admite la aplicación del control difuso de constitucionalidad en sede administrativa, como ha sido establecido en la sentencia del expediente No. 04293-2012-PA/TC (caso Consorcio Requena) a través del cual el Tribunal Constitucional dejó sin efecto el precedente vinculante que había definido en el caso Salazar Yarlenque⁴⁴.

⁴² Según lo dispuesto por el artículo 151 del Código Tributario.

⁴³ Por ejemplo, en la Resolución No. 02602-8-2020 el Tribunal Fiscal analizó una apelación de puro derecho interpuesta por un contribuyente que impugnó el Decreto Legislativo No.1419, alegando que la inclusión que realizó esta norma de los juegos de azar y apuestas como operación gravada con el Impuesto Selectivo al Consumo (ISC) vulneraba los principios de capacidad contributiva, no confiscatoriedad, entre otros.

⁴⁴ A través de la sentencia del expediente No. 03741-2004-PA/TC.

Pese a que coincidimos con la postura esbozada por Loayza y Casma en lo referido a que el control difuso en sede administrativa constituye un mecanismo fundamental de defensa de los derechos de los contribuyentes, pues garantiza la vigencia de la tutela jurisdiccional efectiva (2019, p.148). Actualmente, los operadores de justicia en sede administrativa no cuentan con facultades para pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una norma en un caso concreto. Bajo este escenario, sería poco factible que Geo Supply obtenga amparo a su pretensión en esta etapa.

Por ejemplo, una apelación de puro derecho de similares características a la que podría interponer Geo Supply es analizada por la Resolución del Tribunal Fiscal No.0924-2-2001. En dicho caso el Tribunal Fiscal concluye que se encontraba imposibilitado de resolver sobre la presunta confiscatoriedad del Impuesto a los Juegos de Casinos y Máquinas Tragamonedas, dado que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley solo puede ser ejercida por las autoridades del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

Siendo ello así, Geo Supply solo podría obtener amparo de su petitorio en sede administrativa si el Tribunal Fiscal realizará una interpretación conforme a través de un control de convencionalidad⁴⁵, en cuyo caso no se declararía la inaplicación del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, sino que solo se efectuaría una interpretación de esta última norma a la luz de lo establecido por los principios y las normas tributarias.

Ahora bien, una vez agotada la vía administrativa, Geo Supply podría interponer una acción contenciosa administrativa contra el MTC, alegando que el Canon de los ejercicios 2008 y 2009 por el importe total de S/ 501,906.54, notificado por el Oficio No.3143-2009-MTC/27 se determinó en base a una metodología de carácter irracional que vulnera su derecho fundamental de propiedad e infringe los principios constitucionales de no confiscatoriedad y capacidad contributiva, además de otras normas del Código Tributario.

Se debe destacar que el artículo 9 del T.U.O de la LPCA señala expresamente que, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, el proceso contencioso administrativo procede a pesar de que la actuación impugnada se base en la aplicación de una norma que transgreda el ordenamiento jurídico, resaltándose que en dicho caso la inaplicación de la norma se dilucida en el mismo proceso.

Siendo ello así, y dado que la Constitución otorga a los órganos jurisdiccionales la potestad de efectuar el control difuso de las normas de nuestro ordenamiento jurídico, la pretensión de Geo Supply que discute la inconstitucionalidad de la metodología de cálculo del Canon contemplada en el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones podría ser salvaguardada en este proceso judicial.

No obstante, pese a que el proceso contencioso administrativo constituye una vía adecuada para que Geo Supply impulse la pretensión de fondo de la denuncia que presentó ante la CEB, se debe mencionar que este proceso está sujeto al principio de doble instancia, una potencial revisión en sede de casación o una posterior demanda de amparo, en caso el MTC

⁴⁵ La Corte IDH ha afirmado en el caso Gelman contra Uruguay que el control de convencionalidad es labor de cualquier autoridad de la Administración Pública y no es exclusiva del Poder Judicial.

así lo considere, por lo que el petitorio de Geo Supply podría tardar varios años en ser amparado de forma definitiva.

En adición a ello, se deben considerar otros inconvenientes para el contribuyente como la ejecutoriedad del acto administrativo de cobro del Canon una vez que se haya agotado la vía administrativa⁴⁶, salvo que se obtenga una medida cautelar, así como otros costos económicos vinculados a la demora de este proceso que podrían desincentivar su impulso en un caso concreto.

(ii) Proceso de amparo por la vulneración del derecho de propiedad de Geo Supply

Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico también se reconoce la acción de amparo como un mecanismo de tutela extraordinario de los derechos reconocidos en la Constitución, que no correspondan a la libertad individual y a los derechos comprendidos por el habeas data, de conformidad con lo establecido por el numeral 2 del artículo 200 de la Constitución que reconoce a esta acción como una garantía constitucional.

Al igual que en el supuesto anterior, la pretensión de Geo Supply contenida en su denuncia ante la CEB podría haber sido encauzada a través de una acción de amparo a través de la cual se impugne la constitucionalidad de la metodología de cálculo del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

Al respecto, el artículo 8 del Código Procesal Constitucional⁴⁷ señala que el amparo es procedente contra actos lesivos basados en normas cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución. Se resalta que en este escenario la sentencia que ampare la demanda establecerá la inaplicación de la norma cuestionada.

En consecuencia, Geo Supply debería cumplir con acreditar que su acción de amparo se interpone contra una norma autoaplicativa; es decir, que las disposiciones del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones tienen eficacia inmediata y generan la vulneración de sus derechos fundamentales.

A efectos de que la acción de amparo de Geo Supply S.A.C sea admitida deberían cumplirse las causales de procedencia de esta acción reguladas en el artículo 7 del Código Procesal Constitucional; a saber, que los hechos y el petitorio de la demanda se refieran directamente al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; que no existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado; que no se haya recurrido previamente a otro proceso judicial para solicitar la tutela del derecho; que se hayan agotado las vías previas; y que no exista litispendencia por la interposición de otro proceso constitucional.

Sin perjuicio de lo expuesto, se debe señalar que este proceso también presenta deficiencias similares a aquellas señaladas en el proceso contencioso administrativo, pues también está

⁴⁶ De acuerdo con el artículo 157 del Código Tributario, la presentación de la demanda contencioso-administrativa no interrumpe la ejecución de los actos o resoluciones de la Administración Tributaria.

⁴⁷ Nuevo Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley No. 31307.

sujeto al principio de doble instancia y, de igual forma, se podría diferir la certeza de un pronunciamiento firme hasta que se obtenga una sentencia del Tribunal Constitucional, inclusive. Por lo tanto, en este escenario la protección del petitorio Geo Supply también estará supeditado a un periodo considerable de años.

(iii) Proceso de acción popular

Finalmente, el ordenamiento jurídico peruano también contempla un proceso de control de normas infralegales con carácter general, al cual también podría haber acudido Geo Supply para solicitar que se declare la inconstitucionalidad del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones por contravenir el principio de no confiscatoriedad.

El numeral 5 del artículo 200 de la Constitución estipula que la acción popular se configura como una garantía constitucional que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

Por su parte, el artículo 83 del Código Procesal Constitucional reconoce una legitimidad amplia para impulsar una demanda de acción popular. En dicha medida, este proceso podría ser interpuesto por Geo Supply ante la Corte Superior de Justicia como primera instancia y sería resuelto de forma definitiva por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema como segunda instancia.

Es de señalar que, a diferencia del proceso de amparo, el proceso de acción popular es un mecanismo de control de constitucionalidad de las normas con efectos generales, por lo que la emisión de una sentencia favorable tendría como consecuencia que se declare la inconstitucionalidad de la norma infralegal cuestionada; en este caso, del artículo 231 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, para todos los casos y no solo para Geo Supply.

V. Conclusiones

- De acuerdo con la LOGRN y el régimen del Sistema Nacional de Bienes Estatales, el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público de soberanía exclusiva del Estado, cuya utilización es cedida a las empresas de telecomunicaciones para el desarrollo de sus actividades comerciales en el país.
- El Canon no califica como un precio público, toda vez que el origen de esta obligación tiene como fuente la Ley de Telecomunicaciones, tampoco constituye un pago de origen voluntario y los servicios asociados con la inspección y monitoreo del espectro radioeléctrico que se retribuyen mediante el Canon obedecen a prestaciones por servicios inherentes al Estado, pues corresponden a la gestión del dominio público.
- En nuestro ordenamiento jurídico, el aprovechamiento privativo de los bienes de dominio público -incluyendo a los recursos naturales- genera la obligación de efectuar un pago por los servicios que presta el Estado a los particulares que utilizan estos

bienes. Esta obligación es de naturaleza tributaria, siempre que no se haya dispuesto ninguna excepción normativa sobre su aplicación.

- Si bien de acuerdo a la doctrina jurídica los pagos que exige el Estado por permitir la explotación de los recursos naturales no califican como tributos, al constituir bienes que forman parte de su propio patrimonio, en nuestra legislación tributaria no se ha adoptado con carácter general esta clasificación financiera, por lo que la utilización exclusiva de recursos naturales por parte de agentes privados puede generar el pago de tasas tributarias de la especie derechos.
- La utilización privativa del espectro radioeléctrico origina el pago de una obligación denominada como Canon que, de acuerdo con la regulación de la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario, califica como una tasa-derecho. Por lo tanto, el Canon debería sujetarse a los principios y las garantías del Derecho Tributario.
- El Canon que es pagado por la utilización del espectro radioeléctrico y los servicios de asignación, inspección y monitoreo prestados por el MTC debe limitarse al costo efectivo que estos servicios le irrogan al Estado, según lo dispuesto por la Norma II del Código Tributario. La exigencia del pago de una tasa mayor al costo que le genera al Estado la prestación del servicio determina que la obligación sea ilegal, al infringir los límites establecidos por Ley para fijar su cuantía.
- Si bien coincidimos con la calificación de la naturaleza jurídica del Canon realizada por las instancias administrativas del Indecopi y sus conclusiones respecto a los criterios que deberían limitar el importe de esta obligación al costo efectivo del servicio, consideramos que esta entidad carecía de competencias para pronunciarse sobre la pretensión de fondo que fue solicitada por Geo Supply.
- En el caso de la denuncia impulsada por Geo Supply la actuación de las instancias administrativas del Indecopi se ejecutó en el marco de las competencias de revisión de la potestad reglamentaria que le han sido otorgadas a esta entidad, ya que el análisis de ambas instancias se orientó a evaluar la compatibilidad de la metodología de cálculo del Canon con las disposiciones que se determinan en el Código Tributario para los tributos del tipo tasa.
- El análisis de razonabilidad del Indecopi sobre la determinación del importe de un tributo es equivalente al análisis de confiscatoriedad de la obligación tributaria, pues ambos se fundamentan en la evaluación de la razonabilidad y proporcionalidad de una exacción en un caso concreto, con el objeto de concluir si se vulneran o no los principios y garantías aplicables sobre los tributos.
- El juicio de contraste entre la metodología de cálculo del Canon (una regla) y los principios constitucionalidad de no confiscatoriedad, razonabilidad e igualdad que presuntamente infringe la fórmula de cálculo del Canon, según lo solicitado por Geo Supply S.A.C, comprende un análisis de control de constitucionalidad de carácter difuso que es ajeno a las competencias que han sido atribuidas al Indecopi en nuestro ordenamiento jurídico.

- La pretensión solicitada por Geo Supply en su denuncia ante la CEB refleja una controversia de materia contencioso-tributaria de competencia del Tribunal Fiscal, cuyo amparo efectivo podría lograrse en una vía que permita el control de constitucionalidad de la obligación tributaria; es decir, en sede jurisdiccional.
- Por consiguiente, la vía idónea para que Geo Supply logre el amparo de su pretensión referida al cuestionamiento de la irracionalidad de la metodología de cálculo del Canon no era el procedimiento de barreras burocráticas, sino que dicho petitorio debió realizarse en sede jurisdiccional a través de la acción contencioso-administrativa o mediante los procesos constitucionales de acción de amparo o acción popular.

VI. **Bibliografía**

- Aparicio Zavaleta, E. R. (2014). Análisis de la naturaleza jurídica de las contraprestaciones económicas por la explotación de recursos naturales: caso del canon por uso del espectro radioeléctrico (tesis de maestría). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú.
- Avendaño Valdez, Juan Luis y Zumaeta Castro, Fiorella. (2011). El que no cae, no tiene que resbalar en el Poder Judicial: las barreras burocráticas y el procedimiento administrativo. *Ius et veritas*, (43), p.208-229.
- Azuaje Pirela, Michelle. (2020). El dominio público como presupuesto objetivo para la imposición de tributos y otros gravámenes a la actividad minera. *Ius et Praxis* 26.3, p.104-130.
- Bravo Cucci, Jorge. (2015). Fundamentos de Derecho Tributario (Quinta Edición). Editorial Jurista Editores.
- Castillo Linares, Jhon. (2017). El filtro de constitucionalidad: una crítica a los procesos destinados a garantizar el principio constitucional tributario de no confiscatoriedad. Tesis de licenciatura
- Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, CIAT (2015). Modelo de Código Tributario del CIAT.
- Ferreiro Lapatza, José Juan. (1991). Tasas y precios públicos. Los precios públicos. *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Vol. No 21, p.92.
- García Novoa, C. (2009). El concepto de tributo. Lima: Tax Editor.
- García Vizcaíno, Catalina (1999). Derecho Tributario: Consideraciones económicas y jurídicas, análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia". Tomo 1 parte general. Buenos Aires: De Palma.
- Giuliani Fonrouge, Carlos M (1987). "Derecho Financiero". Volumen 1, Cuarta Edición. Actualizada y ampliada por Navarrine Susana, Camila. Ediciones De Palma.

- Gonzáles, Eusebio (1991). La tasa como especie del género tributo. In Tasas y precios públicos en el ordenamiento jurídico español: Ponencias y comunicaciones españolas: XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, p.77-87. Instituto de Estudios Fiscales.
- Grillaud Guzmán, Guillermo (1991) Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, No. 21,1991, Lima, p.71-88.
- Hernández Berenguel, L. (2008). La tarifa por utilización de aguas subterráneas en Lima y Callao y la tributación ambiental. Revista de Derecho Administrativo, 6, pp. 109-116.
- Hernández Berenguel, L. (2010). La tarifa por uso de aguas subterráneas y el Tribunal Constitucional. Advocatus, 2010, No. 23, p. 49-60.
- Huapaya Tapia, Ramón (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. Revista de Derecho Administrativo, 2014, no 14, p.327-339.
- Informe UIT-R SM.2093-1 (2011). Orientaciones sobre el marco reglamentario para la gestión nacional del espectro. Ginebra-Suiza: UIT.
- Jarach, Dino 1999 Finanzas públicas y derecho tributario. Tercera edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Kresalja, B., & Ochoa, C. (2020). Derecho constitucional económico. Fondo Editorial de la PUCP.
- Loayza Jordán, Fernando & Casma Rocha, Julio. El control de convencionalidad en sede administrativa: un mecanismo para la defensa de los contribuyentes. THEMIS: Revista de Derecho, (76), p.145-160.
- OEA-BID (1967). Modelo de código tributario. Unión Panamericana. Programa Conjunto de Tributación.
- Medrano Cornejo, Humberto. (1991). En torno al concepto y la clasificación de los tributos en el Perú. Revista del IPDT, 18, p.37-50.
- Mutsios Ramsay, Milagros (2018). ¿Quién se robó mi propiedad? El tratamiento de los recursos naturales mineros a la luz de las teorías de dominio público y su aplicación en el Perú. THEMIS Revista de Derecho, (74), p.11-25.
- Rubio Correa, Marcial. (2005). La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ruiz de Castilla, Francisco (2017). Derecho tributario: temas básicos. Colección: lo esencial del Derecho. Lima. Fondo Editorial de la PUCP.

- Robles Moreno, Carmen; Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco; Villanueva Gutiérrez, Walker & Bravo Cucci, Jorge. (2016). Código Tributario: doctrina y comentarios (Cuarta edición). Lima: Instituto Pacífico (dos tomos).
- Sevillano Chávez, Sandra. (2019). Lecciones de derecho tributario: principios generales y código tributario. Lima. Fondo Editorial de la PUCP.
- Sotelo Castañeda, Eduardo. (2005). Acerca de las regalías mineras. En: Vectigalia, Revista de la Asociación Civil Vectigalia, Año 3, No.3, p.243-253.
- Carrillo Soto, Gerardo y Grández Villarreal, Renzo (2016). Aporte por regulación, canon por espectro radioeléctrico y tasa por explotación comercial: aspectos tributarios de las telecomunicaciones. *THEMIS Revista de Derecho*, (69), 171-196
- UIT, 2011. Orientaciones sobre el marco reglamentario para la gestión nacional del espectro. Informe UIT-R SM.2093-1, p.16.
- Valdés Costa, Ramón. (1996). Curso de Derecho tributario. Editorial De Palma.
- Villegas, Héctor. (2002). Curso de finanzas, Derecho Financiero y Tributario. Octava edición actualizada y aplicada. Editorial De Palma.
- Vidal Henderson, Alfredo; Vidal Henderson Enrique y Mur Valdivia Miguel. (1991). "Tasa y precios públicos". Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario, No. 21, Lima, p.47-65.
- Zegarra, Diego. (2018). Introducción al Derecho de las Telecomunicaciones (Vol. 38). Fondo Editorial de la PUCP.
- Zuzunaga, Fernando y Vega, Sergio. (2008). "No tiene color y tampoco es rojo: aciertos y desaciertos del Tribunal Constitucional en torno al concepto de tributo". Themis. Lima, número 55, p.225-242.
- Zuzunaga, Fernando. (2011). Tributación de la explotación minera y petrolífera en el Perú. Ponencia presentada en el III Encuentro Regional Latinoamericano de Tributación Internacional IFA, Bogotá, p.1-22.

VII. Anexos

Con la finalidad de brindar una mejor referencia a los miembros del jurado, y de conformidad con el artículo 90 del Reglamento de la Facultad de Derecho, a continuación, se anexan los documentos más importantes del Expediente:

Anexo 1: Oficio No.3143-2009-MTC/27 que requiere el pago del Canon a Geo Supply

Anexo 2: Denuncia interpuesta por Geo Supply el 23 de diciembre de 2009

Anexo 3: Contestación de la denuncia presentada por el MTC el 12 de febrero de 2010

Anexo 4: Escrito complementario presentado por Geo Supply el 17 de febrero de 2010

Anexo 5: Resolución No.0098-2010/CEB-INDECOPI del 22 abril de 2010

Anexo 6: Recurso de apelación contra la Resolución No.0098-2010/CEB-INDECOPI y escritos complementarios

Anexo 7: Escrito de respuesta a la apelación presentada por Geo Supply el 28 de julio de 2010 y escrito adicional complementario del 20 de abril de 2011

Anexo 8: Resolución No.1236-2011/SC1-INDECOPI del 04 de julio de 2011

Anexo 9: Memorando No.1614-2008-MTC/27

Anexo 10: Informe No.236-2009-MTC/27

Anexo 11: Decreto Supremo No.052-2010-MTC que modifica la metodología de cálculo del Canon de servicios móviles por satélite

Anexo 12: Informe de Osiptel: "Análisis del Canon por Uso del Espectro Radioeléctrico" (2006)