UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO | Facultad de Derecho

Una reflexión a partir de la Resolución N° 0652-2021/SEL-INDECOPI recaída en el Expediente N° 0364-2019-CEB

Trabajo de Suficiencia Profesional
presentado para optar al Título Profesional de
Abogada

Presentado por
Angela Adriana Ascue del Aguila

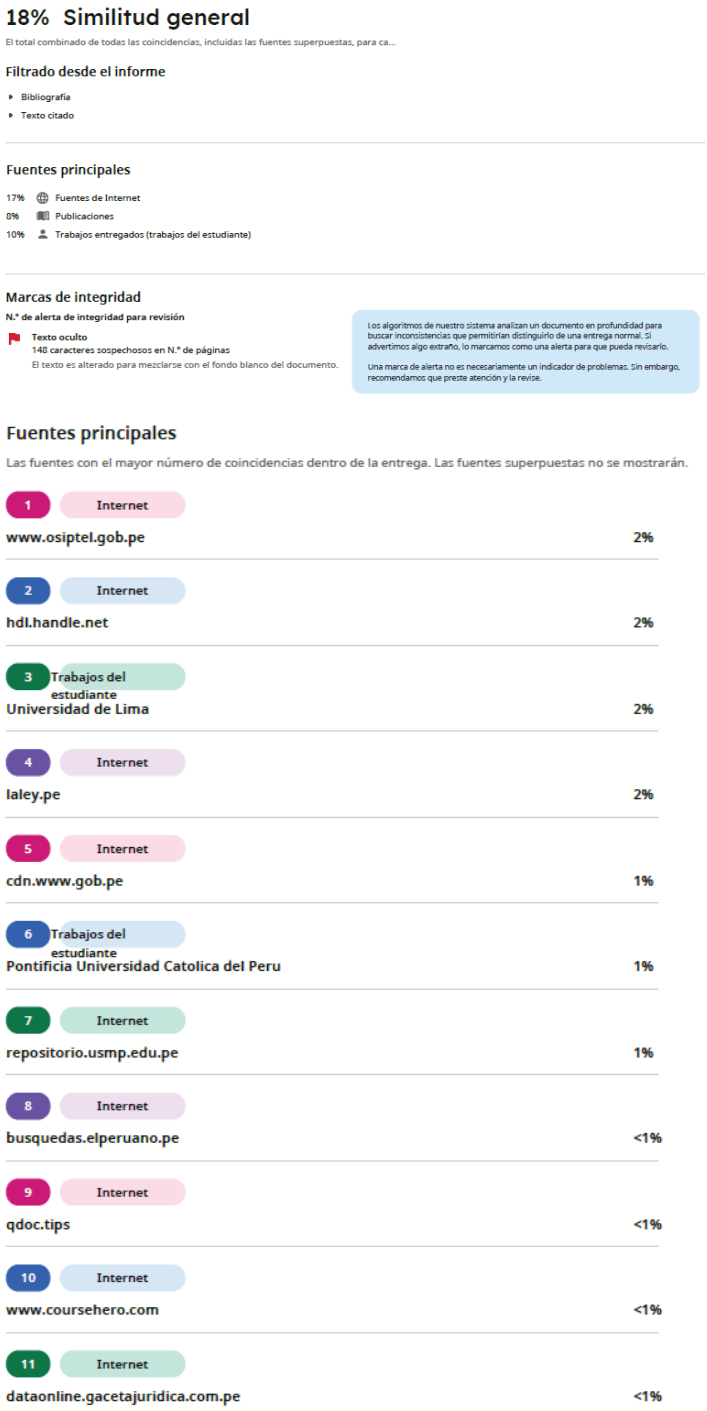
Asesora: Fiorella Zumaeta Castro
0000-0001-6371-7701

Lima, abril 2026

REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO

FACULTAD DE DERECHO

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Suficiencia Profesional "Una reflexión a partir de la Resolución N° 0652-2021/SEL-INDECOPI recaída en el Expediente N° 0364-2019-CEB" presentada por la Srta. Adriana Ascue del Aguila, con DNI 72624421, para optar el Título Profesional de Abogado, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 3 de julio del año 2026; obteniendo el siguiente resultado:



18% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

Filtrado desde el informe

- Bibliografía
- Texto citado

Fuentes principales

17% Fuentes de Internet
8% Publicaciones
10% Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

Marcas de integridad

N.° de alerta de integridad para revisión

Texto oculto
148 caracteres sospechosos en N.° de páginas
El texto es alterado para mezclarse con el fondo blanco del documento.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.

Fuentes principales

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	Internet	www.osiptel.gob.pe 2%
2	Internet	hdl.handle.net 2%
3	Trabajos del estudiante	Universidad de Lima 2%
4	Internet	laley.pe 2%
5	Internet	cdn.www.gob.pe 1%
6	Trabajos del estudiante	Pontificia Universidad Catolica del Peru 1%
7	Internet	repositorio.usmp.edu.pe 1%
8	Internet	busquedas.elperuano.pe <1%
9	Internet	qdoc.tips <1%
10	Internet	www.coursehero.com <1%
11	Internet	dataonline.gacetajuridica.com.pe <1%

Detalles del documento

Identificador de la entrega
trn:oid:::1:3602209490

Fecha de entrega
26 jun 2026, 5:37 p.m. GMT-5

Fecha de descarga
3 jul 2026, 10:37 a.m. GMT-5

Nombre del archivo
Ascue_Adriana_Trabajo_de_suficiencia_profesional__Derecho_2026.docx

Tamaño del archivo
1.1 MB

48 páginas

11.163 palabras

63.201 caracteres

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece el interesado.

Lima, 3 de julio de 2026



Fiorella Zumaeta Castro

Asesora

ORCID: 0000-0001-6371-7701

RESUMEN

El presente informe desarrolla un análisis crítico de la Resolución N° 0652-2021/SEL-INDECOPI, recaída en el Expediente N° 0364-2019-CEB, emitida por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas al resolver en segunda instancia la denuncia interpuesta por América Móvil Perú S.A.C. contra el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones. El cuestionamiento central giraba en torno a la imposición de una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad, consistente en vedar la celebración de contratos de servicios públicos móviles de telecomunicaciones en espacios públicos materializadas en las Comunicaciones N° 00801-2019-GSF/OSIPTEL y 02429-GSF/2019, y Resoluciones N°00489-2019-GSF/OSIPTEL y 41-2020/GSF-OSIPTEL.

La resolución objeto de estudio se pronuncia sobre tres ejes fundamentales: (i) la declaración de sustracción de la materia respecto de la barrera burocrática materializada en la Comunicación N° 00801-2019-GSF/OSIPTEL, (ii) la declaración de legalidad de la barrera denunciada, y (iii) la decisión de no proseguir con el examen de razonabilidad. En cuanto al primer punto, la segunda instancia fundamentó la sustracción de la materia en el hecho de que, mediante una comunicación posterior, el propio OSIPTEL informó a Claro que la Comunicación N° 00801-2019-GSF/OSIPTEL había devenido en inaplicable, lo que tornaba innecesario pronunciarse sobre su contenido. Sobre la legalidad, el órgano resolutor consideró que la prohibición encontraría amparo en el artículo 11-D del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Finalmente, se omitió el análisis de razonabilidad bajo el argumento de que la denunciante habría circunscrito sus cuestionamientos a la primera comunicación, la cual fue objeto de sustracción de materia.

Frente a este escenario, el presente trabajo se propone determinar si la decisión adoptada cuenta con la debida justificación jurídica o si, por el contrario, el razonamiento desplegado en segunda instancia vulnera normas de rango legal y principios del Derecho Administrativo, supuesto en el que correspondería no sustraer la materia y declarar la ilegalidad de la barrera burocrática denunciada.

Palabras claves: Barreras Burocráticas — Reserva de Ley — Principio de Legalidad —

ABSTRACT

This report provides a critical analysis of Resolution No. 0652-2021/SEL-INDECOPI, issued in Case No. 0364-2019-CEB by the Specialized Court for the Elimination of Bureaucratic Barriers, sitting as a second-instance body in the complaint filed by América Móvil Perú S.A.C. against the Supervisory Body for Private Investment in Telecommunications (OSIPTEL). The central dispute concerned the imposition of an allegedly illegal and/or unreasonable bureaucratic barrier, consisting of a prohibition on entering into mobile public telecommunications service contracts in public spaces, as materialized in Communications No. 00801-2019-GSF/OSIPTEL and No. 02429-GSF/2019, and Resolutions No. 00489-2019-GSF/OSIPTEL and No. 41-2020/GSF-OSIPTEL.

The resolution under review addresses three core issues: (i) the declaration that the matter had become moot with respect to the bureaucratic barrier materialized in Communication No. 00801-2019-GSF/OSIPTEL, (ii) the declaration of legality of the challenged barrier, and (iii) the decision not to proceed with the reasonableness analysis. Regarding the first issue, the second-instance chamber grounded the mootness declaration on the fact that OSIPTEL itself had subsequently notified Claro that Communication No. 00801-2019-GSF/OSIPTEL had become inapplicable, rendering any ruling on its merits unnecessary. As to legality review, the adjudicating body held that the prohibition found normative support in Article 11-D of the Consolidated Text of the Conditions of Use of Public Telecommunications Services. Finally, the reasonableness analysis was foregone on the grounds that the complainant had confined its arguments to the first communication, which had already been declared moot.

Against this backdrop, this paper seeks to determine whether the decision reached is adequately grounded in law, or whether, on the contrary, the reasoning employed by the second-instance chamber contravenes statutory norms and principles of Administrative Law — in which case it would be appropriate to reject the mootness declaration and instead find the challenged bureaucratic barrier unlawful.

Keywords: Bureaucratic Barriers — Statutory Reserve — Principle of Legality

ÍNDICE

RESUMEN 3

ABSTRACT 4

II. INTRODUCCIÓN Y RELEVANCIA DEL CASO 7

III. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES 10

3.1. ¿DE QUÉ TRATA LA CONTROVERSIA ANALIZADA EN LA RESOLUCIÓN FINAL? 11

3.2. PRIMERA INSTANCIA 14

3.2.1. Denuncia 14

3.2.2. Solicitud medida cautelar 15

3.2.3. Admisión a trámite de la denuncia 16

3.2.4. Descargos de la denunciada 17

3.2.5. Escrito que solicita sustracción de la materia 18

3.2.6. Resolución de la CEB 18

3.2.7. Voto en discordia 19

3.3. SEGUNDA INSTANCIA 19

3.3.1. "Apelación" 19

3.3.2. Resolución de la SEL 20

3.3.3. Voto en discordia 20

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES 21

4.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO 21

4.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO 21

V. ANÁLISIS Y OPINIÓN FUNDAMENTADA DE LA BACHILLER 21

5.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: LA PROHIBICIÓN CONSTITUYE UNA BARRERA BUROCRÁTICA ILEGAL 21

5.1.1. La relación entre el requisito de competencia y el P.Legalidad 21

5.1.2. El OSIPTEL no contaba con competencia para imponer la BB 27

5.1.3. El artículo 11-D del TCU no establece la prohibición 33

5.1.4. Sobre la modificación legislativa posterior 37

5.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: NO CORRESPONDÍA QUE LA SEL DECLARE LA SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA SOBRE LA COMUNICACIÓN 801 38

VI. CONCLUSIONES 43

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 46

II. INTRODUCCIÓN Y RELEVANCIA DEL CASO

En el Perú, los agentes económicos se encuentran expuestos a requisitos, exigencias, prohibiciones, limitaciones y/o cobros impuestos por el Estado que podrían afectar su permanencia o acceso al mercado. Por ejemplo, cuando una persona natural desea constituir una empresa, debe realizar trámites, como la inscripción de la escritura de constitución ante SUNARP, la obtención del RUC, entre otros. En principio, estas regulaciones son un eje fundamental para garantizar el interés público, así como el desarrollo sostenible y formal de las economías.

Sin embargo, el problema surge cuando estas barreras burocráticas ("BB") se imponen sin que la entidad cuente con competencias para ello, sin que la disposición que las contiene se haya emitido siguiendo el procedimiento establecido o cuando un hecho contraviene una norma vigente. En otras ocasiones, estas BB podrían cumplir con los parámetros legales, pero la entidad administrativa la emitió sin realizar un examen previo, en el que evaluara el problema que pretende resolver, el interés público que busca alcanzar, los costos y beneficios de dicha regulación y descarte otras intervenciones menos costosas.

Ante esta problemática, en 1996 a través del Decreto Legislativo N° 807, se creó la Comisión de Acceso al Mercado (hoy llamada Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, la "CEB") y, con ello, se generaron las bases para lo que hoy se conoce como el sistema de eliminación de BB.

El sistema de eliminación de BB constituye un mecanismo destinado a fiscalizar la legalidad y razonabilidad de dichas barreras, cuya finalidad es generar un entorno institucional predecible que favorezca el desenvolvimiento ordinario del mercado (Rivera, 2014). Además, cumple un rol fundamental en la promoción de la formalidad y el fomento de la inversión privada, y se encuentra actualmente bajo la competencia de la CEB y de la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas ("SEL").

Este mecanismo se encuentra actualmente regulado por el Decreto Legislativo N° 1256 (la "LEBB"), el cual otorga la facultad a los órganos resolutivos del Instituto Nacional de

Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (el "INDECOPI") de inaplicar BB en favor de los administrados por constituir medidas ilegales o carentes de razonabilidad, dependiendo del análisis realizado caso por caso.

Solo entre los años 2019 y 2024, de acuerdo con los reportes de impacto económico de la imposición de barreras de estos respectivos años se eliminaron e inaplicaron un total de 34,045 barreras, las cuales representaban la imposición de S/ 970.78 millones de costos a la sociedad peruana. Como puede observarse, las regulaciones ilegales o irrazonables impuestas por el Estado suponen un impacto económico importante directo o indirecto en la dinámica competitiva del mercado.

De acuerdo con Trelles et al. (2019), las BB pueden clasificarse en dos (2) categorías: (i) BB de requerimiento y (ii) BB de impedimento. Como ejemplo de la primera categoría se encuentra el pago de tasas, los requerimientos de inversión y los requerimientos administrativos. Por otro lado, como ejemplo de la segunda, se encuentran los plazos ilegales, las prohibiciones temporales y las prohibiciones totales, consideradas estas últimas como las medidas de intervención más gravosas, pues implica la prohibición absoluta de la inversión en ese giro de negocio.

Estas sobrerregulaciones ilegales o irrazonables impuestas a las empresas a su vez generan impactos en la sociedad, como la cancelación o retraso de proyectos de inversión, lo cual afecta negativamente la competencia en el mercado, supone una menor creación de empleo formal y, con ello, reducción de la base imponible para la recaudación de impuestos.

Es por ello que cuando se dispongan medidas limitativas del ejercicio del derecho de la libertad de empresa, la entidad administrativa debe realizar una exhaustiva labor de evaluación previa a su emisión para garantizar que (i) esta se adecúe a las normas vigentes del ordenamiento jurídico y a los principios del Derecho Administrativo y (ii) sean impuestas con un sustento razonable. Esta rigurosidad en la evaluación de legalidad y razonabilidad de la BB se acentúa en mayor medida cuando se trata de una prohibición absoluta, pues ello implica una limitación total al ejercicio del derecho de libertad de empresa.

En efecto, cabe recordar que el artículo 2, inciso 24, literales a) de la Constitución Política del Perú (la "Constitución") señala que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (Constitución, Artículo 2, 1993), además, el literal d) de este mismo artículo indica que "nadie podrá ser condenado por acto u omisión no establecido en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley" (Constitución, Artículo 2, 1993).

Lo anterior también guarda coherencia con el principio de legalidad (el "P.Legalidad"), contenido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2026-JUS (la "LeyPAG"), que rige las actuaciones de la Administración Pública (la "ADP") (Art. IV, 2001). En ese sentido, se advierte que existe una reserva de ley para que el Estado pueda emitir regulaciones que limiten las libertades.

Siendo ello así, la regla que rige el desenvolvimiento y ejercicio de derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas, como la libertad de empresa, es la libertad y solo mediante norma de rango legal pueden establecerse limitaciones y las consecuencias de su incumplimiento. Ello con el fin de asegurar la seguridad jurídica, principio que demanda que las actuaciones de la Administración sean previsibles y, de ese modo, generen expectativas legítimas en los ciudadanos a quienes van dirigidas.

En efecto, dicho principio garantiza que el Estado se abstenga de incurrir en actuaciones arbitrarias que supongan alteraciones en las reglas aplicables o en el marco normativo vigente, en contravención de los mandatos establecidos por la Constitución(Tribunal Constitucional, 2023). La garantía de la seguridad jurídica cobra especial relevancia en el marco del ejercicio del derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, pues las empresas, realizan altas inversiones para diversificar sus líneas negocio y distinguirse de los otros agentes económicos del mercado, además de planificar importantes proyectos comerciales con impacto nacional sobre la base de la normativa vigente. En ese sentido, resulta alarmante que el Estado pueda prohibir de manera absoluta una modalidad de contratación dentro de un sector económico.

Es por ello que es indispensable cuestionarse las implicancias de la Resolución N° 0652-2021/SEL-INDECOPI (en adelante, la "Resolución Final"), debido a que mediante esta

decisión la SEL dispuso declarar la legalidad de la barrera burocrática denunciada por América Móvil S.A.C. (en adelante, "Claro") contra el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, el "OSIPTEL") consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública (la "Prohibición" o la "Medida"), la cual comporta una prohibición absoluta a contratar bajo esta modalidad.

Frente al panorama expuesto, corresponde examinar la decisión tomada para establecer si contaba con el respaldo jurídico necesario o si, por el contrario, el razonamiento efectuado por la SEL adolecía de deficiencias. Evidentemente, una postura mediante la que los órganos resolutivos declaran la legalidad de una medida tan restrictiva como la prohibición absoluta de una forma de contratación debe ser analizada con la mayor rigurosidad por los impactos en la seguridad jurídica y economía que ella acarrearía.

Vale la pena detenerse en los problemas jurídicos que se examinan a continuación, pues conflictos de parecida naturaleza podrían reaparecer en el futuro, no necesariamente circunscritos al sector de telecomunicaciones, sino también frente a restricciones semejantes que ordenen la supresión de áreas laborales enteras en otros sectores del mercado sin que una norma con rango de ley lo haya habilitado previamente.

Tal como se abordará a continuación, resulta alarmante que el Estado pueda imponer la Prohibición sin que OSIPTEL cuente con competencias para ello y sin que esta limitación a la libertad de empresa tenga sustento en una norma con rango legal de manera clara y expresa.

Como se ha desarrollado previamente, el Estado debe velar por garantizar que las reglas del juego del mercado se encuentren claras y sean predecibles para los agentes económicos, en consecuencia, avalar la legalidad de dichas actuaciones resultaría perjudicial y riesgoso para la seguridad jurídica de las empresas y sus inversiones.

III. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

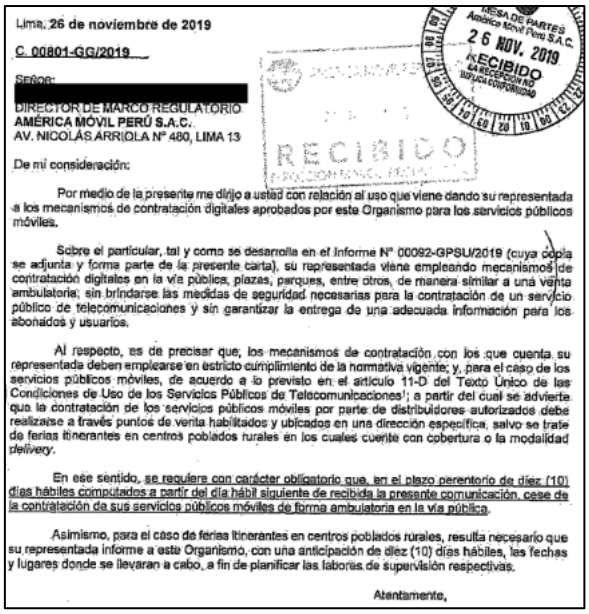
3.1. ¿DE QUÉ TRATA LA CONTROVERSIA ANALIZADA EN LA RESOLUCIÓN FINAL?

Hasta finales del año 2019, Claro y las otras tres (3) empresas operadoras de telecomunicaciones venían desplegando un negocio de contratación de chips para servicios móviles de forma ambulatoria. Dicha práctica era extendida a nivel nacional y no había sido cuestionada por el regulador hasta que en junio de 2019, durante una presentación ante la Comisión de Transportes del Congreso, el presidente del OSIPTEL, Rafael Muente, manifestó que el regulador estaría "evaluando" prohibir este tipo de ventas (Redacción RPP, 2019).

Asimismo, indicó también que se encontraban analizando cuál sería el mecanismo jurídico más idóneo para prohibir esta práctica (Reyes Leyva, 2019). Posterior a esas manifestaciones públicas, OSIPTEL se reunió con los operadores solicitando que se adopten medidas para aminorar los casos de ventas fraudulentas de chips en la vía pública y meses después comenzó a adoptar distintas medidas en contra de Claro y las demás empresas del sector de telefonía móvil con el objetivo de prohibir en su totalidad esta modalidad de contratación.

Así, con fecha 26 de noviembre de 2019, mediante la Comunicación N° 00801-2019-GSF/OSIPTEL (la "Comunicación 801") el OSIPTEL ordenó a Claro cumplir con la Medida en diez días:

Imagen 1: Comunicación 801



Lima, 26 de noviembre de 2019

C. 00801-GG/2019

SEÑOR:
[redacted]
DIRECTOR DE MARCO REGULATORIO
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
AV. NICOLÁS ARRIOLA N° 480, LIMA 13

MESA DE PARTES América Móvil Perú S.A.C. 26 NOV. 2019 RECIBIDO LA RECEPCIÓN NO IMPLICA CONFORMIDAD

RECIBIDO

De mi consideración:

Por medio de la presente me dirijo a usted con relación al uso que viene dando su representada a los mecanismos de contratación digitales aprobados por este Organismo para los servicios públicos móviles.

Sobre el particular, tal y como se desarrolla en el Informe N° 00092-GPSU/2019 (cuya copia se adjunta y forma parte de la presente carta), su representada viene empleando mecanismos de contratación digitales en la vía pública, plazas, parques, entre otros, de manera similar a una venta ambulatoria; sin brindarse las medidas de seguridad necesarias para la contratación de un servicio público de telecomunicaciones y sin garantizar la entrega de una adecuada información para los abonados y usuarios.

Al respecto, es de precisar que, los mecanismos de contratación con los que cuenta su representada deben emplearse en estricto cumplimiento de la normativa vigente; y, para el caso de los servicios públicos móviles, de acuerdo a lo previsto en el artículo 11-D del Texto Único de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones[1]; a partir del cual se advierte que la contratación de los servicios públicos móviles por parte de distribuidores autorizados debe realizarse a través puntos de venta habilitados y ubicados en una dirección específica, salvo se trate de ferias itinerantes en centros poblados rurales en los cuales cuente con cobertura o la modalidad *delivery*.

En ese sentido, se requiere con carácter obligatorio que, en el plazo perentorio de diez (10) días hábiles computados a partir del día hábil siguiente de recibida la presente comunicación, cese de la contratación de sus servicios públicos móviles de forma ambulatoria en la vía pública.

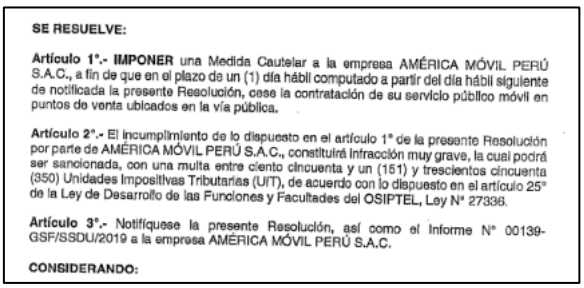
Asimismo, para el caso de ferias itinerantes en centros poblados rurales, resulta necesario que su representada informe a este Organismo, con una anticipación de diez (10) días hábiles, las fechas y lugares donde se llevaran a cabo, a fin de planificar las labores de supervisión respectivas.

Atentamente,

Cabe destacar que esta comunicación trasladó el Informe N° 00092-GPSU/2019 (en adelante, el "Informe 92"), en el cual el OSIPTEL identificó cuatro problemáticas asociadas a los mecanismos de contratación en espacios públicos: (i) el riesgo en el manejo de datos personales, (ii) la celebración de contratos de manera fraudulenta, (iii) la deficiente información proporcionada sobre el servicio y (iv) las dificultades para ejercer labores de supervisión.

Posteriormente, con fecha 16 de diciembre de 2019, mediante la Resolución N° 00489-2019-GSF/OSIPTEL (la "Resolución 489"), OSIPTEL impuso a Claro una medida cautelar consistente en cumplir la Medida en un día hábil.

Imagen 2: Resolución 489



SE RESUELVE:

Artículo 1°.- IMPONER una Medida Cautelar a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., a fin de que en el plazo de un (1) día hábil computado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Resolución, cese la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta ubicados en la vía pública.

Artículo 2°.- El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° de la presente Resolución por parte de AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., constituirá infracción muy grave, la cual podrá ser sancionada, con una multa entre ciento cincuenta y un (151) y trescientos cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336.

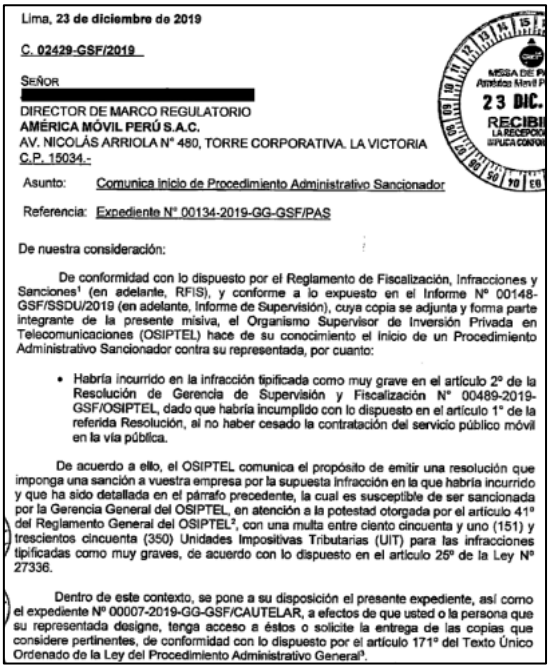
Artículo 3°.- Notifíquese la presente Resolución, así como el Informe N° 00139-GSF/SSDU/2019 a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

CONSIDERANDO:

A finales de diciembre de 2019, mediante la Comunicación 02429-GSF/2019 (en adelante, la "Comunicación 2429") el OSIPTEL informó el inicio un procedimiento

administrativo sancionador contra Claro porque presuntamente habría incumplido con la medida cautelar dispuesta en la Resolución 489:

Imagen 3: Comunicación 2429



Lima, **23 de diciembre de 2019**

C. 02429-GSF/2019

SEÑOR
[redacted]
DIRECTOR DE MARCO REGULATORIO
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
AV. NICOLÁS ARRIOLA N° 480, TORRE CORPORATIVA. LA VICTORIA
C.P. 15034.-

23 DIC.

Asunto: Comunica inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador

Referencia: Expediente N° 00134-2019-GG-GSF/PAS

De nuestra consideración:

De conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones[1] (en adelante, RFIS), y conforme a lo expuesto en el Informe N° 00148-GSF/SSDU/2019 (en adelante, Informe de Supervisión), cuya copia se adjunta y forma parte integrante de la presente misiva, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) hace de su conocimiento el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador contra su representada, por cuanto:

- Habría incurrido en la infracción tipificada como muy grave en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 00489-2019-GSF/OSIPTEL, dado que habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 1° de la referida Resolución, al no haber cesado la contratación del servicio público móvil en la vía pública.

De acuerdo a ello, el OSIPTEL comunica el propósito de emitir una resolución que imponga una sanción a vuestra empresa por la supuesta infracción en la que habría incurrido y que ha sido detallada en el párrafo precedente, la cual es susceptible de ser sancionada por la Gerencia General del OSIPTEL, en atención a la potestad otorgada por el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL[2], con una multa entre ciento cincuenta y uno (151) y trescientos cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) para las infracciones tipificadas como muy graves, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley N° 27336.

Dentro de este contexto, se pone a su disposición el presente expediente, así como el expediente N° 00007-2019-GG-GSF/CAUTELAR, a efectos de que usted o la persona que su representada designe, tenga acceso a éstos o solicite la entrega de las copias que considere pertinentes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 171° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General[3].

Con fecha 29 de enero de 2020, el OSIPTEL notificó a Claro la Resolución N° 41-2020/GSF-OSIPTEL (en adelante, la "Resolución 41") por medio de la cual se dispuso una nueva medida cautelar destinada nuevamente a cumplir la Medida:

Imagen 4: Resolución N° 41

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- IMPONER una Medida Cautelar a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., a fin de que en el plazo de un (1) día hábil computado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Resolución, cese la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL conforme a lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, tales como, en puntos de venta ubicados en la vía pública y/o de manera ambulatoria.

Artículo 2°.- El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° de la presente Resolución por parte de AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., constituirá infracción muy grave, la cual podrá ser sancionada con una multa entre ciento cincuenta y un (151) y trescientos cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336.

Artículo 3°.- Notifíquese la presente Resolución, así como el Informe N° 00004-GSF/SSDU/2020 a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

Cabe destacar que los actos administrativos mencionados previamente tuvieron como sustento normativo un presunto incumplimiento al artículo 11-D del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por la Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL (el "TCU").

Conforme se podrá apreciar en los siguientes acápites, este caso se originó a raíz de una preocupación del OSIPTEL sobre la venta ambulatoria de chips para telefonía móvil, que buscó por todos los medios limitar esta práctica sin antes reparar en sí contaba con las competencias para ello y si las normas de rango legal vigentes, en efecto, prohibían esta práctica. Como bien evidencian las declaraciones del presidente de OSIPTEL, el orden de prioridades se encuentra invertido: primero se prohíbe, después se busca evaluar si se cuenta con facultades para ello.

3.2. PRIMERA INSTANCIA

3.2.1. Denuncia

El 27 de diciembre del año 2019, Claro interpuso una denuncia contra el OSIPTEL ante la CEB por imposición de BB ilegales y/o carentes de razonabilidad. Las pretensiones de Claro fueron las siguientes:

(i) Como pretensión principal, se pidió que se califique como BB ilegal o carente de razonabilidad la Medida, materializado en los siguientes actos administrativos: (a) la Comunicación 801, (b) la Resolución 489 y (c) la Comunicación 2429.

(ii) Como pretensión subordinada, se solicitó que se califique como BB ilegal y/o carente de razonabilidad la Medida, pero recogida en el artículo 11-D del TCU.

De acuerdo con la denuncia de Claro, ninguna de las normas que desarrollan las competencias del OSIPTEL le otorgan facultad expresa a OSIPTEL de imponer la Medida.

En esta misma línea, indican que no existe una norma de rango legal que contenga esta prohibición. La única base normativa citada por el OSIPTEL es el TCU. Sin embargo, esa cita tampoco otorgaría una facultad al OSIPTEL y de ser así, ello sería ilegal.

Ello, pues si bien el OSIPTEL indica que el artículo 11-D del TCU sería la base normativa de la Prohibición, ello no se condice con lo indicado en el mencionado artículo, pues este dispone la identificación de los distribuidores autorizados con fines informativos, pero no se desprende del texto la limitación a la venta. Sin perjuicio de ello, cabe indicar que la Prohibición no podría ser creada a partir de una norma de rango infralegal.

Con respecto a los argumentos de carencia de razonabilidad, Claro cuestionó los hallazgos del Informe 92. Por un lado, puso en duda que la contratación fraudulenta y el uso indebido de datos personales constituyeran problemas propios y exclusivos de la comercialización en espacios públicos. En ese sentido, la problemática persistiría aún después de la Prohibición, pues estas mafias y bandas organizadas que realizan estas prácticas fraudulentas e ilegales trasladarían sus actividades a los establecimientos fijos de los operadores de telecomunicaciones.

Por otro lado, Claro sostuvo que la Medida carecería de proporcionalidad, toda vez que el OSIPTEL habría omitido evaluar el impacto que dicha prohibición generaría sobre la dinámica competitiva del sector de telecomunicaciones, así como sobre las inversiones ya efectuadas por las empresas operadoras.

Asimismo, señaló que el OSIPTEL no se había pronunciado sobre las medidas alternativas implementadas por Claro orientadas a contribuir con la seguridad de las contrataciones en la vía pública, como la contratación de un proveedor para la creación de un aplicativo de ventas, la implementación de un PIN de seguridad, entre otras.

3.2.2. Solicitud medida cautelar

El 6 de enero de 2020, Claro presentó ante el CEB una solicitud de medida cautelar orientada a suspender la aplicación de la Prohibición.

En lo que respecta a la verosimilitud de la ilegalidad de la barrera, Claro reiteró su posición en el sentido de que no existe norma con rango de ley faculta al OSIPTEL para imponer dicha prohibición, ni tampoco existe disposición alguna que proscriba expresamente la contratación en vía pública.

En cuanto a la verosimilitud de la falta de razonabilidad, Claro señaló que no hay evidencia de que la prohibición absoluta logre remediar los problemas identificados por el OSIPTEL y que, además, ocasionaría serias repercusiones en el mercado que el regulador no llegó a examinar ni a sopesar.

Finalmente, Claro advirtió que esperar la resolución definitiva del CEB podría ocasionarle un perjuicio irreversible, dado que la contratación en espacios públicos representaba aproximadamente el 77% de su actividad comercial.

3.2.3. Admisión a trámite de la denuncia

A inicios de setiembre de 2020, mediante la Resolución N° 171-2020 la CEB admitió la denuncia de Claro. Asimismo, se declaró la improcedencia de la denuncia en el extremo que cuestionó la legalidad y/o carencia de razonabilidad de Medida, materializada en el mismo artículo 11-D del TCU.

Lo anterior, dado que a criterio de la CEB, la referida disposición no permite advertir que el OSIPTEL esté imponiendo la BB cuestionada, puesto que su contenido se limita a establecer la obligación de implementar un registro de distribuidores y remitirlo al regulador con la ubicación de sus puntos de venta.

Por último, la CEB desestimó la medida cautelar solicitada por Claro. Ello, pues consideró que los fundamentos expuestos por la denunciante no resultaban suficientes para acreditar un grado manifiesto de ilegalidad ni de falta de razonabilidad, pues si bien se han presentado argumentos para cuestionar la ilegalidad de la medida por falta de competencia, la CEB requeriría verificar el marco legal aplicable a las facultades del regulador, lo cual no corresponde en esta etapa del procedimiento.

3.2.4. Descargos de la denunciada

El 2 de octubre de 2020, el OSIPTEL presentó su defensa legal, en donde argumentó que los documentos referidos por Claro como medios de materialización de la barrera no constituyen una exigencia o prohibición, pues son una expresión de las facultades atribuidas al OSIPTEL.

En concreto, el OSIPTEL argumentó que la Comunicación 801 sería simplemente una exhortación formal que no se emitió dentro de ningún procedimiento administrativo en particular, la Comunicación 2429 no sería más que el inicio de un procedimiento sancionador que, por su propia naturaleza, no implica que la denunciante necesariamente será sancionada; y, las Resoluciones 489 y 41 medidas cautelares que buscaban verificar el cumplimiento del TCU.

En ese sentido, el OSIPTEL alegó que la medida denunciada no calzaba dentro de la categoría de BB, según la LEBB, porque estas no estaban dirigidas a intervenir en el acceso o permanencia en el mercado, sino en garantizar el cumplimiento del TCU.

En cuanto a la legalidad de la barrera, el regulador sostuvo que las acciones adoptadas encontraban respaldo en la facultad genérica que le asiste al OSIPTEL para imponer obligaciones a los operadores de telecomunicaciones. Añadió que, conforme al marco normativo sectorial, dicha entidad está facultada para dictar las disposiciones que aseguren una adecuada protección de los derechos e intereses de los usuarios.

Sobre la razonabilidad de la Medida, indicó que el interés público que la sustenta apunta a garantizar condiciones de seguridad e información suficiente en el proceso de contratación, tomando en cuenta la problemática evidenciada a través de denuncias y reclamos vinculados a ventas fraudulentas producidas en espacios públicos.

Asimismo, OSIPTEL indicó que el Informe 92 realizó una ponderación de los costos y beneficios de la Prohibición, en donde se concluyó que el aumento de los costos que enfrentarían las empresas privadas por esta barrera sería compensado por la eliminación de los costos generados a los usuarios.

3.2.5. Escrito que solicita sustracción de la materia

En febrero de 2021, el OSIPTEL presentó un escrito solicitando que se declare la sustracción de la materia respecto del extremo de la denuncia que solicita la calificación como BB ilegal o carente de razonabilidad la Prohibición, concretizada mediante la Comunicación 801.

Al respecto, OSIPTEL alegó que la Comunicación N° 88-GG/2021, notificada el 29 de enero de 2021 a Claro, habría declarado inaplicable dicha comunicación. En este sentido, para el regulador ha cesado la aplicación del requerimiento objeto de cuestionamiento sobre la esfera jurídica del denunciante, por lo que carece de objeto incluir en el análisis de fondo a la Comunicación 801.

3.2.6. Resolución de la CEB

El 23 de febrero de 2021, la CEB notificó la Resolución N° 033-2021/CEB-INDECOPI (la "Resolución de primera instancia"), que declaró como BB ilegal la Prohibición, materializada en la Comunicación 801, la Resolución 489, la Comunicación 2429 y la Resolución 41.

La CEB estimó que, a pesar de que el OSIPTEL cuenta con atribuciones para regular la conducta de las operadoras mediante resoluciones de su Consejo Directivo, en este caso impuso una prohibición sin sustento normativo. Ello debido a que fue impuesta al amparo del artículo 11-D del TCU, cuando dicho artículo no recoge la prohibición que se analiza.

A juicio de la CEB, el artículo 11-D se limita a establecer las obligaciones de implementar y remitir al OSIPTEL un registro con la información de los distribuidores autorizados, incluyendo los códigos que les hubieran sido asignados y la dirección los puntos de venta desde los cuales se lleva a cabo la contratación.

Así, dado que para la limitación de la libertad empresarial se requiere de una prohibición que sea expresa, directa y establecida en una norma de rango legal, la imposición de esta barrera sin respaldo legal vulnera el P.Legalidad.

3.2.7. Voto en discordia

El comisionado Javier Pazos emitió un voto en discordia, en donde señaló que el 11-D del TCU recogía una exigencia distinta a la considerada por la CEB.

Según este comisionado, ordenar a los operadores la elaboración y envío de un registro que incluya la dirección de los lugares donde los distribuidores autorizados llevan a cabo las contrataciones supondría, en la práctica, que estas no podrían realizarse en puntos no identificados como la vía pública, razón por la cual no correspondería declararla como barrera burocrática ilegal.

3.3. SEGUNDA INSTANCIA

3.3.1. Apelación

El 15 de julio de 2021, el OSIPTEL apeló la Resolución de primera instancia. A criterio del regulador, la BB denunciada no estaría materializada en la Comunicaciones 801 y 2429 ni en las Resoluciones 489 y 41.

En lo que atañe a la Comunicación 801, insistió en que el requerimiento había perdido vigencia, por lo que lo que correspondía era declarar la sustracción de la materia. Respecto a la Comunicación 2429, precisó que su contenido no encerraba ninguna decisión prohibitiva, sino que se reducía al inicio de un procedimiento sancionador motivado por el incumplimiento de una medida cautelar.

Con referencia a las Resoluciones que imponen medidas cautelares, sostuvo que estas no contienen en sí mismas una prohibición, pues por su propia naturaleza no implican un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sino que buscan asegurar la decisión final sobre el presunto incumplimiento a las obligaciones del artículo 11-D del TCU.

Asimismo, enfatizó que CEB carece de competencia para pronunciarse sobre el ejercicio de la potestad punitiva que tiene atribuida el OSIPTEL para evaluar el cumplimiento del 11-D.

3.3.2. Resolución de la SEL

En noviembre de 2021, la SEL emitió la Resolución Final mediante la cual resolvió lo siguiente:

(i) Declarar la sustracción de la materia en lo concerniente a la Comunicación 801, sustentándose en que, a través de la Comunicación N° 88-GG/2021, se había informado a Claro que su contenido no más era aplicable.

(ii) Revocar la Resolución de primera instancia y, como consecuencia, declarar infundada la denuncia interpuesta por Claro. A juicio de la SEL, la Medida encontraría respaldo normativo en el artículo 11-D del TCU, toda vez que dicha disposición obliga a los operadores a comunicar al OSIPTEL, a través del registro correspondiente, la dirección donde los distribuidores llevan a cabo las contrataciones. En ese sentido, al exigirse que los distribuidores cuenten con una ubicación identificable, se desprendería que quedaría proscrita la comercialización en lugares que no puedan ser ubicados de ese modo, como ocurre con la vía pública.

(iii) Que, Claro no formuló cuestionamientos dirigidos a la razonabilidad de la BB. A pesar de que presentó argumentos contra la razonabilidad del sustento del Informe 92, dado que se sustrajo la materia en el extremo de la Comunicación 801 que lo trasladó, no procede continuar con la evaluación.

3.3.3. Voto en discordia

Al respecto, Orlando Vignolo se alinea con la postura de la Resolución de primera instancia, pues concuerda con la CEB en que la medida cuestionada contraviene el P.Legalidad porque el artículo 11-D del TCU no contiene la Prohibición impuesta.

Añadió que, si bien el OSIPTEL tiene atribuciones para verificar que los sujetos regulados cumplan con sus obligaciones, tales actuaciones resultarían contrarias a derecho al carecer de una habilitación expresa en una norma con rango de ley.

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

4.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿La Prohibición impuesta por OSIPTEL constituye una barrera burocrática ilegal?

4.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿Correspondía que la SEL declare la sustracción de la materia respecto de la Comunicación 801?

V. ANÁLISIS Y OPINIÓN FUNDAMENTADA DE LA BACHILLER

5.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: LA PROHIBICIÓN CONSTITUYE UNA BARRERA BUROCRÁTICA ILEGAL

5.1.1. La relación entre el requisito de competencia y el P.Legalidad

La CEB o SEL evalúan, de corresponder, si la barrera burocrática denunciada supera el examen de legalidad, esto es, (a) si existen competencias conferidas por ley que habiliten a la ADP a imponer la BB cuestionada (requisito de competencia), (b) si la disposición que materializa la barrera fue emitida o publicada siguiendo el procedimiento establecido, (c) si a través de la imposición de la BB se contraviene el ordenamiento jurídico (DL N° 1256, 2016).

El supuesto concreto del literal a) del examen de legalidad (el requisito de competencia) del procedimiento de eliminación de BB ("PEBB"), debe ser entendida en concordancia con el P.Legalidad de las actuaciones de la ADP, así como otros principios del Derecho Administrativo, que serán desarrollados a continuación.

A diferencia de los particulares, para quienes la libertad constituye la regla general y la restricción la excepción, la ADP solo puede actuar dentro de los márgenes que la ley le autoriza, tanto en cuanto al fondo de sus decisiones como en cuanto a la forma de adoptarlas. Esto es lo que se conoce como el P.Legalidad.

Conforme lo desarrolla García de Enterría y Fernández (2004):

> (...) el principio de legalidad de la Administración (...) se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción, confiriéndola al efecto de poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así, como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente. (p. 449)

Al respecto, Cassagne (2010) ha indicado que al descenderse al plano de la aplicación de

> las normas legales o reglamentarias, la actividad administrativa concreta creadora de situaciones jurídicas subjetivas (mediante la técnica del acto administrativo) tiene que respetar las reglas del procedimiento administrativo y los requisitos establecidos para la validez de los respectivos actos (p. 490).

Este principio tiene además consagración constitucional, en tanto la propia Carta Magna establece que el ejercicio del poder estatal debe sujetarse a lo establecido en la Constitución y las normas con rango de ley (Constitución, Art. 45, 1993).

A su vez, como se mencionó de manera previa, este principio se encuentra recogido en el ámbito administrativo en el Título Preliminar de la LeyPAG, el cual dispone que la ADP debe actuar en plena conformidad con la Constitución, la ley y el ordenamiento jurídico en general, ciñéndose a las competencias que le han sido expresamente atribuidas (2001).

Por su parte, el examen de este principio en el análisis de legalidad de los PEBB ha sido desarrollado por la SEL, mediante la Resolución N° 028-2021/SEL-INDECOPI. En esta decisión se señaló que la ADP está obligada a observar el P.Legalidad, por lo que cualquier requisito, exigencia o restricción que impongan debe encontrar respaldo en facultades específicas reconocidas a la entidad, sin que resulte válido ampararse en atribuciones de carácter genérico o en la mera ausencia de prohibición.

Teniendo en cuenta lo anterior, el P.Legalidad exige a la ADP que conduzca sus actuaciones en el marco legal de las competencias que le han sido atribuida. De lo contrario, si no existe una norma legal que lo habilita de manera previa, será una actuación prohibida o, en sentido estricto, ilegal.

Sin embargo, en el supuesto de una actuación de la administración consistente en limitar un derecho fundamental como la libertad de empresa e iniciativa privada, no basta con que la ADP cuente con facultades claras y expresas para supervisar, sancionar o reprimir esta conducta del administrado, las cuales deben estar establecidas en normas de rango de ley. Además de ello, la conducta reprimida debe estar tipificada de manera previa, precisa, inequívoca y clara, además de encontrarse contenida en una norma de rango legal.

Al respecto, Morón (2019) ha indicado que deber de legalidad no se agota con el

> cumplimiento de lo dispuesto por las normas jurídicas jerárquicamente superiores a las administrativas, porque proyectándose más allá, la doctrina también incluye en sus alcances a: La obligación de mantener respeto sobre ciertos tópicos que

> objetivamente solo pueden ser normados por leyes y no por disposiciones administrativas o reglamentarias. Se trata de la conocida reserva legal, que existe en favor de la función legislativa en materia de limitación de derechos constitucionales, de régimen de infracciones y el régimen de tributos (…) (p. 80).

Lo anterior guarda concordancia con el artículo 2 de la Constitución, que señala que ninguna persona está obligada a realizar lo que la ley no ordena, ni puede ser impedida de hacer aquello que esta no prohíbe. Asimismo, este artículo también indica que nadie podrá ser condenado por un acto u omisión que no haya sido tipificado de forma expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con una pena no contemplada en la ley.

De acuerdo con Suay (2008), el P.Legalidad en el ámbito de la potestad sancionadora administrativa contiene una vertiente formal, que es el principio de reserva de ley (en adelante, "R.Ley"), y una vertiente material, que es la exigencia del mandato de tipificación (en adelante, "P.Tipicidad").

Desde la dimensión formal, el P.Legalidad requiere que tanto las infracciones como las sanciones tengan sustento en un dispositivo normativo con jerarquía de ley, incluyendo la correspondencia entre unas y otras. Desde la dimensión material, el principio exige el cumplimiento del mandato de tipicidad, el cual debe observarse tanto al momento de establecer las infracciones y sanciones como al momento de aplicarlas (Suay, 2008, pp. 280-281).

Teniendo en cuenta lo anterior, la R.Ley exige que la tipificación de las infracciones y sanciones se encuentren en una ley o norma de mismo rango. Ello con el objetivo de que las limitaciones a las libertades de los administrados sean debatidas en cumplimiento de las garantías formales que posee la aprobación de una ley.

Este principio se encuentra reconocido en el numeral 1) del artículo 230 de la LeyPAG, el cual establece que únicamente por norma con rango de ley cabe atribuir a la ADP la

potestad sancionadora y la consiguiente previsión de consecuencias que pueden aplicarse a un administrado (2001).

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2006) señaló que la R.Ley exige que cualquier afectación o limitación a los derechos fundamentales debe estar prevista en una ley general con la finalidad de evitar posibles actos arbitrarios por parte del Estado contra los derechos de los administrados.

Asimismo, merece la pena revisar la redacción del numeral 4) del artículo 230 de la LeyPAG:

> 4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda (Art. 230, 2001)

Si bien, a partir de este artículo podría inferirse que si la ley lo habilita, se pueden tipificar infracciones y sanciones en normas reglamentarias, lo que se busca mediante esta disposición es reconocer la importancia de la figura de la colaboración reglamentaria. Mediante esta figura el reglamento juega un rol subordinado y colabora con la ley para precisar la regulación de las conductas infractoras y las sanciones.

Al respecto, Nieto (2005) ha sostenido que la colaboración reglamentaria no implica una transgresión a la R.Ley, sino que constituye una forma válida de ejercerla, a condición de

que exista una ley previa que fije los lineamientos y criterios que orientarán su desarrollo reglamentario.

En ese marco, la R.Ley se despliega en dos momentos: primero, mediante una ley que regula parcialmente la materia y reenvía su complemento a la vía reglamentaria; y luego, mediante el reglamento al que se remite, el cual completa el régimen legal y desarrolla su contenido conforme a las instrucciones recibidas. De este modo, la colaboración reglamentaria no opera como una excepción a la R.Ley, sino como una de sus modalidades (Nieto, 2005, p.223).

Así, la ley puede regular de manera exhaustiva la materia, pero también puede optar por establecer el marco general y encomendar a un reglamento la regulación del resto, siempre bajo las pautas e instrucciones que ella misma le proporciona. Con frecuencia, las normas sancionadoras describen ciertos tipos o algunos elementos comunes y esenciales, remitiendo expresamente a un reglamento para que complete dicha descripción (pp. 223 y 227).

El Tribunal Constitucional (2014) ha desarrollado la figura de colaboración reglamentaria y ha establecido que en esos casos aplica una "reserva de ley relativa":

> 180. En esta materia aplica entonces aquella reserva de ley relativa. Por ende, no resulta inconstitucional que se derive al reglamento la tipificación de las infracciones, en tanto se ha fijado en la ley las conductas sancionables y la escala y los tipos de sanción (fundamento 180).

Así, de acuerdo con el máximo intérprete de la Constitución y la postura de la doctrina, la R.Ley prevé que el reglamento puede desarrollar lo establecido en la ley cuando se cumplan las siguientes condiciones en la ley: (i) se ha fijado las conductas sancionables, (ii) se ha fijado los tipos de sanciones y (iii) se ha fijado la escala de multas.

Con respecto al P.Tipicidad, el Tribunal Constitucional (2002) ha indicado que en materia sancionadora este exige que tanto la conducta infractora como la sanción aplicable estén

previamente establecidas en la ley, identificándose tres requerimientos esenciales: que exista una norma escrita que la sustente, que dicha norma sea anterior a los hechos sancionados y que describa el supuesto de hecho de forma precisa y determinada, de modo que los destinatarios de la norma puedan anticipar con razonable certeza qué conductas están prohibidas y cuáles serán sus consecuencias jurídicas.

En esa línea, el principio no quedará satisfecho cuando la norma que describe la conducta infractora no brinde elementos suficientes para delimitar el comportamiento prohibido. Tampoco cuando las tipificaciones adolezcan de imprecisión o ambigüedad, mediante fórmulas de contenido abierto, cuyo empleo conlleva inevitablemente la apertura de un amplio margen de arbitrio al momento de determinar la existencia de conductas contrarias a derecho (Morón, 2019, p. 414).

En suma, cuando una ADP pretende restringir un derecho constitucional, el P.Legalidad, la R.Ley y el P.Tipicidad operan conjuntamente para requerir un estándar de competencia válido que exige la concurrencia de dos elementos: (i) una norma de rango legal que atribuya la competencia a la ADP de restringir este derecho, la cual debe ser clara en la atribución de esta facultad y (ii) una norma de rango legal que tipifique de manera expresa y taxativa la conducta prohibida, sin que sea posible derivar ninguno de estos elementos de inferencias, interpretaciones extensivas o normas de rango reglamentario.

5.1.2. El OSIPTEL no contaba con competencia para imponer la BB

A la luz del estándar de competencia descrito, corresponde analizar si el OSIPTEL contaba con las competencias para ordenar la Medida. Para ello, se revisará el marco legal invocado por el OSIPTEL durante el PEBB para probar su competencia:

Cuadro 2: Evaluación de normas invocadas por el OSIPTEL para acreditar su competencia

Disposiciones normativas invocadas por OSIPTEL	Competencia para supervisar y sancionar la conducta	Infracción tipificada

Artículo 76.- 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 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 (DS N° 013-93-TCC, 1993).	De los artículos citados se desprende que las facultades atribuidas a OSIPTEL se circunscriben a tres ámbitos específicos: la regulación del comportamiento de las empresas operadoras, la supervisión de las relaciones entre dichas empresas, y la garantía de la calidad, eficiencia y equilibrio tarifario de los servicios brindados a los usuarios. La facultad de ordenar el cumplimiento de la Medida no se desprende de la competencia de regular el comportamiento de las empresas operadoras, pues esta debe entenderse en un sentido estrictamente técnico-económico, es decir, referida a aspectos como la fijación de tarifas, las condiciones de interconexión y la calidad del servicio, mas no como una habilitación genérica para restringir o prohibir	No se establece como infracción la contratación de servicios públicos móviles en espacios públicos.

	canales de comercialización. Interpretar dicha facultad de forma tan amplia implicaría vaciar de contenido el P.Legalidad, que exige precisamente que las competencias de los organismos públicos estén delimitadas con suficiente precisión normativa, sin que quepa recurrir a atribuciones genéricas o implícitas.	
3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen (…): a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, (…) por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o	Si bien el artículo 3 de la Ley N° 27332 (2000) reconoce que los organismos reguladores cuentan con funciones supervisoras y normativas, el propio artículo condiciona su ejercicio a que se produzca dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. Es decir, esta disposición regula el cómo puede actuar el OSIPTEL, pero no establece sobre qué materias puede hacerlo. Ello implica que dichas funciones no constituyen	No se establece como infracción la contratación de servicios públicos móviles en espacios públicos.

	resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad (…) c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, (…), otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones (…) de las entidades o actividades supervisadas (…); Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas	una habilitación ilimitada, sino que su validez depende de que la materia sobre la cual recaen haya sido previamente atribuida a OSIPTEL por una ley específica. En el presente caso, no existe norma alguna que atribuya expresamente a OSIPTEL competencia para ordenar el cierre de un canal de comercialización. Adicionalmente, la función supervisora está diseñada para verificar el cumplimiento de obligaciones preexistentes, y la función normativa para desarrollar reglamentariamente materias ya atribuidas, no para establecer restricciones nuevas sobre actividades sobre las que el regulador no tiene una competencia clara.	

por normas legales (…) (Ley N° 27332, 2000)		
Artículo 32.- (…) Los Organismos Reguladores: 1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados (…) 3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; (…) en los términos previstos por la Ley de la materia. (…) (Ley N° 29158. 2007)	Esta norma invocada tampoco es sustento suficiente para acreditar la competencia porque se trata de una norma que describe el rol general de los organismos reguladores.	No se establece como infracción la contratación de servicios públicos móviles en espacios públicos.
8.1 Las empresas operadoras de servicios públicos móviles de telecomunicaciones	Esta norma establece la obligación de verificación biométrica por parte de las empresas reguladas. Es decir, mediante esta se	Se establece obligación de verificación biométrica para la contratación de

tienen las siguientes obligaciones: a) Verificar plenamente la identidad de quien contrata el servicio de servicios públicos móviles de telecomunicaciones mediante el sistema de verificación biométrica de huella dactilar. (…) (Decreto Legislativo N° 1338, 2017)	están estableciendo pautas para la comercialización del servicio, pero no se está otorgando al OSIPTEL la competencia para limitar un canal de venta.	servicios de telefonía móvil, pero no se establece como infracción la comercialización de servicios públicos móviles en la vía pública.
Artículo 25.-En ejercicio de la función normativa puede dictarse reglamentos o disposiciones de carácter general referidos a los siguientes asuntos: (…) i) Condiciones de acceso a servicios y redes e interconexión entre los mismos, incluyendo (…) en general los términos v condiciones de	Además de que se trata de una norma de rango infralegal, es importante notar que regular los términos y condiciones de contratación no equivale a prohibir una modalidad específica de contratación. Lo primero supone establecer las garantías y las condiciones mínimas del vínculo contractual entre operadora y usuario (contrato modelo, obligaciones sobre información, verificación	No se establece como infracción la contratación de servicios públicos móviles en espacios públicos.

contratación (…) (DS N° 008-2001-PCM, 2001).	biométrica, entre otras), mientras que lo segundo implica restringir la libertad de las empresas de elegir sus canales de comercialización, lo cual constituye una medida de mayor intensidad que requeriría una habilitación normativa más específica y explícita que la establecida en este artículo.	

Cabe indicar que, en las Comunicaciones 801 y 2429 y en las Resoluciones 489 y 41 se cita como base normativa para la imposición de la Prohibición el artículo 11-D del TCU. Como se ha desarrollado previamente, ello sería contrario al principio de R.Ley porque se restringiendo el derecho de libertad de empresa amparado en una norma de rango infralegal.

Como puede advertirse, ninguna de las normas que desarrollan las competencias del OSIPTEL le atribuye de forma expresa la facultad de imponer la Prohibición. Del mismo modo, durante la tramitación del PEBB no existía norma alguna con rango de ley que proscribiera dicha modalidad de contratación. De allí que el organismo regulador denunciado no haya invocado en ningún momento ley que respaldara la Medida.

5.1.3. El artículo 11-D del TCU no establece la prohibición

Sin perjuicio de que el artículo 11- D del TCU no sería un sustento normativo válido para la imposición de la barrera porque es una norma de rango infralegal, lo cierto es que el OSIPTEL a través de los medios de materialización listados previamente ha pretendido amparar la legalidad de sus actuaciones, alegando que el texto de esta norma indica esta prohibición.

No obstante, en concordancia con lo indicado por la CEB en la Resolución de Primera instancia y del voto en discordia en la Resolución Final, dicho dispositivo normativo no contempla dicha prohibición, sino obligaciones relativas a la elaboración de un listado de distribuidores autorizados, así como su posterior reporte al OSIPTEL.

A efectos de mayor, claridad, se desglosará el mencionado artículo en sus distintos párrafos para precisar el alcance de las obligaciones previstas.

Cuadro 3: Revisión del texto del artículo 11-D del TCU

Texto vigente durante el PEBB	¿Qué establece?
"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" (Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, 2012).	Obligación de implementar un listado de distribuidores autorizados que intervengan en la contratación de servicios públicos móviles.
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	Posterior a la inscripción del distribuidor, la operadora debe entregar al distribuidor un código único de identificación.

su titularidad (Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, 2012).	
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 (Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, 2012).	Obligación de remitir el mencionado registro, el cual debe contener los códigos de los distribuidores y la ubicación de sus puntos de venta.

En ese sentido, se ha evidenciado que en ninguna parte del texto del artículo 11-D del TCU se establece la Prohibición. Ahora bien, a partir de una revisión de la Matriz de Comentarios y la Exposición de Motivos de la Resolución N° 033-2015-CD/OSIPTEL, proyecto normativo que planteaba la incorporación de esta norma en el TCU, se ha

encontrado evidencia que refuerza la idea de que este artículo desde sus inicios no tenía contemplada establecer esta Medida.

Con respecto a la Matriz de Comentarios, el regulador reconoce que podrán realizarse contratación de servicios fuera de la dirección formal, como por ejemplo una feria itinerante:

> Finalmente, se precisa que aun cuando un punto de venta de un distribuidor autorizado realice la contratación de servicios en, por ejemplo en una feria itinerante, se mantendrá la dirección formal de dicho punto de venta o sucursal.

De esta manera, el propio OSIPTEL indicó en su oportunidad que era posible comercializar los servicios públicos de telefonía móvil en una dirección distinta a la reportada y, en esos casos, se deberá reportar la dirección formal del punto de venta o sucursal.

Por otro lado, la Exposición de Motivos, no señaló en ninguna parte del texto que la nueva obligación del registro de distribuidores respondía a la problemática del incremento de contrataciones fraudulentas en la vía pública. El OSIPTEL en su oportunidad únicamente indicó que la modificación tenía como fin facilitar la labor general de supervisión del servicio:

- **Registro de distribuidores autorizados para la contratación del servicio público móvil prepago (Artículo 11-D° y Segunda Disposición Transitoria).**

Atendiendo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 023-2014-MTC, y a que las empresas operadoras son responsables de todo el proceso de contratación de cualquier servicio público de telecomunicaciones, éstas se encuentran obligadas a implementar un registro de distribuidores autorizados.

Necesariamente, todo aquel distribuidor que intervenga en la contratación de un nuevo servicio público móvil, tiene la obligación de inscribirse previamente en el mencionado registro de distribuidores.

De esta manera, una vez que el distribuidor se encuentre registrado, la empresa operadora deberá hacerle entrega del código único que lo identifique como tal, y que lo autorice a intervenir en el proceso de contratación.

Respecto de dicho código, es importante hacer mención que éste solo debe ser empleado por el distribuidor, por lo que la empresa operadora, deberá adoptar las medidas de seguridad que resulten necesarias, de tal manera que valide la actuación del distribuidor en cada contratación del servicio.

Es importante dejar en claro que, en todos los casos, la empresa operadora será responsable ante el abonado por la contratación del servicio que se realice bajo su titularidad.

Sobre la base de ello, este Organismo ha considerado importante que a efectos de facilitar la labor de supervisión, la empresa operadora remita al OSIPTEL el registro de distribuidores autorizados, el cual deberá contener toda la información a que se refiere el artículo 11-D°, estando obligada a informar cualquier variación en el referido registro, a más tardar al día siguiente de realizada dicha modificación. Para tal efecto, las empresas operadoras deberán remitir dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la presente norma, el registro de distribuidores autorizados para la contratación del servicio público móvil prepago.

Cabe indicar que este texto se replica en la Exposición de Motivos que incorpora finalmente el artículo 11-D al TCU (Resolución N° 056-2015-CD). En ese sentido, contrario a lo indicado por el OSIPTEL, esta norma en su origen tampoco fue creada con la finalidad de salvaguardar la seguridad de los datos de los usuarios y disminuir los casos y reclamos de contrataciones fraudulentas.

5.1.4. Sobre la modificación legislativa posterior

Finalmente, un punto adicional a destacar son los ajustes legislativos aprobados posterior a la Resolución Final. La postura del OSIPTEL que ha sostenido a lo largo del PEBB era que (i) contaba con las competencias suficientes para imponer la barrera denunciada y (ii) el artículo 11-D del TCU recogía de forma clara la prohibición denunciada.

Sin embargo, resulta, cuando menos, singular que posterior a la Resolución Final se promulgara la Ley N° 31839, que establece de manera expresa tanto la competencia del OSIPTEL para supervisar y sancionar estas conductas, y tipifica el incumplimiento de la Prohibición como infracción.

Mediante esta norma de rango legal se incorporaron diversos artículos al Decreto Legislativo N° 1338, dispositivo normativo que creó en su momento el Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad.

Por un lado, mediante los artículos 6 y 9.2, se estableció mediante norma de rango legal que OSIPTEL contaba con facultades expresas para supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el mencionado decreto legislativo: Por otro lado, mediante el artículo 8 se estableció que se encuentra prohibido que las empresas operadoras comercialicen o contraten sus servicios públicos móviles en espacios públicos.

Finalmente, el artículo 9 establece de manera clara que el incumplimiento del citado artículo 8 constituyen infracción administrativa. Con ello, las modificaciones legislativas subsanan las falencias del marco legislativo anterior.

Si bien la sola aprobación de esta norma de rango legal no constituye prueba irrefutable de que el marco legal previo era insuficiente y no superaba el estándar desarrollado para que una ADP pueda imponer una limitación de derechos, sí constituye un indicio relevante, que leído en conjunto con los otros argumentos presentados, permiten reforzar la conclusión sobre el primer problema jurídico: que OSIPTEL carecía de sustento legal para imponer la Medida.

Así, resulta razonable inferir que si las competencias asignadas al OSIPTEL eran suficientes y la disposición normativa que contenía la prohibición era clara y respetaba los P.Legalidad, R.Ley y P.Tipicidad, no habría necesidad de incorporarlos mediante una modificación legislativa posterior.

En consecuencia, a la luz de los argumentos desarrollados se concluye que OSIPTEL no contaba con competencia válida para imponer la Prohibición al momento de los hechos. En ese sentido, la SEL, no realizó un adecuado análisis de legalidad y debió confirmar la Resolución de primera instancia en el extremo que declaraba ilegal la BB.

5.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: NO CORRESPONDÍA QUE LA SEL DECLARE LA SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA SOBRE LA COMUNICACIÓN 801

Determinada la ilegalidad de la BB cuestionada en este PEBB, corresponde analizar el segundo punto de cuestionamiento sobre la Resolución Final, esto es, la declaración de sustracción de materia respecto de la Comunicación 801, decisión que le impidió realizar el análisis de carencia de razonabilidad.

La sustracción de la materia ha sido desarrollada en el artículo 29.2 de la LEBB. De acuerdo con este artículo, se plantean las siguientes causales para la sustracción de la materia: (i) derogación de la BB cuestionada, (ii) modificación de la BB, y/o (iii) inaplicación de la BB en caso se encuentre materializada en un acto administrativo o actuación material.

La SEL, mediante la Resolución N° 019-2026/SEL-INDECOPI, precisó que, en los casos en que las medidas adoptadas se materialicen a través de actos administrativos, operará

la sustracción de la materia cuando dichas medidas cesen sus efectos respecto del denunciante, lo cual puede ocurrir, por ejemplo, como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos que las contienen.

De lo expuesto se desprende que la inaplicación como causal de sustracción de la materia exige que el acto haya dejado de producir efectos mediante mecanismos formales reconocidos por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, una declaración informal posterior no debería alcanza ese estándar.

Como se mencionó previamente, la SEL sustrajo la materia respecto a la BB materializada en la Comunicación 801. Ello, pues consideró que mediante Comunicación N° 88-GG/2021 la referida carta no resulta aplicable a la denunciante,

Mediante la Comunicación N.° 88-GG/2021, el OSIPTEL indicó que, habiéndose adoptado oportunamente las medidas cautelares correspondientes en el ejercicio de sus funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, se declara que el requerimiento contenido en la Comunicación 801 ha devenido en inaplicable.

Sin embargo, dicha comunicación no satisface los mecanismos formales para dejar sin efectos actos administrativos. Corresponde entonces determinar si esta actuación constituye una inaplicación válida en los términos exigidos por el artículo 29.3

Al respecto, conviene desarrollar la naturaleza jurídica de la Comunicación 801. Conforme a los artículos 1 y 29 de la LeyPAG, los actos administrativos se configuran a partir de seis elementos: (i) declaración de una entidad de la ADP; (ii) están orientados a generar efectos jurídicos; (iii) dichos efectos inciden sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados; (iv) producen consecuencias subjetivas frente a una situación concreta; (v) se encuentran sometidos al régimen del Derecho Público; y (vi) sus efectos pueden ser individualizados o individualizables (Morón, 2019).

En esta línea, Huapaya (2010) define al acto administración como un instrumento estabilizador de relaciones jurídicas así creadas (como autorizaciones, ordenes, mandatos, sanciones, prohibiciones, entre otros) (p. 133). Por su parte, Morón (2019) agrupa dentro de los actos administrativos de gravamen a aquellos que generan consecuencias

desfavorables para el administrado, entre los que se encuentran las órdenes, los actos que extinguen derechos, las sanciones y, en general, cualquier actuación de la ADP que imponga cargas y limitaciones en la esfera jurídica del particular (p. 202).

A partir de lo anterior, puede observarse que la Comunicación 801 es un acto administrativo, en concreto uno de gravamen, pues cumple con todos los elementos establecidos en la norma: (i) fue una declaración del OSIPTEL emitida por su Gerencia General, (ii) el efecto que se produjo fue la imposición de la Prohibición, (iii) los efectos recayeron sobre los intereses y derechos de Claro, (iv) estos efectos recayeron sobre la esfera jurídica de Claro, (v) fue emitida en el marco de sus facultades de fiscalización y (vi) tuvo efectos individualizados (Morón, 2019, pp. 191-195).

Determinada la naturaleza de acto administrativo de la Comunicación 801, una comunicación emitida por el mismo órgano (Gerencia General del OSIPTEL) que declara su inaplicabilidad no constituye un mecanismo jurídicamente reconocido para que la ADP extinga los efectos del acto administrativo. Para ello se requiere que se revoque o se declare su nulidad de oficio, ninguno de los cuales fue emitido por el OSIPTEL. Por consiguiente, desde un plano formal, los efectos de la Comunicación 801 no habrían sido válidamente extinguidos.

Este aspecto resulta de suma importancia, pues, además de materializar la BB, esta comunicación trasladó el Informe 92. Cabe indicar que este Informe ha sido citado y utilizado como sustento para los posteriores actos emitidos por el OSIPTEL dirigidos imponer la Medida. A continuación, algunos ejemplos donde el propio regulador usa los argumentos del Informe 92 en la motivación de la Resoluciones 484 y 41:

Imagen 5: Extracto Resolución 484

19. De acuerdo a lo señalado en el Informe N° 00092-GPSU/2019[4], en el cual se expone la problemática de la contratación de servicios públicos móviles que se realiza en forma ambulatoria y en la vía pública, dicha forma de contratación conlleva, entre otros, a los siguientes problemas:

i) Vulnerabilidad del uso de datos personales por terceros.
ii) Facilita las contrataciones fraudulentas.
iii) No se garantiza una adecuada información sobre el servicio a contratar.
iv) Dificulta las acciones de supervisión.

20. Uno de los puntos de dicha problemática, es que el escenario de venta ambulatoria no garantiza que las empresas operadoras cumplan con brindar a los abonados y usuarios la información necesaria para tomar una decisión de consumo debidamente informada. Tal como se expone en el mencionado Informe, a diferencia de un punto de venta en el cual ante cualquier duda o problema respecto de la información brindada puede acudir ante el supervisor o jefe del punto de venta para su apoyo, siendo que, inclusive, el propio local cuenta con información visual disponible para el abonado o usuario (Vg. volantes, banners, paneles, vídeos, etc.).

Imagen 6: Extracto Resolución 41

21. De acuerdo a lo señalado en el Informe N° 00092-GPSU/2019[4], en el cual se expone la problemática de la contratación de servicios públicos móviles que se

Adicionalmente, el Informe 92 no solo fue citado y utilizado para los otros medios de materialización de la barrera, sino que además fue utilizado en reiteradas ocasiones en el escrito de descargos presentado por el OSIPTEL para acreditar la razonabilidad de la medida:

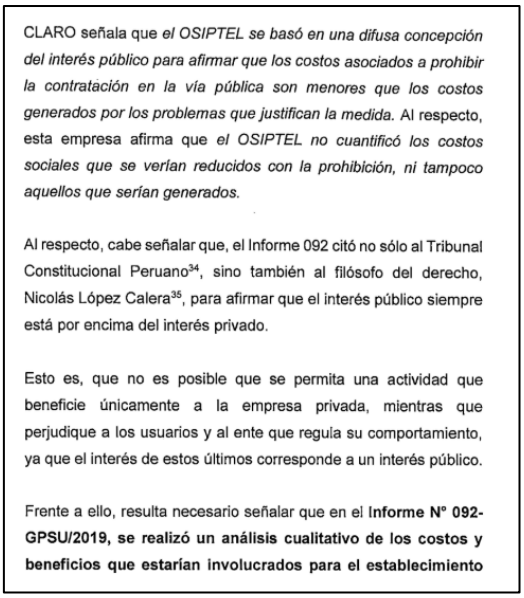
Imagen 7: Extracto de escrito de descargos de OSIPTEL

Ahora bien, la carta N° 801-GG/2019 que exige el cumplimiento del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, también responde a la problemática de falta de seguridad en la contratación, lo cual ha sido evidenciado en los hechos que se desarrollaron en el Informe N° 092-GPSU/2019, tal como se detalla a continuación:

Informe N° 092-GPSU/2019

Tal y como se puede advertir de los casos expuestos en la reunión llevada a cabo en las instalaciones de este Organismo el día 26 de junio de 2019 con los representantes de la empresas operadoras del servicio público móvil, así como, en las ciento nueve (109) acciones de supervisión llevadas a cabo en el mes de julio de 2019; la comercialización de las líneas del servicio público móvil por parte de las distintas empresas operadoras no se realiza en puntos de venta habilitados como tales, sino que, por el contrario, se lleva a cabo de manera ambulatoria en la vía pública.

Imagen 8: Extracto de escrito de descargos de OSIPTEL



CLARO señala que *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.* Al respecto, esta empresa afirma que *el OSIPTEL no cuantificó los costos sociales que se verían reducidos con la prohibición, ni tampoco aquellos que serían generados.*

Al respecto, cabe señalar que, el Informe 092 citó no sólo al Tribunal Constitucional Peruano[34], sino también al filósofo del derecho, Nicolás López Calera[35], para afirmar que el interés público siempre está por encima del interés privado.

Esto es, que no es posible que se permita una actividad que beneficie únicamente a la empresa privada, mientras que perjudique a los usuarios y al ente que regula su comportamiento, ya que el interés de estos últimos corresponde a un interés público.

Frente a ello, resulta necesario señalar que en el **Informe N° 092-GPSU/2019, se realizó un análisis cualitativo de los costos y beneficios que estarían involucrados para el establecimiento**

Es pues, sobre los hallazgos en el Informe 92 que Claro presentó indicios sobre la carencia de razonabilidad de la Prohibición. En ese sentido, resulta evidente que los efectos de la Comunicación 801 seguían siendo aplicable a Claro no solo por una cuestión formal. En los hechos, esta comunicación continuaba produciendo efectos reales pese a lo indicado en la comunicación posterior, por lo que resulta especialmente grave haber sustraído la materia en ese extremo.

En esta línea, cobra relevancia el cuestionamiento formulado por Chang & Salazar (2020) sobre la aplicación e interpretación del artículo 29.3:

Para nosotros, la sustracción de la materia solo cabe en aquellos casos en los cuales la barrera denunciada haya dejado de producir efectos reales en el denunciante. Es por eso que el artículo 29.2, "c", ha sido redactado utilizando la famosa fórmula "y/o": "derogación y/o modificación de la barrera burocrática cuestionada denunciada y/o la inaplicación de la misma al denunciante. El incentivo que se genera con una interpretación como la que viene aplicando el Indecopi, es que las entidades "perviertan" el sistema antibarreras y salgan impunes. (p.247)

En efecto, la interpretación adoptada por la SEL en la Resolución Final podría genera incentivos perversos para el uso de la figura de sustracción de la materia. Bajo esta interpretación, la ADP podría imponer una BB y, pese a que los efectos de la barrera siguen vigentes en la práctica, declararla informalmente inaplicable durante el procedimiento en curso para evitar que la CEB o SEL se pronuncien el fondo de la controversia. Esta interpretación desnaturaliza la finalidad del PEBB como mecanismo de control de la legalidad.

En consecuencia, no se verificó una inaplicación de la Comunicación 801, por lo que no correspondía sustraer la materia sobre ese extremo. Así, en la Resolución Final la SEL debió haber evaluado si los indicios de carencia de razonabilidad presentados por Claro eran suficientes para analizar la razonabilidad de la medida.

VI. CONCLUSIONES

Habiendo realizado el análisis de los problemas jurídicos identificados en la Resolución Final, se procederá a indicar las principales conclusiones obtenidas del presente trabajo:

1. El PEBB constituye un mecanismo de control de la actuación de la ADP, orientado a garantizar que las medidas impuestas respeten los parámetros de legalidad y razonabilidad. Lo anterior contribuye en generar un entorno institucional predecible que favorezca el normal desarrollo de la actividad económica.

2. Respecto al primer problema jurídico, se estableció que el parámetro para evaluar si la ADP contaba con competencias para imponer una restricción de derechos era realizar un doble análisis en concordancia con los P.Legalidad, P.Tipicidad y R.Ley: (i) una norma de rango legal que le atribuya de manera clara y expresa la competencia para imponer dicha restricción, y (ii) una norma de igual rango que establezca de forma expresa y taxativa la conducta prohibida. Ninguno de estos elementos puede derivarse de inferencias, interpretaciones extensivas o normas de rango reglamentario.

   Teniendo en cuenta lo anterior, se evaluaron las normas de rango legal invocadas por el OSIPTEL para acreditar su presunta competencia y se concluyó que

ninguna satisfacía ninguno de los dos elementos mencionados. Sin perjuicio de que en este punto la medida impuesta debería ser declarada ilegal, se revisó exhaustivamente el texto del artículo 11-D del TCU y se concluyó que dispositivo normativo establecía obligaciones vinculadas al registro de distribuidores, mas no contenía la prohibición denunciada.

De manera complementaria, se revisaron los documentos preparativos para la emisión del artículo 11-D y el hallazgo fue el siguiente: desde los orígenes de su redacción en el 2015, el OSIPTEL no tenía contemplado que este artículo establecía una limitación a los canales de venta de servicios públicos móviles ni mencionó en su exposición de motivos la preocupación ante el alza de ventas de servicios no solicitadas.

Finalmente, se analizaron los cambios normativos a nivel legal posterior a la emisión de la Resolución. No solo se precisó que las empresas operadoras estaban prohibidas de efectuar contrataciones de servicios públicos móviles de manera ambulatoria, sino que además se detalló que el incumplimiento de esta obligación era una infracción administrativa y que el OSIPTEL se encontraba facultado a desplegar las acciones de supervisión y sanción sobre esta materia. Si bien la modificación legislativa posterior no acredita por sí sola la insuficiencia del marco legislativo previo, constituye un indicio que refuerza los argumentos ya desarrollados. De haber existido competencia válida y prohibición taxativa, la intervención legislativa habría resultado innecesaria.

3. Respecto al segundo problema jurídico, se concluyó que una comunicación informal emitida por el mismo órgano que dictó la Comunicación 801 no tiene aptitud jurídica para extinguir sus efectos. Para ello OSIPTEL debió revocarla formalmente o declarar su nulidad de oficio. Al no haber empleado ninguno de estos mecanismos, la Comunicación 801 seguía produciendo efectos desde un punto de vista formal.

   Los indicios de carencia de razonabilidad presentados por Claro, los actos posteriores emitidos por OSIPTEL y los argumentos de este en su escrito de contestación, se sustentaban precisamente en los hallazgos contenidos en el

Informe 92 que acompañaba la Comunicación 801. Ello confirma que los efectos de dicha comunicación no solo continuaban vigentes desde una perspectiva formal, sino que en los hechos seguían siendo plenamente aplicables a Claro. La declaración de inaplicabilidad posterior no alteró esta realidad, lo que hace especialmente grave el error de la SEL al declarar la sustracción de materia en ese extremo e impedir que se pueda analizar los indicios de carencia de razonabilidad de la barrera.

4. Lo expuesto a lo largo del presente informe revela que OSIPTEL, al momento de imponer la Prohibición, no contaba con el sustento legal necesario para ello. Lejos de impulsar las modificaciones normativas correspondientes para dotar de legitimidad a la medida, el regulador prefirió forzar una interpretación extensiva e ilegal del marco regulatorio existente para justificar una competencia que nunca le fue atribuida. Esta forma de proceder no solo contraviene los P.Legalidad, P.Tipicidad y R.Ley, sino que evidencia una actuación administrativa que antepuso la conveniencia regulatoria a la sujeción al ordenamiento jurídico.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Chang, J. & Salazar, A. (2020). Eliminando barreras burocráticas e...¿institucionales?. *Diálogo con la jurisprudencia*,(272), 235 -247.

Cassagne, J. (2010). *Derecho Administrativo* (Tomo II). Lima: Palestra.

Constitución Política del Perú. [Constitución]. (29 de diciembre de 1993). https://tinyurl.com/266h5sc9

Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. [LPEBB]. (2 de diciembre de 2016) https://tinyurl.com/2yekxv3j

Decreto Legislativo N° 1338, Decreto Legislativo que crea el Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad, orientado a la prevención y combate del comercio ilegal de equipos terminales móviles y al fortalecimiento de la seguridad ciudadana. (6 de enero de 2017). https://tinyurl.com/54b4wmt6

Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones. (1 de febrero de 2001). https://tinyurl.com/2yyxlzbv

Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (6 de mayo de 1993). https://tinyurl.com/yc53jm62

García de Enterría, E. y Fernández, (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas.

Huapaya Tapia, R. (2010). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. *Revista De Derecho Administrativo*, (9), 115–133. https://tinyurl.com/27cspfp3

Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.

Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. (10 de abril de 2001). https://tinyurl.com/24kxb3mn

Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (29 de julio de 2000). https://tinyurl.com/mr6m2ndk

Ley N° 31839, Ley que modifica el Decreto Legislativo 1338. (18 de julio de 2023). https://tinyurl.com/498ehk3v

Ley Orgánica N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. (20 de diciembre de 2007). https://tinyurl.com/mtcnwnnd

Nieto García, A. (2005). [Fragmento]. En Derecho administrativo sancionador (pp.222-253) (592p.) (5a ed). Madrid: Tecnos.

Redacción RPP (19 de junio de 2019). Osiptel evalúa prohibir venta de chip de telefonía en la calle. *Radio Programas del Perú*. https://rpp.pe/economia/economia/osiptel-evalua-prohibir-venta-de-chip-de-telefonia-en-la-calle-noticia-1203752?ref=rpp

Resolución N° 138-2012-CD-OSIPTEL, Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. [TCU]. Art. 11-D. (27 de setiembre de 2012) https://tinyurl.com/24ss3twn

Resolución N° 028-2021/SEL-INDECOPI (Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas – INDECOPI 2021)

Resolución N° 019-2026/SEL-INDECOPI (Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas – INDECOPI 2026)

Reyes Leyva, J. (19 de junio de 2019). Osiptel pide a compañías eliminar la venta de chips de telefonía de manera ambulatoria. *Gestión*. https://gestion.pe/economia/empresas/osiptel-pide-companias-eliminar-venta-chips-telefonia-manera-ambulatoria-270611-noticia/

Rivera Serrano, A. (2014). El rol del Indecopi en la eliminación de barreras burocráticas. *Revista Advocatus*, (30), 19-27. https://doi.org/10.26439/advocatus2014.n030.4268

Suay Rincón, J. (2008). La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar. Documentación Administrativa, (280-281), 43–64. https://doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9601

Trelles, J., Zárate, Y., Chanamé, J., y Fernández, C. (2018). Propuesta metodológica para la estimación de los costos económicos por la imposición de barreras burocráticas ilegales o irracionales en el Perú. Documento de Trabajo N° 04-2018/GEE. Indecopi. Disponible en: https://tinyurl.com/26fgantg

García de Enterría, E. y Fernández, T (2004). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I). Madrid: Civitas

Tribunal Constitucional (2002). Sentencia recaída bajo el Expediente N° 2050-2002-AA/TC. https://tinyurl.com/4yu68bex

Tribunal Constitucional (2006). Sentencia recaída bajo el Expediente N° 00017-2006-AI. https://tinyurl.com/ywktayut

Tribunal Constitucional (2014). Sentencia recaída en los Expedientes N° 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC. https://tinyurl.com/y5a5pk7v

Tribunal Constitucional (2023). Pleno Sentencia 108/2024 recaída bajo el Expediente N° 01554-2023-PA/TC. https://tinyurl.com/27tw3eo6

RESUMEN

El presente informe desarrolla un análisis crítico de la Resolución N° 0652-2021/SEL-INDECOPI, recaída en el Expediente N° 0364-2019-CEB, emitida por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas al resolver en segunda instancia la denuncia interpuesta por América Móvil Perú S.A.C. contra el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones. El cuestionamiento central giraba en torno a la imposición de una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad, consistente en vedar la celebración de contratos de servicios públicos móviles de telecomunicaciones en espacios públicos materializadas en las Comunicaciones N° 00801-2019-GSF/OSIPTEL y 02429-GSF/2019, y Resoluciones N°00489-2019-GSF/OSIPTEL y 41-2020/GSF-OSIPTEL.

La resolución objeto de estudio se pronuncia sobre tres ejes fundamentales: (i) la declaración de sustracción de la materia respecto de la barrera burocrática materializada en la Comunicación N° 00801-2019-GSF/OSIPTEL, (ii) la declaración de legalidad de la barrera denunciada, y (iii) la decisión de no proseguir con el examen de razonabilidad. En cuanto al primer punto, la segunda instancia fundamentó la sustracción de la materia en el hecho de que, mediante una comunicación posterior, el propio OSIPTEL informó a Claro que la Comunicación N° 00801-2019-GSF/OSIPTEL había devenido en inaplicable, lo que tornaba innecesario pronunciarse sobre su contenido. Sobre la legalidad, el órgano resolutor consideró que la prohibición encontraría amparo en el artículo 11-D del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Finalmente, se omitió el análisis de razonabilidad bajo el argumento de que la denunciante habría circunscrito sus cuestionamientos a la primera comunicación, la cual fue objeto de sustracción de materia.

Frente a este escenario, el presente trabajo se propone determinar si la decisión adoptada cuenta con la debida justificación jurídica o si, por el contrario, el razonamiento desplegado en segunda instancia vulnera normas de rango legal y principios del Derecho Administrativo, supuesto en el que correspondería no sustraer la materia y declarar la ilegalidad de la barrera burocrática denunciada.

Palabras claves: Barreras Burocráticas — Reserva de Ley — Principio de Legalidad —

ABSTRACT

This report provides a critical analysis of Resolution No. 0652-2021/SEL-INDECOPI, issued in Case No. 0364-2019-CEB by the Specialized Court for the Elimination of Bureaucratic Barriers, sitting as a second-instance body in the complaint filed by América Móvil Perú S.A.C. against the Supervisory Body for Private Investment in Telecommunications (OSIPTEL). The central dispute concerned the imposition of an allegedly illegal and/or unreasonable bureaucratic barrier, consisting of a prohibition on entering into mobile public telecommunications service contracts in public spaces, as materialized in Communications No. 00801-2019-GSF/OSIPTEL and No. 02429-GSF/2019, and Resolutions No. 00489-2019-GSF/OSIPTEL and No. 41-2020/GSF-OSIPTEL.

The resolution under review addresses three core issues: (i) the declaration that the matter had become moot with respect to the bureaucratic barrier materialized in Communication No. 00801-2019-GSF/OSIPTEL, (ii) the declaration of legality of the challenged barrier, and (iii) the decision not to proceed with the reasonableness analysis. Regarding the first issue, the second-instance chamber grounded the mootness declaration on the fact that OSIPTEL itself had subsequently notified Claro that Communication No. 00801-2019-GSF/OSIPTEL had become inapplicable, rendering any ruling on its merits unnecessary. As to legality review, the adjudicating body held that the prohibition found normative support in Article 11-D of the Consolidated Text of the Conditions of Use of Public Telecommunications Services. Finally, the reasonableness analysis was foregone on the grounds that the complainant had confined its arguments to the first communication, which had already been declared moot.

Against this backdrop, this paper seeks to determine whether the decision reached is adequately grounded in law, or whether, on the contrary, the reasoning employed by the second-instance chamber contravenes statutory norms and principles of Administrative Law — in which case it would be appropriate to reject the mootness declaration and instead find the challenged bureaucratic barrier unlawful.

Keywords: Bureaucratic Barriers — Statutory Reserve — Principle of Legality

ÍNDICE

RESUMEN 3

ABSTRACT 4

II. INTRODUCCIÓN Y RELEVANCIA DEL CASO 7

III. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES 10

3.1. ¿DE QUÉ TRATA LA CONTROVERSIA ANALIZADA EN LA RESOLUCIÓN FINAL? 11

3.2. PRIMERA INSTANCIA 14

3.2.1. Denuncia 14

3.2.2. Solicitud medida cautelar 15

3.2.3. Admisión a trámite de la denuncia 16

3.2.4. Descargos de la denunciada 17

3.2.5. Escrito que solicita sustracción de la materia 18

3.2.6. Resolución de la CEB 18

3.2.7. Voto en discordia 19

3.3. SEGUNDA INSTANCIA 19

3.3.1. "Apelación" 19

3.3.2. Resolución de la SEL 20

3.3.3. Voto en discordia 20

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES 21

4.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO 21

4.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO 21

V. ANÁLISIS Y OPINIÓN FUNDAMENTADA DE LA BACHILLER 21

5.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: LA PROHIBICIÓN CONSTITUYE UNA BARRERA BUROCRÁTICA ILEGAL 21

5.1.1. La relación entre el requisito de competencia y el P.Legalidad 21

5.1.2. El OSIPTEL no contaba con competencia para imponer la BB 27

5.1.3. El artículo 11-D del TCU no establece la prohibición 33

5.1.4. Sobre la modificación legislativa posterior 37

5.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: NO CORRESPONDÍA QUE LA SEL DECLARE LA SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA SOBRE LA COMUNICACIÓN 801 38

VI. CONCLUSIONES 43

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 46

II. INTRODUCCIÓN Y RELEVANCIA DEL CASO

En el Perú, los agentes económicos se encuentran expuestos a requisitos, exigencias, prohibiciones, limitaciones y/o cobros impuestos por el Estado que podrían afectar su permanencia o acceso al mercado. Por ejemplo, cuando una persona natural desea constituir una empresa, debe realizar trámites, como la inscripción de la escritura de constitución ante SUNARP, la obtención del RUC, entre otros. En principio, estas regulaciones son un eje fundamental para garantizar el interés público, así como el desarrollo sostenible y formal de las economías.

Sin embargo, el problema surge cuando estas barreras burocráticas ("BB") se imponen sin que la entidad cuente con competencias para ello, sin que la disposición que las contiene se haya emitido siguiendo el procedimiento establecido o cuando un hecho contraviene una norma vigente. En otras ocasiones, estas BB podrían cumplir con los parámetros legales, pero la entidad administrativa la emitió sin realizar un examen previo, en el que evaluara el problema que pretende resolver, el interés público que busca alcanzar, los costos y beneficios de dicha regulación y descarte otras intervenciones menos costosas.

Ante esta problemática, en 1996 a través del Decreto Legislativo N° 807, se creó la Comisión de Acceso al Mercado (hoy llamada Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, la "CEB") y, con ello, se generaron las bases para lo que hoy se conoce como el sistema de eliminación de BB.

El sistema de eliminación de BB constituye un mecanismo destinado a fiscalizar la legalidad y razonabilidad de dichas barreras, cuya finalidad es generar un entorno institucional predecible que favorezca el desenvolvimiento ordinario del mercado (Rivera, 2014). Además, cumple un rol fundamental en la promoción de la formalidad y el fomento de la inversión privada, y se encuentra actualmente bajo la competencia de la CEB y de la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas ("SEL").

Este mecanismo se encuentra actualmente regulado por el Decreto Legislativo N° 1256 (la "LEBB"), el cual otorga la facultad a los órganos resolutivos del Instituto Nacional de

Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (el "INDECOPI") de inaplicar BB en favor de los administrados por constituir medidas ilegales o carentes de razonabilidad, dependiendo del análisis realizado caso por caso.

Solo entre los años 2019 y 2024, de acuerdo con los reportes de impacto económico de la imposición de barreras de estos respectivos años se eliminaron e inaplicaron un total de 34,045 barreras, las cuales representaban la imposición de S/ 970.78 millones de costos a la sociedad peruana. Como puede observarse, las regulaciones ilegales o irrazonables impuestas por el Estado suponen un impacto económico importante directo o indirecto en la dinámica competitiva del mercado.

De acuerdo con Trelles et al. (2019), las BB pueden clasificarse en dos (2) categorías: (i) BB de requerimiento y (ii) BB de impedimento. Como ejemplo de la primera categoría se encuentra el pago de tasas, los requerimientos de inversión y los requerimientos administrativos. Por otro lado, como ejemplo de la segunda, se encuentran los plazos ilegales, las prohibiciones temporales y las prohibiciones totales, consideradas estas últimas como las medidas de intervención más gravosas, pues implica la prohibición absoluta de la inversión en ese giro de negocio.

Estas sobrerregulaciones ilegales o irrazonables impuestas a las empresas a su vez generan impactos en la sociedad, como la cancelación o retraso de proyectos de inversión, lo cual afecta negativamente la competencia en el mercado, supone una menor creación de empleo formal y, con ello, reducción de la base imponible para la recaudación de impuestos.

Es por ello que cuando se dispongan medidas limitativas del ejercicio del derecho de la libertad de empresa, la entidad administrativa debe realizar una exhaustiva labor de evaluación previa a su emisión para garantizar que (i) esta se adecúe a las normas vigentes del ordenamiento jurídico y a los principios del Derecho Administrativo y (ii) sean impuestas con un sustento razonable. Esta rigurosidad en la evaluación de legalidad y razonabilidad de la BB se acentúa en mayor medida cuando se trata de una prohibición absoluta, pues ello implica una limitación total al ejercicio del derecho de libertad de empresa.

En efecto, cabe recordar que el artículo 2, inciso 24, literales a) de la Constitución Política del Perú (la "Constitución") señala que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (Constitución, Artículo 2, 1993), además, el literal d) de este mismo artículo indica que "nadie podrá ser condenado por acto u omisión no establecido en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley" (Constitución, Artículo 2, 1993).

Lo anterior también guarda coherencia con el principio de legalidad (el "P.Legalidad"), contenido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2026-JUS (la "LeyPAG"), que rige las actuaciones de la Administración Pública (la "ADP") (Art. IV, 2001). En ese sentido, se advierte que existe una reserva de ley para que el Estado pueda emitir regulaciones que limiten las libertades.

Siendo ello así, la regla que rige el desenvolvimiento y ejercicio de derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas, como la libertad de empresa, es la libertad y solo mediante norma de rango legal pueden establecerse limitaciones y las consecuencias de su incumplimiento. Ello con el fin de asegurar la seguridad jurídica, principio que demanda que las actuaciones de la Administración sean previsibles y, de ese modo, generen expectativas legítimas en los ciudadanos a quienes van dirigidas.

En efecto, dicho principio garantiza que el Estado se abstenga de incurrir en actuaciones arbitrarias que supongan alteraciones en las reglas aplicables o en el marco normativo vigente, en contravención de los mandatos establecidos por la Constitución(Tribunal Constitucional, 2023). La garantía de la seguridad jurídica cobra especial relevancia en el marco del ejercicio del derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, pues las empresas, realizan altas inversiones para diversificar sus líneas negocio y distinguirse de los otros agentes económicos del mercado, además de planificar importantes proyectos comerciales con impacto nacional sobre la base de la normativa vigente. En ese sentido, resulta alarmante que el Estado pueda prohibir de manera absoluta una modalidad de contratación dentro de un sector económico.

Es por ello que es indispensable cuestionarse las implicancias de la Resolución N° 0652-2021/SEL-INDECOPI (en adelante, la "Resolución Final"), debido a que mediante esta

decisión la SEL dispuso declarar la legalidad de la barrera burocrática denunciada por América Móvil S.A.C. (en adelante, "Claro") contra el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, el "OSIPTEL") consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública (la "Prohibición" o la "Medida"), la cual comporta una prohibición absoluta a contratar bajo esta modalidad.

Frente al panorama expuesto, corresponde examinar la decisión tomada para establecer si contaba con el respaldo jurídico necesario o si, por el contrario, el razonamiento efectuado por la SEL adolecía de deficiencias. Evidentemente, una postura mediante la que los órganos resolutivos declaran la legalidad de una medida tan restrictiva como la prohibición absoluta de una forma de contratación debe ser analizada con la mayor rigurosidad por los impactos en la seguridad jurídica y economía que ella acarrearía.

Vale la pena detenerse en los problemas jurídicos que se examinan a continuación, pues conflictos de parecida naturaleza podrían reaparecer en el futuro, no necesariamente circunscritos al sector de telecomunicaciones, sino también frente a restricciones semejantes que ordenen la supresión de áreas laborales enteras en otros sectores del mercado sin que una norma con rango de ley lo haya habilitado previamente.

Tal como se abordará a continuación, resulta alarmante que el Estado pueda imponer la Prohibición sin que OSIPTEL cuente con competencias para ello y sin que esta limitación a la libertad de empresa tenga sustento en una norma con rango legal de manera clara y expresa.

Como se ha desarrollado previamente, el Estado debe velar por garantizar que las reglas del juego del mercado se encuentren claras y sean predecibles para los agentes económicos, en consecuencia, avalar la legalidad de dichas actuaciones resultaría perjudicial y riesgoso para la seguridad jurídica de las empresas y sus inversiones.

III. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

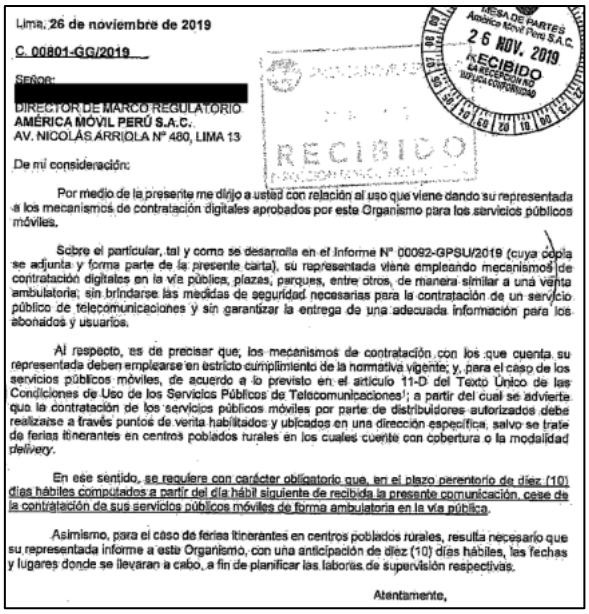
3.1. ¿DE QUÉ TRATA LA CONTROVERSIA ANALIZADA EN LA RESOLUCIÓN FINAL?

Hasta finales del año 2019, Claro y las otras tres (3) empresas operadoras de telecomunicaciones venían desplegando un negocio de contratación de chips para servicios móviles de forma ambulatoria. Dicha práctica era extendida a nivel nacional y no había sido cuestionada por el regulador hasta que en junio de 2019, durante una presentación ante la Comisión de Transportes del Congreso, el presidente del OSIPTEL, Rafael Muente, manifestó que el regulador estaría "evaluando" prohibir este tipo de ventas (Redacción RPP, 2019).

Asimismo, indicó también que se encontraban analizando cuál sería el mecanismo jurídico más idóneo para prohibir esta práctica (Reyes Leyva, 2019). Posterior a esas manifestaciones públicas, OSIPTEL se reunió con los operadores solicitando que se adopten medidas para aminorar los casos de ventas fraudulentas de chips en la vía pública y meses después comenzó a adoptar distintas medidas en contra de Claro y las demás empresas del sector de telefonía móvil con el objetivo de prohibir en su totalidad esta modalidad de contratación.

Así, con fecha 26 de noviembre de 2019, mediante la Comunicación N° 00801-2019-GSF/OSIPTEL (la "Comunicación 801") el OSIPTEL ordenó a Claro cumplir con la Medida en diez días:

Imagen 1: Comunicación 801



Lima, 26 de noviembre de 2019

C. 00801-GG/2019

SEÑOR:
[redacted]
DIRECTOR DE MARCO REGULATORIO
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
AV. NICOLÁS ARRIOLA N° 480, LIMA 13

MESA DE PARTES América Móvil Perú S.A.C. 26 NOV. 2019 RECIBIDO LA RECEPCIÓN NO IMPLICA CONFORMIDAD

RECIBIDO

De mi consideración:

Por medio de la presente me dirijo a usted con relación al uso que viene dando su representada a los mecanismos de contratación digitales aprobados por este Organismo para los servicios públicos móviles.

Sobre el particular, tal y como se desarrolla en el Informe N° 00092-GPSU/2019 (cuya copia se adjunta y forma parte de la presente carta), su representada viene empleando mecanismos de contratación digitales en la vía pública, plazas, parques, entre otros, de manera similar a una venta ambulatoria; sin brindarse las medidas de seguridad necesarias para la contratación de un servicio público de telecomunicaciones y sin garantizar la entrega de una adecuada información para los abonados y usuarios.

Al respecto, es de precisar que, los mecanismos de contratación con los que cuenta su representada deben emplearse en estricto cumplimiento de la normativa vigente; y, para el caso de los servicios públicos móviles, de acuerdo a lo previsto en el artículo 11-D del Texto Único de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones[1]; a partir del cual se advierte que la contratación de los servicios públicos móviles por parte de distribuidores autorizados debe realizarse a través puntos de venta habilitados y ubicados en una dirección específica, salvo se trate de ferias itinerantes en centros poblados rurales en los cuales cuente con cobertura o la modalidad *delivery*.

En ese sentido, se requiere con carácter obligatorio que, en el plazo perentorio de diez (10) días hábiles computados a partir del día hábil siguiente de recibida la presente comunicación, cese de la contratación de sus servicios públicos móviles de forma ambulatoria en la vía pública.

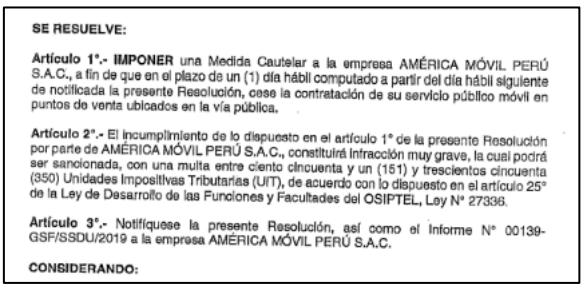
Asimismo, para el caso de ferias itinerantes en centros poblados rurales, resulta necesario que su representada informe a este Organismo, con una anticipación de diez (10) días hábiles, las fechas y lugares donde se llevaran a cabo, a fin de planificar las labores de supervisión respectivas.

Atentamente,

Cabe destacar que esta comunicación trasladó el Informe N° 00092-GPSU/2019 (en adelante, el "Informe 92"), en el cual el OSIPTEL identificó cuatro problemáticas asociadas a los mecanismos de contratación en espacios públicos: (i) el riesgo en el manejo de datos personales, (ii) la celebración de contratos de manera fraudulenta, (iii) la deficiente información proporcionada sobre el servicio y (iv) las dificultades para ejercer labores de supervisión.

Posteriormente, con fecha 16 de diciembre de 2019, mediante la Resolución N° 00489-2019-GSF/OSIPTEL (la "Resolución 489"), OSIPTEL impuso a Claro una medida cautelar consistente en cumplir la Medida en un día hábil.

Imagen 2: Resolución 489



SE RESUELVE:

Artículo 1°.- IMPONER una Medida Cautelar a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., a fin de que en el plazo de un (1) día hábil computado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Resolución, cese la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta ubicados en la vía pública.

Artículo 2°.- El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° de la presente Resolución por parte de AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., constituirá infracción muy grave, la cual podrá ser sancionada, con una multa entre ciento cincuenta y un (151) y trescientos cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336.

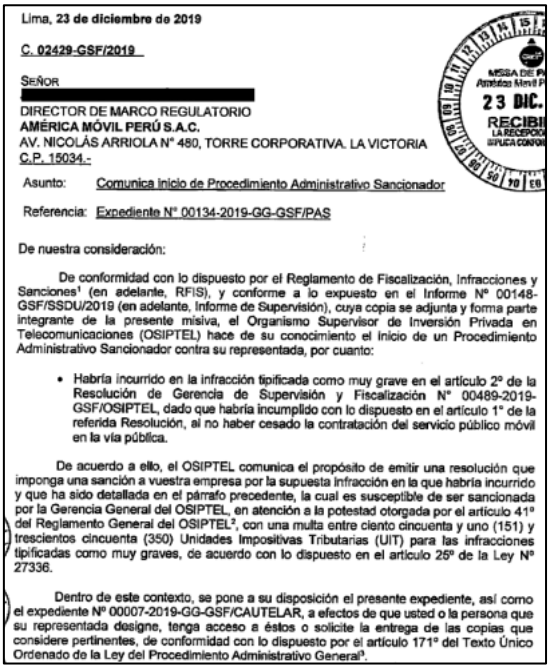
Artículo 3°.- Notifíquese la presente Resolución, así como el Informe N° 00139-GSF/SSDU/2019 a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

CONSIDERANDO:

A finales de diciembre de 2019, mediante la Comunicación 02429-GSF/2019 (en adelante, la "Comunicación 2429") el OSIPTEL informó el inicio un procedimiento

administrativo sancionador contra Claro porque presuntamente habría incumplido con la medida cautelar dispuesta en la Resolución 489:

Imagen 3: Comunicación 2429



Lima, **23 de diciembre de 2019**

C. 02429-GSF/2019

SEÑOR
[redacted]
DIRECTOR DE MARCO REGULATORIO
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
AV. NICOLÁS ARRIOLA N° 480, TORRE CORPORATIVA. LA VICTORIA
C.P. 15034.-

23 DIC.

Asunto: Comunica inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador

Referencia: Expediente N° 00134-2019-GG-GSF/PAS

De nuestra consideración:

De conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones[1] (en adelante, RFIS), y conforme a lo expuesto en el Informe N° 00148-GSF/SSDU/2019 (en adelante, Informe de Supervisión), cuya copia se adjunta y forma parte integrante de la presente misiva, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) hace de su conocimiento el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador contra su representada, por cuanto:

- Habría incurrido en la infracción tipificada como muy grave en el artículo 2° de la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 00489-2019-GSF/OSIPTEL, dado que habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 1° de la referida Resolución, al no haber cesado la contratación del servicio público móvil en la vía pública.

De acuerdo a ello, el OSIPTEL comunica el propósito de emitir una resolución que imponga una sanción a vuestra empresa por la supuesta infracción en la que habría incurrido y que ha sido detallada en el párrafo precedente, la cual es susceptible de ser sancionada por la Gerencia General del OSIPTEL, en atención a la potestad otorgada por el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL[2], con una multa entre ciento cincuenta y uno (151) y trescientos cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) para las infracciones tipificadas como muy graves, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley N° 27336.

Dentro de este contexto, se pone a su disposición el presente expediente, así como el expediente N° 00007-2019-GG-GSF/CAUTELAR, a efectos de que usted o la persona que su representada designe, tenga acceso a éstos o solicite la entrega de las copias que considere pertinentes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 171° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General[3].

Con fecha 29 de enero de 2020, el OSIPTEL notificó a Claro la Resolución N° 41-2020/GSF-OSIPTEL (en adelante, la "Resolución 41") por medio de la cual se dispuso una nueva medida cautelar destinada nuevamente a cumplir la Medida:

Imagen 4: Resolución N° 41

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- IMPONER una Medida Cautelar a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., a fin de que en el plazo de un (1) día hábil computado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Resolución, cese la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL conforme a lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, tales como, en puntos de venta ubicados en la vía pública y/o de manera ambulatoria.

Artículo 2°.- El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° de la presente Resolución por parte de AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., constituirá infracción muy grave, la cual podrá ser sancionada con una multa entre ciento cincuenta y un (151) y trescientos cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336.

Artículo 3°.- Notifíquese la presente Resolución, así como el Informe N° 00004-GSF/SSDU/2020 a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

Cabe destacar que los actos administrativos mencionados previamente tuvieron como sustento normativo un presunto incumplimiento al artículo 11-D del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por la Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL (el "TCU").

Conforme se podrá apreciar en los siguientes acápites, este caso se originó a raíz de una preocupación del OSIPTEL sobre la venta ambulatoria de chips para telefonía móvil, que buscó por todos los medios limitar esta práctica sin antes reparar en sí contaba con las competencias para ello y si las normas de rango legal vigentes, en efecto, prohibían esta práctica. Como bien evidencian las declaraciones del presidente de OSIPTEL, el orden de prioridades se encuentra invertido: primero se prohíbe, después se busca evaluar si se cuenta con facultades para ello.

3.2. PRIMERA INSTANCIA

3.2.1. Denuncia

El 27 de diciembre del año 2019, Claro interpuso una denuncia contra el OSIPTEL ante la CEB por imposición de BB ilegales y/o carentes de razonabilidad. Las pretensiones de Claro fueron las siguientes:

(i) Como pretensión principal, se pidió que se califique como BB ilegal o carente de razonabilidad la Medida, materializado en los siguientes actos administrativos: (a) la Comunicación 801, (b) la Resolución 489 y (c) la Comunicación 2429.

(ii) Como pretensión subordinada, se solicitó que se califique como BB ilegal y/o carente de razonabilidad la Medida, pero recogida en el artículo 11-D del TCU.

De acuerdo con la denuncia de Claro, ninguna de las normas que desarrollan las competencias del OSIPTEL le otorgan facultad expresa a OSIPTEL de imponer la Medida.

En esta misma línea, indican que no existe una norma de rango legal que contenga esta prohibición. La única base normativa citada por el OSIPTEL es el TCU. Sin embargo, esa cita tampoco otorgaría una facultad al OSIPTEL y de ser así, ello sería ilegal.

Ello, pues si bien el OSIPTEL indica que el artículo 11-D del TCU sería la base normativa de la Prohibición, ello no se condice con lo indicado en el mencionado artículo, pues este dispone la identificación de los distribuidores autorizados con fines informativos, pero no se desprende del texto la limitación a la venta. Sin perjuicio de ello, cabe indicar que la Prohibición no podría ser creada a partir de una norma de rango infralegal.

Con respecto a los argumentos de carencia de razonabilidad, Claro cuestionó los hallazgos del Informe 92. Por un lado, puso en duda que la contratación fraudulenta y el uso indebido de datos personales constituyeran problemas propios y exclusivos de la comercialización en espacios públicos. En ese sentido, la problemática persistiría aún después de la Prohibición, pues estas mafias y bandas organizadas que realizan estas prácticas fraudulentas e ilegales trasladarían sus actividades a los establecimientos fijos de los operadores de telecomunicaciones.

Por otro lado, Claro sostuvo que la Medida carecería de proporcionalidad, toda vez que el OSIPTEL habría omitido evaluar el impacto que dicha prohibición generaría sobre la dinámica competitiva del sector de telecomunicaciones, así como sobre las inversiones ya efectuadas por las empresas operadoras.

Asimismo, señaló que el OSIPTEL no se había pronunciado sobre las medidas alternativas implementadas por Claro orientadas a contribuir con la seguridad de las contrataciones en la vía pública, como la contratación de un proveedor para la creación de un aplicativo de ventas, la implementación de un PIN de seguridad, entre otras.

3.2.2. Solicitud medida cautelar

El 6 de enero de 2020, Claro presentó ante el CEB una solicitud de medida cautelar orientada a suspender la aplicación de la Prohibición.

En lo que respecta a la verosimilitud de la ilegalidad de la barrera, Claro reiteró su posición en el sentido de que no existe norma con rango de ley faculta al OSIPTEL para imponer dicha prohibición, ni tampoco existe disposición alguna que proscriba expresamente la contratación en vía pública.

En cuanto a la verosimilitud de la falta de razonabilidad, Claro señaló que no hay evidencia de que la prohibición absoluta logre remediar los problemas identificados por el OSIPTEL y que, además, ocasionaría serias repercusiones en el mercado que el regulador no llegó a examinar ni a sopesar.

Finalmente, Claro advirtió que esperar la resolución definitiva del CEB podría ocasionarle un perjuicio irreversible, dado que la contratación en espacios públicos representaba aproximadamente el 77% de su actividad comercial.

3.2.3. Admisión a trámite de la denuncia

A inicios de setiembre de 2020, mediante la Resolución N° 171-2020 la CEB admitió la denuncia de Claro. Asimismo, se declaró la improcedencia de la denuncia en el extremo que cuestionó la legalidad y/o carencia de razonabilidad de Medida, materializada en el mismo artículo 11-D del TCU.

Lo anterior, dado que a criterio de la CEB, la referida disposición no permite advertir que el OSIPTEL esté imponiendo la BB cuestionada, puesto que su contenido se limita a establecer la obligación de implementar un registro de distribuidores y remitirlo al regulador con la ubicación de sus puntos de venta.

Por último, la CEB desestimó la medida cautelar solicitada por Claro. Ello, pues consideró que los fundamentos expuestos por la denunciante no resultaban suficientes para acreditar un grado manifiesto de ilegalidad ni de falta de razonabilidad, pues si bien se han presentado argumentos para cuestionar la ilegalidad de la medida por falta de competencia, la CEB requeriría verificar el marco legal aplicable a las facultades del regulador, lo cual no corresponde en esta etapa del procedimiento.

3.2.4. Descargos de la denunciada

El 2 de octubre de 2020, el OSIPTEL presentó su defensa legal, en donde argumentó que los documentos referidos por Claro como medios de materialización de la barrera no constituyen una exigencia o prohibición, pues son una expresión de las facultades atribuidas al OSIPTEL.

En concreto, el OSIPTEL argumentó que la Comunicación 801 sería simplemente una exhortación formal que no se emitió dentro de ningún procedimiento administrativo en particular, la Comunicación 2429 no sería más que el inicio de un procedimiento sancionador que, por su propia naturaleza, no implica que la denunciante necesariamente será sancionada; y, las Resoluciones 489 y 41 medidas cautelares que buscaban verificar el cumplimiento del TCU.

En ese sentido, el OSIPTEL alegó que la medida denunciada no calzaba dentro de la categoría de BB, según la LEBB, porque estas no estaban dirigidas a intervenir en el acceso o permanencia en el mercado, sino en garantizar el cumplimiento del TCU.

En cuanto a la legalidad de la barrera, el regulador sostuvo que las acciones adoptadas encontraban respaldo en la facultad genérica que le asiste al OSIPTEL para imponer obligaciones a los operadores de telecomunicaciones. Añadió que, conforme al marco normativo sectorial, dicha entidad está facultada para dictar las disposiciones que aseguren una adecuada protección de los derechos e intereses de los usuarios.

Sobre la razonabilidad de la Medida, indicó que el interés público que la sustenta apunta a garantizar condiciones de seguridad e información suficiente en el proceso de contratación, tomando en cuenta la problemática evidenciada a través de denuncias y reclamos vinculados a ventas fraudulentas producidas en espacios públicos.

Asimismo, OSIPTEL indicó que el Informe 92 realizó una ponderación de los costos y beneficios de la Prohibición, en donde se concluyó que el aumento de los costos que enfrentarían las empresas privadas por esta barrera sería compensado por la eliminación de los costos generados a los usuarios.

3.2.5. Escrito que solicita sustracción de la materia

En febrero de 2021, el OSIPTEL presentó un escrito solicitando que se declare la sustracción de la materia respecto del extremo de la denuncia que solicita la calificación como BB ilegal o carente de razonabilidad la Prohibición, concretizada mediante la Comunicación 801.

Al respecto, OSIPTEL alegó que la Comunicación N° 88-GG/2021, notificada el 29 de enero de 2021 a Claro, habría declarado inaplicable dicha comunicación. En este sentido, para el regulador ha cesado la aplicación del requerimiento objeto de cuestionamiento sobre la esfera jurídica del denunciante, por lo que carece de objeto incluir en el análisis de fondo a la Comunicación 801.

3.2.6. Resolución de la CEB

El 23 de febrero de 2021, la CEB notificó la Resolución N° 033-2021/CEB-INDECOPI (la "Resolución de primera instancia"), que declaró como BB ilegal la Prohibición, materializada en la Comunicación 801, la Resolución 489, la Comunicación 2429 y la Resolución 41.

La CEB estimó que, a pesar de que el OSIPTEL cuenta con atribuciones para regular la conducta de las operadoras mediante resoluciones de su Consejo Directivo, en este caso impuso una prohibición sin sustento normativo. Ello debido a que fue impuesta al amparo del artículo 11-D del TCU, cuando dicho artículo no recoge la prohibición que se analiza.

A juicio de la CEB, el artículo 11-D se limita a establecer las obligaciones de implementar y remitir al OSIPTEL un registro con la información de los distribuidores autorizados, incluyendo los códigos que les hubieran sido asignados y la dirección los puntos de venta desde los cuales se lleva a cabo la contratación.

Así, dado que para la limitación de la libertad empresarial se requiere de una prohibición que sea expresa, directa y establecida en una norma de rango legal, la imposición de esta barrera sin respaldo legal vulnera el P.Legalidad.

3.2.7. Voto en discordia

El comisionado Javier Pazos emitió un voto en discordia, en donde señaló que el 11-D del TCU recogía una exigencia distinta a la considerada por la CEB.

Según este comisionado, ordenar a los operadores la elaboración y envío de un registro que incluya la dirección de los lugares donde los distribuidores autorizados llevan a cabo las contrataciones supondría, en la práctica, que estas no podrían realizarse en puntos no identificados como la vía pública, razón por la cual no correspondería declararla como barrera burocrática ilegal.

3.3. SEGUNDA INSTANCIA

3.3.1. Apelación

El 15 de julio de 2021, el OSIPTEL apeló la Resolución de primera instancia. A criterio del regulador, la BB denunciada no estaría materializada en la Comunicaciones 801 y 2429 ni en las Resoluciones 489 y 41.

En lo que atañe a la Comunicación 801, insistió en que el requerimiento había perdido vigencia, por lo que lo que correspondía era declarar la sustracción de la materia. Respecto a la Comunicación 2429, precisó que su contenido no encerraba ninguna decisión prohibitiva, sino que se reducía al inicio de un procedimiento sancionador motivado por el incumplimiento de una medida cautelar.

Con referencia a las Resoluciones que imponen medidas cautelares, sostuvo que estas no contienen en sí mismas una prohibición, pues por su propia naturaleza no implican un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sino que buscan asegurar la decisión final sobre el presunto incumplimiento a las obligaciones del artículo 11-D del TCU.

Asimismo, enfatizó que CEB carece de competencia para pronunciarse sobre el ejercicio de la potestad punitiva que tiene atribuida el OSIPTEL para evaluar el cumplimiento del 11-D.

3.3.2. Resolución de la SEL

En noviembre de 2021, la SEL emitió la Resolución Final mediante la cual resolvió lo siguiente:

(i) Declarar la sustracción de la materia en lo concerniente a la Comunicación 801, sustentándose en que, a través de la Comunicación N° 88-GG/2021, se había informado a Claro que su contenido no más era aplicable.

(ii) Revocar la Resolución de primera instancia y, como consecuencia, declarar infundada la denuncia interpuesta por Claro. A juicio de la SEL, la Medida encontraría respaldo normativo en el artículo 11-D del TCU, toda vez que dicha disposición obliga a los operadores a comunicar al OSIPTEL, a través del registro correspondiente, la dirección donde los distribuidores llevan a cabo las contrataciones. En ese sentido, al exigirse que los distribuidores cuenten con una ubicación identificable, se desprendería que quedaría proscrita la comercialización en lugares que no puedan ser ubicados de ese modo, como ocurre con la vía pública.

(iii) Que, Claro no formuló cuestionamientos dirigidos a la razonabilidad de la BB. A pesar de que presentó argumentos contra la razonabilidad del sustento del Informe 92, dado que se sustrajo la materia en el extremo de la Comunicación 801 que lo trasladó, no procede continuar con la evaluación.

3.3.3. Voto en discordia

Al respecto, Orlando Vignolo se alinea con la postura de la Resolución de primera instancia, pues concuerda con la CEB en que la medida cuestionada contraviene el P.Legalidad porque el artículo 11-D del TCU no contiene la Prohibición impuesta.

Añadió que, si bien el OSIPTEL tiene atribuciones para verificar que los sujetos regulados cumplan con sus obligaciones, tales actuaciones resultarían contrarias a derecho al carecer de una habilitación expresa en una norma con rango de ley.

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

4.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO

¿La Prohibición impuesta por OSIPTEL constituye una barrera burocrática ilegal?

4.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO

¿Correspondía que la SEL declare la sustracción de la materia respecto de la Comunicación 801?

V. ANÁLISIS Y OPINIÓN FUNDAMENTADA DE LA BACHILLER

5.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: LA PROHIBICIÓN CONSTITUYE UNA BARRERA BUROCRÁTICA ILEGAL

5.1.1. La relación entre el requisito de competencia y el P.Legalidad

La CEB o SEL evalúan, de corresponder, si la barrera burocrática denunciada supera el examen de legalidad, esto es, (a) si existen competencias conferidas por ley que habiliten a la ADP a imponer la BB cuestionada (requisito de competencia), (b) si la disposición que materializa la barrera fue emitida o publicada siguiendo el procedimiento establecido, (c) si a través de la imposición de la BB se contraviene el ordenamiento jurídico (DL N° 1256, 2016).

El supuesto concreto del literal a) del examen de legalidad (el requisito de competencia) del procedimiento de eliminación de BB ("PEBB"), debe ser entendida en concordancia con el P.Legalidad de las actuaciones de la ADP, así como otros principios del Derecho Administrativo, que serán desarrollados a continuación.

A diferencia de los particulares, para quienes la libertad constituye la regla general y la restricción la excepción, la ADP solo puede actuar dentro de los márgenes que la ley le autoriza, tanto en cuanto al fondo de sus decisiones como en cuanto a la forma de adoptarlas. Esto es lo que se conoce como el P.Legalidad.

Conforme lo desarrolla García de Enterría y Fernández (2004):

> (...) el principio de legalidad de la Administración (...) se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción, confiriéndola al efecto de poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así, como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente. (p. 449)

Al respecto, Cassagne (2010) ha indicado que al descenderse al plano de la aplicación de

> las normas legales o reglamentarias, la actividad administrativa concreta creadora de situaciones jurídicas subjetivas (mediante la técnica del acto administrativo) tiene que respetar las reglas del procedimiento administrativo y los requisitos establecidos para la validez de los respectivos actos (p. 490).

Este principio tiene además consagración constitucional, en tanto la propia Carta Magna establece que el ejercicio del poder estatal debe sujetarse a lo establecido en la Constitución y las normas con rango de ley (Constitución, Art. 45, 1993).

A su vez, como se mencionó de manera previa, este principio se encuentra recogido en el ámbito administrativo en el Título Preliminar de la LeyPAG, el cual dispone que la ADP debe actuar en plena conformidad con la Constitución, la ley y el ordenamiento jurídico en general, ciñéndose a las competencias que le han sido expresamente atribuidas (2001).

Por su parte, el examen de este principio en el análisis de legalidad de los PEBB ha sido desarrollado por la SEL, mediante la Resolución N° 028-2021/SEL-INDECOPI. En esta decisión se señaló que la ADP está obligada a observar el P.Legalidad, por lo que cualquier requisito, exigencia o restricción que impongan debe encontrar respaldo en facultades específicas reconocidas a la entidad, sin que resulte válido ampararse en atribuciones de carácter genérico o en la mera ausencia de prohibición.

Teniendo en cuenta lo anterior, el P.Legalidad exige a la ADP que conduzca sus actuaciones en el marco legal de las competencias que le han sido atribuida. De lo contrario, si no existe una norma legal que lo habilita de manera previa, será una actuación prohibida o, en sentido estricto, ilegal.

Sin embargo, en el supuesto de una actuación de la administración consistente en limitar un derecho fundamental como la libertad de empresa e iniciativa privada, no basta con que la ADP cuente con facultades claras y expresas para supervisar, sancionar o reprimir esta conducta del administrado, las cuales deben estar establecidas en normas de rango de ley. Además de ello, la conducta reprimida debe estar tipificada de manera previa, precisa, inequívoca y clara, además de encontrarse contenida en una norma de rango legal.

Al respecto, Morón (2019) ha indicado que deber de legalidad no se agota con el

> cumplimiento de lo dispuesto por las normas jurídicas jerárquicamente superiores a las administrativas, porque proyectándose más allá, la doctrina también incluye en sus alcances a: La obligación de mantener respeto sobre ciertos tópicos que

> objetivamente solo pueden ser normados por leyes y no por disposiciones administrativas o reglamentarias. Se trata de la conocida reserva legal, que existe en favor de la función legislativa en materia de limitación de derechos constitucionales, de régimen de infracciones y el régimen de tributos (…) (p. 80).

Lo anterior guarda concordancia con el artículo 2 de la Constitución, que señala que ninguna persona está obligada a realizar lo que la ley no ordena, ni puede ser impedida de hacer aquello que esta no prohíbe. Asimismo, este artículo también indica que nadie podrá ser condenado por un acto u omisión que no haya sido tipificado de forma expresa e inequívoca como infracción punible, ni sancionado con una pena no contemplada en la ley.

De acuerdo con Suay (2008), el P.Legalidad en el ámbito de la potestad sancionadora administrativa contiene una vertiente formal, que es el principio de reserva de ley (en adelante, "R.Ley"), y una vertiente material, que es la exigencia del mandato de tipificación (en adelante, "P.Tipicidad").

Desde la dimensión formal, el P.Legalidad requiere que tanto las infracciones como las sanciones tengan sustento en un dispositivo normativo con jerarquía de ley, incluyendo la correspondencia entre unas y otras. Desde la dimensión material, el principio exige el cumplimiento del mandato de tipicidad, el cual debe observarse tanto al momento de establecer las infracciones y sanciones como al momento de aplicarlas (Suay, 2008, pp. 280-281).

Teniendo en cuenta lo anterior, la R.Ley exige que la tipificación de las infracciones y sanciones se encuentren en una ley o norma de mismo rango. Ello con el objetivo de que las limitaciones a las libertades de los administrados sean debatidas en cumplimiento de las garantías formales que posee la aprobación de una ley.

Este principio se encuentra reconocido en el numeral 1) del artículo 230 de la LeyPAG, el cual establece que únicamente por norma con rango de ley cabe atribuir a la ADP la

potestad sancionadora y la consiguiente previsión de consecuencias que pueden aplicarse a un administrado (2001).

Al respecto, el Tribunal Constitucional (2006) señaló que la R.Ley exige que cualquier afectación o limitación a los derechos fundamentales debe estar prevista en una ley general con la finalidad de evitar posibles actos arbitrarios por parte del Estado contra los derechos de los administrados.

Asimismo, merece la pena revisar la redacción del numeral 4) del artículo 230 de la LeyPAG:

> 4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda (Art. 230, 2001)

Si bien, a partir de este artículo podría inferirse que si la ley lo habilita, se pueden tipificar infracciones y sanciones en normas reglamentarias, lo que se busca mediante esta disposición es reconocer la importancia de la figura de la colaboración reglamentaria. Mediante esta figura el reglamento juega un rol subordinado y colabora con la ley para precisar la regulación de las conductas infractoras y las sanciones.

Al respecto, Nieto (2005) ha sostenido que la colaboración reglamentaria no implica una transgresión a la R.Ley, sino que constituye una forma válida de ejercerla, a condición de

que exista una ley previa que fije los lineamientos y criterios que orientarán su desarrollo reglamentario.

En ese marco, la R.Ley se despliega en dos momentos: primero, mediante una ley que regula parcialmente la materia y reenvía su complemento a la vía reglamentaria; y luego, mediante el reglamento al que se remite, el cual completa el régimen legal y desarrolla su contenido conforme a las instrucciones recibidas. De este modo, la colaboración reglamentaria no opera como una excepción a la R.Ley, sino como una de sus modalidades (Nieto, 2005, p.223).

Así, la ley puede regular de manera exhaustiva la materia, pero también puede optar por establecer el marco general y encomendar a un reglamento la regulación del resto, siempre bajo las pautas e instrucciones que ella misma le proporciona. Con frecuencia, las normas sancionadoras describen ciertos tipos o algunos elementos comunes y esenciales, remitiendo expresamente a un reglamento para que complete dicha descripción (pp. 223 y 227).

El Tribunal Constitucional (2014) ha desarrollado la figura de colaboración reglamentaria y ha establecido que en esos casos aplica una "reserva de ley relativa":

> 180. En esta materia aplica entonces aquella reserva de ley relativa. Por ende, no resulta inconstitucional que se derive al reglamento la tipificación de las infracciones, en tanto se ha fijado en la ley las conductas sancionables y la escala y los tipos de sanción (fundamento 180).

Así, de acuerdo con el máximo intérprete de la Constitución y la postura de la doctrina, la R.Ley prevé que el reglamento puede desarrollar lo establecido en la ley cuando se cumplan las siguientes condiciones en la ley: (i) se ha fijado las conductas sancionables, (ii) se ha fijado los tipos de sanciones y (iii) se ha fijado la escala de multas.

Con respecto al P.Tipicidad, el Tribunal Constitucional (2002) ha indicado que en materia sancionadora este exige que tanto la conducta infractora como la sanción aplicable estén

previamente establecidas en la ley, identificándose tres requerimientos esenciales: que exista una norma escrita que la sustente, que dicha norma sea anterior a los hechos sancionados y que describa el supuesto de hecho de forma precisa y determinada, de modo que los destinatarios de la norma puedan anticipar con razonable certeza qué conductas están prohibidas y cuáles serán sus consecuencias jurídicas.

En esa línea, el principio no quedará satisfecho cuando la norma que describe la conducta infractora no brinde elementos suficientes para delimitar el comportamiento prohibido. Tampoco cuando las tipificaciones adolezcan de imprecisión o ambigüedad, mediante fórmulas de contenido abierto, cuyo empleo conlleva inevitablemente la apertura de un amplio margen de arbitrio al momento de determinar la existencia de conductas contrarias a derecho (Morón, 2019, p. 414).

En suma, cuando una ADP pretende restringir un derecho constitucional, el P.Legalidad, la R.Ley y el P.Tipicidad operan conjuntamente para requerir un estándar de competencia válido que exige la concurrencia de dos elementos: (i) una norma de rango legal que atribuya la competencia a la ADP de restringir este derecho, la cual debe ser clara en la atribución de esta facultad y (ii) una norma de rango legal que tipifique de manera expresa y taxativa la conducta prohibida, sin que sea posible derivar ninguno de estos elementos de inferencias, interpretaciones extensivas o normas de rango reglamentario.

5.1.2. El OSIPTEL no contaba con competencia para imponer la BB

A la luz del estándar de competencia descrito, corresponde analizar si el OSIPTEL contaba con las competencias para ordenar la Medida. Para ello, se revisará el marco legal invocado por el OSIPTEL durante el PEBB para probar su competencia:

Cuadro 2: Evaluación de normas invocadas por el OSIPTEL para acreditar su competencia

Disposiciones normativas invocadas por OSIPTEL	Competencia para supervisar y sancionar la conducta	Infracción tipificada

Artículo 76.- 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 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 (DS N° 013-93-TCC, 1993).	De los artículos citados se desprende que las facultades atribuidas a OSIPTEL se circunscriben a tres ámbitos específicos: la regulación del comportamiento de las empresas operadoras, la supervisión de las relaciones entre dichas empresas, y la garantía de la calidad, eficiencia y equilibrio tarifario de los servicios brindados a los usuarios. La facultad de ordenar el cumplimiento de la Medida no se desprende de la competencia de regular el comportamiento de las empresas operadoras, pues esta debe entenderse en un sentido estrictamente técnico-económico, es decir, referida a aspectos como la fijación de tarifas, las condiciones de interconexión y la calidad del servicio, mas no como una habilitación genérica para restringir o prohibir	No se establece como infracción la contratación de servicios públicos móviles en espacios públicos.

	canales de comercialización. Interpretar dicha facultad de forma tan amplia implicaría vaciar de contenido el P.Legalidad, que exige precisamente que las competencias de los organismos públicos estén delimitadas con suficiente precisión normativa, sin que quepa recurrir a atribuciones genéricas o implícitas.	
3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen (…): a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, (…) por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o	Si bien el artículo 3 de la Ley N° 27332 (2000) reconoce que los organismos reguladores cuentan con funciones supervisoras y normativas, el propio artículo condiciona su ejercicio a que se produzca dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. Es decir, esta disposición regula el cómo puede actuar el OSIPTEL, pero no establece sobre qué materias puede hacerlo. Ello implica que dichas funciones no constituyen	No se establece como infracción la contratación de servicios públicos móviles en espacios públicos.

	resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad (…) c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, (…), otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones (…) de las entidades o actividades supervisadas (…); Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas	una habilitación ilimitada, sino que su validez depende de que la materia sobre la cual recaen haya sido previamente atribuida a OSIPTEL por una ley específica. En el presente caso, no existe norma alguna que atribuya expresamente a OSIPTEL competencia para ordenar el cierre de un canal de comercialización. Adicionalmente, la función supervisora está diseñada para verificar el cumplimiento de obligaciones preexistentes, y la función normativa para desarrollar reglamentariamente materias ya atribuidas, no para establecer restricciones nuevas sobre actividades sobre las que el regulador no tiene una competencia clara.	

por normas legales (…) (Ley N° 27332, 2000)		
Artículo 32.- (…) Los Organismos Reguladores: 1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados (…) 3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; (…) en los términos previstos por la Ley de la materia. (…) (Ley N° 29158. 2007)	Esta norma invocada tampoco es sustento suficiente para acreditar la competencia porque se trata de una norma que describe el rol general de los organismos reguladores.	No se establece como infracción la contratación de servicios públicos móviles en espacios públicos.
8.1 Las empresas operadoras de servicios públicos móviles de telecomunicaciones	Esta norma establece la obligación de verificación biométrica por parte de las empresas reguladas. Es decir, mediante esta se	Se establece obligación de verificación biométrica para la contratación de

tienen las siguientes obligaciones: a) Verificar plenamente la identidad de quien contrata el servicio de servicios públicos móviles de telecomunicaciones mediante el sistema de verificación biométrica de huella dactilar. (…) (Decreto Legislativo N° 1338, 2017)	están estableciendo pautas para la comercialización del servicio, pero no se está otorgando al OSIPTEL la competencia para limitar un canal de venta.	servicios de telefonía móvil, pero no se establece como infracción la comercialización de servicios públicos móviles en la vía pública.
Artículo 25.-En ejercicio de la función normativa puede dictarse reglamentos o disposiciones de carácter general referidos a los siguientes asuntos: (…) i) Condiciones de acceso a servicios y redes e interconexión entre los mismos, incluyendo (…) en general los términos v condiciones de	Además de que se trata de una norma de rango infralegal, es importante notar que regular los términos y condiciones de contratación no equivale a prohibir una modalidad específica de contratación. Lo primero supone establecer las garantías y las condiciones mínimas del vínculo contractual entre operadora y usuario (contrato modelo, obligaciones sobre información, verificación	No se establece como infracción la contratación de servicios públicos móviles en espacios públicos.

contratación (…) (DS N° 008-2001-PCM, 2001).	biométrica, entre otras), mientras que lo segundo implica restringir la libertad de las empresas de elegir sus canales de comercialización, lo cual constituye una medida de mayor intensidad que requeriría una habilitación normativa más específica y explícita que la establecida en este artículo.	

Cabe indicar que, en las Comunicaciones 801 y 2429 y en las Resoluciones 489 y 41 se cita como base normativa para la imposición de la Prohibición el artículo 11-D del TCU. Como se ha desarrollado previamente, ello sería contrario al principio de R.Ley porque se restringiendo el derecho de libertad de empresa amparado en una norma de rango infralegal.

Como puede advertirse, ninguna de las normas que desarrollan las competencias del OSIPTEL le atribuye de forma expresa la facultad de imponer la Prohibición. Del mismo modo, durante la tramitación del PEBB no existía norma alguna con rango de ley que proscribiera dicha modalidad de contratación. De allí que el organismo regulador denunciado no haya invocado en ningún momento ley que respaldara la Medida.

5.1.3. El artículo 11-D del TCU no establece la prohibición

Sin perjuicio de que el artículo 11- D del TCU no sería un sustento normativo válido para la imposición de la barrera porque es una norma de rango infralegal, lo cierto es que el OSIPTEL a través de los medios de materialización listados previamente ha pretendido amparar la legalidad de sus actuaciones, alegando que el texto de esta norma indica esta prohibición.

No obstante, en concordancia con lo indicado por la CEB en la Resolución de Primera instancia y del voto en discordia en la Resolución Final, dicho dispositivo normativo no contempla dicha prohibición, sino obligaciones relativas a la elaboración de un listado de distribuidores autorizados, así como su posterior reporte al OSIPTEL.

A efectos de mayor, claridad, se desglosará el mencionado artículo en sus distintos párrafos para precisar el alcance de las obligaciones previstas.

Cuadro 3: Revisión del texto del artículo 11-D del TCU

Texto vigente durante el PEBB	¿Qué establece?
"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" (Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, 2012).	Obligación de implementar un listado de distribuidores autorizados que intervengan en la contratación de servicios públicos móviles.
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	Posterior a la inscripción del distribuidor, la operadora debe entregar al distribuidor un código único de identificación.

su titularidad (Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, 2012).	
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 (Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, 2012).	Obligación de remitir el mencionado registro, el cual debe contener los códigos de los distribuidores y la ubicación de sus puntos de venta.

En ese sentido, se ha evidenciado que en ninguna parte del texto del artículo 11-D del TCU se establece la Prohibición. Ahora bien, a partir de una revisión de la Matriz de Comentarios y la Exposición de Motivos de la Resolución N° 033-2015-CD/OSIPTEL, proyecto normativo que planteaba la incorporación de esta norma en el TCU, se ha

encontrado evidencia que refuerza la idea de que este artículo desde sus inicios no tenía contemplada establecer esta Medida.

Con respecto a la Matriz de Comentarios, el regulador reconoce que podrán realizarse contratación de servicios fuera de la dirección formal, como por ejemplo una feria itinerante:

> Finalmente, se precisa que aun cuando un punto de venta de un distribuidor autorizado realice la contratación de servicios en, por ejemplo en una feria itinerante, se mantendrá la dirección formal de dicho punto de venta o sucursal.

De esta manera, el propio OSIPTEL indicó en su oportunidad que era posible comercializar los servicios públicos de telefonía móvil en una dirección distinta a la reportada y, en esos casos, se deberá reportar la dirección formal del punto de venta o sucursal.

Por otro lado, la Exposición de Motivos, no señaló en ninguna parte del texto que la nueva obligación del registro de distribuidores respondía a la problemática del incremento de contrataciones fraudulentas en la vía pública. El OSIPTEL en su oportunidad únicamente indicó que la modificación tenía como fin facilitar la labor general de supervisión del servicio:

- **Registro de distribuidores autorizados para la contratación del servicio público móvil prepago (Artículo 11-D° y Segunda Disposición Transitoria).**

Atendiendo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 023-2014-MTC, y a que las empresas operadoras son responsables de todo el proceso de contratación de cualquier servicio público de telecomunicaciones, éstas se encuentran obligadas a implementar un registro de distribuidores autorizados.

Necesariamente, todo aquel distribuidor que intervenga en la contratación de un nuevo servicio público móvil, tiene la obligación de inscribirse previamente en el mencionado registro de distribuidores.

De esta manera, una vez que el distribuidor se encuentre registrado, la empresa operadora deberá hacerle entrega del código único que lo identifique como tal, y que lo autorice a intervenir en el proceso de contratación.

Respecto de dicho código, es importante hacer mención que éste solo debe ser empleado por el distribuidor, por lo que la empresa operadora, deberá adoptar las medidas de seguridad que resulten necesarias, de tal manera que valide la actuación del distribuidor en cada contratación del servicio.

Es importante dejar en claro que, en todos los casos, la empresa operadora será responsable ante el abonado por la contratación del servicio que se realice bajo su titularidad.

Sobre la base de ello, este Organismo ha considerado importante que a efectos de facilitar la labor de supervisión, la empresa operadora remita al OSIPTEL el registro de distribuidores autorizados, el cual deberá contener toda la información a que se refiere el artículo 11-D°, estando obligada a informar cualquier variación en el referido registro, a más tardar al día siguiente de realizada dicha modificación. Para tal efecto, las empresas operadoras deberán remitir dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de publicación de la presente norma, el registro de distribuidores autorizados para la contratación del servicio público móvil prepago.

Cabe indicar que este texto se replica en la Exposición de Motivos que incorpora finalmente el artículo 11-D al TCU (Resolución N° 056-2015-CD). En ese sentido, contrario a lo indicado por el OSIPTEL, esta norma en su origen tampoco fue creada con la finalidad de salvaguardar la seguridad de los datos de los usuarios y disminuir los casos y reclamos de contrataciones fraudulentas.

5.1.4. Sobre la modificación legislativa posterior

Finalmente, un punto adicional a destacar son los ajustes legislativos aprobados posterior a la Resolución Final. La postura del OSIPTEL que ha sostenido a lo largo del PEBB era que (i) contaba con las competencias suficientes para imponer la barrera denunciada y (ii) el artículo 11-D del TCU recogía de forma clara la prohibición denunciada.

Sin embargo, resulta, cuando menos, singular que posterior a la Resolución Final se promulgara la Ley N° 31839, que establece de manera expresa tanto la competencia del OSIPTEL para supervisar y sancionar estas conductas, y tipifica el incumplimiento de la Prohibición como infracción.

Mediante esta norma de rango legal se incorporaron diversos artículos al Decreto Legislativo N° 1338, dispositivo normativo que creó en su momento el Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad.

Por un lado, mediante los artículos 6 y 9.2, se estableció mediante norma de rango legal que OSIPTEL contaba con facultades expresas para supervisar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el mencionado decreto legislativo: Por otro lado, mediante el artículo 8 se estableció que se encuentra prohibido que las empresas operadoras comercialicen o contraten sus servicios públicos móviles en espacios públicos.

Finalmente, el artículo 9 establece de manera clara que el incumplimiento del citado artículo 8 constituyen infracción administrativa. Con ello, las modificaciones legislativas subsanan las falencias del marco legislativo anterior.

Si bien la sola aprobación de esta norma de rango legal no constituye prueba irrefutable de que el marco legal previo era insuficiente y no superaba el estándar desarrollado para que una ADP pueda imponer una limitación de derechos, sí constituye un indicio relevante, que leído en conjunto con los otros argumentos presentados, permiten reforzar la conclusión sobre el primer problema jurídico: que OSIPTEL carecía de sustento legal para imponer la Medida.

Así, resulta razonable inferir que si las competencias asignadas al OSIPTEL eran suficientes y la disposición normativa que contenía la prohibición era clara y respetaba los P.Legalidad, R.Ley y P.Tipicidad, no habría necesidad de incorporarlos mediante una modificación legislativa posterior.

En consecuencia, a la luz de los argumentos desarrollados se concluye que OSIPTEL no contaba con competencia válida para imponer la Prohibición al momento de los hechos. En ese sentido, la SEL, no realizó un adecuado análisis de legalidad y debió confirmar la Resolución de primera instancia en el extremo que declaraba ilegal la BB.

5.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: NO CORRESPONDÍA QUE LA SEL DECLARE LA SUSTRACCIÓN DE LA MATERIA SOBRE LA COMUNICACIÓN 801

Determinada la ilegalidad de la BB cuestionada en este PEBB, corresponde analizar el segundo punto de cuestionamiento sobre la Resolución Final, esto es, la declaración de sustracción de materia respecto de la Comunicación 801, decisión que le impidió realizar el análisis de carencia de razonabilidad.

La sustracción de la materia ha sido desarrollada en el artículo 29.2 de la LEBB. De acuerdo con este artículo, se plantean las siguientes causales para la sustracción de la materia: (i) derogación de la BB cuestionada, (ii) modificación de la BB, y/o (iii) inaplicación de la BB en caso se encuentre materializada en un acto administrativo o actuación material.

La SEL, mediante la Resolución N° 019-2026/SEL-INDECOPI, precisó que, en los casos en que las medidas adoptadas se materialicen a través de actos administrativos, operará

la sustracción de la materia cuando dichas medidas cesen sus efectos respecto del denunciante, lo cual puede ocurrir, por ejemplo, como consecuencia de la declaración de nulidad de los actos administrativos que las contienen.

De lo expuesto se desprende que la inaplicación como causal de sustracción de la materia exige que el acto haya dejado de producir efectos mediante mecanismos formales reconocidos por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, una declaración informal posterior no debería alcanza ese estándar.

Como se mencionó previamente, la SEL sustrajo la materia respecto a la BB materializada en la Comunicación 801. Ello, pues consideró que mediante Comunicación N° 88-GG/2021 la referida carta no resulta aplicable a la denunciante,

Mediante la Comunicación N.° 88-GG/2021, el OSIPTEL indicó que, habiéndose adoptado oportunamente las medidas cautelares correspondientes en el ejercicio de sus funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, se declara que el requerimiento contenido en la Comunicación 801 ha devenido en inaplicable.

Sin embargo, dicha comunicación no satisface los mecanismos formales para dejar sin efectos actos administrativos. Corresponde entonces determinar si esta actuación constituye una inaplicación válida en los términos exigidos por el artículo 29.3

Al respecto, conviene desarrollar la naturaleza jurídica de la Comunicación 801. Conforme a los artículos 1 y 29 de la LeyPAG, los actos administrativos se configuran a partir de seis elementos: (i) declaración de una entidad de la ADP; (ii) están orientados a generar efectos jurídicos; (iii) dichos efectos inciden sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados; (iv) producen consecuencias subjetivas frente a una situación concreta; (v) se encuentran sometidos al régimen del Derecho Público; y (vi) sus efectos pueden ser individualizados o individualizables (Morón, 2019).

En esta línea, Huapaya (2010) define al acto administración como un instrumento estabilizador de relaciones jurídicas así creadas (como autorizaciones, ordenes, mandatos, sanciones, prohibiciones, entre otros) (p. 133). Por su parte, Morón (2019) agrupa dentro de los actos administrativos de gravamen a aquellos que generan consecuencias

desfavorables para el administrado, entre los que se encuentran las órdenes, los actos que extinguen derechos, las sanciones y, en general, cualquier actuación de la ADP que imponga cargas y limitaciones en la esfera jurídica del particular (p. 202).

A partir de lo anterior, puede observarse que la Comunicación 801 es un acto administrativo, en concreto uno de gravamen, pues cumple con todos los elementos establecidos en la norma: (i) fue una declaración del OSIPTEL emitida por su Gerencia General, (ii) el efecto que se produjo fue la imposición de la Prohibición, (iii) los efectos recayeron sobre los intereses y derechos de Claro, (iv) estos efectos recayeron sobre la esfera jurídica de Claro, (v) fue emitida en el marco de sus facultades de fiscalización y (vi) tuvo efectos individualizados (Morón, 2019, pp. 191-195).

Determinada la naturaleza de acto administrativo de la Comunicación 801, una comunicación emitida por el mismo órgano (Gerencia General del OSIPTEL) que declara su inaplicabilidad no constituye un mecanismo jurídicamente reconocido para que la ADP extinga los efectos del acto administrativo. Para ello se requiere que se revoque o se declare su nulidad de oficio, ninguno de los cuales fue emitido por el OSIPTEL. Por consiguiente, desde un plano formal, los efectos de la Comunicación 801 no habrían sido válidamente extinguidos.

Este aspecto resulta de suma importancia, pues, además de materializar la BB, esta comunicación trasladó el Informe 92. Cabe indicar que este Informe ha sido citado y utilizado como sustento para los posteriores actos emitidos por el OSIPTEL dirigidos imponer la Medida. A continuación, algunos ejemplos donde el propio regulador usa los argumentos del Informe 92 en la motivación de la Resoluciones 484 y 41:

Imagen 5: Extracto Resolución 484

19. De acuerdo a lo señalado en el Informe N° 00092-GPSU/2019[4], en el cual se expone la problemática de la contratación de servicios públicos móviles que se realiza en forma ambulatoria y en la vía pública, dicha forma de contratación conlleva, entre otros, a los siguientes problemas:

i) Vulnerabilidad del uso de datos personales por terceros.
ii) Facilita las contrataciones fraudulentas.
iii) No se garantiza una adecuada información sobre el servicio a contratar.
iv) Dificulta las acciones de supervisión.

20. Uno de los puntos de dicha problemática, es que el escenario de venta ambulatoria no garantiza que las empresas operadoras cumplan con brindar a los abonados y usuarios la información necesaria para tomar una decisión de consumo debidamente informada. Tal como se expone en el mencionado Informe, a diferencia de un punto de venta en el cual ante cualquier duda o problema respecto de la información brindada puede acudir ante el supervisor o jefe del punto de venta para su apoyo, siendo que, inclusive, el propio local cuenta con información visual disponible para el abonado o usuario (Vg. volantes, banners, paneles, vídeos, etc.).

Imagen 6: Extracto Resolución 41

21. De acuerdo a lo señalado en el Informe N° 00092-GPSU/2019[4], en el cual se expone la problemática de la contratación de servicios públicos móviles que se

Adicionalmente, el Informe 92 no solo fue citado y utilizado para los otros medios de materialización de la barrera, sino que además fue utilizado en reiteradas ocasiones en el escrito de descargos presentado por el OSIPTEL para acreditar la razonabilidad de la medida:

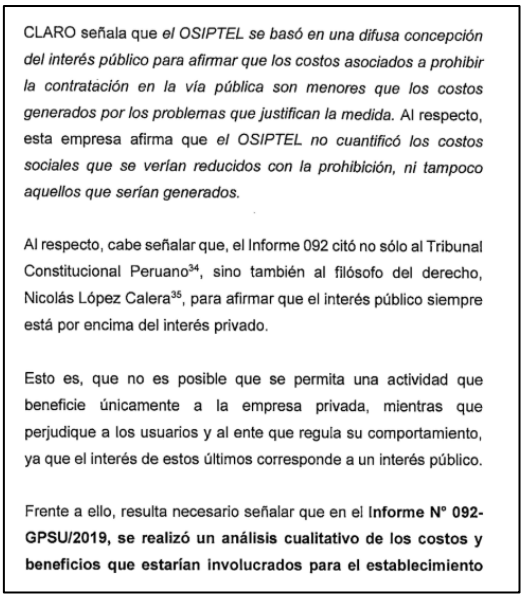
Imagen 7: Extracto de escrito de descargos de OSIPTEL

Ahora bien, la carta N° 801-GG/2019 que exige el cumplimiento del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, también responde a la problemática de falta de seguridad en la contratación, lo cual ha sido evidenciado en los hechos que se desarrollaron en el Informe N° 092-GPSU/2019, tal como se detalla a continuación:

Informe N° 092-GPSU/2019

Tal y como se puede advertir de los casos expuestos en la reunión llevada a cabo en las instalaciones de este Organismo el día 26 de junio de 2019 con los representantes de la empresas operadoras del servicio público móvil, así como, en las ciento nueve (109) acciones de supervisión llevadas a cabo en el mes de julio de 2019; la comercialización de las líneas del servicio público móvil por parte de las distintas empresas operadoras no se realiza en puntos de venta habilitados como tales, sino que, por el contrario, se lleva a cabo de manera ambulatoria en la vía pública.

Imagen 8: Extracto de escrito de descargos de OSIPTEL



CLARO señala que *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.* Al respecto, esta empresa afirma que *el OSIPTEL no cuantificó los costos sociales que se verían reducidos con la prohibición, ni tampoco aquellos que serían generados.*

Al respecto, cabe señalar que, el Informe 092 citó no sólo al Tribunal Constitucional Peruano[34], sino también al filósofo del derecho, Nicolás López Calera[35], para afirmar que el interés público siempre está por encima del interés privado.

Esto es, que no es posible que se permita una actividad que beneficie únicamente a la empresa privada, mientras que perjudique a los usuarios y al ente que regula su comportamiento, ya que el interés de estos últimos corresponde a un interés público.

Frente a ello, resulta necesario señalar que en el **Informe N° 092-GPSU/2019, se realizó un análisis cualitativo de los costos y beneficios que estarían involucrados para el establecimiento**

Es pues, sobre los hallazgos en el Informe 92 que Claro presentó indicios sobre la carencia de razonabilidad de la Prohibición. En ese sentido, resulta evidente que los efectos de la Comunicación 801 seguían siendo aplicable a Claro no solo por una cuestión formal. En los hechos, esta comunicación continuaba produciendo efectos reales pese a lo indicado en la comunicación posterior, por lo que resulta especialmente grave haber sustraído la materia en ese extremo.

En esta línea, cobra relevancia el cuestionamiento formulado por Chang & Salazar (2020) sobre la aplicación e interpretación del artículo 29.3:

Para nosotros, la sustracción de la materia solo cabe en aquellos casos en los cuales la barrera denunciada haya dejado de producir efectos reales en el denunciante. Es por eso que el artículo 29.2, "c", ha sido redactado utilizando la famosa fórmula "y/o": "derogación y/o modificación de la barrera burocrática cuestionada denunciada y/o la inaplicación de la misma al denunciante. El incentivo que se genera con una interpretación como la que viene aplicando el Indecopi, es que las entidades "perviertan" el sistema antibarreras y salgan impunes. (p.247)

En efecto, la interpretación adoptada por la SEL en la Resolución Final podría genera incentivos perversos para el uso de la figura de sustracción de la materia. Bajo esta interpretación, la ADP podría imponer una BB y, pese a que los efectos de la barrera siguen vigentes en la práctica, declararla informalmente inaplicable durante el procedimiento en curso para evitar que la CEB o SEL se pronuncien el fondo de la controversia. Esta interpretación desnaturaliza la finalidad del PEBB como mecanismo de control de la legalidad.

En consecuencia, no se verificó una inaplicación de la Comunicación 801, por lo que no correspondía sustraer la materia sobre ese extremo. Así, en la Resolución Final la SEL debió haber evaluado si los indicios de carencia de razonabilidad presentados por Claro eran suficientes para analizar la razonabilidad de la medida.

VI. CONCLUSIONES

Habiendo realizado el análisis de los problemas jurídicos identificados en la Resolución Final, se procederá a indicar las principales conclusiones obtenidas del presente trabajo:

1. El PEBB constituye un mecanismo de control de la actuación de la ADP, orientado a garantizar que las medidas impuestas respeten los parámetros de legalidad y razonabilidad. Lo anterior contribuye en generar un entorno institucional predecible que favorezca el normal desarrollo de la actividad económica.

2. Respecto al primer problema jurídico, se estableció que el parámetro para evaluar si la ADP contaba con competencias para imponer una restricción de derechos era realizar un doble análisis en concordancia con los P.Legalidad, P.Tipicidad y R.Ley: (i) una norma de rango legal que le atribuya de manera clara y expresa la competencia para imponer dicha restricción, y (ii) una norma de igual rango que establezca de forma expresa y taxativa la conducta prohibida. Ninguno de estos elementos puede derivarse de inferencias, interpretaciones extensivas o normas de rango reglamentario.

   Teniendo en cuenta lo anterior, se evaluaron las normas de rango legal invocadas por el OSIPTEL para acreditar su presunta competencia y se concluyó que

ninguna satisfacía ninguno de los dos elementos mencionados. Sin perjuicio de que en este punto la medida impuesta debería ser declarada ilegal, se revisó exhaustivamente el texto del artículo 11-D del TCU y se concluyó que dispositivo normativo establecía obligaciones vinculadas al registro de distribuidores, mas no contenía la prohibición denunciada.

De manera complementaria, se revisaron los documentos preparativos para la emisión del artículo 11-D y el hallazgo fue el siguiente: desde los orígenes de su redacción en el 2015, el OSIPTEL no tenía contemplado que este artículo establecía una limitación a los canales de venta de servicios públicos móviles ni mencionó en su exposición de motivos la preocupación ante el alza de ventas de servicios no solicitadas.

Finalmente, se analizaron los cambios normativos a nivel legal posterior a la emisión de la Resolución. No solo se precisó que las empresas operadoras estaban prohibidas de efectuar contrataciones de servicios públicos móviles de manera ambulatoria, sino que además se detalló que el incumplimiento de esta obligación era una infracción administrativa y que el OSIPTEL se encontraba facultado a desplegar las acciones de supervisión y sanción sobre esta materia. Si bien la modificación legislativa posterior no acredita por sí sola la insuficiencia del marco legislativo previo, constituye un indicio que refuerza los argumentos ya desarrollados. De haber existido competencia válida y prohibición taxativa, la intervención legislativa habría resultado innecesaria.

3. Respecto al segundo problema jurídico, se concluyó que una comunicación informal emitida por el mismo órgano que dictó la Comunicación 801 no tiene aptitud jurídica para extinguir sus efectos. Para ello OSIPTEL debió revocarla formalmente o declarar su nulidad de oficio. Al no haber empleado ninguno de estos mecanismos, la Comunicación 801 seguía produciendo efectos desde un punto de vista formal.

   Los indicios de carencia de razonabilidad presentados por Claro, los actos posteriores emitidos por OSIPTEL y los argumentos de este en su escrito de contestación, se sustentaban precisamente en los hallazgos contenidos en el

Informe 92 que acompañaba la Comunicación 801. Ello confirma que los efectos de dicha comunicación no solo continuaban vigentes desde una perspectiva formal, sino que en los hechos seguían siendo plenamente aplicables a Claro. La declaración de inaplicabilidad posterior no alteró esta realidad, lo que hace especialmente grave el error de la SEL al declarar la sustracción de materia en ese extremo e impedir que se pueda analizar los indicios de carencia de razonabilidad de la barrera.

4. Lo expuesto a lo largo del presente informe revela que OSIPTEL, al momento de imponer la Prohibición, no contaba con el sustento legal necesario para ello. Lejos de impulsar las modificaciones normativas correspondientes para dotar de legitimidad a la medida, el regulador prefirió forzar una interpretación extensiva e ilegal del marco regulatorio existente para justificar una competencia que nunca le fue atribuida. Esta forma de proceder no solo contraviene los P.Legalidad, P.Tipicidad y R.Ley, sino que evidencia una actuación administrativa que antepuso la conveniencia regulatoria a la sujeción al ordenamiento jurídico.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Chang, J. & Salazar, A. (2020). Eliminando barreras burocráticas e...¿institucionales?. *Diálogo con la jurisprudencia*,(272), 235 -247.

Cassagne, J. (2010). *Derecho Administrativo* (Tomo II). Lima: Palestra.

Constitución Política del Perú. [Constitución]. (29 de diciembre de 1993). https://tinyurl.com/266h5sc9

Decreto Legislativo N° 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. [LPEBB]. (2 de diciembre de 2016) https://tinyurl.com/2yekxv3j

Decreto Legislativo N° 1338, Decreto Legislativo que crea el Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad, orientado a la prevención y combate del comercio ilegal de equipos terminales móviles y al fortalecimiento de la seguridad ciudadana. (6 de enero de 2017). https://tinyurl.com/54b4wmt6

Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones. (1 de febrero de 2001). https://tinyurl.com/2yyxlzbv

Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (6 de mayo de 1993). https://tinyurl.com/yc53jm62

García de Enterría, E. y Fernández, (2004). *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas.

Huapaya Tapia, R. (2010). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General. *Revista De Derecho Administrativo*, (9), 115–133. https://tinyurl.com/27cspfp3

Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General* (Tomo I). Lima: Gaceta Jurídica.

Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. (10 de abril de 2001). https://tinyurl.com/24kxb3mn

Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (29 de julio de 2000). https://tinyurl.com/mr6m2ndk

Ley N° 31839, Ley que modifica el Decreto Legislativo 1338. (18 de julio de 2023). https://tinyurl.com/498ehk3v

Ley Orgánica N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. (20 de diciembre de 2007). https://tinyurl.com/mtcnwnnd

Nieto García, A. (2005). [Fragmento]. En Derecho administrativo sancionador (pp.222-253) (592p.) (5a ed). Madrid: Tecnos.

Redacción RPP (19 de junio de 2019). Osiptel evalúa prohibir venta de chip de telefonía en la calle. *Radio Programas del Perú*. https://rpp.pe/economia/economia/osiptel-evalua-prohibir-venta-de-chip-de-telefonia-en-la-calle-noticia-1203752?ref=rpp

Resolución N° 138-2012-CD-OSIPTEL, Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. [TCU]. Art. 11-D. (27 de setiembre de 2012) https://tinyurl.com/24ss3twn

Resolución N° 028-2021/SEL-INDECOPI (Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas – INDECOPI 2021)

Resolución N° 019-2026/SEL-INDECOPI (Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas – INDECOPI 2026)

Reyes Leyva, J. (19 de junio de 2019). Osiptel pide a compañías eliminar la venta de chips de telefonía de manera ambulatoria. *Gestión*. https://gestion.pe/economia/empresas/osiptel-pide-companias-eliminar-venta-chips-telefonia-manera-ambulatoria-270611-noticia/

Rivera Serrano, A. (2014). El rol del Indecopi en la eliminación de barreras burocráticas. *Revista Advocatus*, (30), 19-27. https://doi.org/10.26439/advocatus2014.n030.4268

Suay Rincón, J. (2008). La potestad sancionadora de la Administración y sus exigencias actuales: un estudio preliminar. Documentación Administrativa, (280-281), 43–64. https://doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9601

Trelles, J., Zárate, Y., Chanamé, J., y Fernández, C. (2018). Propuesta metodológica para la estimación de los costos económicos por la imposición de barreras burocráticas ilegales o irracionales en el Perú. Documento de Trabajo N° 04-2018/GEE. Indecopi. Disponible en: https://tinyurl.com/26fgantg

García de Enterría, E. y Fernández, T (2004). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo I). Madrid: Civitas

Tribunal Constitucional (2002). Sentencia recaída bajo el Expediente N° 2050-2002-AA/TC. https://tinyurl.com/4yu68bex

Tribunal Constitucional (2006). Sentencia recaída bajo el Expediente N° 00017-2006-AI. https://tinyurl.com/ywktayut

Tribunal Constitucional (2014). Sentencia recaída en los Expedientes N° 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC. https://tinyurl.com/y5a5pk7v

Tribunal Constitucional (2023). Pleno Sentencia 108/2024 recaída bajo el Expediente N° 01554-2023-PA/TC. https://tinyurl.com/27tw3eo6