



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0652-2021/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000364-2019/CEB

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS
DENUNCIANTE : AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.¹
DENUNCIADA : ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES
MATERIA : LEGALIDAD
ACTIVIDAD : TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: *se declara la **SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA** en el procedimiento iniciado por América Móvil Perú S.A.C. en contra del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones por la imposición de la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 00801-GG/2019 del 26 de noviembre de 2019.*

La razón se sustenta en que se ha verificado que, mediante la Carta 00088-GG/2021 del 28 de enero de 2021, se informó a la denunciante que el contenido de la Carta 00801-GG/2019 devino en inaplicable, por lo que el requerimiento realizado ya no resulta en exigible a la denunciante, siendo de aplicación lo señalado en el numeral 29.2 del artículo 29 del Decreto Legislativo 1256.

*Asimismo, se **REVOCA** la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021; y, en consecuencia, se declarara infundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. en contra del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones por la imposición de la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTTEL.*

La razón es que la prohibición denunciada sí encuentra un sustento normativo en el artículo 11-D del Texto Único Ordenado de las Condiciones de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo 138-2012-CD-OSIPTTEL, por cuanto dicha norma establece que los puntos de venta de los distribuidores autorizados en los cuales se lleve a cabo las contrataciones del servicio tendrán una dirección, la cual deberá ser informada al organismo regulador mediante el registro correspondiente.

Dicha lectura se realiza en la línea de que los operadores tienen la obligación de realizar la verificación biométrica de identidad únicamente en las oficinas o centros de atención de las operadoras y en los distribuidores autorizados al momento de realizar las contrataciones del servicio público móvil, por lo que, al realizar una contratación en la vía pública, dicha verificación no podría cumplirse y ello devendría en una vulneración al marco jurídico vigente.

¹ Identificado con RUC 20467534026.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0652-2021/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000364-2019/CEB

Del mismo modo, se ha verificado que América Móvil Perú S.A.C. no ha presentado argumentos destinados a cuestionar la razonabilidad de la barrera burocrática denunciada que se encuentra materializada en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL.

Lima, 12 de noviembre de 2021

I. ANTECEDENTES

1. El 27 de diciembre de 2019, complementado el 6^º, 13, 27 de enero, 25 de febrero y 2 de marzo de 2020, América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, la denunciante) interpuso una denuncia en contra del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) por la imposición de una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 00801-GG/2019, en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL.
2. La denunciante sustentó su cuestionamiento en base a lo siguiente:
 - (i) El 26 de noviembre de 2019, el Osiptel le notificó la Carta 00801-GG/2019, que adjuntó el Informe 00092-GPSU/2019, mediante la cual requirió, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 11-D del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso (en adelante el TUO de las Condiciones de Uso), que cese la contratación de los servicios públicos móviles en la vía pública, y que intenta sustentar el propio acto, a través de un informe, como si fuera una norma en sí misma, con lo cual se evidencia la infracción al principio de legalidad. El mencionado informe intenta analizar una problemática y propone una solución consistente en la prohibición de la contratación de servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública.
 - (ii) El artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso no prohíbe la contratación en vía pública de servicios de telecomunicaciones, por el contrario, el artículo citado únicamente desarrolla una regla de identificación para los distribuidores autorizados con fines informativos, por lo que de la revisión de los enunciados del citado artículo no se advierte que limita la venta en vía pública de vendedores adscritos o que provengan de un distribuidor autorizado para todo tipo de servicio.
 - (iii) El Osiptel señala que la contratación puede hacerse fuera de la dirección formal del punto de venta, como por ejemplo en una feria itinerante, en ningún momento utiliza la frase solo en dichos lugares, pues la intención

² Mediante dicho escrito, la denunciante solicitó el otorgamiento de una medida cautelar a su favor; sin embargo, la misma fue denegada mediante la Resolución 0171-2020/CEB-INDECOPI.



del regulador era mostrar que la venta podía realizarse.

- (iv) El 16 de diciembre de 2019, el Osiptel notificó la Resolución de Gerencia y Supervisión 00489-2019-GSF/OSIPTEL, a través de la cual le impone una medida cautelar consistente en el cese de la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta ubicados en la vía pública.
- (v) El 23 de diciembre de 2019, el Osiptel les notificó la Carta 02429-GSF/2019, a través de la cual se inició un procedimiento administrativo sancionador en su contra por el incumplimiento de lo dispuesto en la medida cautelar dictada a través de la Resolución de Gerencia y Supervisión 00489-2019-GSF/OSIPTEL (cese de la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta ubicados en la vía pública).
- (vi) El 29 de enero de 2020, el Osiptel les notificó la Resolución 0041-2019-GSG/OSIPTEL, mediante la cual impuso una segunda medida cautelar por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso al momento de realizar la venta del servicio público móvil en la vía pública.
- (vii) La medida cuestionada vulneró el principio de legalidad, toda vez que las normas que desarrolla las atribuciones de Osiptel, como el Decreto Supremo 013-93-TC, el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión privada en los Servicios Públicos, la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel, la Ley 26285, disponen la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia, no le otorga expresamente a Osiptel la facultad de prohibir la contratación de servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública.
- (viii) Osiptel se ha limitado a indicar que la base normativa de su prohibición se encontraría establecida en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso.

Indicios y argumentos que sustentarían la supuesta arbitrariedad de la medida cuestionada

- (ix) La arbitrariedad se deriva de la falta de adecuación e idoneidad de la exigencia cuestionada para alcanzar sus objetivos, los intereses públicos comprometidos, de ser el caso, no corresponden a Osiptel.
- (x) El Informe 00092-GSPU/2019 sostiene que la prohibición es necesaria principalmente para i) evitar la contratación fraudulenta con fines ilícitos (extorsión o suplantación de identidad) ii) el uso indebido de datos personales, iii) permitir la entrega de información completa sobre los servicios y iv) facilitar las labores de supervisión del regulador.



- (xi) La medida establecida por el Osiptel es intrascendente para combatir la contratación con fines fraudulentos y la utilización indebida de datos personales, en todo caso dichos actos se encuentran a cargo de la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales que forma parte del Ministerio de Justicia.
- (xii) La prohibición de la contratación en la vía pública no garantiza que la situación de inseguridad y riesgos conexos sean eliminados o superados en su totalidad en puntos de venta o locales que cuenten con una ubicación o domicilio específico.
- (xiii) El hecho de prohibir la contratación del servicio móvil en la vía pública constituye una medida que no aporta a la seguridad de los procesos de contratación de servicios móviles puesto que solo se trasladarían las zonas de operación de estas mafias de la vía pública a establecimientos fijos.

Sobre la supuesta dificultad en la realización de las acciones de supervisión del Osiptel

- (xiv) El Osiptel no puede alegar que la prohibición sea coherente con las dificultades para realizar supervisiones.
- (xv) La prohibición de la actividad no eliminará los problemas de supervisión producidos en otras sedes de contratación, frente a ello podría ejercer su facultad correctiva o sancionadora dentro de sus competencias (sin eliminar totalmente la actividad).

Sobre la supuesta falta de garantía de brindar información adecuada sobre el servicio a contratar

- (xvi) El protocolo de ventas de la denunciante señala expresamente que los activadores deben informar a los potenciales clientes sobre las condiciones del servicio en forma previa y posterior a la contratación. Toda la información de los planes se encuentra en los Términos y Condiciones del Servicio que se encuentran en la aplicación de la denunciante y que es exhibida al cliente antes de que culmine la contratación del servicio público móvil.

La prohibición no es idónea para erradicar un problema presente en todo el mercado de telecomunicaciones.

- (xvii) No existiría impedimento para que los operadores reporten las ubicaciones en donde se realizarían las ventas en la vía pública toda vez que, por lo general, corresponden a zonas de alto tránsito o plazas que el Osiptel pudo ubicar fácilmente en sus visitas e inspecciones.
- (xviii) La prohibición impuesta estaría erradicando un canal importante de ventas sin que ello signifique necesariamente una mejora en las condiciones de



supervisión y una muestra de ellos es que el mismo problema existiría en las ferias itinerantes donde no hay punto físico registrado en la entidad, pero pese a ello no se ha prohibido.

Indicios y argumentos que sustentan la supuesta desproporcionalidad de la medida cuestionada

- (xix) El Osiptel se basó en una difusa concepción del interés público para afirmar que los costos asociados a prohibir la contratación en la vía pública son menores que los costos generados por los problemas que justifican la medida. Por lo que no cuantificó los costos sociales que se verían reducidos con la prohibición, ni tampoco aquellos que serían generados.
 - (xx) La prohibición de la contratación en la vía pública supone una injerencia carente de cobertura legal que altera drásticamente el principal mecanismo de contratación de las empresas operadoras, por lo que dicho canal de ventas representa alrededor del 77% del total de sus contrataciones.
 - (xxi) La prohibición tiene otro efecto directo sobre la competencia y el crecimiento en el mercado de telecomunicaciones toda vez que la medida no genera el mismo impacto en todas las empresas pues beneficiaría únicamente a Telefónica del Perú S.A.A., empresa con mayor porcentaje del mercado móvil.
 - (xxii) La contratación del servicio móvil en la vía pública es una libre iniciativa privada que ha permitido que las empresas operadoras se acerquen lo más posible al cliente con la finalidad de que este reduzca sus costos de transacción para contratar el servicio, incluso los usuarios prefieren este canal de ventas, pues aproximadamente el 77 de cada 100 ventas se realiza por este canal. Por lo que, la prohibición impuesta perjudica directamente al cliente final, toda vez que elimina una importante opción de contratación.
 - (xxiii) La contratación del servicio móvil en la vía pública ha permitido reducir los costos operativos de ventas de las empresas operadoras, brindándoles mayor flexibilidad comercial y la capacidad para ofrecer sus servicios en lugares poco populares y/o difícil acceso. Por lo que la prohibición impuesta por Osiptel perjudicará la operación eficiente de las empresas operadoras dramáticamente, pues se estima que el costo promedio operativo de ventas se incrementa en por lo menos 750% aproximadamente, esto debido a que la relación costo operativo de venta (sin incluir infraestructura entre un canal convencional y contratación en la vía pública) es de 8.5 a 1.
3. El 4 de septiembre de 2020, mediante la Resolución 0171-2020/CEB-INDECOPI, la Comisión admitió a trámite la denuncia conforme a los términos descritos en



el párrafo 1 de la presente resolución³.

4. El 2 de octubre de 2020, Osiptel presentó sus descargos en base a lo siguiente:
- (i) La Carta 00801-GG/2019 constituye una exhortación formal al cumplimiento del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso. En ese sentido, dicho documento no constituye un acto administrativo recurrible de acuerdo con lo señalado por el artículo 217 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General 27444.
 - (ii) La Carta 02429-GSF/2019, corresponde a la comunicación que pone de conocimiento a la denunciante el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) en virtud de una supervisión a través de la cual se advirtió que incumplió con un mandato establecido por el Osiptel a través de la Medida Cautelar impuesta mediante la Resolución 00489-2019-GSF/OSIPTEL, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso.
 - (iii) La Resolución 00489-2019-GSF/OSIPTEL de fecha 16 de diciembre de 2019 y la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL de fecha 28 de enero de 2020, corresponden a medidas cautelares impuestas a la denunciante vinculados a procedimientos administrativos sancionadores.
 - (iv) La comercialización de líneas móviles en la vía pública puede constituir una estrategia comercial para captar mayor cantidad de usuarios, razón por la cual la denunciante tendría percepción errónea de que la ilegalidad de dicho comportamiento lo afecta; sin embargo, las empresas son libres de decidir su estrategia comercial óptima y en ningún caso el Osiptel restringe canales si es que los mismos se ajustan a las disposiciones regulatorias vigentes.
 - (v) La libre iniciativa privada no es un derecho irrestricto, sino que, como bien señala el propio artículo 3 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión privada, debe ser ejercido en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes.
 - (vi) La medida señalada por la denunciante no constituye en modo alguno una exigencia, requisito, prohibición y/o cobro impuesto por el Osiptel, sino que constituye la materialización de facultades atribuidas legalmente (prevención de conductas infractoras, supervisión y fiscalización del desenvolvimiento de las empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones) al Osiptel.
 - (vii) Las cartas y las resoluciones cuestionadas por la denunciante han sido emitidas en el marco de las facultades otorgadas a Osiptel a través de la

³ Asimismo, la Comisión declaró improcedente la denuncia en el extremo que cuestionó que la medida se encontraba contenida en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso.



Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de Servicios Públicos, así como su modificatoria y la Ley 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del Osiptel.

- (viii) Las medidas iniciadas mantienen la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, en tanto no se está prohibiendo el ejercicio de un derecho de la empresa operadora como concesionario para la prestación del servicio de telefonía móvil, sino que únicamente se busca garantizar que dicho ejercicio de derechos (vg. Contratación de servicios móviles) se efectúe de conformidad a las disposiciones vigentes, esto es, en centros debidamente habilitados para ello y cuya dirección específica haya sido comunicada al Osiptel.
- (ix) El artículo 76 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo 013-93-TCC, el literal c) del artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, y el artículo 32 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, reconocen la facultad del Osiptel para dictar, de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, mediante los cuales se pueden definir los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de estas con los usuarios. En ese sentido, la Resolución 056-2015-CD/OSIPTEL, que incorporó el artículo 11-D al TUO de las Condiciones de Uso, se emitió sobre la base de la función normativa atribuida legalmente al Osiptel.
- (x) Teniendo en cuenta ello y con la finalidad de garantizar una adecuada información, contratación y provisión del servicio público de telecomunicaciones, a través de la Resolución 056-2015-CD/OSIPTEL se incorporó, entre otros aspectos, el artículo 11-D al TUO de las Condiciones de Uso.
- (xi) Precisamente, la Exposición de Motivos de la Resolución 056-2015-CD/OSIPTEL estableció, atendiendo a lo dispuesto en el Decreto Supremo 023-2014-MTC, que las empresas operadoras se encuentran obligadas a implementar un registro de distribuidores autorizados y deberán adoptar las medidas de seguridad que resulten necesarias, de tal manera que valide la actuación del distribuidor en cada contratación del servicio.
- (xii) La orden para el cese de la contratación en lugares que no cuentan con una dirección fija, como lo establece el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, el cual fue requerido a través de la Carta 0081-GG/2019, Resolución 00489-2019-GSF/OSIPTEL, Carta 02429-GSF/2019 y Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL, ha sido emitida bajo las atribuciones conferidas por las normas antes señaladas, con el fin de garantizar la verificación del cumplimiento de las obligaciones legales, así como que se impongan las medidas administrativas que correspondan cuando se observe el incumplimiento de las mismas, de modo tal que se



generen los incentivos suficientes para impulsar un cambio conductual en las empresas operadoras que se ajuste a la normativa sectorial.

- (xiii) La exigencia se sustenta en la seguridad, vinculada a que la celebración del contrato no genere riesgos para el contratante y que los datos proporcionados se utilicen para la contratación, y en garantizar una adecuada información, toda vez que, de no brindarse información veraz y adecuada, se eleva el riesgo de que la manifestación de voluntad se obtenga de forma indebida e ilícita, conforme consta en reclamos y consultas de usuarios en los cuales señalaron que se habían realizado portabilidades no solicitadas cuando les ofrecieron “chips” prepago de la empresa denunciada en la “calle” (vía pública).
- (xiv) La prohibición se incorporó al TUO de las Condiciones de Uso con la finalidad de abordar la problemática de la falta de seguridad en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones. No obstante, en los años 2011 y 2014 impuso nueve (9) multas y veinticuatro (24) multas coercitivas a las empresas operadoras móviles por no seguir el procedimiento de contratación establecido y los mecanismos de difusión del mismo, de esa manera se observó que continuaban incumpliendo tales obligaciones.
- (xv) La medida cuestionada en el presente procedimiento es importante toda vez que garantiza la seguridad y adecuada información en la contratación de los servicios públicos móviles, por lo que no solo se requiere de ello, sino de otras medidas adicionales que se encuentran previstas en el marco normativo (como la de verificación biométrica de identidad del contratante, entre otros).
- (xvi) Asimismo, un punto de venta con dirección específica permite llevar a cabo las acciones de supervisión respectivas, por cuanto se conoce los lugares en los cuales se lleva a cabo las contrataciones, inclusive resulta menos probable que se lleven a cabo prácticas como las detectadas, en las cuales se comercializa de manera ilícita el servicio público móvil registrado a nombre de terceras personas. Del mismo modo ante cualquier posible suplantación de identidad, se contaría con mayores datos sobre tal suceso, que facilitarían la labor de investigación de las autoridades correspondientes.
- (xvii) La prohibición de que las empresas de telefonía móvil o sus distribuidores puedan realizar la contratación de este servicio con los usuarios en la vía pública o en forma ambulatoria, no conlleva restricción o afectación sustancial a su libertad para decidir o continuar el desarrollo de la actividad económica o empresarial que han determinado.
- (xviii) Simplemente impone una limitación en atención a la protección de los intereses generales de los usuarios del servicio y de la preservación de la seguridad pública y ciudadana, con el fin de brindar mayor seguridad sobre



la autenticidad del acto de contratación, del origen lícito de los equipos móviles y productos que se ofrecen y comercializan, así como la verificación de la identidad de los vendedores y de los usuarios contratantes del servicio o producto.

5. El 23 de diciembre de 2020, Osiptel reiteró sus argumentos señalados en sus descargos y precisó que denunciante busca que la Comisión analice la legalidad y/o razonabilidad de la obligación establecida en dicha disposición normativa, pretendiendo utilizar el presente procedimiento para que se evalúe la interpretación que ha tenido el Regulador respecto de esa norma, por lo que no se puede analizar los fundamentos en los que se basó el órgano competente de Osiptel para imputar responsabilidad administrativa a la denunciante por la contravención del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, porque ello implicaría actuar como instancia revisora de las actuaciones del Regulador en el marco del PAS contra la denunciante, lo cual no es de su competencia.
6. El 13 de enero de 2021, la denunciante reiteró sus argumentos presentados en la denuncia, así como precisó que no cuestionó la facultad sancionadora y fiscalizadora del Osiptel, la cual es independiente de la barrera denunciada, asimismo solicitó que la Resolución 142-2020-GSF/OSIPTEL se incorpore al presente procedimiento, toda vez que la medida impuesta en dicho acto administrativo es materia de controversia.
7. El 5 de febrero de 2021, mediante la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI, la Comisión declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 00801-GG/2019, en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL.
8. La Comisión sustentó su decisión en base a que verificó que el Osiptel impuso una prohibición que no cuenta con un respaldo normativo, toda vez que los actos que materializan la medida cuestionada fueron emitidos al amparo del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso pese a que la referida disposición no contiene la prohibición bajo análisis, vulnerando, así, el principio de legalidad reconocido en el numeral 1.1) del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG). Asimismo, señaló que la libertad de contratación no puede ser limitada por prohibiciones tácitas o indirectas, sino solo por prohibiciones expresas y directas, las cuales, además, deben tener como fuente una norma con rango de ley.
9. El 12 de febrero de 2021, Osiptel solicitó a la Comisión que se declare la sustracción de la materia respecto de la materialización de la medida contenida en la Carta 00801-GG/2019, por cuanto mediante la Carta 00088-GG/2021 del 28 de enero de 2021, se informó a la denunciante que el contenido de la Carta 00801-GG/2019 devino en inaplicable, por lo que el requerimiento realizado ya no resulta en exigible a la denunciante.



10. El 16 de marzo de 2021, Osiptel presentó un recurso de apelación en contra de la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPÍ, en base a lo siguiente:
- (i) La denuncia resulta improcedente por cuanto la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTTEL y la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTTEL, no son exigibles a la denunciante pues las medidas cautelares impuestas caducaron de pleno derecho en tanto existe un pronunciamiento sobre el fondo.
 - (ii) La Carta 02429-GSF/2019 no contiene la barrera burocrática denunciada por cuanto únicamente consiste en la comunicación del incumplimiento de una medida cautelar que fue dictada para asegurar el cumplimiento de la decisión final, por lo que el petitorio resulta jurídicamente imposible.
 - (iii) Se declare la sustracción de la materia respecto de la materialización de la medida contenida en la Carta 00801-GG/2019, ya que mediante la Carta 00088-GG/2021 del 28 de enero de 2021, se informó a la denunciante que el contenido de la Carta 00801-GG/2019 devino en inaplicable, por lo que el requerimiento realizado ya no resulta en exigible a la denunciante.
 - (iv) En caso no se considere la improcedencia de la denuncia planteada inicialmente, se debe considerar que la Comisión no resulta competente para analizar si lo decidido por Osiptel, en el ejercicio de la potestad punitiva, constituye o no una barrera burocrática.
 - (v) Se debe considerar que los actos administrativos cuestionados tienen respaldo normativo en la potestad sancionadora asignada al Osiptel, por lo que no hay incumplimiento del principio de legalidad, ni barrera burocrática ilegal.
 - (vi) Se requiere declarar que no resulta posible analizar la razonabilidad de la medida denunciada por cuanto implica una evaluación del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de uso, siendo que ello no forma parte de la cuestión controvertida.
11. El 15 de julio de 2021, la denunciante absolvió la apelación presentada por Osiptel, en los siguientes términos:
- (i) La sustracción de la materia alegada por el Osiptel no se ha llevado a cabo, por cuanto si bien se habría inaplicado lo señalado en la Carta 00801-GG/2019, sus efectos continúan vigentes en los demás actos administrativos y afectan las actividades económicas de la denunciante.
 - (ii) Los actos administrativos cuestionados no tienen vinculación directa con la potestad sancionadora de Osiptel, sino que son medidas que se encuentran fundadas en la imposición de una prohibición ilegal.
 - (iii) Solicitó el uso de palabra mediante un informe oral.



II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

12. Determinar si corresponde confirmar o no la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021, que declaró que constituye barrera burocrática ilegal la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 00801-GG/2019, en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1 Cuestiones previas

A) Sobre la solicitud de informe oral

13. La denunciante solicitó, en su escrito de absolución de la apelación, que la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Sala) le conceda el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.
14. Al respecto, cabe indicar que el artículo 30 del Decreto Legislativo 1256 dispone que, en cualquier etapa del procedimiento, ya sea a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala puede citar a las partes a una audiencia de informe oral, con el objetivo de contar con más elementos para resolver la cuestión controvertida.
15. Asimismo, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi señala que las Salas del Tribunal del Indecopi podrán denegar una solicitud de audiencia de informe oral mediante una decisión debidamente fundamentada, por lo cual, la citación a informe oral es una potestad de la administración y no una obligación.
16. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia del 16 de enero de 2013, emitida en el marco del Expediente 01147-2012-PA/TC, indicó lo siguiente:

SENTENCIA DEL 16 DE ENERO DE 2013, EXPEDIENTE 01147-2012-PA/TC

“18. (...) este Colegiado en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto manifestando que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios (sic) del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación. (...).”

17. En el presente caso, los denunciados han tenido la oportunidad de presentar los argumentos que estimaron pertinentes con relación a la materia controvertida, lo cual conlleva a que la Sala cuente con todos los elementos de juicio para emitir un pronunciamiento.

18. Por tal motivo, el Colegiado considera que no es necesario convocar a una audiencia de informe oral; en consecuencia, corresponde denegar la solicitud formulada por los denunciantes.

B) Sobre la sustracción de la materia

19. En el escrito de apelación presentado por Osiptel, señaló que se debe declarar la sustracción de la materia respecto de la materialización de la medida en la Carta 00801-GG/2019 del 26 de noviembre de 2019, por cuanto mediante la Carta 00088-GG/2021 del 28 de enero de 2021, se informó a la denunciante que el contenido de la Carta 00801-GG/2019 devino en inaplicable, por lo que el requerimiento realizado ya no resulta en exigible a la denunciante.

17. Sobre ello, la denunciante señaló que si bien se habría inaplicado la Carta 00801-GG/2019, sus efectos continúan vigentes en los demás actos administrativos y afectan sus actividades económicas.

18. El artículo 29 del Decreto Legislativo 1256 señala que la Comisión o la Sala de ser el caso declara la sustracción de la materia cuando a lo largo de la tramitación del procedimiento, la entidad de la administración pública deroga y/o modifica la barrera burocrática denunciada y/o la inaplica a favor del denunciante, en caso se encuentre en un acto administrativo o actuación material⁴.

19. Al respecto, de la revisión de la Carta 00088-GG/2021 del 28 de enero de 2021, se informó a la denunciante que el contenido de la Carta 00801-GG/2019 devino en inaplicable, por lo que el requerimiento realizado en la misma ya no resulta en exigible a la denunciante, tal como se aprecia a continuación:

IMAGEN 1 – CARTA 000088-GG/2021

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**

Artículo 29.- Plazo para la presentación de descargos

(...)

29.2. En sus descargos, la entidad debe:

a. Presentar los argumentos de legalidad y/o razonabilidad, dependiendo de lo cuestionado en la denuncia o en el procedimiento de oficio, respecto de la barrera burocrática cuestionada, conforme a la metodología de análisis señalada en la presente ley.

b. Pronunciarse sobre cada uno de los argumentos presentados por la parte denunciante; o,

c. Comunicar sobre la derogación y/o modificación de la barrera burocrática cuestionada denunciada y/o la inaplicación de la misma al denunciante en caso la barrera burocrática se encuentre materializada en un acto administrativo o actuación material. Esta obligación se mantiene a lo largo de la tramitación del procedimiento. La entidad debe presentar los documentos que acrediten sus afirmaciones.

29.3. Cuando se presente el supuesto del literal c., la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la sustracción de la materia controvertida, disponiendo el archivo del expediente, incluso si se trata de un procedimiento sancionador.

**C. 00088-GG/2021**

SEÑOR
JUAN RIVADENEYRA SANCHEZ
DIRECTOR DE MARCO REGULATORIO
AMERICA MOVIL PERU S.A.C
AV. NICOLAS ARRIOLA 480° - TORRE CORPORATIVA CLARO
LIMA.-

Referencia: Carta N°00801-GG/2019 del 26.11.2019

De mi consideración,

Tengo el agrado de dirigirme a usted con relación a la Carta de la referencia, en la que se hizo referencia a la aplicación del artículo 11-D del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, así como al requerimiento de cese de la contratación de sus servicios públicos móviles de forma ambulatoria en la vía pública.

Al respecto, habiendo los órganos competentes del OSIPTEL adoptado en su oportunidad diversas medidas cautelares en el ejercicio de la función supervisora, fiscalizadora y sancionadora que el marco legal vigente reconoce a este organismo regulador, ante lo cual su representada ha ejercido en todo momento su derecho de defensa, por la presente comunicación se declara que el requerimiento contenido en la Carta N°00801-GG/2019 ha devenido en inaplicable, careciendo de objeto a la fecha por la razón antes expuesta.

20. Si bien la denunciante ha señalado que los efectos de la Carta 00801-GG/2019 se mantienen por cuanto sirvió como parte del sustento para la emisión de los demás actos administrativos que materializan la barrera burocrática denunciada, cabe precisar que dichos actos administrativos resultan actuaciones independientes pero que también contienen la medida denunciada.
21. De tal forma, al verificar que Osiptel determinó que la referida carta no resulta aplicable a la denunciante, corresponde declarar la sustracción de la materia respecto de la materialización de la barrera burocrática denunciada en la Carta 00801-GG/2019 del 26 de noviembre de 2019, de acuerdo lo señalado en el artículo 29 del Decreto Legislativo 1256.
- C) Sobre los argumentos de procedencia de Osiptel
22. En su escrito de apelación, Osiptel señaló que la denuncia debía declararse improcedente en base a lo siguiente:
- (i) La denuncia resulta improcedente por cuanto la Resolución 00489-2019-GSF/OSIPTEL y la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL, no son exigibles a la denunciante pues las medidas cautelares impuestas caducaron de pleno derecho en tanto existe un pronunciamiento sobre el fondo.
 - (ii) La Carta 02429-GSF/2019 no contiene la barrera burocrática denunciada por cuanto únicamente consiste en la comunicación del incumplimiento de una medida cautelar que fue dictada para asegurar el cumplimiento de la decisión final, por lo que el petitorio resulta jurídicamente imposible.



- (iii) Se debe considerar que la Comisión no resulta competente para analizar si lo decidido por Osiptel, en el ejercicio de la potestad punitiva, constituye o no una barrera burocrática.
23. Respecto del argumento señalado en el punto (i) precedentemente, de la revisión del contenido del escrito y la documentación presentada por Osiptel, no se ha identificado que haya acreditado que un procedimiento administrativo principal de evaluación del cumplimiento de lo señalado en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso haya finalizado o que haya agotado la vía administrativa, lo que devendría en la caducidad de las medidas cautelares impuestas por la Resolución 00489-2019-GSF/OSIPTEL y la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL.
24. Como lo señaló la referida entidad, según el artículo 157 del TUO de la LPAG, las medidas cautelares caducan de pleno derecho cuando se emite una resolución que pone fin al procedimiento, vale decir, que ponga fin al procedimiento principal al que se encuentra vinculada la medida cautelar.
25. Una interpretación diferente implicaría que toda medida cautelar caducaría en el mismo momento en que la última instancia administrativa haya confirmado su imposición, y que no se considere el estado del procedimiento principal al que se encuentra sujeta la referida medida cautelar.
26. De tal forma, este Colegiado considera que, de acuerdo con la información que se encuentra en el expediente, los referidos actos administrativos imponen de forma actual la barrera burocrática denunciada, por lo que corresponderá realizar el análisis de legalidad correspondiente.
27. Por otro lado, respecto del argumento señalado en el punto (ii) precedentemente, al revisar el contenido de la Carta 02429-GSF/2019 se verifica que la misma tiene como sustento la imposición de la medida cuestionada; es decir, considerando que la prohibición denunciada se encuentra vigente y resulta oponible a la denunciante, de igual forma la Carta 02429-GSF/2019, dirigida a la denunciante, determina que la prohibición debió ser cumplida y resulta ser el sustento principal para su emisión.
28. Vale precisar que, si la prohibición denunciada no se encontrara vigente ni fuese el sustento de la Carta 02429-GSF/2019, entonces dicha medida no resultaría oponible a la denunciante ni se encontraría materializada en dicho acto.
29. Así, independientemente de la decisión que se encuentra en la Carta 02429-GSF/2019, siendo que la misma implica la que la denunciante deba cumplir con la prohibición que es denunciada como barrera burocrática, es que la misma puede ser considerada como un medio de materialización válido y respecto de la cual se podrá evaluar la legalidad que corresponda.
30. Respecto del argumento señalado en el punto (iii) precedentemente, Osiptel señaló que la Comisión no resulta competente para analizar si el ejercicio de la



potestad sancionadora corresponde o no una barrera burocrática.

31. Sobre ello, corresponde señalar que en el presente procedimiento únicamente se analiza si la prohibición denunciada como barrera burocrática resulta ilegal y/o carente de razonabilidad, en función a los medios de materialización que contienen dicha medida por cuanto se vinculan con una futura inaplicación al caso en concreto o con efectos generales, según corresponda.
32. De dicha forma, si los actos administrativos que materializan la presente denuncia fueron emitidos en atención al ejercicio de alguna potestad delegada legalmente a Osiptel, la Comisión o esta Sala no realizan una revisión de la correcta o incorrecta forma de ejercer dicha potestad, sino que se identifica si mediante dichos actos se establece la imposición de una medida que pueda ser considerada barrera burocrática, como parte de su fundamentación.
33. Ello en la línea en que la imposición de una barrera burocrática puede traer diversas consecuencias jurídicas, según el marco normativo al que se encuentren vinculadas. Siendo que, por ejemplo, por la falta de presentación de un requisito ilegal se tenga como consecuencia la improcedencia de una solicitud.
34. En dicho ejemplo, no se analizaría si es que la improcedencia de la solicitud fue realizada de forma correcta o no, sino que se verificaría si es que la razón de dicha improcedencia es la exigencia de una barrera burocrática presuntamente ilegal y si es que la misma es coherente con el marco normativo vigente al momento de su emisión.
35. En ese sentido, corresponde desestimar dichos argumentos presentados por Osiptel en su escrito de apelación.

III.2 Análisis de fondo de la medida

A) Competencias del Osiptel

36. El literal a) del numeral 3.1) del artículo 3 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, señala que la función supervisora de los organismo reguladores comprende la facultad de verificar **el cumplimiento de las obligaciones legales**, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la **facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador** o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas⁵.

⁵

LEY 27332, LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Artículo 3.- Funciones.

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

- a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;



37. Asimismo, el literal c) la misma norma establece que dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los organismos reguladores ejercen la **función normativa**, que comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios⁶.
38. Por otro lado, el numeral 3) del artículo 32 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece que los organismos reguladores, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, **tienen funciones** supervisoras, reguladoras, **normativas, fiscalizadoras**, sancionadoras y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la ley de la materia⁷.
39. Finalmente, el artículo 76 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo 013-93-TCC, dispone que el Osiptel se encargará de **regular el comportamiento de las empresas operadoras**, las relaciones de dichas empresas entre sí, así como garantizar la calidad y eficiencias del servicio brindado al usuario. Asimismo, el artículo 77 de la referida norma establece que el poder regulatorio del Osiptel sobre las materias de su competencia será ejercido a través de resoluciones expedidas por su Consejo Directivo⁸.
40. Así, este Colegiado considera que el Osiptel puede establecer la regulación a la cual se encuentran sujetos los operadores de servicios de telecomunicaciones, considerando que forma parte de ello las disposiciones que establezcan las obligaciones legales, así como los actos administrativos destinados a verificar el

⁶ **LEY 27332, LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

Artículo 3.- Funciones.

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:
c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

⁷ **LEY 29158, LEY ORGÁNICA DEL PODER EJECUTIVO.**

Artículo 32.- Organismos Reguladores.

Los Organismos Reguladores:

3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia.

⁸ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES, APROBADO POR EL DECRETO SUPREMO N° 013-93-TCC.**

Artículo 76.- La Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones será sustituida por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), que se encargará de regular el comportamiento de las empresas operadoras así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencias del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas.

Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes:

El poder regulatorio que esta Ley concede a OSIPTEL en relación a materias de su competencia será ejercido a través de resoluciones expedidas por su Consejo Directivo.



cumplimiento de las obligaciones y determinar la forma de cumplimiento de las mismas, según el contenido normativo.

41. En virtud de ello, el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso establece lo siguiente:

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS CONDICIONES DE USO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, APROBADO POR LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO 138-2012-CD-OSIPTEL.

“Artículo 11-D.- Registro de distribuidores autorizados para la contratación del servicio público móvil prepago

La empresa operadora implementará un registro de distribuidores autorizados, en el cual deberá inscribir en forma obligatoria aquellos distribuidores que intervengan en la contratación de un nuevo servicio público móvil. (...)

La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL el registro de distribuidores autorizados, el cual deberá contener toda la información relativa a la identificación del referido distribuidor, indicándose el(los) código(s) que se les hubiera asignado, así como la dirección de cada uno de los puntos de venta de los distribuidores autorizados en los cuales éstos se encuentran habilitados por la empresa operadora a realizar la contratación del servicio. Asimismo, la empresa operadora deberá comunicar al OSIPTEL cualquier modificación en el referido registro, el último día hábil de cada semana, al correo electrónico distribuidores_autorizados@osiptel.gob.pe. (...).”

42. Sobre ello, se evidencia que los operadores cuentan con la obligación de remitir determinada información respecto de los distribuidores autorizados al Osiptel, dentro de los cuáles se encuentra informar la dirección de cada uno de los puntos de venta en los que se encuentra habilitada la contratación del servicio, por lo que la verificación de dicha obligación implicaría que el organismo regulador pueda determinar en qué casos pueda existir una incumplimiento de dicha obligación, así como la forma de cumplimiento, de acuerdo con las funciones legalmente asignadas.

B) Formalidad de los actos administrativos

43. En el presente acápite, se verificará si los actos administrativos que contienen la barrera burocrática denunciada cumplieron con la formalidad que determina las normas del Osiptel para su emisión, lo que no implica una evaluación sobre las potestades asignadas legalmente al referido organismo regulador.
44. De tal forma, se evidencia que a la fecha de emisión de los actos que materializan la barrera burocrática, el Reglamento de Organización y Funciones del Osiptel que se encontraba vigente era el aprobado por Resolución de Consejo Directivo 032-2002-CD/OSIPTEL, cuya última modificación fue aquella realizada por el Decreto Supremo 104-2010-PCM.
45. Así, de la revisión de dicho instrumento normativo, se evidencia que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización tiene como funciones, entre otras, (i) emitir las medidas preventivas que resulten pertinentes, de conformidad con las facultades establecidas en la normativa vigente, y (ii) iniciar y conducir la etapa instructiva



de procedimientos administrativos sancionadores⁹.

46. De tal forma, se verifica que los actos administrativos fueron emitidos por el órgano competente del Osiptel, por lo que este Colegiado considera que se siguió la formalidad correspondiente para su emisión.

C) Contravención al marco normativo

47. Mediante la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI, la Comisión declaró que constituye barrera burocrática ilegal la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL.

48. La Comisión consideró que el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso no contiene la prohibición de realizar la contratación digital de los servicios públicos móviles en la vía pública. Asimismo, señaló que la libertad de contratación no puede ser limitada por prohibiciones tácitas o indirectas, sino solo por prohibiciones expresas y directas, las cuales, además, deben tener como fuente una norma con rango de ley.

49. Al respecto, por un lado, esta Sala considera que la prohibición denunciada sí encuentra un sustento normativo en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso por cuanto dicha norma establece que los puntos de venta de los distribuidores autorizados en los cuales se lleve a cabo las contrataciones del servicio tendrán una dirección, la cual deberá ser informada al organismo regulador mediante el registro correspondiente.

50. Es decir, al determinar que los distribuidores autorizados, que deben ser informados en el registro correspondiente, cuentan con una dirección es que se debe proscribir la realización de contrataciones en aquellos espacios que no puedan ser identificados mediante una dirección.

51. Además, se debe tener en cuenta que la realización de contrataciones por parte de los operadores de servicios móviles se encuentra sujeta a una serie de obligaciones adicionales de índole legal y/o contractual, por lo que si no se cumplen es que, entonces, dicha contratación pueda verse restringida.

52. Por ejemplo, se puede identificar que una de dichas obligaciones es aquella vinculada con la realización de la verificación biométrica de identidad al momento de realizar la contratación, tal como lo indica el artículo 11-A del TUO de las

⁹ **REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OSIPTEL, APROBADO POR LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO 032-2002-CD/OSIPTEL, MODIFICADO POR EL DECRETO SUPREMO 104-2010-PCM**
Artículo 40º.- Funciones

(...)

d. Emitir las medidas preventivas que resulten pertinentes, de conformidad con las facultades establecidas en la normativa vigente.

e. Proponer las medidas cautelares y correctivas a ser impuestas a las empresas operadoras y a quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL.

f. Iniciar y conducir la etapa instructiva de procedimientos administrativos sancionadores.



Condiciones de Uso:

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS CONDICIONES DE USO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, APROBADO POR LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO 138-2012-CD-OSIPTTEL.

“Artículo 11-A.- Verificación de identidad del solicitante del servicio público móvil

Para las contrataciones de servicios públicos móviles, las empresas operadoras están obligadas a verificar la identidad del solicitante del servicio, utilizando el sistema de verificación biométrica de huella dactilar, salvo las excepciones previstas en el artículo 11-C.

(...).

Este sistema será implementado obligatoriamente en las oficinas o centros de atención de las empresas operadoras de los servicios públicos móviles y en los distribuidores autorizados por las mismas.

(...).”

53. De dicha norma se puede evidenciar que se exige la realización de la verificación biométrica en las oficinas o centro de atención de las operadoras y en los distribuidores autorizados.
54. Así, siendo que la realización de una contratación en la vía pública no contaría con una verificación biométrica de identidad, puesto que la norma citada no establece que en dicho espacio se deba realizar, ello resulta en que dicha contratación se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico.
55. En ese sentido, este Colegiado considera que la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTTEL no constituye una barrera burocrática ilegal.
56. Ahora bien, de acuerdo con la metodología aprobada en el Decreto Legislativo 1256, a continuación, corresponde evaluar si la denunciante ha cumplido con presentar indicios que sustenten la carencia de razonabilidad de la medida cuestionada.

III.3 Argumentos de razonabilidad presentados por la denunciante

57. De acuerdo con el artículo 16.1 del Decreto Legislativo 1256¹⁰, los indicios que

¹⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**

Artículo 16.- Indicios sobre la carencia de razonabilidad

16.1 Los indicios a los que hace referencia el artículo precedente deben estar dirigidos a sustentar que la barrera burocrática califica en alguno de los siguientes supuestos:

- a. Medida arbitraria: es una medida que carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida; y/o
- b. Medida desproporcionada: es una medida que resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa.

16.2 Sin que se considere como una lista taxativa, no se consideran indicios suficientes para realizar el análisis de razonabilidad los siguientes argumentos:

- a. Que no se encuentren referidos a la barrera burocrática cuestionada.
- b. Que tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública.
- c. Alegaciones o afirmaciones genéricas. Se deben justificar las razones por las cuales se considera que la medida es



aporten los denunciantes deben estar dirigidos a sustentar que la barrera denunciada resulta ser arbitraria (que carece de fundamentos y/o justificación, o que la justificación no resulta adecuada) y/o desproporcionada (que resulta excesiva en relación con su finalidad o que existen otras medidas alternativas menos gravosas).

58. Asimismo, el inciso 16.2 del artículo 16 la citada norma precisa que no se consideran indicios de razonabilidad los argumentos que: (i) no se encuentren referidos a la barrera burocrática cuestionada, (ii) tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública, (iii) sean afirmaciones genéricas que no justifiquen las razones por las cuales se considera que la medida es arbitraria y/o desproporcional y, (iv) únicamente indiquen que la medida cuestionada genera costos.
59. Cabe precisar que este Colegiado considera que una alegación o afirmación genérica será aquel argumento que no explique los fundamentos específicos por los que las barreras burocráticas denunciadas y sus efectos califican como “arbitrario” o “desproporcionado”¹¹.
60. En otras palabras, será una afirmación genérica aquel argumento que únicamente enuncie el concepto o definición de “arbitrariedad” y/o “desproporcionalidad” sin vincularlo a la barrera burocrática denunciada; o no explique las razones por las que la barrera burocrática denunciada se subsume en el concepto de “arbitrariedad” o desproporcionalidad”, entre otros.
61. Por tanto, según el Decreto Legislativo 1256, no procederá el análisis de razonabilidad de la medida cuestionada cuando el denunciante:
 - (i) No haya señalado argumentos sobre la existencia de indicios de carencia de razonabilidad de la medida en su escrito de denuncia.
 - (ii) Los argumentos formulados no resulten indicios suficientes, ya sea porque correspondan a los supuestos previstos en el inciso 16.2 del artículo 16 del Decreto Legislativo 1256, o, porque no están dirigidos a sustentar que la medida cuestionada es arbitraria o desproporcional.
62. En el presente caso, la denunciante señaló como argumentos para cuestionar la razonabilidad diversos cuestionamientos a los fundamentos y al análisis realizado en el Informe 92-GPSU/2019, que sirvió como sustento para la emisión de la Carta 00801-GG/2019; sin embargo, se debe considerar que, en la presente resolución, se ha dispuesto la sustracción de la materia respecto de la materialización en la referida carta.
63. Al respecto, a diferencia del análisis de la razonabilidad de la medida contenida

arbitraria y/o desproporcionada.

d. Alegar como único argumento que la medida genera costos.

¹¹ Dicho criterio ha sido desarrollado en pronunciamientos anteriores. Ver resoluciones 0278-2019/SEL-INDECOPI, 0355-2019/SEL-INDECOPI, 0003-2020/SEL-INDECOPI, 004-2020/SEL-INDECOPI y 077-2020/SEL-INDECOPI.



en una disposición administrativa, el argumento o indicio de razonabilidad que pueda ser alegado y sustentado, debe evidenciarse como una afectación directa a la denunciante por el mismo hecho de que es a través de un acto administrativo que se la ha impuesto la barrera burocrática analizada, y por ser que dicho acto administrativo surte efectos de forma individual, la fundamentación tendría que orientarse en ese mismo sentido.

64. Asimismo, dichos argumentos deben encontrarse vinculados a los actos administrativos que materializan la barrera burocrática de forma específica y que son analizados en el presente apartado, por lo que una estructura argumentativa presentada que cuestione la razonabilidad de forma general o abstracta no podrá ser considerada como tal para ingresar a la evaluación correspondiente.
65. En concreto, ello implica que la denunciante debió presentar argumentos que cuestionen la razonabilidad de la medida contenida en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTTEL; sin embargo, se ha evidenciado que únicamente ha cuestionado la razonabilidad del sustento del Informe 92-GPSU/2019, que tuvo como consecuencia la emisión del Oficio 00801-GG/2019 y el cual ya no resulta aplicable a la denunciante.
66. De tal forma, se ha verificado que la denunciante no ha presentado argumentos destinados a cuestionar la razonabilidad de la medida contenida en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTTEL, por lo que no corresponde proseguir con el análisis respectivo.
67. Por lo tanto, corresponde revocar la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021; y, en consecuencia, infundada la denuncia presentada en contra del Osiptel por la imposición de la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTTEL.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar la sustracción de la materia controvertida en el procedimiento iniciado por América Móvil Perú S.A.C. en contra del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones por la imposición de la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 00801-GG/2019 del 26 de noviembre de 2019.

SEGUNDO: revocar la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021; y, en consecuencia, declarar infundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. en contra del Organismo Supervisor de Inversión Privada en



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0652-2021/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000364-2019/CEB

Telecomunicaciones por la imposición de la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTEL del 16 de diciembre de 2019, en la Carta 02429-GSF/2019 del 23 de diciembre de 2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL del 28 de enero de 2020.

TERCERO: dejar sin efecto los Resuelve Cuarto, Quinto y Sexto de la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021.

Con la intervención de los señores vocales Gilmer Ricardo Paredes Castro, Ana Asunción Ampuero Miranda y Gonzalo Ferrero Diez Canseco.



Firmado digitalmente por PAREDES
CASTRO Gilmer Ricardo FAU
20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 23.11.2021 11:59:50 -05:00

GILMER RICARDO PAREDES CASTRO
Presidente



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0652-2021/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000364-2019/CEB

Voto en discordia del señor vocal Orlando Vignolo Cueva:

Difiero respetuosamente de lo resuelto por los señores vocales Ana Asunción Ampuero Miranda, Ferrero y Gilmer Ricardo Paredes Castro en el sentido revocar la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021; y, en consecuencia, declarar infundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, la denunciante) en contra del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) por la imposición de la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTTEL.

De tal forma, considero que corresponde confirmar la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021, en el extremo señalado, por los siguientes fundamentos:

1. El marco de competencias del Osiptel, citado en el voto en mayoría, reconoce la existencia de competencias para la determinación de la regulación, así como la supervisión del cumplimiento de dicha regulación y de las obligaciones contractuales que los operadores de servicios de telecomunicaciones deben observar para la realización de sus actividades.
2. En el ejercicio de dicha competencia, el Osiptel puede llevar a cabo actuaciones que se dirijan a la verificación del cumplimiento de dichas obligaciones, siempre y cuando sea en el ejercicio irrestricto de las mismas competencias desplegadas, así como en función de sus propias normas o de aquellas que el gobierno nacional haya emitido. En ningún caso, cabe admitir bajo el principio de legalidad en su versión positiva aplicable a las organizaciones administrativas, la presencia de la potestades implícitas, auto-atribuidas o no habilitadas expresamente por el ordenamiento.
3. Lo señalado se colige con los numerales 1.1 y 1.17 del Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), el cual indica que la autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, así como actúa dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas¹.

¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

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

(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0652-2021/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000364-2019/CEB

4. Asimismo, el artículo 72 del TUO de la LPAG señala que la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan².
5. En ese sentido, si Osiptel lleva a cabo actuaciones, ya sea en la determinación de la regulación o en la verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte de los sujetos regulados, que no encuentran un sustento jurídico claro en una norma con rango de ley, lo que implicaría tergiversar la finalidad de las leyes que le atribuyeron competencias, dichas actuaciones devendrían en ilegales.
6. Considerando ello, mediante la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL.
7. Ello, en la medida que verificó que el Osiptel impuso una prohibición que no cuenta con un respaldo normativo expreso (habilitación expresa para esta potestad ejercitada), toda vez que los actos que materializan la medida cuestionada fueron emitidos al amparo del artículo 11-D Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo de Osiptel 138-2012-CD-OSIPTEL (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso) pese a que la referida disposición no contiene la prohibición bajo análisis, vulnerando, así, el principio de legalidad reconocido en el numeral 1.1) del artículo IV del TUO de la LPAG. Asimismo, señaló que la libertad de contratación no puede ser limitada por prohibiciones tácitas o indirectas producidas por competencias implícitas, derivadas o interpretadas por extensión de una norma, sino solo por prohibiciones expresas y directas, las cuales, además, deben tener como fuente una norma con rango de ley.
8. Ahora bien, en el caso en concreto, la controversia gira en torno a la verificación del cumplimiento del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto señala lo siguiente:

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

1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 72.- Fuente de competencia administrativa

72.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0652-2021/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000364-2019/CEB

Artículo 11-D.- Registro de distribuidores autorizados para la contratación del servicio público móvil prepago

La empresa operadora implementará un registro de distribuidores autorizados, en el cual deberá inscribir en forma obligatoria aquellos distribuidores que intervengan en la contratación de un nuevo servicio público móvil.

Luego de realizada la inscripción en el mencionado registro, la empresa operadora está obligada a entregar al distribuidor autorizado el código único que lo identifique como tal. Dicho código deberá ser empleado por el distribuidor autorizado, previa validación de la empresa operadora, en cada oportunidad que se efectúe una contratación del servicio.

En todos los casos, la empresa operadora será responsable ante el abonado por la contratación del servicio que se realice bajo su titularidad.

La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL el registro de distribuidores autorizados, el cual deberá contener toda la información relativa a la identificación del referido distribuidor, indicándose el(los) código(s) que se les hubiera asignado, así como la dirección de cada uno de los puntos de venta de los distribuidores autorizados en los cuales éstos se encuentran habilitados por la empresa operadora a realizar la contratación del servicio. Asimismo, la empresa operadora deberá comunicar al OSIPTEL cualquier modificación en el referido registro, el último día hábil de cada semana, al correo electrónico distribuidores_autorizados@osiptel.gob.pe.

9. Sobre ello, se verifica que Osiptel impuso mediante la referida norma dos obligaciones: (i) la implementación de un registro de distribuidores autorizados, que cuenta con el código de identificación y la dirección del punto de venta; y (ii) la remisión a una dirección electrónica de dicho registro de distribuidores autorizados.
10. De tal forma, concuerdo con la Comisión al señalar que el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso no contiene la prohibición denunciada, lo que implicaría que su determinación a través de actos administrativos resulta en una imposición ilegal, por falta de una potestad de limitación de un derecho constitucional que tenga ese exacto contenido.
11. Asimismo, resulta importante resaltar aquel argumento respecto del cual se indica que en la Sentencia recaída en el Expediente 04801-2017-AA, el Tribunal Constitucional señaló que la libertad de contratación no puede ser limitada por prohibiciones tácitas, derivada o indirectas, sino solo por prohibiciones expresas, directas y bajo reserva de ley (en el sentido que tales prohibiciones o limitaciones específicas deben tener como fuente normas con rango de ley)³.
12. En virtud de lo anterior, considero que la prohibición de contratar servicios

³ Sentencia recaída en el Expediente N° 04801-2017-AA:

(...)

35. De acuerdo con el artículo 2, numeral 24, literal "a", de la Constitución Política, la libertad de contratación no puede ser limitada por prohibiciones tácitas o indirectas, sino solo por prohibiciones expresas y directas. Además, tales prohibiciones deben tener como fuente normas con rango de ley. Ninguna de esas dos condiciones concurre en este caso, de modo que la prohibición de contratar invocada por los mandados es inexistente, lo que significa que se trata de acuerdos celebrados dentro de los límites constitucionales. (...).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

RESOLUCIÓN 0652-2021/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000364-2019/CEB

públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización 00489-2019-GSF/OSIPTEL, en la Carta 02429-GSF/2019 y en la Resolución 00041-2020-GSF/OSIPTEL, son ilegales por cuanto contravienen el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

13. De este modo, mi voto es porque se confirme la Resolución la Resolución 0033-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021, en el extremo que declaró barrera burocrática ilegal la medida denunciada, así como todos los demás extremos resolutivos vinculados a la misma.



Firma Digital

Firmado digitalmente por VIGNOLO
CUEVA Orlando FAU 20133840533
hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19.11.2021 14:55:33 -05:00

ORLANDO VIGNOLO CUEVA
Vocal