

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
QUINTA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CON
SUBESPECIALIDAD EN TEMAS DE MERCADO**

***SUMILLA:** Del artículo 11-D se deriva la obligación de las empresas operadoras de contratar el servicio público móvil únicamente en los puntos de venta habilitados y que cuentan con una dirección. Por ende, restringir la contratación en la vía pública guarda directa relación con la referida obligación legal; por lo que la decisión de INDECOPI de no declarar la medida cuestionada como barrera burocrática ilegal, se ajusta a derecho.*

EXPEDIENTE : 298-2022
DEMANDANTE : ENTEL PERÚ S.A.
DEMANDADO : Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la
Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI
Organismo Supervisor de la Inversión Privada en
Telecomunicaciones – OSIPTEL
MATERIA : Nulidad de Resolución Administrativa

RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE

Lima, 14 de noviembre de 2023.

VISTOS: Con el expediente administrativo acompañado, correspondiente a la vista de la causa de fecha 13 de octubre del año en curso; e interviniendo como ponente el magistrado **Reyes Ramos**; se emite la presente sentencia.

I. DEMANDA

Con fecha 08 de febrero de 2022, ENTEL PERÚ S.A., presentó su escrito de demanda, en contra del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

PRETENSIONES Y PETITORIO

Conforme se aprecia de la demanda, se ha planteado como:

Primera pretensión Principal

- Se declare la nulidad total de la Resolución N° 0661-2021/SEL-INDECOPI la cual revocó la Resolución N° 034-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021 y en consecuencia declaró infundada la denuncia presentada por Entel contra Osiptel por la imposición de la barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar digitalmente servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta N° 02390-GSF/2019 y la Carta N° 00802-GG/2019 del 26 de noviembre de 2019.

Pretensión Accesorio a la pretensión principal

- Se ordene a la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas que expida nueva resolución administrativa teniendo en cuenta lo resuelto en el presente proceso y que la prohibición de contratar digitalmente el servicio público móvil de telecomunicaciones en la vía pública es una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad-

Pretensión subordinada a la pretensión principal

- Se revoque la Resolución N° 0661-2021/SEL-INDECOPI, y en consecuencia, declare barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad la prohibición de contratar digitalmente el servicio público móvil de telecomunicaciones en la vía pública.

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

1. El canal de ventas que permitió la competencia (Telefónica) en el mercado de telecomunicaciones fue y es la comercialización digital del servicio público móvil en la vía pública. Claro, Entel y Bitel desarrollaron y fortalecieron dicho canal a efectos de dinamizar la competencia, generando beneficios como la competencia en el mercado, trabajo y permitir a los usuarios acceder fácilmente a los servicios públicos móviles, reduciendo costos transaccionales.
2. El 2 de agosto de 2019, se recibió la Carta N° 558-GG/2019 a través de la cual Osiptel otorgó un plazo de 5 días hábiles para informar acerca de las acciones tomadas para que los distribuidores realicen la comercialización del servicio público móvil en oficinas comerciales y puntos de venta físicos habilitados, conforme el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso. Con la Carta N° CGR-2076/19 se detallaron las medidas de seguridad adoptadas para evitar el fraude en la contratación digital y se adjuntó un CD con el flujograma de contratación.
3. Al 26 de noviembre de 2019, se les notificó la **Carta N° 00802-GG/2019**, se les requirió cesar en el plazo de 10 días hábiles la contratación de sus servicios públicos móviles de forma ambulatoria en la vía pública. Ello por que no se condice con el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso y a su vez porque se habían detectado una serie de riesgos "inherentes" a este canal de venta. Procediendo a cerrar un canal de ventas legítimo sin que exista sustento legal y fáctico adecuado.
4. Con fecha 16 de diciembre de 2019, se les notificó con la **Carta N° 02390-GSF/2019**, a través de la cual se inició un procedimiento administrativo sancionador por, aparentemente, incumplir el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso al momento de realizar la venta digital del servicio público móvil en la vía pública y no en domicilio fijos. Asimismo, se les notificó con la Resolución 00491-2019-GSF/OSIPTEL a través de la cual se le exigió a ENTEL el cese de la venta digital:

5. Se interpuso la denuncia por imposición de barreras burocráticas a fin de que se ordene a OSIPTEL deje de prohibir la comercialización digital de los servicios público móviles en la vía pública y no contra los actos administrativos que la materializaron en su momento: Carta N° 00802-GG/2019, Carta N° 02390-GSF/2019 y la Resolución N° 00491-2019-GSF/OSIPTEL.
6. La CEB resolvió fundada la denuncia, mediante Resolución N° 34-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021, dado que la prohibición señalada no encontraba sustento normativo en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, ya que la misma no contiene prohibición alguna contra determinadas formas de comercialización del servicio público móvil.
7. Frente a ello, Osiptel dejó sin efecto la Carta N° 00802-GG/2019, esto último para que se declare la sustracción de la materia del procedimiento administrativo y apeló la resolución emitida.
8. El 30 de noviembre de 2021, se les notificó la resolución impugnada, en la que se revocó el criterio de la primera instancia, y resolvió infundada la denuncia, dado que considera que sí se puede interpretar extensivamente del artículo 11-D del TUO, por lo que tiene asidero legal y Osiptel puede imponerla. En cuanto a los argumentos de falta de razonabilidad, la SEL se negó a valorarlos pese a estar intrínsecamente vinculados a la barrera burocrática cuestionada.
9. El hecho de no valorar los medios probatorios por supuestamente estar vinculados a una forma de materialización de la barrera burocrática cuestionada, es una decisión que vulnera el derecho fundamental a la prueba.
10. En el supuesto negado que se considere que la resolución impugnada no adolece de ningún vicio de nulidad, se deberá tener en cuenta que el fondo de lo resuelto por Indecopi no es correcto, la prohibición impuesta vulnera el principio de legalidad en la medida que se ampara en una interpretación extensiva del artículo 11-D y como se ha señalado, no es posible aplicar prohibiciones tácitas o indirectas que no están contenidas en la norma jurídica.
11. También afecta el principio de libre acceso y promoción de la competencia, artículos 3 y 8 del Reglamento General de Osiptel y colisiona con el Decreto Legislativo 757, en tal limita la libre iniciativa privada de Entel.
12. Es una barrera burocrática carente de razonabilidad debido a que no es una medida idónea para salvaguardar los intereses públicos alegados (seguridad en el tratamiento de los datos personales, garantía de información de las condiciones contractuales, prevención de un mayor flujo de contrataciones fraudulentas). Asu vez es desproporcional, en tanto no se ha realizado un adecuado análisis costo-beneficio, excluyéndose costos importantes del análisis (costo social y costo a la competencia, por ejemplo) y no ha analizado medidas menos gravosas, prefiriendo requerir el cese de un canal de comercialización, que se estaba autorregulando.

II. ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Por Resolución Tres del 12 de mayo del 2022, se admitió la demanda en la vía del proceso ordinario, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios propuestos, disponiéndose se corra traslado a los demandados, y requiriéndose la remisión del expediente administrativo.

III. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

OSIPTEL

Mediante escrito del 23 de junio de 2022, Osiptel contesta la demanda en base a los siguientes argumentos:

1. El artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, según texto vigente establecido por Resolución N°056-2015-CD/OSIPTEL, dispone lo siguiente:

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

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

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

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

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

2. El glosado dispositivo normativo recoge la obligación de la empresa operadora de informar a OSIPTEL, a través de su registro de distribuidores autorizados, sobre la dirección de los locales y puntos de ventas habilitados donde estos realizarán la contratación del servicio público móvil; por lo que si esta se realiza en la vía pública, se iría en contra de lo dispuesto en dicho precepto normativo porque no sería identificable el lugar donde se lleva a cabo la contratación, dado que no existe una dirección cierta en el comercio ambulatorio.
3. Dado que OSIPTEL cuenta con la función normativa consagrada en el inciso c) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos – Ley N°27223 y es encargada de regular el comportamiento de las empresas operadoras según el artículo 76° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N°013-93-TCC, puede establecer obligaciones y determinar la forma de cumplimiento de las mismas, tal como la dispuesta en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso.
4. Se busca garantizar el establecimiento de un registro de distribuidores autorizados de las empresas prestadoras del servicio público móvil, el cual deberá contener toda la información



relativa a la identificación del distribuidor, indicándose el o los códigos que se les hubiera asignado, así como la dirección de cada uno de los puntos de venta -dotado de una dirección cierta e identificada- en los cuales estos se encuentran habilitados por la empresa operadora para realizar la contratación del servicio. Lo que excluye la comercialización en la vía pública dado que en ese escenario no se puede determinar e identificar el lugar de la contratación.

5. Sobre el derecho de prueba; la Carta C.802-GG/2019 exhortó a Entel a que cumpliera con lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso. La Carta C.2390-GSF/2019 comunicó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por haber incumplido el citado dispositivo normativo.
6. Sin embargo, para el caso de la carta C.802-GG/2019, la SEL declaró la sustracción de la materia, por lo que ya no resultaba aplicable a ENTEL; mientras que en el caso de la carta C.2390-GSF/2019, ENTEL solo hizo cuestionamientos genéricos sin indicar individualmente como dicha misiva le afectaba
7. Sobre los argumentos de la supuesta ilegalidad de la medida; establecer obligaciones y derechos vinculados a la prestación de servicios públicos, únicamente pretende definir reglas de interacción claras para los agentes (empresa operadora y usuario), de modo tal que el libre juego de la oferta y la demanda se lleve a cabo en igualdad de condiciones.
8. Sobre el Reglamento General de Osiptel; la disposición cuestionada no constituye una condición u obstáculo que impide el acceso o permanencia de Entel en el mercado de servicios de telefonía móvil, ni afecta los principios y normas de la libre competencia, se exige determinados requisitos necesarios para materializar una contratación adecuada y lícita.
9. Sobre el Decreto Legislativo 757; Osiptel no regula los canales de comercialización del servicio público móvil, ni regula la organización de las empresas de telecomunicaciones, por lo que no vulnera el derecho a la libertad de empresa reconocido en el Decreto Legislativo 757.
10. Las pruebas referidas a la falta de razonabilidad de la medida, no fueron consideradas porque no estaban dirigidas a los actos que materializaban la barrera burocrática, sino que Enel cuestionaba la razonabilidad del Informe N° 92-GPSU/20198, el mismo que sustentaba la Carta C.802-GG/2019 que ya no resultaba aplicable a la denunciante por sustracción de la materia.

INDECOPI

Con escrito de fecha 27 de junio de 2022, INDECOPI contestó la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, y solicitando que se declare infundada en base a los siguientes argumentos:



1. El 31 de diciembre de 2019 ENTEL interpuso una denuncia contra el OSIPTEL ante la Comisión solicitando se declaren barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad, las siguientes:
 - a. La prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 802; y,
 - b. La prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 2390
2. La resolución de segunda instancia administrativa revocó la resolución de primera instancia y entre otros, declaró:
 - a. La sustracción de la materia en el procedimiento iniciado por Entel contra Osiptel consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 802. En tanto que mediante Carta N° 00089-GG/2021 se le informó que el contenido de la Carta 802 devino en inaplicable.
 - b. Revocó la Resolución N° 0034-2021/CEB-INDECOPI emitida por la Comisión y se declara infundada la denuncia presentada por la imposición de presunta barrera burocrática consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 2390. Ello, por que la prohibición sí encuentra sustento normativo en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 138-2012-CD-OSIPTEL, por cuanto dicha norma establece que los puntos de venta de los distribuidores autorizados en los cuales se lleve a cabo las contrataciones del servicio tendrán una dirección, la cual deberá ser informada al organismo regulador mediante el registro correspondiente. En la línea de que los operadores tienen la obligación de realizar la verificación biométrica de identidad únicamente en las oficinas o centros de atención de las operadoras y en los distribuidores autorizados al momento de realizar las contrataciones del servicio público móvil, por lo que al realizar una contratación en la vía pública, dicha verificación no podría cumplirse y ello devendría en una vulneración al marco jurídico vigente.
 - c. Entel no ha presentado argumentos destinados a cuestionar la razonabilidad de la barrera burocrática denunciada que se encuentra materializada en la Carta 2390.
3. No se ha vulnerado su derecho a la prueba, la evaluación por parte de la Sala del Tribunal se ha desarrollado en estricto cumplimiento del esquema especificado de análisis determinado legal y jurisprudencialmente, tanto en los artículos 14, 15, 16 y 28 del Decreto Legislativo 1256 como en el precedente de observancia obligatoria.
4. Respecto a la ausencia de configuración de la barrera burocrática ilegal: correspondía declarar la sustracción de la materia, materializada en la Carta 802, ello porque mediante



Carta N° 89-GG/2021 se informó a Entel que el contenido de la misma devino en inaplicable, por lo que el requerimiento realizado ya no era exigible, siendo de aplicación el numeral 29.3 del artículo 29 del Decreto Legislativo 1256. Asimismo, correspondía se revoque, y se declare infundada la denuncia. Razón es que la prohibición si encuentra un sustento normativo en el artículo 11-D del TUO, por cuanto dicha norma establece que los puntos de venta de los distribuidores autorizados en los cuales se lleve a cabo las contrataciones del servicio tendrán una dirección, la cual deberá ser informada al organismo regulador mediante el registro correspondiente.

5. Respecto a la razonabilidad de las medidas denunciadas: no basta que los denunciantes se limiten a manifestar que la presunta barrera burocrática materia de análisis pueda ser carente de razonabilidad, sino que tienen el deber de presentar argumentos o elementos de juicio que permitan de forma coherente advertir a la autoridad administrativa con relación a la posible ausencia de justificación razonable que sustente de forma previa la exigencia, requisito, prohibición o cobro materia de denuncia, dado que todas las normas gozan de una presunción de razonabilidad que solo debe ser cuestionada con argumentos sólidos. No se han presentado argumentos, ni siquiera a nivel indiciario, que generen convicción para determinar la carencia de razonabilidad de la medida establecida por Osiptel materializada en la Carta 2390, por lo que fue desestimada adecuadamente.

IV. AUTO DE SANEAMIENTO Y FIJACIÓN DE PUNTOS

Mediante Resolución Seis del 05 de mayo de 2023, se declaró saneado el proceso y se estableció como puntos controvertidos:

- i. Determinar si se configura la nulidad de la Resolución N° 0661-2021/SEL-INDECOPI, emitida el 18 de noviembre de 2021 por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi.
- ii. Determinar si, como consecuencia de ello, corresponde ordenar a la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas que declare barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 02390-GSF/2019 del 16 de diciembre 2019; o, en su defecto, en ejercicio de la plena jurisdicción, se declare barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad la prohibición.

V. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

En el expediente administrativo, inserto al expediente judicial electrónico, podemos apreciar lo siguiente:

1. **Fojas 3**, obra la denuncia interpuesta por ENTEL PERÚ S.A. el 31 de diciembre de 2019, mediante la cual denuncia a Osiptel, y solicita se declare barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad la exigencia de no realizar la contratación digital de los servicios públicos móviles en la vía pública, sustentada en una **errónea interpretación del artículo 11-D del TUO** de las Condiciones de Uso de los Servicios de Telecomunicaciones, y materializada en la **Carta N° 00802-GG/2019** del 26 de

noviembre de 2019, la **Carta N° 02390-GSF/2019** y **Resolución N° 00491-2019-GSF/OSIPTTEL**, ambas del 16 de diciembre de 2019. Indica que su objeto es demostrar que la exigencia del cese inmediato de la contratación digital de los servicios públicos móviles en la vía pública es ilegal y a su vez, carece de razonabilidad.

2. **Fojas 70**, Carta 00802-GG/2019 del 26 de noviembre de 2019.
3. **Fojas 71**, Informe N° 00092-GPSU/2019 del 26 de noviembre de 2019.
4. **Fojas 98**, Carta 02391.GSF/2019 del 16 de diciembre de 2019.
5. **Fojas 99**, Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 00491-2019-GSF/OSIPTTEL, del 16 de diciembre de 2019.
6. **Fojas 265**, Resolución N° 0172-2020/CEB-INDECOPI del 4 de septiembre de 2020, por la que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas resolvió (entre otros) lo siguiente:
Primero.- declarar **improcedente la denuncia** presentada por Entel Perú S.A. contra el OSIPTTEL **en el extremo en el que cuestionó la prohibición de realizar la contratación digital de los servicios públicos móviles en la vía pública como consecuencia de una errónea interpretación del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones**, materializada en la Carta N° 00802-GG/2019 deñ 26 de noviembre de 2019, en la Carta N° 2390GSF/2019 u en ña Resolución N° 00491-2019-GSF/Osiptel, estás dos últimas del 16 de diciembre de 2019.
Segundo.- admitir a trámite la denuncia presentada por Entel Perú S.A. contra Osiptel **en el extremo en el que cuestionó la imposición de una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad, consistente en la prohibición de realizar la contratación digital de los servicios públicos móviles en la vía pública, materializada en la Carta N° 00802-GG/2019 deñ 26 de noviembre de 2019, en la Carta N° 2390GSF/2019 y en la Resolución N° 00491-2019-GSF/Osiptel, estás dos últimas del 16 de diciembre de 2019.**
7. **Fojas 301**, descargos de OSIPTTEL, del 30 de setiembre de 2020.
8. **Fojas 548**, **Resolución N° 0034-2021/CEB-INDECOPI** del 5 de febrero de 2021, por la que se declaró, entre otros: Se declara **improcedente la denuncia** en el extremo que se invocó a la **Resolución N° 00491-2019-GSF/Osiptel** del 16 de diciembre de 2019 como medio de materialización de la medida cuestionada por la denunciante en el presente procedimiento, por carecer de interés para obrar. En tanto que la medida cautelar contenida en dicha resolución, ha caducado al haberse emitido la resolución N° 074-2020-GG/SIPTTEL del 11 de marzo de 2020 que puso fin al procedimiento sancionador, no siendo ya exigible a la denunciante la medida materia de cuestionamiento a través del referido acto.
Asimismo, en su extremo resolutive **CUARTO**, se declara que **constituye una barrera burocrática ilegal la prohibición de realizar la contratación digital de los servicios públicos móviles en la vía pública, materializada en la Carta en la Carta N° 00802-GG/2019 deñ 26 de noviembre de 2019 y en la Carta N° 2390GSF/2019 del 16 de diciembre de 2019**, en consecuencia fundada la denuncia presentada en contra del Osiptel.
Igualmente, se dispone la inaplicación de la barrera burocrática ilegal al caso concreto de Entel Perú.
9. **Fojas 581**, escrito del 7 de febrero de 2021, presentado por Osiptel, solicitando la **sustracción de la materia controvertida** y por tanto, el archivo del presente expediente, por cuanto la **Carta C.00802-GG/2019** de la Gerencia General que también ha sido objeto de la denuncia de Entel se sustentó en la aplicación del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso de los servicios Públicos de Telecomunicaciones, siendo que la citada carta no impidió a Entel realizar la contratación digital de los servicios públicos móviles en la vía pública, y en todo caso, la misma **ha sido declarada inaplicable por la Gerencia General**, la interpretación o aplicación que pudo haber tenido el ente regulador sobre dicha disposición normativa, y en base a la cual se sustentó la carta en mención, no es objeto de la presente controversia, ya que la Comisión ha declarado improcedente la denuncia en ese extremo.
10. **Fojas 587**, obra el recurso de apelación formulado por Osiptel, en contra de los extremos resolutivos primero, y cuarto al octavo de la impugnada.

11. Fojas 703, Resolución N° 0661-2021/SEL-INDECOPI del 18 de noviembre de 2021, se dispuso:

PRIMERO: declarar la sustracción de la materia controvertida en el procedimiento iniciado por Entel Perú S.A. en contra del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones por la imposición de la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 00802-GG/2019 del 26 de noviembre de 2019.

SEGUNDO: revocar la Resolución 0034-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021; y, en consecuencia, declarar infundada la denuncia presentada por Entel Perú S.A. en contra del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones por la imposición de la barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta 02390-GSF/2019 del 16 de diciembre de 2019.

TERCERO: dejar sin efecto los Resuelve Cuarto, Quinto y Sexto de la Resolución 0034-2021/CEB-INDECOPI del 5 de febrero de 2021.

VI. ANÁLISIS

CONSIDERANDO

PRIMERO.- Conforme prescribe el artículo 148 de la Constitución Política del Estado, las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa administrativa. Tal disposición constitucional se encuentra desarrollada en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo aprobado por el Decreto Supremo 013-2008-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27584, el cual en su artículo 1 prescribe: *“La acción contenciosa administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”*.

El proceso contencioso administrativo constituye por tanto el instrumento a través del cual los ciudadanos en el ejercicio de su derecho de acción pueden solicitar tutela jurisdiccional frente a una determinada actuación de la Administración Pública, esto es, que la pretensión no sólo tendrá como finalidad revisar la legalidad del acto administrativo declarando su validez o invalidez, sino también que pueda plantear una pretensión solicitando tutela efectiva a la situación jurídica subjetiva que aduce ha sido vulnerada o que le está siendo amenazada.

SOBRE LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS

SEGUNDO.- En el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, se establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social del mercado; en concordancia con ello, en su artículo 61 se establece que el Estado facilita y vigila la libre



competencia combatiendo toda práctica que la limite, sancionando además el abuso de posición de dominio en el mercado.

TERCERO.- Teniendo en cuenta lo expuesto, es de señalar que las barreras burocráticas son todo aquello que el Estado realice a través de sus entidades que obstaculice el acceso o la permanencia en el mercado de los agentes económicos lo que se materializa en exigencias prohibiciones, cobros, requisitos, limitaciones que afectan inclusive los principios y normas de simplificación administrativa en los procedimientos administrativos. Así pues, las decisiones de toda entidad administrativa, no pueden trabar directa ni indirectamente el desarrollo y la inversión empresarial, debiéndose enmarcar dentro del marco legal; de otro lado, tales decisiones tampoco pueden constituir una exigencia no razonable contraria a los principios jurídicos de la igualdad de trato, legalidad, razonabilidad, orden lógico y proporcionalidad, principios que subyacen en toda decisión política, legal o administrativa que esté dirigida a regular el mercado.

Entonces es de considerar que las barreras burocráticas son exigencias, requisitos, prohibiciones o cobros establecidos por las entidades en ejercicio de su función administrativa, actuaciones que no solo pueden ser realizada por las entidades del Estado, sino también por entes privados que ejerzan función administrativa.

Es de señalar también que no toda barrera burocrática es perniciosa, ya que la obtención de toda autorización, licencia, derecho, etc., debe ceñirse a determinados requisitos (los que deben ajustarse a la normatividad vigente y deben ser razonables para los fines seguidos), caso contrario existiría una gran desorganización que desestabilizaría la administración pública, motivo por el cual únicamente, las barreras burocráticas ilegales (es decir que no se ajustan al principio de legalidad¹) y/o carentes de razonabilidad son negativas y deben ser combatidas.

¹ Cabe precisar que la Administración Pública tiene el deber de guiar su actuación según el principio de legalidad, el cual subordina a todos los poderes públicos al cumplimiento de las leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio, y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por parte de los órganos jurisdiccionales. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de legalidad se encuentra recogido en el artículo IV numeral 1.1 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el que se establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas, tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el Fundamento 9 de la Sentencia de fecha 13 de abril de 2005, dictada por en el Expediente N° 0042-

CUARTO.- Conforme se advierte de fojas 03 del expediente administrativo, la denuncia sobre barrera burocrática fue presentada el 31 de diciembre de 2019 y se admitió mediante Resolución N° 0172-2020/CEB-INDECOPI el 4 de septiembre del 2020, por tanto, los criterios para analizar si la barrera denunciada es ilegal y/o carente de razonabilidad son los que se prevén en el Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas².

QUINTO.- Respecto a que el artículo 11-D de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones vulnera el principio de legalidad, en tanto no contiene una prohibición expresa que le impida comercializar sus servicios móviles en la vía pública. El demandante sostiene que las medidas cuestionadas no contienen un sustento normativo en el artículo 11-D de las Condiciones de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL³; por cuanto dicha norma no contempla la prohibición de brindar la venta de sus servicios en la vía pública; realizando una interpretación extensiva del citado artículo siendo que, no es posible aplicar prohibiciones tácitas o indirectas que no están contenidas en la norma jurídica.

En relación a lo expuesto, para un mejor entender, es menester analizar la norma materia de interpretación [vigente a la fecha de ocurrencia de los hechos]:

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

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

2004-AI/TC. Asimismo, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ; “Curso de Derecho Administrativo”; Tomo I; Duodécima Edición; Lima-Bogotá; Palestra Editores S.A.C.; 2006; Pág. 478.: “Al respecto, conviene citar lo dicho por los juristas GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: que señalan: “El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, 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 poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presente, 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.”

² Decreto Legislativo 1256, norma publicada el 08 de diciembre del 2016.

³ Esta Resolución fue derogada por el Artículo Octavo de la Resolución N° 172-2022-CD/OSIPTEL, publicada el 08 octubre 2022, a partir de la entrada en vigencia de la citada Resolución, salvo aquellas disposiciones que fueron modificadas por la Resolución de Consejo Directivo N° 072-2022-CD/OSIPTEL y la Resolución de Consejo Directivo N° 043-2022-CD/OSIPTEL cuyas vigencias hayan sido diferidas. Sin embargo, ésta estuvo vigente hasta el momento de expedirse la resolución que agotó la vía administrativa y es materia de impugnación en el presente proceso.

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

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

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

De esta manera, ENTEL sostiene que en esta norma no está contenida la prohibición de brindar contrataciones del servicio en la vía pública, OSIPTEL sostiene que sí se desprende dicha prohibición

En tal sentido, en virtud de su función supervisora, OSIPTEL verifica el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas por parte de las empresas operadoras y demás empresas, o personas que realizan actividades sujetas a su competencia. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el OSIPTEL, o de cualquier otra obligación, que se encuentre a cargo de la entidad supervisada.

Dentro de dicho contexto, el regulador implementó la norma “Condiciones de Uso de los servicios públicos de Telecomunicaciones”, la cual no solo incluye las obligaciones sino también el procedimiento que debe seguir las empresas operadoras o los usuarios.

En el caso de la norma materia de análisis, el artículo 11-D tiene como finalidad el guardar un registro fidedigno de los distribuidores autorizados, lo cual incluye indicar la dirección de cada uno de los puntos de venta, los cuales contarán con su respectivo código.

La finalidad de dicho artículo debe ser analizado en forma conjunta con el artículo 11-A vigente al momento de la ocurrencia de los hechos [Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL⁴]

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

Luego de realizada la verificación biométrica, que consistirá en verificar la correspondencia de la impresión dactilar capturada con la información que obra en la base de datos biométrica del RENIEC, la empresa operadora deberá conservar y almacenar el reporte de la referida verificación; y en caso de existir coincidencia, deberá incluir dicha información en el Registro de Abonados y proceder a la activación del servicio.

(...)

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

(...)” (subrayado nuestro)

En ese sentido, el artículo 11-D contiene una exigencia -si bien no expresa- de incluir en el registro de distribuidores autorizados, la dirección⁵ del punto de venta habilitado para la prestación de servicios y realización de actividades comerciales ligadas a la contratación de servicios con los usuarios; esto, con la finalidad de poder identificar y ubicar en forma inequívoca el lugar de desarrollo de la actividad comercial.

Así, el citado artículo compele a los operadores de telefonía móvil a que los contratos de adquisición de servicios de telecomunicación móvil se celebren en lugares que cuenten con una dirección cierta, identificable, de carácter permanente; por cuanto cada locación de prestación de estos servicios contará con un código único; situación que permite un control efectivo respecto de cada centro autorizado; evitando afectaciones a los usuarios contratantes [contratación de un servicio sin toda la información relevante, falencias en la identificación del contratante o entrega de información de identificación sensible a

⁴ Modificado por el Artículo Primero de la Resolución N° 96-2018-CD-OSIPTEL, publicada el 01 mayo 2018, el mismo que entró en vigencia el 1 de julio de 2018.

Posteriormente dicho artículo fue modificado por el Artículo Tercero de la Resolución N° 06-2020-CD-OSIPTEL, publicada el 21 enero 2020, el mismo que entró en vigencia a los noventa días calendario, computados a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano ; posteriormente, mediante el Artículo 1 de la Resolución N° 00048-2020-CD-OSIPTEL, publicada el 30 abril 2020, se proroga la referida vigencia en treinta días calendario, contados a partir del día siguiente de la finalización definitiva del periodo de aislamiento social obligatorio dispuesto por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus modificatorias. Mediante, el Artículo 3 de la Resolución N° 101-2020-CD-OSIPTEL, publicada el 26 agosto 2020, se establece que la vigencia de las disposiciones aprobadas a través de la Resolución N° 006-2020-CD-OSIPTEL, se inicia en treinta días calendario, contados a partir del día siguiente de aprobación de la citada Resolución

⁵ Entendiéndose como dirección al “domicilio (lugar en que alguien se considera establecido)”. Según definición de la Real Academia de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/direcci%C3%B3n>



personal no autorizado o capacitado para tal manejo] lo cual no sería posible si las contrataciones se efectúan en la vía pública.

De igual modo, artículo 11-A del TUO de las Condiciones de Uso determina cuáles son los lugares donde debe de efectuarse la verificación biométrica, indicándose que ésta es obligatoria y debe ser efectuada en las oficinas, centro de atención de las empresas operadores y en los centros de distribución autorizados. Es decir, en todo aquel lugar donde esté permitido efectuar contrataciones de servicio público móvil; a decir del artículo 11-D, los lugares debidamente autorizados y registrados con su respectivo código, que cuenten con una dirección identificable.

De tal forma que, las contrataciones en la vía pública no otorgan la garantía de brindar toda la información relevante para una adecuada condición de consumo, y va contra la finalidad de la norma contemplada en la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL.

Además, el artículo 11-D efectúa la precisión de que los lugares autorizados para la contratación de servicio de telefonía móvil, debe estar identificado y debe contar con una ubicación fija para poder ejercer una labor de control sobre las contrataciones

De otro lado, las contrataciones del servicio de telefonía móvil de modalidad prepago, deben ser llevadas a cabo cumpliéndose con brindar al usuario la información mínima del servicio contratado, conforme lo regula el artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso⁶

⁶ Disposición contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL, modificada por la Resolución N° 138-2014-CD-OSIPTEL, publicada el 12 noviembre 2014, que entró en vigencia el 02 de enero de 2015:

“Artículo 6.- Información básica a ser proporcionada por la empresa operadora Toda persona tiene derecho a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios.

La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre:

- (i) El servicio ofrecido;
- (ii) Las diversas opciones de planes tarifarios;
- (iii) Los requisitos para acceder al servicio;
- (iv) La cobertura y alcance del servicio;
- (v) Las características, modalidades y limitaciones del servicio ofrecido;
- (vi) La periodicidad de la facturación;
- (vii) El plazo del contrato de prestación de servicios, causales de resolución anticipada, penalidades, si las hubiera y sus consecuencias o alcances económicos;
- (viii) El plazo y condiciones de los contratos adicionales a que hace referencia el artículo 16-A°;
- (ix) Los alcances y uso de los equipos terminales que sean provistos por la empresa operadora, en especial, las opciones de servicios que el equipo y la red permitan, y cuyo uso se encuentre sujeto a contratación previa o a tarificación por consumo efectivamente realizado;



(tales como servicio ofrecido, opciones de planes tarifarios, cobertura, limitaciones del plan adquirido; entre otros), condición que no puede ser cumplida en lugares no habilitados para tal fin, como lo es la vía pública.

Por consiguiente, del artículo 11-D se deriva la obligación de las empresas operadoras de contratar el servicio público móvil únicamente en los puntos de venta habilitados y que cuentan con una dirección. Por ende, restringir la contratación en la vía pública guarda directa relación con la referida obligación legal; por lo que la decisión de INDECOPI de no declarar las medidas cuestionadas como barrera burocrática ilegal, se ajusta a derecho.

Cabe precisar que esta obligación se ha visto reafirmada por la modificatoria a las condiciones de uso, formulada por la Resolución N° 072-2022-CD/OSIPTEL⁷, publicada el 12 abril 2022; la cual, si bien no es aplicable al presente caso, permite visualizar el lineamiento de protección al consumidor que propugna OSIPTEL, al asegurar puntos fijos de venta para una adecuada identificación tanto del proveedor del servicio como de los usuarios adquirientes.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos formulados en este extremo.

(x) El procedimiento para dar de baja el servicio contratado bajo la modalidad prepago a que se refiere el artículo 14;
(xi) La velocidad de transmisión contratada y velocidad de transmisión mínima garantizada en Megabits por segundo (Mbps), especificándose para cada caso, la velocidad de descarga (downlink) y de envío de información (uplink), así como las condiciones que influyen en dichas velocidades, para el servicio de acceso a Internet (fijo y móvil);
(xii) La capacidad de descarga en Megabytes (MB) o Gigabytes (GB), en los casos que corresponda, para el servicio de acceso a Internet (fijo y móvil);
(xiii) Las tecnologías a las que se puede acceder desde el equipo terminal adquirido a la empresa operadora, para los servicios públicos móviles y de acceso a Internet (fijo y móvil); así como los sistemas operativos que utilice el equipo terminal en el caso de los servicios públicos móviles;
(xiv) Las condiciones de prestación del servicio de roaming internacional, las tarifas aplicables para los destinos frecuentes y, de ser el caso, para las zonas de frontera, así como el procedimiento para su activación y desactivación;
(xv) La relación y el número de señales de programación, para el servicio de distribución de radiodifusión por cable; y,
(xvi) La dirección de las oficinas de pago y otros medios habilitados para el pago de los servicios, así como el horario de atención de las oficinas de pago de la empresa operadora.
Asimismo, deberá informar que la adquisición de los equipos que sean necesarios, su mantenimiento técnico y cualquier otro servicio que brinde la empresa operadora, tienen carácter opcional y, de ser el caso, pueden ser contratados a terceros distintos a la empresa operadora.
La empresa operadora que disponga de una página web de Internet, deberá incluir en la misma la información a que se refiere el presente artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8.”

⁷ “Artículo 11-D.- Contratación de servicios móviles a través de los distintos canales

La empresa operadora es responsable de todo el proceso de contratación del servicio que provea, que comprende la identificación y el registro de los abonados que contratan sus servicios, independientemente del canal o medio de atención o comercialización.

La contratación del servicio público móvil se realiza en: i) los centros de atención, ii) en la dirección específica del punto de venta previamente reportado al OSIPTEL, iii) mediante el canal telefónico, iv) de forma virtual, v) en la dirección indicada por el solicitante del servicio, o vi) excepcionalmente en ferias itinerantes” [las ferias itinerantes deben cumplir con requisitos para su identificación tanto del local como del personal a cargo]

SEXTO.- Respecto a la afectación al principio de libre acceso y promoción de la competencia

La empresa demandante sostiene que se afecta el principio de libre acceso y promoción de la competencia y colisiona con el Decreto Legislativo 757, en tanto limita la libre iniciativa privada de Entel.

En relación a lo expuesto, corresponde manifestar lo siguiente:

El Principio de la Libertad de Contratación, en sentido amplio, permite que los particulares decidan con quién contratar, cuál será el objeto del contrato, cómo será regulada esa relación contractual. Este principio está garantizado en el artículo 62° de nuestra Constitución Política; implicando que los agentes económicos pueden ejercer este derecho a contratar válidamente según las normas vigentes al momento de celebrarse el contrato.

De otro lado, la legalidad se refiere a todas aquellas acciones u omisiones que se hallan permitidas o prohibidas por la ley; por lo que, la legalidad o la ilegalidad de un acto serán determinadas, en función a las normas jurídicas que permitan o que prohíban determinadas conductas⁸

En tal sentido, y conforme se ha analizado, el artículo 11-D estipula que las contrataciones de servicio de telefonía móvil deben ser realizadas en lugares con una dirección fija, debiendo de contar con código de identificación. En consecuencia, existe una norma que regula y proscribire la comercialización de este tipo de servicios en la vía pública.

Asimismo, cabe precisar que las libertades empresariales, y en especial, la libertad de empresa, en tanto son derechos constitucionales, resultan ser fundamentales en una economía de mercado. Sin embargo, debe tenerse presente que, si bien la Constitución reconoce libertades económicas, éstas no pueden ser absolutas. Es así que, el artículo

⁸ BETANCOURT, Julio César. "Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad". Revista para el análisis del derecho – INDRET. Barcelona, abril. Año 2012. Pp. 12. Versión digital en: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/898_es.pdf



59° de la Constitución⁹ consigna textualmente que estas libertades no pueden colisionar con la moral, buenas costumbres, ni pueden colisionar con el derecho a la salud o a la **seguridad pública**. Por lo que, en aras de la libertad empresarial, no se pueden soslayar otros derechos que también están premunidos de protección a nivel constitucional.

Sin perjuicio de lo expresado, conviene tener presente el marco normativo sobre las competencias de OSIPTEL:

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

Dentro de las facultades del regulador, el literal c) del artículo 3.1 de la Ley Marco, incluye la función normativa, que permite dictar dentro de sus competencias los reglamentos y directivas pertinentes para poder ejercer sus funciones. Este aspecto es concordado con el numeral 3) del artículo 32° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, que estipula que los entes reguladores tienen funciones reguladoras, normativas y fiscalizadoras, entre otras. Asimismo, el artículo 76° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por el Decreto Supremo 013-93-TCC, consigna que OSIPTEL es el ente regulador de las empresas operadoras de telecomunicaciones, ejerciendo su facultad a través de resoluciones del Consejo Directivo [artículo 77° del TUO].

Es en mérito de las normas marco que se expide el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, contenido en la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL (y sus modificatorias), que a

⁹ Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.



su vez contiene el cuestionado artículo 11-D, por lo que se acredita que no existió vulneración al principio de tipicidad.

En consecuencia, los actos administrativos contenidos en la Carta 2390-GSF/2019 no constituyen actos que materialicen barreras burocráticas ilegales.

Desestimándose este extremo de la demanda.

SÉTIMO.- Respecto a que se trata de una barrera burocrática carente de razonabilidad, debido a que no es una medida idónea para salvaguardar los intereses públicos alegados (seguridad en el tratamiento de los datos personales, garantía de información de las condiciones contractuales, prevención de un mayor flujo de contrataciones fraudulentas). Asu vez es desproporcional, en tanto no se ha realizado un adecuado análisis costo-beneficio, excluyéndose costos importantes del análisis (costo social y costo a la competencia, por ejemplo) y no ha analizado medidas menos gravosas, prefiriendo requerir el cese de un canal de comercialización, que se estaba autorregulando.

El Tribunal no efectuó el análisis de razonabilidad de la medida cuestionada, por una cuestión metodológica, ya que conforme el artículo 16, numeral 16.1 del Decreto Legislativo 1256, Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas, el denunciante no presentó pruebas o indicios suficientes de que la medida fuera arbitraria o desproporcionada; no cumpliendo con sustentar argumentos relevantes. Lo cual debe ser concordado con el numeral 16.2 del artículo en mención, según el cual no se consideran indicios los argumentos que (i) no se encuentren referidos a la barrera burocrática cuestionada, (ii) tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública, (iii) sean afirmaciones genéricas que no justifiquen las razones por las cuales se considera que la medida es arbitraria y/o desproporcional y, (iv) únicamente indiquen que la medida cuestionada genera costos.

En el caso concreto, ENTEL presentó argumentos destinados a demostrar la arbitrariedad y desproporcionalidad de la medida impuesta por Osiptel a través de la Carta N° 00802-GG/2019 del 26 de noviembre de 2019, la cual se sostiene en el Informe



N° 00092-GPSU/2019, esto es, la prohibición de realizar la contratación digital de los servicios públicos móviles en la vía pública, materializada en el documento en mención. En tanto que, se declaró la sustracción de la materia respecto a dicha Carta y que los indicios esbozados cuestionan lo expuesto en el Informe que la sustenta, no corresponde realizar el estudio de los mismos. Cabe tener presente en este extremo, que el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, no ha sido materia de denuncia y que los indicios presentados constituyen argumentos que tratan de desvirtuar las razones por las que se adoptó en su momento el requerimiento del cese de la contratación de los servicios públicos móviles de forma ambulatoria en la vía pública, que se encuentran desarrolladas en el Informe N° 92-GPSU/2019.

Abunda en ello el que, al haberse declarado improcedente la denuncia presentada por Entel en el extremo que cuestionó la prohibición de realizar la contratación digital de los servicios públicos móviles en la vía pública como consecuencia de una errónea interpretación del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, materializada en la Carta N° 00802-GG/2019 del 26 de noviembre de 2019, en la Carta N° 02390-GSF/2019 y en la Resolución N° 00491-2019-GSF/OSIPTEL, estas dos últimas del 16 de diciembre de 2019, mediante Resolución N° 0172-2020/CEB-INDECOPI del 4 de setiembre de 2020¹⁰, en razón de que analizado lo solicitado por la empresa denunciante, se pretende que la Comisión analice si Osiptel interpretó y aplicó debida o indebidamente a su caso concreto una disposición que emitió en el ejercicio de sus competencias, lo que supondría el ejercer como una instancia revisora de la actuación del Osiptel, entidad competente para la supervisión del incumplimiento de las obligaciones legales en la prestación del servicio público de telecomunicaciones por parte de la empresas privadas; la misma que no ha sido impugnada por la denunciante, de forma tal que los argumentos expuestos para acreditar la razonabilidad de la medida, no son atendibles.

OCTAVO.- En cuanto al argumento referido a que no se han valorado los medios probatorios presentados por supuestamente estar vinculados a una forma de

¹⁰ Véase folios 265 del expediente administrativo.



materialización de la barrera burocrática cuestionada, es una decisión que vulnera el derecho fundamental a la prueba

Sobre ello, conviene precisar que la actividad procesal del juzgador y de las partes se encuentra dirigida a que el juzgador se forme una convicción, más allá de toda duda razonable, sobre -como en el presente caso- se ha impuesto o no una barrera burocrática carente de razonabilidad, materializada en la Carta N° 2390-GSF/2019.

Sin embargo, como se ha señalado en el considerando anterior, los argumentos expuestos por Entel, se encuentran dirigidos a rebatir el contenido del Informe N° 00092-GPSU/2019, sobre el que se sustenta la Carta N° 0802-GG/2019, la cual devino en inaplicable, a tenor de la Carta 00089-GG/2021¹¹.

Cabe tener consideración en este extremo que, la denuncia fue expresa y se encontraba dirigida a cuestionar la imposición de una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en la Carta N° 0802-GG/2019, la Carta N° 02390-GSF/2019 y en la Resolución 00491-2019-GSF/Osiptel y que la errada interpretación del marco normativo, fue declarada improcedente, sin que se haya impugnado tal decisión, de forma tal que no se advierte la alegada contravención al derecho a la prueba, pues los argumentos expuestos estaban dirigidos a desvirtuar lo señalado -como ya se ha hecho mención- en el Informe N° 00092-GPSU/2019 y no en la Carta N° 2390-GSF/2019, único acto sobreviviente, que según la denuncia formulada, materializaba la prohibición,

NOVENO.- En cuanto a los demás argumentos expuestos por el demandante y que no son glosados en la presente resolución, los mismos no enervan los considerandos precedentes ni la convicción formada, por lo cual su pronunciamiento deviene en innecesario.

DÉCIMO.- En atención a lo señalado en los considerandos precedentes, la Resolución N° 661-2021/SEL-INDECOPI, de fecha 18 de noviembre de 2021, expedida por la Sala

¹¹ Véase folios 584 vuelta del expediente administrativo.



Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas cumple con los requisitos de validez del acto administrativo estipulados en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, no habiendo incurrido la entidad administrativa emplazada en ninguna de las causales de nulidad prevista en el artículo 10° de la referida ley.

DÉCIMO PRIMERO.- Respecto a la pretensión accesorio, es preciso señalar que el artículo 87° del Código Procesal Civil, dispone que estas pretensiones siguen la misma suerte del principal, por lo que, al haberse desestimado la pretensión principal, dicha pretensión accesorio también debe ser desestimada.

DÉCIMO SEGUNDO.- Respecto a la pretensión subordinada de revocatoria del acto administrativo impugnado: En relación a la pretensión subordinada; se persigue con la misma se revoque la Resolución N° 0661-2021/SEL-INDECOPI (por cuanto la pretensión principal solicitaba la nulidad total de dicha resolución).

En relación a ello, al haberse desestimado la pretensión principal, corresponde analizar la pretensión subordinada; sin embargo, dado que en ésta se pretende obtener la revocatoria del acto administrativo impugnado, sobre la base de los mismos argumentos expuestos para su nulidad, pues no se ha realizado una diferenciación sobre ello en el escrito de demanda; en tanto se ha determinado que el acto administrativo emitido no se encuentra afecto a alguna causal de nulidad prevista en nuestro ordenamiento jurídico; habida cuenta que la conclusión a la que ha arribado la administrativa es adecuada y con suficiente evaluación de los hechos y pruebas aportadas, apreciándose que se han expresado las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión, se concluye que la resolución administrativa impugnada ha sido emitida con arreglo a derecho, por lo que este extremo de la demanda interpuesta deviene en infundado.

VII.PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones precedentes y en uso de las facultades conferidas por la Constitución Política del Estado, e impartiendo justicia a nombre de la Nación, este Colegiado, **RESUELVE:** Declarar **INFUNDADA** la demanda en todos sus extremos. En los seguidos por Entel Perú S.A. contra el Instituto Nacional de Defensa de la



Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y otros, sobre nulidad de resolución administrativa. **Notifíquese.-**
S.S.

VINATEA MEDINA

ROSSELL MERCADO

REYES RAMOS