

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Resolución No. 0066-2023/SEL-
INDECOPI

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado
que presenta:

Lucas Murdoch Quijandría

ASESOR:

Laura Isabel Francia Acuña


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, LAURA ISABEL FRANCIA ACUÑA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Resolución No. 0066-2023/SEL-INDECOPI", del autor(a) LUCAS MURDOCH QUIJANDRIA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 08/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2024

<u>LAURA ISABEL FRANCIA ACUÑA</u>	
DNI: 42093073	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-0248-8498	

RESUMEN

El presente informe jurídico tiene por objeto analizar la Resolución No. 0066-2022/SEL-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas, mediante la cual resolvió la denuncia interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A. contra la Presidencia del Consejo de Ministros por la imposición de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

Telefónica del Perú S.A.A. denunció la exigencia del cobro del Aporte por Regulación del Osiptel utilizando la base de cálculo y las alícuotas establecidas por la Presidencia del Consejo de Ministros, a través del Decreto Supremo No. 134-2021-PCM. La Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas resolvió declarar improcedente la denuncia dado que consideró que las medidas denunciadas no podrían constituir barreras burocráticas. Ello toda vez que se habrían cuestionado elementos esenciales de un tributo, creado por norma de rango legal, en ejercicio de la función legislativa.

Mediante el presente trabajo, se analizará lo resuelto en la Resolución No. 0066-2022/SEL-INDECOPI, de conformidad con la normativa aplicable, los principales antecedentes sobre la materia y la doctrina correspondiente.

Se concluirá que la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas no efectuó un correcto análisis. Correspondía declarar improcedente el extremo referido a la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando la base de cálculo materializada en el Decreto Supremo 134-2021-PCM; y, por el contrario, declarar fundado el extremo referido a la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas materializadas en el Decreto Supremo 134-2021-PCM.

Palabras clave

Régimen constitucional económico, barreras burocráticas, aportes por regulación, derecho administrativo.

ABSTRACT

The purpose of this legal report is to analyze Resolution No. 0066-2022/SEL-INDECOPI, issued by the Specialized Chamber for the Elimination of Bureaucratic Barriers, by which it resolved the complaint filed by Telefónica del Perú S.A.A.A. against the Presidency of the Council of Ministers for the imposition of illegal and/or unreasonable bureaucratic barriers.

Telefónica del Perú S.A.A. questioned the requirement of having to pay to Osiptel the Regulatory Contribution using the calculation base and the aliquots established by the Presidency of the Council of Ministers, through Supreme Decree No. 134-2021-PCM. The Specialized Chamber for the Elimination of Bureaucratic Barriers decided to declare the complaint inadmissible. It considered that the measures could not constitute bureaucratic barriers, since they were essential elements of a tax, created by a legal rule, in the exercise of the legislative function.

This report will analyze Resolution No. 0066-2022/SEL-INDECOPI, in accordance with the applicable regulation, and the main precedents and doctrine on the matter.

It will be concluded that the Specialized Chamber for the Elimination of Bureaucratic Barriers did not carry out an accurate analysis. It was right to declare inadmissible the extreme regarding the questioning of the requirement of having to pay to Osiptel the Regulatory Contribution using the calculation basis materialized in Supreme Decree 134-2021-PCM. But it was wrong not to declare founded the questioning of the requirement of having to pay to Osiptel the Regulatory Contribution using the aliquots materialized in Supreme Decree 134-2021-PCM.

Keywords

Constitutional economic regime, bureaucratic barriers, regulatory contributions, administrative law.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
I. INTRODUCCIÓN	6
1.1. Justificación de la elección de la resolución	6
1.2. Presentación del caso	7
II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	9
2.1. Antecedentes	9
2.2. Hechos relevantes del caso	10
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS ..	19
3.1. Problema principal: ¿La Sala debió declarar la improcedencia de la denuncia interpuesta por Telefónica al considerar que no se cuestionaron barreras burocráticas?	20
3.1.1. Primer Problema Secundario: ¿Cómo debe realizarse el análisis de procedencia en atención a la finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas?.....	20
3.1.2. Segundo Problema Secundario: ¿Qué es (y qué no es) una barrera burocrática de conformidad con la Ley de Barreras?	20
3.1.3. Tercer Problema Secundario: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Aporte por Regulación y cuál es su régimen de creación?	20
3.1.4. Cuarto Problema Secundario: ¿Constituye una barrera burocrática la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando como base de cálculo los ingresos facturados? ..	20
3.1.5. Quinto Problema Secundario: ¿Constituye una barrera burocrática la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente?	20
3.2. Primer Problema Complementario: De haberse declarado la procedencia de la denuncia, ¿la Sala habría tenido que declararla fundada por razones de ilegalidad?.....	20
3.3. Segundo Problema Complementario: De no haberse superado el análisis de legalidad, ¿la Sala habría tenido que declarar fundada la denuncia por motivos de carencia de razonabilidad?	21
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO	21
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principales, secundarios, y complementarios	21
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	24

V.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	25
5.1.	Primer Problema Principal: ¿La Sala debió declarar la improcedencia de la denuncia interpuesta por Telefónica al considerar que no se cuestionaron barreras burocráticas?	25
5.1.1.	Primer Problema Secundario: ¿Cómo debe realizarse el análisis de procedencia en atención a la finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas?.....	25
5.1.2.	Segundo Problema Secundario: ¿Qué es (y qué no es) una barrera burocrática de conformidad con la Ley de Barreras?	30
5.1.3.	Tercer Problema Secundario: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Aporte por Regulación y cuál es su régimen de creación?	43
5.1.4.	Cuarto Problema Secundario: ¿Constituye una barrera burocrática la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando como base de cálculo los ingresos facturados?...	48
5.1.5.	Quinto Problema Secundario: ¿Constituye una barrera burocrática la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente?.....	54
5.2.	Primer Problema Complementario: De haberse declarado la procedencia de la denuncia, ¿la Sala habría tenido que declararla fundada por razones de ilegalidad?.....	60
5.3.	Segundo Problema Complementario: De no haberse superado el análisis de legalidad, ¿la Sala habría tenido que declarar fundada la denuncia por motivos de carencia de razonabilidad?	68
VI.	OPINIÓN SOBRE EL CASO	76
VII.	CONCLUSIONES	78
VIII.	BIBLIOGRAFÍA	81

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Exp. / No. Resolución / Nombre del caso	Expediente 0206-2022/SEL-INDECOPI / Resolución 0066-2023/SEL-INDECOPI / Denuncia modificación Aportes por Regulación Telefónica V. PCM
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Administrativo y Derecho Constitucional
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI y Resolución 0066-2023/SEL-INDECOPI
Demandante / Denunciante	Telefónica del Perú S.A.A.
Demandado / Denunciado	Presidencia del Consejo de Ministros (PCM)
Instancia administrativa o jurisdiccional	Segunda instancia administrativa: Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi
Terceros	Osiptel y Ministerio de Economía (MEF)
Otros	N/A

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas se encuentra reconocido en el Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (la “Ley de Barreras”). El propósito de este procedimiento es la inaplicación de medidas restrictivas impuestas en ejercicio de la función administrativa –que sean ilegales o carentes de razonabilidad–, con la finalidad de proteger los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa de los administrados, así como el régimen constitucional económico.

Sin embargo, los órganos competentes de tramitar y resolver estos procedimientos no siempre han cumplido con interpretar los alcances de las principales instituciones recogidas por la Ley de Barreras de forma tal que se satisfagan sus fines. Lo anterior se ha traducido en que se apliquen criterios heterogéneos y se cuente con poca predictibilidad sobre cuándo se está ante una medida que deba ser inaplicada por el Indecopi.

Precisamente, la Resolución 66-2023/SEL-INDECOPI evidencia estas problemáticas. Por un lado, demuestra que los órganos competentes adoptan interpretaciones que podrían resultar contrarias a los fines de la Ley de Barreras. Telefónica del Perú S.A.A. (“Telefónica”) denunció la imposición de barreras burocráticas ilegales y carentes de razonabilidad. Sin embargo, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (la “Sala”) concluyó que estas medidas no constituían barreras burocráticas, interpretando restrictivamente el concepto y de forma contraria a los antecedentes emitidos sobre la materia.

Por otro lado, la resolución acredita que, inclusive, dentro de la Sala existen interrogantes sobre los alcances del concepto de barrera burocrática. En

concreto, se emitió un voto en discordia que concluyó que debía analizarse el fondo respecto de un extremo de la denuncia.

A ello se suma que, durante la tramitación del procedimiento, se discutieron distintas cuestiones que son materia común de debate en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas. Por ejemplo, se discutió sobre los requisitos procedimentales que debe cumplir una medida contenida en una disposición administrativa para concluir que supera el análisis de legalidad, así como los alcances y nivel de detalle que debía tener el análisis de razonabilidad sobre las barreras burocráticas denunciadas.

No obstante, dado que la resolución materia de análisis declaró la improcedencia de la denuncia, no se sentó criterio alguno sobre estas cuestiones y se dejó incontestadas una serie de interrogantes de suma importancia, las cuales son de necesario conocimiento para los denunciantes que buscan la inaplicación de barreras burocráticas.

Todo lo anterior determina que sea necesario analizar la Resolución 66-2023/SEL-INDECOPI. Su análisis resulta imprescindible para dilucidar los alcances de distintas instituciones en materia de eliminación de barreras burocráticas y ayudar a brindar predictibilidad a los administrados.

1.2. Presentación del caso

El 18 de julio de 2021 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo 134-2021-PCM (el “DS 134”). Mediante este decreto supremo, la Presidencia del Consejo de ministros (la “PCM”) dispuso la modificación de la alícuota del aporte por regulación que deben pagar las empresas que realizan actividades bajo el ámbito de competencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, así como la modificación de su base de cálculo (el “Aporte por Regulación” y el “Osiptel”, respectivamente). Ello se tradujo en un aumento de los pagos que debían efectuar las empresas operadoras como consecuencia del Aporte por Regulación.

El 18 de enero de 2022 Telefónica interpuso ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (la “Secretaría Técnica” y la “Comisión”, respectivamente) una denuncia contra la PCM por la imposición de barreras burocráticas, solicitando que: (i) se declare la ilegalidad o carencia de razonabilidad de la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las nuevas alícuotas fijadas; y, (ii) se declare la carencia de razonabilidad de la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando la nueva base de cálculo fijada.

Luego de un largo procedimiento, y múltiples discusiones sobre el fondo del caso, el 17 de marzo de 2023 la Sala resolvió declarar improcedente todos los extremos de la denuncia. La Sala justificó su decisión en que las medidas denunciadas no podrían constituir barreras burocráticas dado que se estarían cuestionando elementos esenciales de un tributo, creados por norma de rango legal, en ejercicio de la función legislativa.

El presente informe jurídico tiene el objetivo de analizar la resolución final del caso descrito, principalmente, en atención a lo dispuesto en la Constitución Política de 1993 (régimen económico), el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 4-2019-JUS (principios y normas de aplicación general) (el “TUO de la LPAG”), la Ley de Barreras, los principales antecedentes sobre la materia y la doctrina emitida al respecto.

Al hacerlo, se pretende determinar si la Sala efectuó un correcto análisis de procedencia de la denuncia interpuesta por Telefónica y, de ser el caso, diagnosticar si la denuncia debió ser declarada fundada.

De forma preliminar, puede afirmarse que la Sala no efectuó un correcto análisis de la denuncia. Ello toda vez que habría correspondido que declare improcedente únicamente el extremo referido al cuestionamiento de la exigencia

del cobro del Aporte por Regulación utilizando la base de cálculo materializada en el DS 134; y, por el contrario, que declare barrera burocrática ilegal el extremo referido a la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas materializadas en el DS 134.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

El 18 de julio de 2021 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el DS 134, mediante el cual se establecieron disposiciones sobre el régimen del Aporte por Regulación del Osiptel, reconocido a nivel legislativo en el artículo 10¹ de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (la “Ley Marco”).

De forma específica, por un lado, el literal a de su artículo 3.1² fijó la alícuota del Aporte por Regulación en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% del valor de la facturación anual de las empresas sujetas para los periodos 2022, 2023 y 2024, respectivamente, vinculada a las operaciones relacionadas con la prestación de servicios públicos móviles de telefonía móvil, de comunicaciones personales, de troncalizado digital y de acceso a internet (2021). Por otro lado, su artículo 2³

¹ **“Artículo 10.- Aporte por regulación**

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas (...), un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, (...) de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, (...)” (2021).

² **“Artículo 3.- Fijación de Alícuotas del Aporte por Regulación**

3.1. Fíjese la alícuota del Aporte por Regulación, de acuerdo a los siguientes porcentajes:

a) Para el periodo 2022-2024, (...) se aplican los siguientes porcentajes sobre la base de cálculo señalada en el artículo 2 del presente Decreto Supremo:

Porcentajes		
2022	2023	2024
0,7997%	0,7998%	0,7450%

” (2021).

³ **“Artículo 2.- Base de cálculo del Aporte por Regulación del OSIPTEL**

La contribución denominada Aporte por Regulación, que deben pagar al OSIPTEL las empresas operadoras (...) es calculada sobre el valor de su facturación anual (...)” (2021).

determinó que la base de cálculo del Aporte por Regulación sería estimada sobre el valor de la facturación anual de las empresas operadoras (2021).

Dado que hasta el 2021 el pago que hacían las empresas por concepto del Aporte por Regulación era del 0.5% sobre la base de los ingresos facturados y percibidos, las medidas adoptadas implicaron un aumento del pago que debían realizar las empresas operadoras por dicho concepto.

2.2. Hechos relevantes del caso

Denuncia de Telefónica

El 18 de enero de 2022 Telefónica interpuso una denuncia ante la Secretaría Técnica contra la PCM⁴ solicitando:

- (i) Que se declare barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad la exigencia del cobro del Aporte por Regulación a favor del Osiptel utilizando las alícuotas para los años 2022, 2023 y 2024, fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450%, respectivamente; materializada en el literal a) del artículo 3.1 del DS 134.
- (ii) Que se declare barrera burocrática carente de razonabilidad la exigencia del cobro del Aporte por Regulación a favor del Osiptel utilizando como base de cálculo los ingresos facturados que correspondan a las operaciones de la empresa sujeta; materializada en el artículo 2 del DS 134.

La empresa denunciante fundamentó la ilegalidad de la primera medida en la contravención a la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del

⁴ Mediante la Resolución 67-2022/STCEB-INDECOPI, notificada el 24 de febrero de 2022, la Secretaría Técnica resolvió admitir a trámite la denuncia e incorporar como tercero administrado al Osiptel. Posteriormente, mediante la Resolución 118-2022/STCEB-INDECOPI, notificada el 6 de abril de 2022, la Secretaría Técnica resolvió incorporar como tercero administrado al MEF.

Código Tributario, aprobado mediante Decreto Supremo 133-2013-EF (el “TUO CT”). Telefónica señaló que las contribuciones financian actividades estatales concretas –cubiertas por sus beneficiarios–, y que el Aporte por Regulación sería una contribución a través de la cual se financian las actividades de supervisión y regulación del Osiptel. Sin embargo, sostuvo que el cálculo de la alícuota habría sido realizado teniendo en consideración el costo del aumento de reclamos por servicios de telefonía móvil, así como otras actividades del Osiptel, las cuales no formarían parte de las actividades de supervisión y regulación del Osiptel.

Por otro lado, la empresa denunciante fundamentó la carencia de razonabilidad de las medidas denunciadas sosteniendo que estas serían arbitrarias. Por un lado, sostuvo que la PCM no habría brindado una justificación adecuada para sustentar la modificación de la alícuota y la base de cálculo del Aporte por Regulación.

Telefónica explicó que, de conformidad con la Exposición de Motivos del DS 134, la PCM justificó la adopción de las medidas en la existencia de un problema de déficit presupuestario en el Osiptel. En concreto, según la Exposición de Motivos, el problema se habría producido: (i) por el incremento de egresos de la entidad, generados por (a) el incremento del tamaño del mercado de servicios móviles, (b) el crecimiento asimétrico respecto del mercado de telefonía fija, (c) el aumento de reclamos por servicios de telefonía móvil, (d) la asignación de nuevas tareas al Osiptel sin presupuesto que las acompañe; y, (ii) por la dificultad en la recaudación de los ingresos derivados del Aporte por Regulación (PCM, 2021, pp. 2 y 6).

Para acreditar la presunta falta de justificación, Telefónica presentó el Informe Económico TA-00X-2021, elaborado por la Consultora KPMG, y sostuvo que la justificación planteada por la PCM era equivocada, explicando que:

- a. El incremento del tamaño del mercado no suponía un incremento proporcional de los costos para el desarrollo de las actividades del Osiptel.

- b. El crecimiento asimétrico respecto del mercado de telefonía fija no explicaría por qué sería necesario un mayor presupuesto para atender al mercado de servicios móviles.
- c. El aumento de reclamos por servicios de telefonía móvil no formaría parte de las actividades de supervisión y regulación, únicas actividades que tendría que financiar el Aporte por Regulación.
- d. No existiría evidencia de los costos asociados a la asignación de nuevas tareas al Osiptel y la data económica demostraría que se tendrían remanentes de dinero.
- e. La dificultad en la recaudación de los ingresos no se encontraría vinculado con la determinación de la alícuota o base de cálculo del Aporte por Regulación, al tratarse de un problema exógeno recaudatorio.

Adicionalmente, Telefónica señaló que el nivel de sustento presentado por la PCM no habría sido suficiente para acreditar la existencia del problema. Explicó que la PCM debió cumplir con acreditar en base a conceptos, números y cálculos en concreto que estas cuestiones se habrían traducido en un problema presupuestario. En buena cuenta, argumentó que la PCM debió acreditar la existencia de un balance negativo para demostrar la materialización del problema.

Por otro lado, Telefónica sostuvo que la PCM no habría cumplido con acreditar que estas medidas resolvieran de forma idónea el problema que habría justificado su implementación.

Añadió que la PCM debió acreditar, en función a data económica concreta, que la imposición de las medidas habría sido una solución idónea para remediar el presunto problema presupuestario identificado. Siendo ello así, argumentó que

la PCM debió demostrar que la modificación de la alícuota y la base de cálculo habrían solucionado el déficit presupuestario, de forma tal que se genere un “perfecto equilibrio” en el presupuesto.

Descargos de la PCM, el Osiptel y el MEF

El 14 de marzo de 2022 el Osiptel cumplió con presentar sus descargos solicitando que la denuncia sea declarada improcedente y/o infundada. En primer lugar, sostuvo que el cuestionamiento referido a la modificación de la base de cálculo del Aporte por Regulación debía ser declarado improcedente. Ello dado que la base de cálculo se encontraría reconocida en el artículo 10 de la Ley Marco y las imposiciones establecidas a través de leyes, emitidas en ejercicio de la función legislativa, no se encontrarían dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Barreras.

En segundo lugar, señaló que las medidas denunciadas habrían sido impuestas de forma legal dado que fueron emitidas dentro de las atribuciones conferidas a la PCM y siguiendo el procedimiento formal para su imposición.

En tercer lugar, argumentó que las medidas denunciadas contarían con una justificación y, por tanto, que no serían arbitrarias. En concreto, alegó que sí existía un problema presupuestario, en función de los siguientes argumentos⁵:

- a. El mercado de telefonía móvil habría crecido más que los aportes que recibe el Osiptel por el Aporte por Regulación, por lo que no podría financiar sus actividades vinculadas con el mercado. Para acreditarlo, presentó gráficos y cifras evidenciando dicha desproporcionalidad.
- b. El crecimiento asimétrico entre el mercado de servicios móviles y telefonía fija no se habría visto reflejado en los ingresos que recibe el Osiptel, por lo

⁵ Cabe precisar que el Osiptel sustentó la información presentada en los Informes 73-OAJ/2022 y 92-DPRC/2021 presentados en calidad de anexos. En buena cuenta, se replica lo explicado en dichos documentos.

que dicha asimetría sería una justificación adicional para incrementar el Aporte por Regulación. Para acreditarlo, presentó gráficos y cifras comparando el crecimiento de ambos mercados.

- c. El Aporte por Regulación tendría por finalidad financiar todas las actividades institucionales que cumple el regulador en el mercado, por lo que el aumento de reclamos por servicios de telefonía móvil sí justificaría la imposición de las medidas. Para acreditarlo, presentó un Informe Jurídico elaborado por el abogado Francisco José Eguiguren Praeli.
- d. Las nuevas tareas asignadas al Osiptel habrían generado costos incrementales importantes y ello habría ocasionado que se dejen de realizar tareas importantes. Para acreditarlo, el Osiptel listó las nuevas tareas que le fueron asignadas y describió actividades que habría tenido que dejar de realizar adecuadamente por falta de presupuesto.

Además, añadió que el Osiptel no ejecuta la integridad de su presupuesto para poder ejercer sus funciones de forma idónea y que los remanentes del balance se encontrarían comprometidos a través de contratos suscritos.

- e. La recaudación del Aporte por Regulación habría sido afectada por las medidas excepcionales tomadas por el Estado por la pandemia. Para acreditarlo, el Osiptel listó memorandos internos mediante los cuales se habrían establecido medidas para enfrentar los problemas en la recaudación. Sobre si este punto sería un aspecto exógeno a los elementos del Aporte por Regulación, el Osiptel alegó que los déficits de recaudación serían producto de la pandemia.

Por otro lado, el Osiptel sostuvo que las medidas denunciadas eran idóneas para solucionar el problema presupuestario existente. Para acreditarlo⁶, adjuntó una

⁶ Cabe destacar que el Osiptel presentó como anexos de sus descargos la metodología aplicada en la estimación de ingresos y la metodología aplicada en la construcción de escenarios de simulación respecto a ingresos que captaría Osiptel.

serie de cuadros estimando los ingresos y necesidades presupuestales proyectadas para los años 2022, 2023 y 2024, a partir de la situación financiera del 2019. Mediante estos, concluyó que, con la adopción de las medidas, se lograría un “perfecto equilibrio” en el presupuesto (no déficit ni superávit).

El 15 de marzo de 2022 la PCM presentó sus descargos. En buena cuenta, replicó los argumentos presentados por el Osiptel⁷.

Finalmente, el 20 de abril de 2022 el MEF cumplió con presentar sus descargos. A diferencia de lo planteado por el Osiptel y la PCM, sostuvo que ambas medidas denunciadas se encontrarían materializadas en la Ley Marco, y que Telefónica no habría acreditado que estas condicionen, restrinjan u obstaculicen su acceso o permanencia en el mercado, por lo que no se habrían denunciado medidas susceptibles de ser consideradas barreras burocráticas. Finalmente, replicó de forma resumida los argumentos planteados por las otras entidades respecto a la razonabilidad de las medidas denunciadas⁸.

⁷ Respecto a la razonabilidad de las medidas denunciadas, se limitó a sostener que el Aporte por Regulación tendría por finalidad respaldar todas las actividades institucionales que cumple el regulador en el mercado, por lo que el aumento de reclamos por servicios de telefonía móvil sí justificaría la imposición de las medidas.

⁸ El 31 de mayo de 2022 Telefónica presentó un escrito absolviendo dichos descargos. En gran medida, replicó lo alegado en su escrito de denuncia. Sin embargo, en esta oportunidad, hizo especial énfasis en cómo debía efectuar la Comisión el análisis de razonabilidad. Sostuvo que la única forma en que la Comisión podía concluir que las medidas denunciadas fuesen razonables sería determinando que estas generan un “equilibrio perfecto” entre los ingresos y egresos del Osiptel para el periodo 2022 al 2024, a partir de cifras que cuenten con respaldo y operaciones aritméticas que arrojen dicho resultado.

Posteriormente, el 4 de julio de 2022 Telefónica presentó información adicional elaborada por la Consultora KPMG, complementando su Informe Económico. Mediante este documento, KPMG replicó el procedimiento aplicado para determinar que las medidas lograrían un “perfecto equilibrio”. Sin embargo, concluyó que dichas medidas generarían excedentes por S/ 12 millones, S/ 14 millones y S/ 16 millones para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente. En ese sentido, Telefónica alegó que ni siquiera aceptando la información y premisas utilizadas podría concluirse que las medidas fuesen idóneas para resolver el problema presuntamente identificado.

Dicho análisis fue realizado con la información disponible, ya que el Osiptel no cumplió con atender todos los pedidos de información realizados por KPMG. Al respecto, Telefónica argumentó que esta situación por sí misma era suficiente para declarar la carencia de razonabilidad de las medidas denunciadas.

Incidente sobre la publicación del proyecto normativo del DS 134

En la audiencia de informe oral realizada el 5 de julio de 2022, la representante del Osiptel afirmó que el proyecto del DS 134 fue publicado antes de su entrada en vigencia, de conformidad con el artículo 14 del Decreto Supremo 14-2009-JUS, Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de proyectos normativos y difusión de normas de carácter general (el “Reglamento de Publicidad Normativa”).

Mediante los Oficios 747-2022-CEB/INDECOPI y 748-2022-CEB/INDECOPI, notificados el 5 de julio de 2022, la Comisión requirió a la PCM y al Osiptel, respectivamente, precisar la fecha en que se publicó el proyecto normativo y remitir copia del documento.

El 7 de julio de 2022 ambas entidades cumplieron con dar respuesta al requerimiento, señalando que no habría correspondido publicar el proyecto normativo del DS 134 dado que el Reglamento de Publicidad es aplicable a normas de “carácter general” y no de “carácter especial”.

El 8 de julio de 2022 Telefónica solicitó que se declare la ilegalidad de las medidas denunciadas, al no haberse publicado el proyecto normativo del DS 134, incumpliendo con el procedimiento legalmente establecido para su emisión.

Resolución Final de Primera Instancia

El 14 de julio de 2022 se notificó la Resolución 258-2022/CEB-INDECOPI⁹ (la “Resolución Final de Primera Instancia”), mediante la cual se resolvió declarar

⁹ Cabe precisar que los comisionados Vladimir Martín Solís Salazar y Luis Ricardo Quesada Oré solicitaron abstenerse del caso por tener vinculación con el MEF y el Ositran (un organismo regulador), respectivamente. Siendo ello así, en su reemplazo, la Sala designó como comisionados suplentes a Carlos Alberto Rivera Salazar y Lucio Sánchez Povich, quienes resolvieron junto al comisionado Carlos Enrique Mendoza Gutiérrez.

improcedente el extremo en que se cuestionó la exigencia del cobro del Aporte por Regulación a favor del Osiptel utilizando la base de cálculo materializada en el DS 134. La Comisión sostuvo que la base de cálculo del Aporte por Regulación se encontraría establecida en el artículo 10 de la Ley Marco (es decir, en una ley), por lo que no podría ser cuestionado como barrera burocrática.

Por otro lado, la Comisión resolvió declarar que no constituía barrera burocrática ilegal ni carente de razonabilidad la exigencia del cobro del Aporte por Regulación a favor del Osiptel utilizando las alícuotas materializadas en el DS 134. Respecto al análisis de legalidad, concluyó:

- (i) Que se cumplió con el procedimiento legal para imponer la medida denunciada dado que, a pesar de no haberse publicado el proyecto normativo del DS 134, esta no sería una norma de “carácter general” al contener disposiciones vinculadas específicamente al Aporte por Regulación, únicamente exigible a las empresas operadoras.
- (ii) Que la PCM contaba con atribuciones para imponer la medida de conformidad con lo normado en el artículo 10 de la Ley Marco.
- (iii) Que la medida denunciada no sería contraria a la Norma II del Título Preliminar del TUO CT dado que el artículo 10 de la Ley Marco no habría dispuesto que el aporte por regulación deba ser recaudado para costear determinadas actividades, lo cual sería concordante con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 5202-2015-PA/TC.

Por su parte, respecto al análisis de razonabilidad, la Comisión concluyó que Telefónica no presentó “indicios suficientes” dirigidos a acreditar la inexistencia de una problemática. Sin embargo, concluyó que Telefónica sí presentó “indicios suficientes” dirigidos a acreditar que la medida impuesta podría no resultar idónea.

No obstante, al efectuar el análisis de razonabilidad, la Comisión sostuvo que se habría acreditado que la modificación de la alícuota del Aporte por Regulación habría logrado solucionar la problemática identificada, señalando –como principal argumento– que la normativa no exige un nivel de detalle específico para el análisis de la imposición de contribuciones, y que las proyecciones efectuadas para su cálculo serían suficientes para acreditar la idoneidad de la medida. Finalmente, explicó que la medida no sería desproporcional.

Recurso de Apelación de Telefónica y escritos adicionales

El 8 de agosto de 2022 Telefónica presentó una apelación contra todos los extremos de la Resolución Final de Primera Instancia, solicitando a la Sala declarar su nulidad o, en su defecto, revocarla y declarar fundada la denuncia en todos sus extremos.

Telefónica cuestionó la decisión de la Comisión en función a los argumentos plasmados a lo largo del procedimiento. Sin embargo, hizo especial énfasis en que el principal error de la Comisión habría sido realizar un análisis meramente formal de la razonabilidad de la medida, cuando debió efectuar un análisis material de su razonabilidad, revisando si el fondo de lo alegado por las entidades tendría sustento o no. A su parecer, la Comisión debió analizar los montos y el procedimiento realizado para sustentar la existencia del problema presupuestario, así como que las medidas habrían sido idóneas para resolverlo.

Posteriormente, el 17 de octubre de 2022 y el 28 de diciembre de 2022, Telefónica presentó escritos complementarios adjuntando informes jurídicos elaborados por el abogado Ramón Huapaya Tapia y el abogado César Landa Arroyo, respectivamente, mediante los cuales se concluyó que la PCM incumplió con el Reglamento de Publicidad Normativa dado que el DS 134 se trataría de una norma de “carácter general”, cuyo proyecto normativo debió ser publicado, por lo que este sería ilegal.

Resolución Final de Segunda Instancia

Finalmente, mediante la Resolución 66-2023/SEL-INDECOPI¹⁰ notificada el 17 de marzo de 2023, la Sala resolvió revocar la Resolución Final de Primera Instancia y, en consecuencia, declarar improcedente la denuncia en todos sus extremos.

La Sala motivó su decisión en que las medidas cuestionadas no calificarían como barreras burocráticas y, por tanto, que el petitorio de la denuncia sería jurídicamente imposible puesto que no sería posible disponer su inaplicación. Ello dado que los cuestionamientos efectuados a la base de cálculo y la alícuota del Aporte por Regulación no podrían ser evaluados por tratarse el Aporte por Regulación de un tributo creado por normas de rango legal (en ejercicio de la función legislativa y no administrativa), cuya alícuota habría sido fijada por vía reglamentaria, en atención al principio de reserva de ley (relativa). Además, añadió que la Exposición de Motivos de la Ley de Barreras determina que solo sería competente para evaluar tributos municipales.

Sin perjuicio de ello, el vocal Jorge Alejandro Chávez Picasso emitió un voto en discordia concluyendo que correspondía haber evaluado el extremo de la denuncia referido a las alícuotas fijadas mediante el DS 134 dado que no se encontrarían reguladas por la Ley 27332. Ello de conformidad con los antecedentes del Indecopi, así como con el principio de interpretación favorable reconocido por la Corte Suprema de Justicia, en atención del cual fue determinado que la Ley de Barreras debe interpretarse en el sentido que mejor cumpla su finalidad para fomentar la competitividad empresarial.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

¹⁰ La decisión fue emitida con la intervención de los vocales Gilmer Ricardo Paredes Castro, Dante Javier Mendoza Antonioli y Gonzalo Ferrero Díez Canseco. El vocal Jorge Alejandro Chávez Picasso emitió un voto en discordia.

3.1. Problema principal: ¿La Sala debió declarar la improcedencia de la denuncia interpuesta por Telefónica al considerar que no se cuestionaron barreras burocráticas?

3.1.1. Primer Problema Secundario: ¿Cómo debe realizarse el análisis de procedencia en atención a la finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas?

3.1.2. Segundo Problema Secundario: ¿Qué es (y qué no es) una barrera burocrática de conformidad con la Ley de Barreras?

3.1.3. Tercer Problema Secundario: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Aporte por Regulación y cuál es su régimen de creación?

3.1.4. Cuarto Problema Secundario: ¿Constituye una barrera burocrática la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando como base de cálculo los ingresos facturados?¹¹

3.1.5. Quinto Problema Secundario: ¿Constituye una barrera burocrática la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente?

3.2. Primer Problema Complementario: De haberse declarado la procedencia de la denuncia, ¿la Sala habría tenido que declararla fundada por razones de ilegalidad?

¹¹ Si bien Telefónica planteó como primera pretensión principal el cuestionamiento al uso de las alícuotas fijadas mediante el DS 134, se analizará primero el cuestionamiento relativo al uso de la base de cálculo fijada mediante el DS 134. Esta decisión permite realizar un análisis más ordenado de las cuestiones puestas en discusión.

3.3. Segundo Problema Complementario: De no haberse superado el análisis de legalidad, ¿la Sala habría tenido que declarar fundada la denuncia por motivos de carencia de razonabilidad?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principales, secundarios, y complementarios

La Sala no efectuó un correcto análisis de la denuncia interpuesta por Telefónica contra las exigencias del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas y base de cálculo materializadas en el DS 134.

En primer lugar, por un lado, la Sala debió declarar improcedente el cuestionamiento referido a la base de cálculo dado que esta fue fijada por la Ley Marco. Sin embargo, no debió hacerlo explicando que la improcedencia se justificó en que la medida constituye un elemento de un tributo creado por norma de rango legal. Por otro lado, debió declarar procedente el cuestionamiento referido a la fijación de la alícuota dado que esta fue determinada por una disposición administrativa, materializada en el DS 134, en ejercicio de la función administrativa.

La finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas es controlar la actuación de la administración pública frente a las intromisiones ilegítimas que impone a las libertades económicas de los privados, a efectos de proteger el régimen constitucional económico. En ese sentido, el análisis de procedencia debe ser efectuado de forma tuitiva: en caso de duda, corresponde admitir a trámite la denuncia para analizar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de las medidas cuestionadas.

Son barreras burocráticas aquellas medidas originadas en ejercicio de la función administrativa, que imponen un efecto restrictivo vinculante, en concreto o en

abstracto, materializadas en actos administrativos, disposiciones administrativas (incluyendo ordenanzas) y/o actuaciones materiales, susceptibles de afectar de forma real o potencial, en alguna medida, el acceso y/o permanencia de un agente económico en el mercado, salvo por aquellas medidas cuyo conocimiento distorsiona la finalidad del procedimiento o las que se encuentren expresamente excluidas por ley.

El Aporte por Regulación es un tributo vinculado de tipo contribución que se encuentra sujeto a reserva de ley relativa. Siendo ello así, sus elementos constitutivos deben crearse por ley o decreto legislativo y, será posible derivar la regulación de alguno de estos a la vía reglamentaria, siempre que la norma constitutiva indique los parámetros bajo los cuales debe fijarse o determinarse el elemento correspondiente.

Dado que el artículo 10 de la Ley Marco estipula que el Aporte por Regulación será fijado sobre la base de la facturación anual, correspondía concluir que no constituye barrera burocrática la fijación de la base de cálculo sobre la facturación anual, materializada en el DS 134, toda vez la Ley Marco impone la exigencia de pagar el Aporte por Regulación utilizando dicha base.

Sin embargo, es equivocado que la Sala haya concluido que la creación del Aporte por Regulación por norma de rango legal suponga que sus elementos establecidos a través de disposiciones administrativas no puedan cuestionarse como barreras burocráticas. Justamente, cuando una ley autoriza que alguno de los elementos del tributo se fije por reglamento o disposición administrativa (reserva de ley relativa), no hace cosa distinta que autorizar que dicho elemento sea impuesto en ejercicio de la función administrativa. Por tanto, su motivación fue inválida.

Por otro lado, correspondía concluir que sí constituye barrera burocrática la fijación de las alícuotas del Aporte por Regulación materializadas en el DS 134. Ello dado que la ley establece parámetros para su establecimiento y ordena que

la alícuota sea determinada vía decreto supremo, es decir, en ejercicio de la función administrativa. De ese modo, es con la medida denunciada que se exige el pago del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas cuestionadas. Por tanto, dicha exigencia sí constituye una barrera burocrática. Se trata de una medida vinculante impuesta en ejercicio de la función administrativa, materializada en una disposición administrativa, susceptible de afectar la actividad económica de Telefónica (al elevar los tributos que debe pagar al Osiptel).

En distintos pronunciamientos, los órganos del Indecopi se han pronunciado señalando que la alícuota del Aporte por Regulación previsto en el artículo 10 de la Ley Marco constituye una barrera burocrática. Sin embargo, la Sala no tuvo en consideración estos pronunciamientos al resolver.

En segundo lugar, la Sala debió declarar fundada la denuncia interpuesta por Telefónica en el extremo referido al cuestionamiento de la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando la alícuota fijada por el DS 134.

Por un lado, esto se debe a que la PCM incumplió con el procedimiento legalmente establecido para la emisión del DS 134. Ello en tanto constituye una norma de “carácter general”, cuyo proyecto normativo debió ser publicado en atención al Reglamento de Publicidad Normativa.

Por otro lado, y en el supuesto negado en que no hubiera correspondido declarar su ilegalidad, habría correspondido que la Sala declaré su carencia de razonabilidad.

Ello se debe a que Telefónica cumplió con presentar data económica que indicaba de forma razonable que las entidades no demostraron la existencia de un problema presupuestario, ni que la medida hubiera generado un “perfecto equilibrio” en el presupuesto. Sin embargo, las entidades no presentaron información suficiente que acredite verdaderamente el déficit presupuestario

alegado, ni que la medida hubiera logrado solucionarlo, generando un “perfecto equilibrio”.

Por todo lo expuesto, la Sala debió declarar fundada la denuncia en el extremo referido al cuestionamiento a la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas fijadas por el DS 134.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Estoy en contra de todos los extremos del fallo de la resolución. Como se explicó en la sección anterior, la Sala declaró improcedente todos los extremos de la denuncia interpuesta por Telefónica. Sin embargo, considero que debió declarar procedente el extremo referido al cuestionamiento de la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas fijadas en el DS 134. En consecuencia, debió declarar la ilegalidad de la medida, toda vez que no se cumplió con publicar el proyecto normativo del DS 134, de conformidad con el Reglamento de Publicidad Normativa; y, por tanto, correspondía disponer su inaplicación con efectos generales.

Ahora, si bien me encuentro de acuerdo con el extremo de la resolución en que se declaró improcedente el cuestionamiento referido a la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando la base de cálculo fijada en el DS 134, sostengo que estoy en contra de todos los extremos del fallo dado que considero que la motivación esbozada por la Sala fue equivocada.

Como se explicó, es erróneo que la Sala haya concluido que la creación del Aporte por Regulación por norma de rango legal suponga que sus elementos establecidos a través de disposiciones administrativas no puedan cuestionarse como barreras burocráticas. Justamente, porque su fijación mediante disposiciones administrativas se realiza en ejercicio de la función administrativa. En ese sentido, considero que debió declararse la improcedencia de este

extremo porque el DS 134 se limita a replicar lo normado en el artículo 10 de la Ley Marco, en ejercicio de la función legislativa.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. Primer Problema Principal: ¿La Sala debió declarar la improcedencia de la denuncia interpuesta por Telefónica al considerar que no se cuestionaron barreras burocráticas?

A efectos de resolver el problema en cuestión, resulta necesario explicar la finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, definir el concepto de barrera burocrática previsto en la Ley de Barreras, así como determinar la naturaleza jurídica de las medidas cuestionadas por Telefónica. Solo de esa forma será posible concluir si dichas medidas califican como barreras burocráticas y, en consecuencia, determinar si correspondía admitir la procedencia de su cuestionamiento.

5.1.1. Primer Problema Secundario: ¿Cómo debe realizarse el análisis de procedencia en atención a la finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas?

El Título III de la Constitución Política de 1993 regula nuestro régimen económico como una economía social de mercado. Como mencionan Kresalja y Ochoa (2019), este régimen prescribe que la creación de riqueza recaerá en manos de los privados, a partir del ejercicio de libertades económicas, tales como la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de trabajo, ejercidas en mercados competitivos, que el Estado vigila y facilita. Pero, al mismo tiempo, establece que el Estado informa el desarrollo para asegurar el bienestar de la población (pp. 34-36). De esa forma, por ejemplo, el artículo 59 de la Constitución señala que “(e)l Estado estimula la creación de riqueza y garantiza (...) la libertad de empresa (...)”, y que “(e)l ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública” (1993).

Así, el régimen constitucional económico establece como regla las libertades económicas y la intervención estatal como excepción cuando sea necesaria para proteger el interés general. De ese modo, como explica Huapaya (2010), si bien el funcionamiento del mercado se sustenta en las libertades económicas reconocidas, el Estado puede intervenir con el objetivo de garantizar el interés general a través de mecanismos tales como políticas de competencia y de regulación (p. 303). De allí, por ejemplo, que el Estado pueda limitar el derecho a la libertad de empresa exigiendo la obtención de una licencia de funcionamiento como título habilitante a efectos de garantizar condiciones mínimas de seguridad en un establecimiento. En ese sentido, cuando el libre mercado no proteja o vulnere el interés general (pe., a través de externalidades negativas como la contaminación), el Estado se encuentra habilitado a intervenir en la economía.

Ahora bien, cuando el Estado intervenga en la economía en ejercicio de la función administrativa, deberá respetar como límites los principios de legalidad y razonabilidad. Por un lado, la Constitución estipula en el literal a del numeral 24 de su artículo 2 que “(n)adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que la ley no prohíbe” (1993). De esa forma, el ejercicio de la función administrativa tiene como límite lo expresamente estipulado por la ley. En atención a ello, en reconocimiento del principio de legalidad, el TUO de la LPAG prescribe que las autoridades administrativas deben actuar: (a) conforme al ordenamiento jurídico, (b) dentro de sus competencias, y (c) ejercerlas para los fines conferidos (2019, numeral 1.1 del artículo IV).

Por otro lado, en la sentencia recaída en el Expediente 579-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la protección del interés general no puede ser un justificante para la intervención irrazonable o desproporcionada en el contenido de los derechos constitucionales (2008, párr. 18). Siendo ello así, cuando el Estado busque intervenir en la economía en ejercicio de la función administrativa, deberá hacerlo de forma justificada y proporcional. De otra forma,

se estarían limitando libertades esenciales para el desarrollo de nuestra economía sin necesidad alguna. En línea con ello, el numeral 1.3 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG reconoce el principio de razonabilidad señalando que las restricciones impuestas a los administrados deben ser proporcionales con el fin público que se busca, asegurando que respondan a lo necesario para cumplir su finalidad (2019).

Lo expuesto evidencia que la regla es el ejercicio de las libertades económicas y la excepción la intervención estatal. Siendo ello así, el ejercicio de la función administrativa debe efectuarse teniendo como límite los principios de legalidad y proporcionalidad.

A efectos de proteger nuestro régimen económico, el ordenamiento jurídico prevé distintos mecanismos para garantizar el respeto de los principios referidos cuando la administración imponga restricciones de cualquier tipo a las libertades económicas mencionadas (tanto *ex ante* como *ex post*). Precisamente, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas se instituye como un mecanismo de control *ex post*.

De conformidad con el artículo 1 de la Ley de Barreras, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas tiene como fin proteger los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, a través de la inaplicación de las barreras burocráticas que sean ilegales o carentes de razonabilidad (2016). De tal modo, el procedimiento se fundamenta en la protección del régimen constitucional económico: su objetivo es asegurar que las libertades económicas se limiten solo excepcionalmente por la administración pública. Ante una limitación ilegal o desproporcionada, se dispone su inaplicación para que el privado ejerza sus derechos y pueda generar dinamismo en el mercado.

En atención a lo explicado, y más allá del interés particular que pueda tener un eventual denunciante, debe concluirse que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, como mecanismo de control *ex post*, cumple un rol

fundamental para la protección del ordenamiento jurídico. Por tanto, como mencionan Alejos y Suárez (2022), el Indecopi debería ser el principal interesado en ejercer la función de control sobre las entidades de la administración pública (p. 213).

Por ello, el numeral 2 del artículo 4 de la Ley de Barreras reconoce el principio de encausamiento, como precisan Alejos y Suárez (2022), exigiéndole a la autoridad actuar de conformidad con el principio de impulso de oficio y que su decisión sea conforme al principio de verdad material (p. 213). Para lo cual, “(...) no basta con ‘cerrar los ojos’, sino que es imperativo tenerlos bien abiertos y mirando más allá de lo evidente” (Alejos y Suárez, 2022, p. 215). Lo anterior es concordante con lo establecido en el numeral 8 del artículo 86 del TUO de la LPAG, que establece como deber de las autoridades en la tramitación de procedimientos administrativos “(i)interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen (...)” (2019).

En línea con ello, mediante la Sentencia de Casación 25135-2018, la Corte Suprema reconoció el principio de interpretación favorable¹², señalando que “(...) cuando existe más de una forma de interpretar una disposición el Indecopi debe hacer prevalecer aquel sentido interpretativo que cumpla mejor la finalidad de la legislación sobre eliminación de barreras burocráticas, esto es, fomentar la competitividad empresarial (...)” (2021, p. 29).

Por todo lo expuesto, corresponde concluir que, cuando la autoridad competente realiza el análisis de procedencia en un procedimiento, debe hacerlo teniendo en consideración que el procedimiento no sirve únicamente para satisfacer el interés privado del denunciante. Si no, especialmente, para satisfacer el interés público, controlando la actividad de las entidades de la administración pública, a efectos de inaplicar las restricciones que impiden el ejercicio de las libertades económicas y afectan la competitividad empresarial.

¹² Cabe precisar que este principio fue positivizado en la Ley de Barreras mediante la Ley 31755 publicada el 30 de mayo de 2023, de forma posterior a la resolución materia de análisis.

Siendo ello así, y de conformidad con el principio de interpretación favorable, corresponde que, ante la duda sobre cómo interpretar un caso –como la definición del concepto de barrera burocrática y/o la calificación de la medida denunciada– la autoridad competente adopte la interpretación que mejor favorezca la competitividad empresarial. El análisis de procedencia debe efectuarse a partir de una interpretación finalista de la Ley de Barreras y adoptando una interpretación –ante la duda, favorable– que permita realizar un análisis de fondo de las medidas denunciadas.

Sin embargo, de forma contraria a lo explicado, no se evidencia que, en la resolución que se analiza, la Sala haya contemplado la finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ni el principio de interpretación favorable como presupuestos para efectuar el análisis de procedencia de la denuncia interpuesta por Telefónica. De hecho, la omisión referida fue advertida en el voto en discordia del vocal Chávez Picasso.

En efecto, la Sala se limitó a mencionar cuál es el concepto de barrera burocrática, señaló que se encontraba facultada a declarar la improcedencia de la denuncia en virtud del artículo 27 de la Ley de Barreras, y procedió a explicar por qué las medidas denunciadas no constituían barreras burocráticas, a partir de una interpretación formalista de las normas aplicables.

Cabe precisar que, justamente, el principio de interpretación favorable fue incorporado en la Ley de Barreras mediante la Ley 31755, publicada el 30 de mayo de 2023, bajo el entendimiento de que cada vez son más las denuncias sobre casos complejos que son rechazadas para evitar conflictos con otras entidades. Por ejemplo, en el 2015 se declaró la improcedencia del 12% de denuncias, mientras que en el 2020 el número aumentó a 28% de denuncias (Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, 2023, p. 26).

5.1.2. Segundo Problema Secundario: ¿Qué es (y qué no es) una barrera burocrática de conformidad con la Ley de Barreras?

El numeral 3 del artículo 3 de la Ley de Barreras define el concepto de barrera burocrática como una:

(E)xigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa (2016).

Por su parte, el numeral 4 de su artículo 3 señala que “(...) las barreras burocráticas se materializan a través de actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales” (2016).

En atención a lo anterior, se entiende que son tres las características esenciales de las barreras burocráticas, cuyo contenido se detalla a continuación:

- a. **Que la medida se origine en ejercicio de la función administrativa y tenga un efecto restrictivo vinculante (exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro).**

La Ley de Barreras dispone que las barreras burocráticas son aquellas medidas impuestas por cualquier entidad. Con ello, debe entenderse que las medidas deben originarse de forma unilateral en ejercicio de la función administrativa.

El artículo 2 de la Ley de Barreras señala que la norma resulta aplicable a todas las entidades de la administración pública referidas en el artículo I del

Título Preliminar del TUO de la LPAG, así como a cualquiera que ejecute funciones administrativas (2016).

El artículo I referido reconoce como entidades de la administración pública a entidades que típicamente se incorporan en el universo de administración pública, tales como el Poder Ejecutivo, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales. Sin embargo, también lista a otras entidades que usualmente se identifican con otras funciones o poderes (por ejemplo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial), menciona a los Organismos Constitucionalmente Autónomos (por ejemplo, el Tribunal Constitucional), refiere a las demás entidades que realizan actividades en ejercicio de potestades administrativas, e incluye además a los privados (personas jurídicas) que prestan servicios públicos o que practican funciones administrativas (TUO de la LPAG, 2019).

Como puede apreciarse, la nota característica común a todas las entidades señaladas es que ejercen función administrativa. Como menciona Salazar (s.f.), el concepto de entidad de la administración pública no está definido, sin embargo, debe entenderse que estas son todas aquellas entidades estatales y no estatales que ejercen función administrativa (p. 37).

De ese modo, cuando el artículo 2 de la Ley de Barreras señala que la norma resulta aplicable a todas las entidades listadas en el artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, debe concluirse que la Ley de Barreras circunscribe su ámbito de aplicación subjetivo a aquellas entidades que ejercen función administrativa. Lo cual se ratifica por la segunda sección del artículo 2 de la Ley de Barreras que precisa expresamente que la ley es aplicable a “(...) cualquier persona que ejerza funciones administrativas (...)” (2016).

Por tanto, se concluye que puede constituir barrera burocrática toda medida vinculante impuesta en ejercicio de la función administrativa.

Esta interpretación ha sido recogida en los distintos pronunciamientos del Indecopi. Por ejemplo, mediante la Resolución 116-2018/SEL-INDECOPI, la Sala concluyó que debía entenderse como entidad de la administración pública a toda entidad que actúe en ejercicio de la función administrativa, independientemente de si es estatal o no estatal (2018, pp. 29-32). Así también, el Indecopi ha reconocido que una medida impuesta por el Estado que no sea en ejercicio de la función administrativa no puede ser considerada una barrera burocrática (2021, p. 14).

Dicho esto, debe precisarse qué se entiende por función administrativa. La Ley de Barreras no ofrece una definición sobre el concepto. Sin embargo, el TUO de la LPAG, al explicitar su finalidad en el artículo III del Título Preliminar, estipula que la norma busca instituir el régimen para que la actuación de la administración pública –es decir, de las entidades que ejercen función administrativa– “(...) sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general (...)” (2019).

De esa forma, es válido entender que la función administrativa consiste en la actuación que se ejerce a partir de prerrogativas otorgadas por el ordenamiento jurídico a determinadas entidades para efectuar actuaciones concretas que “sirvan” a la protección del interés general y los derechos de los administrados. En esa línea, Salazar (s.f.) explica que la función administrativa “(...) consiste en ejercer el Poder con el propósito de concretar” (p. 32). Asimismo, el autor sostiene que, mientras que la función legislativa decide “qué hacer”, la función administrativa decide “cómo hacerlo” (s.f., p. 33).

El Indecopi no ha sido ajeno a esta definición. A lo largo de sus antecedentes, por ejemplo, en la Resolución 116-2018/SEL-INDECOPI, la Sala ha entendido que se ejerce función administrativa cuando se utiliza el

poder de imperio (*ius imperium*) del Estado, a fin de salvaguardar el interés general, traducándose en una ejecución concreta y práctica (2018, p.32). Del mismo modo, el Indecopi ha establecido que la función administrativa “es manifestada a través de decisiones que tienen sustento en el poder de imperio otorgado por el Estado, (...) dirigidas a ejecutar una finalidad previamente fijada en las normas legales” (2021, p.15).

A partir de todo lo expuesto, cabe concluir que son barreras burocráticas aquellas medidas originadas en ejercicio del poder de imperio del Estado dirigidas a ejecutar lo estipulado en normas legales, a efectos de satisfacer el interés general y salvaguardar derechos.

Ahora bien, dichas medidas deben tener un efecto restrictivo vinculante. La Ley de Barreras busca circunscribir la definición de barrera burocrática a aquellas medidas que sean de obligatorio cumplimiento para el administrado y, por tanto, que hayan sido impuestas sin que medie su voluntad, en ejercicio de la función administrativa. Como señala el Indecopi, las medidas deben tener un carácter de obligatoriedad (2021, p. 15) o, como explica Ochoa (2014), un “(...) contenido coercitivo sobre la voluntad del empresario o ciudadano (...)” (p. 21).

En otras palabras, una medida constituirá una barrera burocrática únicamente si vincula al denunciante a hacer o no hacer algo por imposición de la administración pública. Por ejemplo, tendrá que hacer si se le exige, requiere o cobra; y no hacer si se le limita o prohíbe. Esta característica guarda relación con la finalidad del procedimiento, a saber: inaplicar medidas que limiten libertades económicas de forma ilegal o carente de razonabilidad.

Al respecto, debe precisarse que el Indecopi ha sido enfático al señalar que podría cuestionarse una barrera burocrática en concreto o en abstracto, en atención a los efectos vinculantes que despliegue. Será en concreto cuando

la medida denunciada tenga efectos jurídicos individuales en el administrado. Por el contrario, será en abstracto cuando la medida denunciada tenga efectos aplicables a todos los administrados bajo su ámbito de aplicación (2021, p. 38). De esa forma, se engloba en la definición de barrera burocrática también a las medidas que impongan de forma vinculante al denunciante hacer o no hacer algo, sin necesidad que se le requiera su cumplimiento de forma individualizada.

Este tipo de efectos los despliega, por ejemplo, una norma autoaplicativa. Como señala el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 615-2011-PA/TC, una norma autoaplicativa es “(...) aquella cuya aplicabilidad no se encuentre sujeta a la realización de algún acto posterior o a una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia” (2011, párr. 6). Siendo ello así, una medida emitida en ejercicio de la función administrativa, materializada en una disposición administrativa, podrá constituir barrera burocrática, cuando imponga efectos vinculantes con su sola entrada en vigencia.

Ahora bien, es importante destacar que la Ley de Barreras admite una excepción a la regla. Si bien únicamente constituyen barreras burocráticas las medidas impuestas en ejercicio de la función administrativa, se admite la posibilidad de inaplicar –incluso con efectos generales– medidas materializadas en ordenanzas, expedidas en ejercicio de la función legislativa¹³.

En suma, son barreras burocráticas aquellas medidas con efectos restrictivos vinculantes, impuestas unilateralmente en ejercicio del poder de imperio del Estado, dirigidas a ejecutar lo estipulado en normas legales,

¹³ La posibilidad de inaplicar medidas materializadas en ordenanzas ha sido reconocida en la Exposición de Motivos de la Ley de Barreras (2016, p. 11), en la Sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el Expediente 14-2009-PI/TC (2010, párr. 25 y 16), y en múltiples antecedentes del Indecopi, por ejemplo, recientemente en la Resolución 700-2023/SEL-INDECOPI (2023, pp. 5-9).

con el fin de satisfacer el interés general y salvaguardar derechos, incluyendo medidas que cumplan con estos requisitos contenidas en ordenanzas.

b. Que la medida se materialice en una disposición administrativa, acto administrativo o actuación material

La Ley de Barreras ha establecido que solo constituyen barreras burocráticas las medidas que, en ejercicio de la función administrativa, se materialicen en actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales, excluyéndose de esa forma a los actos de administración interna y a los contratos de la administración pública.

De esa forma, son barreras burocráticas aquellas medidas restrictivas vinculantes, impuestas en ejercicio del poder de imperio del Estado dirigidas a ejecutar lo estipulado en normas legales, con el fin de satisfacer el interés general y salvaguardar derechos, materializadas en actos administrativos, disposiciones administrativas (incluyendo ordenanzas) y/o actuaciones materiales.

c. Que la medida se encuentre dirigida a afectar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado, o pueda afectar a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos.

La Ley de Barreras estipula que la medida vinculante impuesta en ejercicio de la función administrativa debe estar dirigida a afectar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado o debe poder afectar a los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos.

Dado que las medidas denunciadas por Telefónica se habrían encontrado dirigidas a afectar su permanencia en el mercado, se detallará este extremo del elemento en cuestión.

Debe empezarse señalando que el Indecopi no mantiene un criterio unificado sobre lo que implica este tercer requisito. Por ejemplo, mediante la Resolución 454-2019/SEL-INDECOPI, la Sala señaló que la medida denunciada debía poder “(a)fectar de manera real o potencial el acceso y/o permanencia de un agente económico en el mercado (...)” (2019, p. 5). Es decir, se concluyó que bastaba con que la medida materia de denuncia pueda afectar la actividad económica del denunciante, para ser considerada como una barrera burocrática. Como puede notarse, se consideró suficiente la mera “posibilidad” de que genere una afectación.

Por otro lado, mediante la Resolución 663-2023/CEB-INDECOPI, la Comisión sostuvo que la medida denunciada debía estar dirigida “(...) a regular la realización de actividades económicas o el comportamiento de agentes económicos en el mercado” (2023, pp. 6-7). De esa forma, se concluyó que la medida materia de denuncia debía regular directamente una actividad económica para ser considerada una barrera burocrática.

Finalmente, mediante la Resolución 72-2024/CEB-INDECOPI, la Comisión sostuvo que la medida denunciada debía “(...) ser capaz de afectar el libre desarrollo de las actividades económicas en el mercado, siendo que en este caso la denunciante no ha detallado cómo (...) pone en riesgo sus actividades” (2024, p. 5). Así, se concluyó que la medida materia de denuncia debía poner en riesgo (y no solo afectar) la actividad económica del denunciante para ser considerada como una barrera burocrática.

Como puede apreciarse, la primera y tercera decisión definen la característica materia de comentario en atención al efecto de la medida. Una prescribe que es suficiente un efecto potencial y la otra que es necesario que la medida ponga en riesgo real la permanencia del agente en el mercado. Por su parte, la segunda decisión lo hace en función de la

actividad sobre la cual recae la intervención de la función administrativa. No se tiene, pues, un criterio uniforme.

De hecho, en la resolución materia de análisis, la Sala adoptó el segundo razonamiento expuesto. Sin embargo, una interpretación literal y teleológica (finalista) de la norma permite concluir que esta característica debe alinearse con el razonamiento de la primera decisión expuesta.

Por un lado, la Ley de Barreras estipula que las medidas deben estar “dirigidas a” afectar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado. De esa forma, no sería correcto concluir que únicamente satisfacen esta característica aquellas medidas que regulan directamente una actividad económica. La Ley de Barreras no reconoce dicha limitación y, por el contrario, dispone que lo relevante es el efecto que podría tener la medida denunciada.

Por otro lado, como se adelantó, la Ley de Barreras se fundamenta en la protección de las libertades económicas reconocidas en nuestro modelo constitucional económico de cara a las intervenciones ilegítimas (ilegales y/o carentes de razonabilidad) que puedan generarse en ejercicio de la función administrativa.

Por ello, la nota determinante para entender esta característica debe ser si, de algún modo y en algún grado, la medida vinculante impuesta materia de denuncia limita potencialmente o de forma efectiva el acceso o permanencia al mercado de los agentes económicos. Después de todo, la finalidad del procedimiento es inaplicar aquellas medidas ilegales y/o carentes de razonabilidad que puedan generar ese tipo de restricción o afectación a las libertades económicas.

Interpretar, por ejemplo, que resulta necesario que la medida cuestionada regule de forma directa una actividad económica, supondría desconocer

que existen múltiples formas de intervención en ejercicio de la función administrativa que podrían vulnerar dichas libertades. Por ejemplo, mediante la Resolución 420-2023/SEL-INDECOPI, recientemente la Sala confirmó como barrera burocrática ilegal “la imposición de un plazo perentorio (...) que el Seguro Social de Salud asuma el pago de las prestaciones de recuperación de los trabajadores” (2023, p. 1). Una medida, como puede advertirse, que nada tiene que ver con la regulación de una actividad económica.

De hecho, para evitar este tipo de interpretaciones, la Ley 31755, publicada el 30 de mayo de 2023, modificó el numeral 3 del artículo 3 de la Ley de Barreras y añadió que “(l)os efectos de la barrera burocrática sobre el administrado pueden ser directos o indirectos” (2023). Siendo ello así, se aclaró que cualquier efecto que genere una medida en las actividades de un agente económico –ya sea directo (por ejemplo, regulando su actividad económica) o indirecto (por ejemplo, haciendo que asuma gastos adicionales por costos de planilla)– sería suficiente para considerarla una barrera burocrática.

Finalmente, cabe precisar que no podría exigirse que la medida materia de denuncia deba poner en riesgo la permanencia del agente económico en el mercado (como la tercera posición expuesta). Ello, en primer lugar, porque la Ley de Barreras estipula que son barreras aquellas “dirigidas a” afectar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado. Es decir, la literalidad de la norma admite un efecto potencial sobre las actividades económicas. En segundo lugar, porque la Ley de Barreras establece que son barreras aquellas dirigidas a “(...) condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/ o permanencia de los agentes económicos en el mercado (...)” (2016, artículo 3). Es decir, la literalidad de la norma no exige el peligro en la permanencia, si no –a lo mucho– un condicionamiento, una restricción o una obstaculización. En tercer lugar, porque exigir que exista un riesgo efectivo en la permanencia del agente

económico supondría desconocer la finalidad del procedimiento: se busca proteger las libertades económicas y el régimen constitucional económico frente a las intromisiones ilegítimas en el ejercicio de dichos derechos.

Por todo lo expuesto, debe entenderse que, como tercera característica, la medida denunciada debe poder afectar, de forma real o potencial, y en alguna medida, el acceso y/o permanencia de un agente económico en el mercado.

En atención a todo lo expuesto, se concluye que son barreras burocráticas aquellas medidas originadas unilateralmente en ejercicio de la función administrativa, que imponen un efecto vinculante, en concreto o en abstracto, materializadas en actos administrativos, disposiciones administrativas (incluyendo ordenanzas) y/o actuaciones materiales, susceptibles de afectar de forma real o potencial, en alguna medida, el acceso y/o permanencia de un agente económico en el mercado.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario destacar que la Ley de Barreras no solo dice qué medidas son barreras burocráticas. También señala cuáles no lo son. Y, en algunos casos, la Ley de Barreras excluye de su ámbito de aplicación medidas que cumplen con todas las características de una barrera burocrática. De allí la importancia de conocer qué medidas excluye expresamente.

Para sistematizar dichas medidas, resulta de utilidad las categorías de clasificación utilizadas por Ochoa (2014), consistentes en (a) las medidas que desnaturalizan el concepto, (b) las medidas que no cumplen con alguna característica esencial y (c) las medidas excluidas expresamente por ley (pp. 27-33):

a. Medidas que desnaturalizan el concepto:

- “La declaración de nulidad de un acto administrativo por motivos de debido procedimiento” (Ley de Barreras, 2016, artículo 3.3.i): no constituye barrera burocrática porque es la consecuencia de una vulneración al ordenamiento jurídico. Podría cuestionarse como barrera burocrática la medida incumplida.
- “La imposición de sanciones” (Ley de Barreras, 2016, artículo 3.3.j): no constituyen barreras burocráticas porque son la consecuencia de haber incurrido en una infracción normativa. Podría cuestionarse como barrera burocrática la medida incumplida.

b. Medidas que no cumplen con alguna característica esencial:

- “Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de leyes u otras normas con rango de ley y alcance nacional, emitidas al amparo de la función legislativa” (Ley de Barreras, 2016, artículo 3.3.a): no constituyen barreras burocráticas dado que no se imponen en ejercicio de la función administrativa, salvo por la excepción de las ordenanzas.
- “Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros contenidos en contratos suscritos por una entidad, procesos de subasta o bases de algún tipo de concurso para contratar con el Estado” (Ley de Barreras, 2016, artículo 3.3.b): no constituyen barreras burocráticas al no tratarse de medidas vinculantes impositivas. Surgen con la aceptación (voluntad) del agente económico.
- “Las omisiones, inacciones o cualquier inactividad de la administración pública” (Ley de Barreras, 2016, artículo 3.3.c): no

constituyen barreras burocráticas porque no imponen una restricción vinculante¹⁴.

- “Las tarifas o contraprestaciones por servicios prestados por el Estado o por empresas privadas o públicas, ajenos al ejercicio de la función administrativa” (Ley de Barreras, 2016, artículo 3.3.d): no constituyen barreras burocráticas dado que no se imponen en ejercicio de la función administrativa.
- “El cobro de arbitrios a personas naturales sin actividad económica” (Ley de Barreras, 2016, artículo 3.3.h): no constituye una barrera burocrática puesto que no es susceptible de afectar una actividad económica.

c. Medidas excluidas expresamente por ley:

- “Las controversias contencioso-tributarias” (Ley de Barreras, 2016, artículo 3.3.g).
- “El cobro de aranceles e impuestos y, en general, cualquier tributo no vinculado, así como los criterios para su determinación” (Ley de Barreras, 2016, artículo 3.3.e).
- “Las medidas fito y zoonosanitarias, conforme a la sexta disposición final y complementaria de la Ley General de Sanidad Agraria, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1059” (Ley de Barreras, 2016, artículo 3.3.f).

En síntesis, en primer lugar, no se consideran barreras burocráticas aquellas medidas que desnaturalizan el concepto, es decir, aquellas cuyo conocimiento

¹⁴ Cabe resaltar que la Ley 31755 ha admitido la posibilidad de que se denuncien omisiones cuando la actuación administrativa sea indispensable para el ejercicio de actividades económicas y no exista una solución alternativa.

distorsionaría la finalidad del procedimiento. Por ejemplo, provocando que el Indecopi funcione como una instancia revisora de decisiones administrativas. En segundo lugar, no son barreras burocráticas aquellas medidas que no cumplen con alguna característica esencial. Después de todo, el procedimiento fue previsto únicamente con la finalidad de inaplicar las medidas que cumplan con dichas características. En tercer lugar, no constituyen barreras burocráticas aquellas medidas expresamente excluidas por ley, a pesar de que su conocimiento no distorsione la finalidad del procedimiento o cumpla con las características esenciales de las barreras burocráticas.

A partir de lo expuesto, se concluye que son barreras burocráticas aquellas medidas originadas unilateralmente en ejercicio de la función administrativa, que imponen un efecto un efecto vinculante, en concreto o en abstracto, materializadas en actos administrativos, disposiciones administrativas (incluyendo ordenanzas) y/o actuaciones materiales, susceptibles de afectar de forma real o potencial, en alguna medida, el acceso y/o permanencia de un agente económico en el mercado, salvo por aquellas medidas cuyo conocimiento distorsiona la finalidad del procedimiento o las que se encuentren expresamente excluidas por ley.

Dicho esto, corresponde señalar que, en la resolución materia del presente informe, la Sala no desarrolló una definición de lo que constituye y no constituye una barrera burocrática. Se limitó a nombrar las tres características que debe cumplir una medida para que pueda ser analizada como barrera burocrática y únicamente mencionó que la Ley de Barreras contempla una lista no taxativa de materias excluidas de la definición de barrera burocrática.

Esta labor era de necesaria realización en un caso complejo como el que se puso en su conocimiento. Debió contemplar cabalmente todos los aspectos vinculados con el concepto de barrera burocrática a efectos de determinar si correspondía o no admitir la procedencia del cuestionamiento de las medidas denunciadas.

De haberlo hecho, por ejemplo, habría advertido que la Ley de Barreras establece que no constituye barrera burocrática “(e)l cobro de aranceles e impuestos y, en general, cualquier tributo no vinculado, así como los criterios para su determinación” (2016, artículo 3.3.e), y que en ningún extremo determina que no constituye barrera burocrática el cobro de tributos vinculados o sus criterios para su determinación.

En consecuencia, la Sala habría notado que, mientras que la Ley de Barreras sí buscó excluir del procedimiento de análisis el cobro de tributos no vinculados, no buscó lo mismo respecto a los tributos vinculados. Esto es relevante dado que, como será explicado, el Aporte por Regulación constituye un tributo vinculado.

5.1.3. Tercer Problema Secundario: ¿Cuál es la naturaleza jurídica del Aporte por Regulación y cuál es su régimen de creación?

La Ley Marco establece que el Osiptel es un Organismo Regulador, de carácter público descentralizado adscrito a la PCM, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Dentro de su ámbito de competencia, se estipula que ejerce la función supervisora, función normativa, función fiscalizadora y sancionadora, la función de solución de controversias y la función de solución de reclamos (2000, artículos 1, 2 y 3).

La Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel, determina que tiene bajo su ámbito de supervisión a los agentes que prestan servicios públicos de telecomunicaciones (2000, artículo 2). En ese sentido, como menciona Zegarra (2008), el Osiptel ejerce sus funciones con el objeto de garantizar la libre competencia, los derechos de los usuarios y el equilibrio en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones (p. 141).

Dada su naturaleza, las actividades del Osiptel son financiadas en gran parte por el Aporte de Regulación. El Aporte por Regulación se encuentra reconocido en

la Ley Marco, artículo 10, donde se estipula que los organismos recaudan de las empresas y entidades bajo su ámbito de competencia un monto que no podrá exceder del 1% del valor de su facturación, cuyo valor exacto se fija por la PCM (2000).

De esta forma, son las empresas y entidades que participan en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones quienes financian las actividades del Osiptel, a efectos de que el organismo regulador garantice el correcto funcionamiento del mercado.

Al respecto, mediante la sentencia recaída en el Expediente 3303-2003-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha establecido que el Aporte por Regulación ostenta naturaleza tributaria puesto que se trata de una obligación de pago (a) creada por ley, (b) basada en el *ius imperium* del Estado, y (c) de carácter coactivo, dado que para su vinculatoriedad es irrelevante la voluntad de los obligados (2004, párr. 4 y 5).

En concreto, el Aporte por Regulación constituye un tributo de tipo contribución. El artículo 74 de la Constitución hace referencia expresa a tres tipos de tributos: impuestos (aranceles), tasas y contribuciones (1993). El numeral b de la Norma II del TUO del CT establece que la contribución “(e)s el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales” (2013). De esa forma, se entiende que la contribución es el tributo cuya obligación se configura ante el beneficio derivado de una actuación estatal. Sobre el particular, Sotelo explica que “(e)l beneficio es diferencial porque la obra pública o la actuación estatal provoca un beneficio general primero, a toda la colectividad, pero, a la vez, es posible identificar dentro de esa colectividad, un subgrupo diferencialmente beneficiado, con relación a dicha colectividad” (como se cita en el Tribunal Fiscal, 2009, p. 8).

Como puede apreciarse, justamente, el Aporte por Regulación genera el beneficio diferencial del que se habla. Este tributo sirve para solventar las

actividades del Osiptel sobre el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Siendo ello así, la actuación estatal beneficia de forma general a todos los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones (cuando recurran al mercado), al garantizar el correcto funcionamiento del mercado; y de forma diferenciada a las empresas y entidades que prestan estos servicios, al garantizar que puedan prestar idóneamente sus servicios en el mercado en el que concurren. De esa forma, se concluye que el Aporte por Regulación constituye una contribución.

Dicho esto, debe precisarse que la contribución constituye un tributo vinculado. Como concluyó el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 1520-2004-AA/TC, "(...) las contribuciones son tributos vinculados cuya obligación social tiene como hecho generador el beneficio derivado de la realización de obras públicas o de actividades estatales (...)" (2005, párr. 6). Como puede notarse, el Tribunal Constitucional sostiene que la contribución es un tributo vinculado toda vez que el beneficio "diferencial" que constituye el hecho generador del tributo se genera por la actividad estatal, siendo esto último, en palabras de Ruiz de Castilla (2018), la nota diferencial para identificar un tributo vinculado (p. 61).

Cabe precisar que no existe mayor discusión sobre su naturaleza. Ciertamente, mediante la sentencia recaída en el Expediente 3290-2019-PA/TC, el Tribunal Constitucional explicó que el Aporte por Regulación contemplado en el artículo 10 de la Ley Marco se trata de una contribución que debe financiar el costo real de las actividades que pretende costear (2022, párr. 14 y 15). Del mismo modo, de forma previa, mediante la Exposición de Motivos del DS 134, la PCM afirmaba que el Aporte por Regulación es una contribución que tiene como beneficio reducir costos de transacción en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (2021, p. 1). Así también, el Osiptel menciona que las empresas operadoras deben pagar la contribución tributaria del Aporte por Regulación al Osiptel (2024). Y la doctrina coincide con dicha posición, al firmar

que “(e)l aporte por regulación (...) es reconocido como una contribución” (Villegas, 2015, p. 200).

De hecho, en la tramitación del procedimiento que concluyó con la resolución materia de análisis, todos los participantes afirmaron que el Aporte por Regulación es una contribución y, de esa forma, la Sala también lo ratificó en la resolución objeto de análisis. Así pues, se concluye que el Aporte por Regulación es un tributo de tipo contribución.

Por ello, corresponde concluir que el Aporte por Regulación es un tributo vinculado de tipo contribución cuyo hecho generador es el beneficio “diferencial” derivados de una actividad estatal que reciben las empresas y entidades estatales que prestan servicios públicos de telecomunicaciones. En este supuesto, el beneficio surge de las actividades efectuadas por el Osiptel como organismo regulador de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Ahora bien, a partir de lo anterior, debe advertirse que, de conformidad con el artículo 74 de la Constitución, el Aporte por Regulación tiene que ser creado por ley o decreto legislativo (1993). Es decir, se encuentra sujeto a reserva de ley. Sin embargo, también debe repararse en que esta reserva de ley es relativa, tal como bien fue advertido por la Sala en la resolución materia de análisis.

Mediante la sentencia recaída en el Expediente 2762-2002-AA/TC, el Tribunal Constitucional estableció que la reserva de ley puede admitir de forma excepcional derivaciones a la regulación reglamentaria, siempre que la ley establezca los parámetros de los elementos esenciales del tributo (2003, párr. 12 y 13). Así, por ejemplo, en la sentencia recaída en el Expediente 3092-2021-PA/TC, el Tribunal Constitucional precisó que “(...) cabe la posibilidad de remisiones legales al reglamento, siempre y cuando los parámetros se encuentren establecidos en la propia ley; por ejemplo, mediante la fijación de los topes de la alícuota” (2022, párr. 19).

De lo anterior, se derivan tres cuestiones esenciales:

- (i) La creación de tributos –y sus elementos constitutivos– se encuentran sujetos a reserva de ley. Se crean por ley o decreto legislativo.
- (ii) Sin embargo, excepcionalmente, se admite por derivación expresa de ley o decreto legislativo la regulación de alguno de sus elementos por vía reglamentaria, siempre que la ley o decreto legislativo establezcan los parámetros para su determinación.

De allí que se reconozca la reserva de ley relativa: se “relativiza” la reserva de ley permitiendo que un reglamento fije elementos concretos en función de parámetros preestablecidos.

- (iii) La reserva de ley, por tanto, no resulta aplicable a la fijación o determinación concreta de los elementos por vía reglamentaria. En la acción de regular por derivación de la ley o decreto legislativo no existe reserva de ley.

En atención a todo lo expuesto, cabe concluir que el Aporte por Regulación es un tributo vinculado de tipo contribución que se encuentra sujeto a reserva de ley relativa. Siendo ello así, sus elementos constitutivos deben crearse por ley o decreto legislativo y, será posible derivar la regulación de alguno de estos a la vía reglamentaria, siempre que la norma constitutiva indique los parámetros bajo los cuales debe fijarse o determinarse el elemento correspondiente.

Finalmente, es importante enfatizar que la Sala supo advertir –correctamente– la naturaleza del Aporte por Regulación, así como el régimen aplicable para su creación. Sin embargo, y como preámbulo a la sección que se desarrollará a continuación, cabe adelantar que no supo aplicar correctamente dichas premisas al caso en concreto.

5.1.4. Cuarto Problema Secundario: ¿Constituye una barrera burocrática la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando como base de cálculo los ingresos facturados?

Como se adelantó, Telefónica solicitó que se declare barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando como base de cálculo los ingresos facturados correspondientes a la empresa, materializada en el artículo 2 del DS 134.

Telefónica explicó que el DS 134 modificó la base de cálculo del Aporte por Regulación puesto que el Decreto Supremo 103-2003-PCM establecía previamente que la base de cálculo sería la de ingresos facturados y percibidos de las empresas operadoras. De esa forma, sostuvo que, si bien la modificación efectuada por el DS 134 se encontraba dentro de los márgenes permitidos por el artículo 10 de la Ley Marco, la decisión no había sido correctamente sustentada en un problema presupuestal del Osiptel.

En ese sentido, Telefónica cuestionó como barrera burocrática que se le exija el cobro del Aporte por Regulación utilizando como base de cálculo los ingresos facturados y no los ingresos facturados y percibidos, como consecuencia de lo estipulado en el artículo 2 del DS 134.

Como fue ampliamente desarrollado, una medida para ser considerada barrera burocrática bajo la Ley de Barreras debe originarse en ejercicio de la función administrativa y, por tanto, dicha función es la que debe generar un efecto restrictivo vinculante. Es decir, la imposición debe surgir del ejercicio de la función administrativa.

El artículo 2 del DS 134 prescribe que "(l)a contribución denominada Aporte por Regulación (...) es calculada sobre el valor de su facturación anual (...)" (2021). Por su parte, el artículo 10 de la Ley Marco establece que los organismos

reguladores recaudan el Aporte por Regulación “(...) el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual (...)” (2000).

Como puede apreciarse, tanto el artículo 2 del DS 134 como el artículo 10 de la Ley Marco establecen que la base de cálculo del Aporte por Regulación es la “facturación anual”. De esa forma, si bien el artículo 2 constituye una disposición administrativa, emitida en ejercicio de la función administrativa, nada nuevo impone a las empresas operadoras. No genera, como fue explicado, un efecto restrictivo vinculante sobre dichas empresas.

El efecto restrictivo vinculante se origina en ejercicio de la función legislativa, pues la exigencia de pagar el Aporte por Regulación utilizando como base de cálculo la facturación anual surge directa y expresamente del artículo 10 de la Ley Marco. El artículo 2 del DS 134 sencillamente se limita a replicar lo establecido en ejercicio de la función legislativa y nada nuevo impone.

Para mejor comprensión, por ejemplo, cabe preguntarse: ¿podría cobrarse el Aporte por Regulación utilizando la base de cálculo establecida en el artículo 10 de la Ley Marco? La respuesta es afirmativa, pues señala que la base de cálculo es el valor de la facturación anual de la empresa operadora. Debe notarse, pues, que por sí mismo lo estipulado en la Ley Marco era suficiente para que las empresas operadoras se encuentren sujetas al pago del Aporte por Regulación en función de la base de cálculo materia de denuncia.

En sentido contrario, no era necesario que el artículo 2 del DS 134 vuelva a disponerlo para que se generen los efectos vinculantes. Dicha disposición administrativa, ciertamente, emitida en ejercicio de la función administrativa, se limitó a replicar lo estipulado en la Ley Marco, sin originar una nueva disposición con efecto restrictivo vinculante.

A mayor abundamiento, y para advertir lo señalado, también corresponde preguntarse: ¿cuál sería la consecuencia de inaplicar la medida denunciada

como consecuencias de hallarla ilegal o carente de razonabilidad? La respuesta es que se inaplicaría la disposición administrativa contenida en el DS 134, pero no se eliminaría el efecto restrictivo vinculante de la medida, pues ésta se mantendría en el artículo 10 de la Ley Marco. Esto denota que los efectos restrictivos vinculantes de la medida denunciada, en realidad, se originan en el artículo 10 de la Ley Marco.

Por lo expuesto, se concluye que la medida denunciada por Telefónica referida a la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando como base de cálculo los ingresos facturados, materializada en el artículo 2 del DS 134, no constituye una barrera burocrática en los términos reconocidos por la Ley de Barreras. Si bien se materializa en una disposición administrativa, en ejercicio de la función administrativa, la medida no genera “exigencia” alguna (efecto restrictivo vinculante). Lo hace el artículo 10 de la Ley Marco.

Por tanto, fue correcto que la Sala declare la improcedencia de este extremo de la denuncia interpuesta por Telefónica, al no haberse cuestionado una barrera burocrática.

Ahora bien, la Sala declaró la improcedencia de la denuncia, en primer lugar, dado que –a su parecer– no podría evaluar los elementos de un tributo creado por norma de rango legal. En buena cuenta, la Sala señala que, si el tributo fue creado por norma legal, entonces no podría evaluar la legalidad o razonabilidad de ninguno de sus elementos, aunque alguno de ellos haya sido impuesto o determinado en ejercicio de la función administrativa.

No obstante, una interpretación como esta es equivocada. Aceptarla supondría que la Sala no pueda evaluar en ningún supuesto una medida restrictiva impuesta en ejercicio de la función administrativa, que se motive en una medida impuesta en ejercicio de la función legislativa, pero desnaturalizándola.

Por ejemplo, implicaría que la Sala no pueda conocer un caso en que una disposición administrativa establece que se encuentra prohibido realizar “A entendido como b” por el hecho de que una ley prescriba que se encuentra prohibido realizar “A entendido como a”. Bajo la interpretación adoptada por la Sala, no podría denunciarse una medida emitida en ejercicio de la función administrativa que desnaturalice una medida previamente establecida en una ley. Después de todo, la Sala entiende que, si el tributo fue creado por norma de rango legal, entonces no podría cuestionarse uno de sus elementos determinados en ejercicio de la función administrativa.

De hecho, y con menor razón, podría admitirse a trámite el análisis de una medida legal, pero carente de razonabilidad. Ello supondría analizar una medida emitida en ejercicio de la función administrativa, de conformidad a lo establecido en una norma de rango legal. Cuando, a parecer de la Sala, no podría evaluar aspectos de una figura creada por norma de rango legal, pero establecidos en ejercicio de la función administrativa. Sin embargo, la Ley de Barreras

Sin embargo, la Ley de Barreras es clara al establecer que el análisis de razonabilidad únicamente se efectúa cuando se supere el análisis de legalidad (2016, artículo 14). Es decir, avala sin lugar a duda el análisis de medidas legales, pero carentes de razonabilidad.

Lamentablemente, la Sala concluyó –equivocadamente– que toda medida emitida en ejercicio de la función administrativa vinculada con la determinación de elementos de una figura creada por norma de rango legal se encontraría investida por una suerte de “velo de legalidad”. Al considerar que estas medidas corresponden a la figura creada por norma legal, no serían susceptibles de ser denunciadas en su calidad de medidas restrictivas vinculantes emitidas en ejercicio de la función administrativa. En buena cuenta, únicamente serían susceptibles de ser tomadas como barreras burocráticas aquellas medidas creadas en ejercicio de la función administrativa que excedan de forma manifiesta los límites establecidos por la ley.

En segundo lugar, la Sala explicó que no podría inaplicar una medida que configura los elementos del tributo en atención al principio de reserva de ley. Sin embargo, como fue explicado, justamente, al tratarse de un principio de reserva de ley relativa, éste no alcanza a los elementos fijados por norma reglamentaria.

En efecto, si el principio de reserva de ley se “relativiza” para que un elemento pueda ser fijado concretamente a través de un reglamento, a partir de parámetros preestablecidos en la ley, entonces no podría concluirse que la determinación de dicho elemento en ejercicio de la función administrativa se encuentre revestido por la reserva de ley. Justamente, la reserva de ley es “relativa” a efectos de que el elemento en concreto pueda fijarse en ejercicio de la función administrativa y no legislativa.

De ese modo, cuando la Sala explicó que el Aporte por Regulación se encontraba sujeto al principio de reserva de ley relativo, debió concluir todo lo contrario: lo que no se encuentra sujeto a reserva de ley y se deriva a un reglamento se establece en ejercicio de la función administrativa.

En tercer lugar, la Sala alegó que, en medidas de naturaleza tributaria, únicamente podría evaluar cuestiones vinculadas a tributos municipales o creados por decreto supremo. Para hacerlo, sostuvo que la Exposición de Motivos de la Ley de Barreras estipuló que el artículo 61 del del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por Decreto Supremo 156-2004-EF, fue modificado para que el Indecopi pueda evaluar los tributos municipales.

Lo referido respecto a la Exposición de Motivos es acertado. En efecto, en la Exposición de Motivos, el Poder Ejecutivo explica que debía modificarse el artículo referido “(p)ara precisar las competencias del Indecopi en esta materia (...) de manera que es competente cuando los tributos municipales limiten el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado” (2016, p.

44). Sin embargo, de ello no se deriva que los órganos del Indecopi sean únicamente competentes para evaluar cuestiones vinculadas con tributos creados por las municipalidades o por decreto supremo.

El texto citado sencillamente explicita que los órganos del Indecopi son competentes para conocer como barreras burocráticas inclusive los tributos municipales. Precisión necesaria, pues, como se adelantó, la Ley de Barreras admite como excepción que se analicen las medidas impuestas a través de ordenanzas, aunque no se impongan en ejercicio de la función administrativa. Precisión que no cabía realizar frente a los tributos que se crean por ley o decreto legislativo, pues la Ley de Barreras dispone expresamente que las medidas impuestas a través de normas con rango de ley y alcance nacional no constituyen barreras burocráticas (artículo 3.3.a, 2016).

Por el contrario, la Ley de Barreras establece que no son barreras el cobro de tributos no vinculados, así como los criterios para su determinación (2016, artículo 3.3.e). Con lo cual, cabe concluir que, si alguno de los elementos de un tributo vinculado se fija cumpliendo con los requisitos para ser considerado barrera burocrática, dicha medida sí podría ser analizada como barrera burocrática. Por tanto, tampoco resulta válida esta justificación de la Sala.

En suma, se concluye que la medida denunciada por Telefónica referida a la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando como base de cálculo los ingresos facturados, materializada en el artículo 2 del DS 134, no constituye una barrera burocrática en los términos reconocidos por la Ley de Barreras. Sin embargo, no por las razones explicadas por la Sala, sino porque la medida con efectos restrictivos vinculantes fue impuesta a través del artículo 10 de la Ley Marco y, por tanto, no en ejercicio de la función administrativa.

5.1.5. Quinto Problema Secundario: ¿Constituye una barrera burocrática la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente?

En la sección anterior, se explicó que la argumentación desarrollada por la Sala en la resolución materia de análisis para declarar la improcedencia de la denuncia interpuesta por Telefónica no fue válida para llegar a dicha conclusión. En ese sentido, el análisis del presente apartado partirá de ese entendimiento y, se limitará a verificar si la segunda medida denunciada por Telefónica constituye una barrera burocrática, en atención a la definición prevista en la Ley de Barreras y sus elementos constitutivos.

A modo de recordatorio, se precisa que Telefónica solicitó que se declare barrera burocrática ilegal o carente de razonabilidad la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente, materializada en el literal a) del artículo 3.1 del DS 134.

En primer lugar, la medida debe cumplir con originarse en ejercicio de la función administrativa y generar un efecto restrictivo vinculante. Es decir, la medida debe significar una imposición restrictiva en ejercicio de la función administrativa.

Al respecto, debe tenerse en consideración que el literal a) del artículo 3.1 del DS 134 estipula que se fija como alícuota del Aporte por Regulación los porcentajes de 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% sobre la base de cálculo, para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente (2021).

Por su parte, el artículo 10 de la Ley Marco establece que el "(...) aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas" (2000).

Como puede notarse, en este caso, un decreto supremo fija la alícuota del Aporte por Regulación, mientras que la Ley Marco se limita a autorizar que esta se fije a través del decreto supremo. De esa forma, es la PCM quien, en ejercicio de la función administrativa, manifestada a través de la potestad reglamentaria, fija la alícuota que debe usarse para el pago del Aporte por Regulación.

Como puede advertirse, el efecto restrictivo vinculante se origina en ejercicio de la función administrativa, pues la alícuota que será “exigible” al pagar el Aporte por Regulación será la determinada mediante decreto supremo. En este caso, el DS 134 no se limita a replicar lo establecido en ejercicio de la función legislativa. Por el contrario, “concretiza” lo solicitado expresamente en ejercicio de la función legislativa.

Para mayor comprensión, al igual que en el caso anterior, cabe preguntarse: ¿podría cobrarse el Aporte por Regulación utilizando la alícuota establecida en el artículo 10 de la Ley Marco? La respuesta es negativa, pues la Ley Marco no establece una alícuota exigible. Debe notarse, entonces, que por sí mismo lo estipulado en ejercicio de la función legislativa no era suficiente para que las empresas operadoras se encuentren sujetas al pago del Aporte por Regulación en función de la alícuota materia de denuncia.

Era necesario que el literal a del artículo 3.1 del DS 134 fije la alícuota aplicable para que se generen efectos vinculantes respecto a qué porcentaje de la base de cálculo sería “exigible” para realizar el pago por concepto de Aporte por Regulación. Dicha disposición, emitida en ejercicio de la función administrativa, impuso la “exigencia”, en concordancia con los parámetros establecidos en la Ley Marco.

En línea con ello, también corresponde preguntarse: ¿cuál sería la consecuencia de inaplicar la medida denunciada como consecuencias de hallarla ilegal o carente de razonabilidad? La respuesta es que se inaplicaría la disposición

administrativa contenida en el DS 134 y quedaría lo estipulado en el artículo 10 de la Ley Marco, que no establece qué alícuota es “exigible” para el cálculo del pago del Aporte por Regulación. Esto denota que los efectos restrictivos vinculantes de la medida denunciada se originan con el DS 134.

Ahora bien, el artículo 10 de la Ley Marco dispone que el monto de la alícuota “(...) no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual (...)” (2000). Sin embargo, debe advertirse que lo anterior no supone que la Ley Marco “exija” la aplicación de una determinada alícuota.

Por el contrario, ello demuestra que la Ley Marco se vale del principio de reserva de ley relativa para que la PCM fije la alícuota del Aporte por Regulación. Como se explicó el principio de reserva de ley relativa supone que, excepcionalmente, por ley o decreto legislativo pueda derivarse la regulación de alguno de los elementos del tributo a la vía reglamentaria, siempre que la ley o decreto legislativo establezcan los parámetros para su determinación. Precisamente, la Ley Marco establece como parámetro que la alícuota no podrá exceder del 1% y deriva la fijación de la alícuota a la PCM.

Por tanto, cuando la Ley Marco prescribe que la alícuota se fija mediante decreto supremo, no hace cosa distinta que utilizar la “relativización” del principio de reserva de ley. Lo que hace es autorizar, en virtud de dicha “relativización”, a que el elemento en concreto sea fijado en ejercicio de la función administrativa y no legislativa. No podría concluirse, entonces, que dicha técnica de autorización implique que lo regulado por decreto supremo se efectúe como si lo hiciera la ley. Caso contrario no podría hablarse de una reserva de ley relativa.

De hecho, es la PCM la que decide en cuánto fijar la alícuota, siempre que respete los parámetros establecidos por la Ley Marco. Como sostiene Tassano (2008) “(...) el Poder Ejecutivo decide cuánto recibe el regulador (...)” (p. 92) y, como explica Villegas (2015), lo hace “(...) atendiendo a la situación de cada

sector; es decir, tomando en consideración las distintas tareas, las cuales deben afrontar cada uno de los organismos reguladores” (p. 201).

Dicho esto, debe precisarse que la medida cuestionada tiene efectos restrictivos vinculantes que cumplen con lo dispuesto en la Ley de Barreras. Según fue explicado, se admite que los efectos sean impuestos en abstracto. Al respecto, debe notarse que el DS 134 constituye una norma autoaplicativa, pues no requiere de una actuación posterior para desplegar su eficacia. En ese sentido, la medida cuestionada vincula a Telefónica desde la publicación del DS 134.

Si bien el Osiptel podría requerir el pago del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas fijadas (por ejemplo, mediante un acto administrativo), ello constituiría una materialización en concreto de la barrera burocrática denunciada, la cual también podría denunciarse como barrera burocrática.

Por todo lo expuesto, se concluye que la medida denunciada por Telefónica fue emitida en ejercicio de la función administrativa y sus efectos restrictivos vinculantes se originan en ejercicio de dicha función.

En segundo lugar, la medida debe cumplir con materializarse en una disposición administrativa, acto administrativo o actuación material. Como fue adelantado, la medida se encuentra contenida en un decreto supremo, con lo cual, cumple con el requisito consistente en materializarse en una disposición administrativa, definida por el numeral 6 del artículo 3 de la Ley de Barreras.

En tercer lugar, debe encontrarse dirigida a afectar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado. Como fue explicado, esta característica debe entenderse como la posibilidad de afectar, en algún grado, de forma real o potencial, el acceso y/o permanencia de un agente económico en el mercado. Ello dado que el que procedimiento tiene la finalidad de inaplicar aquellas medidas ilegales y/o carentes de razonabilidad que puedan generar

restricciones o afectaciones a las libertades económicas. El alcance de este elemento, por tanto, debe entenderse de forma amplia.

Precisamente, la medida tiene como efecto el incremento de los costos en los que debe incurrir Telefónica para competir en el mercado. Después de todo, previamente, la alícuota aplicable era de 0.5%. De hecho, en la Exposición de Motivos del DS 134, la PCM señala que el alza tributaria supone mayores costos para las empresas operadoras y que ello representaría anualmente un ingreso promedio adicional de S/ 26,58 millones (2021, p. 21).

El aumento de costos como consecuencia de una exigencia establecida por el Estado representa una restricción a las libertades económicas de Telefónica. Siendo ello así, y en atención a la finalidad del procedimiento, se concluye que la medida genera una afectación para Telefónica en sus actividades económicas.

Por lo detallado, se concluye que la medida en cuestión representa una medida con carácter restrictivo vinculante impuesta en ejercicio de la función administrativa, materializada en una disposición administrativa, con capacidad de afectar la actuación de Telefónica en el mercado.

Sin perjuicio de ello, se destaca que esta medida no se encuentra en ninguno de los supuestos detallados por la Ley de Barreras que no se considera como barreras burocráticas. No desnaturaliza el concepto, cumple con todas las características establecidas en su definición y no se excluye por ley expresa.

De hecho, el literal e del numeral 3 del artículo 3 de la Ley de Barreras excluye el cobro de tributos no vinculados y los criterios para su determinación. Sin embargo, como fue explicado, el Aporte por Regulación se trata de una contribución, es decir, de un tributo vinculado. Con lo cual, inclusive, a partir de una interpretación en contrario, cabe concluir que la Ley de Barreras acepta que se cuestionen aspectos relativos a tributos vinculados.

Por tanto, la medida denunciada por Telefónica sí constituye una barrera burocrática ilegal, cuyo análisis debió ser efectuado por la Sala.

Sin embargo, la Sala no supo advertir adecuadamente los alcances del concepto de barrera burocrática ni la naturaleza de la medida impuesta; y, siendo ello así, concluyó equivocadamente que no se trataba de una barrera burocrática de conformidad con la Ley de Barreras.

Al hacerlo, como explicó el vocal Chávez Picasso en su voto en discordia, también desconoció lo referido en múltiples antecedentes (por ejemplo, Resoluciones 64-2017/SDC-INDECOPI, 65-2017/SDC-INDECOPI, 66-2017/SDC-INDECOPI, 67-2017/SDC-INDECOPI, 490-2017/SDC-INDECOPI)¹⁵, en los cuales se concluyó que la Sala podía evaluar la alícuota del Aporte por Regulación creado mediante el artículo 10 de la Ley Marco y establecida por decreto supremo.

Finalmente, inaplicó el principio de interpretación favorable reconocido por la Corte Suprema, plenamente aplicable al presente caso, de conformidad con los numerales 3 y 2.7 del artículo V del Título Preliminar del TUO de la LPAG. En virtud del cual, ante alguna duda sobre los alcances de las disposiciones aplicables y/o la naturaleza de las medidas denunciadas, debió declarar procedente el cuestionamiento efectuado por Telefónica y analizar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de la medida cuestionada.

La decisión materia de análisis no se ajustó a derecho y, en atención a los errores descritos, declaró improcedentes –incluso, incurriendo en un supuesto de indebida motivación– todos los extremos de la denuncia interpuesta por Telefónica.

¹⁵ Cabe precisar que las referidas fueron emitidas bajo la aplicación de la Ley 28996, ley anterior a la Ley de Barreras. Sin embargo, dicha norma contemplaba que las barreras burocráticas debían cumplir con las mismas características dispuestas por la Ley de Barreras.

5.2. Primer Problema Complementario: De haberse declarado la procedencia de la denuncia, ¿la Sala habría tenido que declararla fundada por razones de ilegalidad?

Una vez declarada la admisión a trámite del cuestionamiento a la barrera burocrática denunciada corresponde que la autoridad competente evalúe su legalidad y/o razonabilidad. Si se determina la ilegalidad de la barrera burocrática, no es necesario que se evalúe su razonabilidad. A continuación, se explicará que la barrera burocrática es ilegal y, por tanto, que habría correspondido declararla como tal y disponer su inaplicación con efectos generales.

El análisis de legalidad supone que se evalúe si: (i) la entidad tenía competencias para imponer la barrera burocrática; (ii) la entidad siguió el procedimiento exigido por el marco legal para la imposición de la barrera burocrática; y, (iii) la entidad contraviene el ordenamiento jurídico con la imposición de la barrera burocrática. En caso se concluya que la barrera burocrática es ilegal por alguna de las causales indicadas, en cumplimiento del orden de prelación, no es necesario que se evalúen las otras causales de ilegalidad (2016, artículo 14).

Dado que el artículo 10 de la Ley Marco dispone expresamente que el “(...) aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros (...)” (2000), y teniendo en consideración que la legalidad por razones de competencia no fue una cuestión controvertida en la tramitación del procedimiento, se procederá a determinar si la entidad siguió el procedimiento exigido para la imposición de la barrera burocrática.

En el 2006, el Perú y Estados Unidos suscribieron el “Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos”, mediante el cual se acordó que cada parte tendría que publicar las leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general, de forma previa a su adopción, para

brindar la oportunidad a los interesados de formular observaciones (2009, artículo 19.1).

Mediante el Reglamento de Publicidad Normativa, se reguló la necesidad de publicar el proyecto normativo de las normas de carácter general. En concreto, su artículo 14 dispuso que:

(...) las entidades públicas dispondrán la publicación de los proyectos de normas de carácter general que sean de su competencia en el Diario Oficial El Peruano, en sus Portales Electrónicos o mediante cualquier otro medio, en un plazo no menor de treinta (30) días antes de la fecha prevista para su entrada en vigencia, salvo casos excepcionales (2009).

Como casos de excepción, por ejemplo, reconoció los casos en que se “(...) considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público (...)” (2009, artículo 14).

De esa forma, se estableció que el proyecto normativo de toda norma de carácter general, salvo para el caso de las excepciones detalladas, debe ser publicado – como requisito indispensable– previo a la entrada en vigencia de la norma con la finalidad de garantizar la participación ciudadana en su formulación. Como el MINJUS en la Exposición de Motivos del Reglamento de Publicidad Normativa, ésta se trata de una medida de transparencia que busca otorgar “(...) la oportunidad a los administrados de participar en su formulación [de las normas generales] a través de sus comentarios” (2011, p. 1).

Así pues, no solo debe publicarse la norma como requisito esencial para su vigencia, de conformidad con el artículo 51 de la Constitución (1993); también debe publicarse previamente su proyecto normativo para asegurar la participación ciudadana.

Dicho esto, como se mencionó en la sección 2.2. del presente informe, en la audiencia de informe oral realizada el 5 de julio de 2022 ante la Comisión, la representante del Osiptel afirmó que el proyecto del DS 134 fue publicado antes de su entrada en vigencia, en cumplimiento del Reglamento de Publicidad Normativa.

No obstante, mediante escritos presentados el 7 de julio de 2022, tanto la PCM como el Osiptel sostuvieron que no habría correspondido publicar el proyecto normativo del DS 134 dado que el Reglamento de Publicidad Normativa es aplicable a normas de “carácter general” y no de “carácter especial”. Al respecto, explicaron que el DS 134 sería de carácter específico y no general al referirse al Aporte por Regulación, y que no sería genérico al encontrarse destinado únicamente a las empresas operadoras bajo el ámbito de competencia del Osiptel. Es decir, se alegó que el DS 134 no sería una norma de carácter general, bajo el ámbito de aplicación del Reglamento de Publicidad Normativa, toda vez que regula obligaciones específicas y se encuentra destinado a un conjunto específico de administrados.

Sobre este punto, debe tenerse en consideración que el artículo 4 del Reglamento de Publicidad Normativa define una norma de carácter general como:

(...) aquella que crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general, de cuyo texto se derive un mandato genérico, objetivo y obligatorio, vinculando a la Administración Pública y a los administrados, sea para el cumplimiento de una disposición o para la generación de una consecuencia jurídica (2009, artículo 4).

Como puede notarse, el Reglamento de Publicidad Normativa define el concepto de norma de carácter general señalando que el instrumento debe incidir de forma general en el ordenamiento jurídico (“crea, modifica, regula, declare o extingue derechos u obligaciones de carácter general”), a partir de un mandato abstracto

(“se derive un mandato genérico”). Siendo ello así, por ejemplo, tras definir el concepto de norma de carácter general, su artículo 4 señala de forma expresa que deben publicarse obligatoriamente los decretos supremos (2009).

Ahora bien, cabe resaltar que el artículo 4 del Reglamento de Publicidad Normativa señala que no corresponde publicar las resoluciones administrativas que resuelvan un procedimiento administrativo específico (2009, artículo 4). Es decir, excluye de su ámbito de aplicación a los actos administrativos¹⁶. En atención a ello, y como sostiene Huapaya (2022), el concepto de norma de carácter general reconocido “(...) abarca a todas las normas reglamentarias (...) por contraposición a los actos administrativos” (p. 10).

En otras palabras, el ámbito de aplicación del Reglamento de Publicidad Normativa incluye a las disposiciones administrativas¹⁷ (que producen efectos jurídicos abstractos) y excluye a los actos administrativos (que producen efectos jurídicos en una situación concreta).

Corresponde, entonces, traer a colación los criterios reconocidos en el I Pleno Jurisdiccional en materias Constitucional y Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de la República, a efectos de distinguir un reglamento de un acto administrativo o de un acto de la administración. Los criterios son los siguientes:

¹⁶ **TUO de la LPAG**

“Artículo 1.- Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta” (2019).

¹⁷ **Ley de Barreras**

“Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

6. Disposición administrativa: todo dispositivo normativo emitido por una entidad destinado a producir efectos jurídicos abstractos y generales sobre un grupo indeterminado de administrados y/o agentes económicos” (2016).

- a. Criterio Ordimental: un reglamento se integra al ordenamiento jurídico con la finalidad de incidir en éste; en cambio, un acto administrativo aplica el ordenamiento jurídico a una situación concreta.
- b. Criterio de Consunción: un reglamento es susceptible de una infinidad de cumplimientos en atención a su vocación de permanencia; en cambio, un acto administrativo se consume con el cumplimiento de sus destinatarios.
- c. Criterio de Generalidad: un reglamento puede ser aplicado por destinatarios indeterminados; en cambio, un acto administrativo se aplica a destinatarios determinados.

Debe precisarse que la Corte Suprema establece que éste último criterio no resulta determinante toda vez que pueden existir actos administrativos generales o reglamentos con destinatarios expresos (2015, pp. 8-10).

Como puede notarse, los criterios explicados se condicen con la definición estipulada en el Reglamento de Publicidad Normativa. Ciertamente, éstos determinan que una norma de carácter general, en contraposición a un acto administrativo, debe incidir de forma general en obligaciones del ordenamiento jurídico, a partir de un mandato genérico susceptible de ser aplicado a una infinidad de cumplimientos.

Si bien el Reglamento de Publicidad Normativa no acota su ámbito de aplicación a normas con destinatarios indeterminados (Criterio de Generalidad), lo cierto es que la Corte Suprema tampoco interpreta que las normas con carácter general necesariamente deban encontrarse dirigidas a destinatarios indeterminados. Con lo cual, resulta coherente utilizar los criterios detallados para determinar si el DS 134 constituye o no una norma de carácter general.

Dicho esto, corresponde concluir que el DS 134 es una norma de carácter general. Por un lado, se integra al ordenamiento jurídico con la finalidad de modificarlo. Justamente, su objeto es modificar la alícuota aplicable al Aporte por

Regulación para el periodo 2022-2024. Por otro lado, es susceptible de una infinidad de cumplimientos en atención a su vocación de permanencia. Cada vez que una empresa de telecomunicaciones reciba el beneficio generado por las actividades del Osiptel, deberá cumplirse con pagar el Aporte por Regulación con la alícuota modificada.

De esa forma, el DS 134 encaja en la definición prevista en el Reglamento de Publicidad Normativa: instrumento que incide de forma general en el ordenamiento jurídico a partir de un mandato genérico. Si: (a) se trata de una empresa operadora de telecomunicaciones y (b) ésta recibe beneficios como consecuencia de las actividades del Osiptel; entonces –y solo en caso se cumplan dichas condiciones– la empresa se encontrará obligada (vinculada) a pagar el Aporte por Regulación utilizando las alícuotas fijadas en el DS 134.

Como puede apreciarse, la aplicación del DS 134 requiere de una labor de subsunción. Ello, justamente, dado que sus disposiciones modifican una obligación general del ordenamiento jurídico susceptible de una infinidad de cumplimientos por aquellos sujetos que encajen en el supuesto de hecho. Por tanto, el DS 134 se trata de una norma de carácter general según la definición reconocida en el Reglamento de Publicidad Normativa.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que el DS 134 también cumple con el Criterio de Generalidad. En efecto, no identifica a los destinatarios particulares, si no que se limita a detallar el universo de administrados a los que le resultaría aplicable. No obstante, como fue adelantado, éste no constituye un requisito indispensable para entender al DS 134 como una norma de carácter general. Como reconoce el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 7-2006-PI/TC, no se vulnera el principio de generalidad porque una norma no tenga como sujetos obligados a un conjunto indeterminado de la población, toda vez que se respete el principio de igualdad (2007, párr. 25 y 26). Aunque, ciertamente, el cumplimiento de este criterio es un buen indicio sobre la naturaleza del instrumento.

Por su parte, también es necesario incidir en que el hecho de que el DS 134 se encuentre referido al Aporte por Regulación y destinado únicamente a las empresas operadoras no es motivo para dejar de considerarlo como una norma de carácter general (como alegaron la PCM y el Osiptel).

En efecto, por un lado, referirse a la alícuota del Aporte por Regulación, no hace que nos encontremos ante un acto jurídico. Como explica Huapaya (2022), “(p)ara que sea un acto administrativo, sería necesario que exista un destinatario específico (...) y que el acto despliegue sus efectos en una situación individualizada” (p. 15). Por otro lado, referirse a un universo determinado tampoco lo despoja de la naturaleza de norma de carácter general. Como fue explicado, el Criterio de Generalidad no constituye uno determinante y, de todas formas, el DS 134 lo satisface al referirse a un universo de sujetos indeterminados, pero determinables. Siendo ello así, carecen de asidero jurídico las afirmaciones vertidas por la PCM y el Osiptel.

En consecuencia, al no haberse publicado el proyecto normativo del DS 134, corresponde concluir que la PCM incumplió con el marco legalmente establecido para la publicación de la barrera burocrática materia de denuncia. Por lo tanto, la barrera burocrática tendría que haber sido declarada ilegal y, por ende, inaplicada con efectos generales.

Sin perjuicio de ello, debe precisarse que, en la Resolución Final de Primera Instancia, la Comisión adoptó la interpretación propuesta por la PCM y el Osiptel. Concluyó que el Reglamento de Publicidad Normativa no sería aplicable al DS 134 dado que éste último reconocería disposiciones específicas sobre el Aporte por Regulación identificando a los agentes económicos obligados a cumplirlas, por lo que no sería una norma de carácter general.

Ello, a pesar de que, por ejemplo, dos meses antes, el 20 de mayo de 2022 la Comisión haya emitido la Resolución 179-2022/CEB-INDECOPI otorgando una

medida cautelar contra la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio (siendo esta una disposición específica sobre tercerización, identificando como agentes obligados a quienes utilizan la tercerización), por no haberse publicado su proyecto normativo de conformidad con el Reglamento de Publicidad Normativa (2022, p. 11). Y, un mes después de la Resolución Final de Primera Instancia, el 18 de agosto de 2022, mediante la Resolución 289-2022/CEB-INDECOPI, la Comisión haya declarado la prohibición de tercerización barrera burocrática ilegal por la falta de publicación de su proyecto normativo (2022, pp. 1 y 2).

Precisamente, para evitar este tipo de pronunciamientos, el 27 de marzo de 2024 la Sala emitió la Resolución 337-2023/SEL-INDECOPI, aprobando un nuevo Precedente de Observancia Obligatoria publicado el 7 de junio de 2024, mediante el cual interpretó la definición de norma de carácter general, así como los requisitos para su publicación. En concreto, adoptó la definición de norma de carácter general recogida en el artículo 4 del Reglamento de Publicidad Normativa. Asimismo, estipuló que, para identificar una norma de tal carácter, se utilizan los criterios delimitados por la Corte Suprema referidos anteriormente (2024, p. 1).

La emisión de un Precedente de Observancia Obligatoria sobre la materia, en definitiva, demuestra la inexistencia de un criterio uniforme para resolver este tipo de casos. Ante la falta de uniformidad, la Sala estableció la interpretación que deberá seguir la Comisión en el futuro. Al hacerlo, precisamente, estableció que instrumentos como el DS 134 serían normas de carácter general.

Por todo lo expuesto, habría correspondido que la Sala declare la ilegalidad de la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando las alícuotas fijadas por el DS 134. Siendo ello así, se habría tenido que concluir con el análisis y declarar su inaplicación con efectos generales.

5.3. Segundo Problema Complementario: De no haberse superado el análisis de legalidad, ¿la Sala habría tenido que declarar fundada la denuncia por motivos de carencia de razonabilidad?

De conformidad con la metodología de análisis prevista en la Ley de Barreras, únicamente corresponde realizar el análisis de razonabilidad en caso: (i) la barrera burocrática sea considerada lícita, superando el análisis de legalidad; y, (ii) el denunciante aporte “indicios suficientes” dirigidos a acreditar la carencia de razonabilidad de la medida (arbitrariedad y/o desproporcionalidad) (2016, artículos 14 y 15). Si bien se concluyó que la barrera burocrática no supera el análisis de legalidad, para efectos de la evaluación, se proseguirá con el análisis de razonabilidad.

La Ley de Barreras establece que se realiza el análisis de razonabilidad cuando la parte denunciante presente indicios suficientes dirigidos a sustentar la arbitrariedad y/o desproporcionalidad de la medida cuestionada (2016, artículos 15 y 16).

Como se detalló en la sección 2.2. del presente documento, Telefónica aportó información económica dirigida a acreditar que la barrera burocrática impuesta por la PCM sería arbitraria toda vez que: (a) no se habría demostrado existencia efectiva del problema que se buscaba solucionar (no se acreditó el déficit presupuestario); y, (b) no se habría evidenciado que la medida impuesta sea idónea para solucionarlo (no se acreditó que genere un “perfecto equilibrio” en el presupuesto del Osiptel).

A modo de ejemplo, en el Informe Económico TA-00X-2021, elaborado por la Consultora KPMG, aportado con el escrito de denuncia, se presentó el siguiente cuadro recogiendo la información sobre ejecución de presupuesto del Osiptel desde el 2016 hasta el 2021, evidenciando que, para el ejercicio 2017, en el cual según la Exposición de Motivos del DS 134 se habrían incorporado nuevas

labores al Osiptel (que justificarían la necesidad de un mayor presupuesto), existían remanentes presupuestales, los cuales se mantuvieron hasta el 2021:

Cuadro No. 15

Año	Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) ⁽¹⁾	Variación	Presupuesto Institucional Modificado (PIM)	Variación	Ejecución de ingresos	% de cumplimiento	Ejecución de gastos	% de cumplimiento
2016	82,000,000		93,904,179		121,645,401	129.54%	77,398,114	82.42%
2017	80,500,000	-1.86%	92,802,018	-1.19%	97,331,938	120.91%	86,203,487	97.10%
2018	83,867,498	4.02%	88,780,301	-4.53%	110,911,526	132.25%	80,489,432	90.66%
2019	84,353,892	0.58%	93,107,496	4.65%	114,307,821	135.51%	85,384,505	91.71%
2020	90,057,832 ⁽²⁾	6.33%	100,181,738	7.06%	103,581,718	115.02%	82,123,413	81.97%
2021	98,648,195 ⁽³⁾	8.71%	98,648,195 ⁽⁴⁾	-1.55%	105,405,336	106.85%	74,841,588	75.87%

Fuente: OSIPTEL - Información Presupuestal
Elaborado: KPMG

(1) El PIA está financiado por los Recursos Directamente Recaudados (Aportes por Regulación).

(2) El PIA 2020 está conformado por los Recursos Directamente Recaudados (S/ 84,196,580), y donaciones y transferencias (S/ 5,861,252).

(3) El PIA 2021 está conformado por los Recursos Directamente Recaudados (S/ 93,048,195), y donaciones y transferencias (S/ 5,600,000).

(4) PIM al mes de setiembre de 2021.

Nota. Tomado de *Informe Económico TA-00X-2021* (p. 25), por Consultora KPMG, 2022.

A partir de información como la expuesta, Telefónica alegó que no se demostró la existencia del déficit presupuestario y, en consecuencia, que no podía concluirse que la medida cuestionada genere un “perfecto equilibrio”. Ello teniendo en consideración que ya existían remanentes presupuestarios, incluso con la asignación de nuevas funciones al Osiptel.

Cabe precisar que se alega la existencia de un “perfecto equilibrio” dado que, de conformidad con la Norma II del TUO CT, “(e)l rendimiento de los tributos distintos a los impuestos no debe tener un destino ajeno al de cubrir el costo de las obras o servicios que constituyen los supuestos de la obligación” (2013).

De esa forma, Telefónica cumplió con presentar “indicios suficientes” dirigidos a acreditar la arbitrariedad de la medida. Después de todo, se presentaron indicios que permiten, a partir de una inferencia lógica, dudar razonablemente de la justificación esgrimida en la Exposición de Motivos del DS 134 para la imposición de la medida.

Habiéndose cumplido con presentar “indicios suficientes”¹⁸, correspondería efectuar el análisis de razonabilidad. En concordancia con el artículo 18 de la Ley de Barreras, ello supone que el órgano resolutor verifique que la medida impuesta no es arbitraria ni desproporcional, lo que implica que la parte denunciada acredite su justificación y proporcionalidad (2016).

Sobre este punto, es necesario resaltar que, mientras que la Ley de Barreras exige al denunciante aportar “indicios suficientes”, impone a la parte denunciada acreditar que la medida no es arbitraria ni desproporcional. De hecho, estipula que “(e)n caso de que la entidad no acredite alguno de los elementos indicados en los literales precedentes, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática” (2016, artículo 18). Debe notarse, pues, que superado el requisito de la presentación de “indicios suficientes”, corresponde a la parte denunciada acreditar la razonabilidad de la medida.

Ahora bien, la Ley de Barreras permite que la entidad presente información para desacreditar los indicios presentados por el denunciante (2016, artículo 17). Por ello, en respuesta a los indicios presentados por Telefónica, el Osiptel presentó mediante su escrito de descargos los Informes 73-OAJ/2022 y 92-DPRC/2021.

¹⁸ Debe concluirse que la autoridad resolutora debe exigir que los indicios presentados satisfagan un estándar probatorio bajo, es decir, que generen razonablemente una duda respecto a la justificación y/o proporcionalidad de la medida cuestionada.

Una interpretación como esta se justifica en lo siguiente: (a) la Ley de Barreras tiene como finalidad proteger el régimen constitucional económico, siendo ello así, no corresponde interpretar de forma restrictiva el acceso a un análisis que puede garantizar su protección, de conformidad con el principio de interpretación favorable; (b) el procedimiento administrativo se rige por los principios de impulso de oficio, de informalismo, de verdad material y de eficacia, por lo que el requisito de presentar “indicios suficientes” no podría interpretarse como una traba, en especial, considerando que la administración debe actuar proactivamente para encontrar la verdad material del caso; y, (c) mediante la Ley 31755, se introdujeron distintas modificaciones dirigidas a flexibilizar expresamente el requisito, toda vez que los órganos resolutores no venían aplicándolo de conformidad con la finalidad de la Ley de Barreras.

Respecto al punto materia de ejemplo, alegó que las nuevas tareas asignadas al Osiptel habrían generado costos incrementales importantes. Para acreditarlo, el Osiptel listó las nuevas tareas que le fueron asignadas y presentó el siguiente cuadro con los costos adicionales correspondientes a dichas actividades:

Cuadro N° 7: Gastos asociados a las labores adicionales del OSIPTEL

N°	NUEVAS LABORES QUE ATENDER QUE GENERAN LA NECESIDAD DE MÁS RECURSOS	HISTÓRICO					VIGENTE		PROYECCIÓN			
		2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023	2024
1	Supervisión de la Adanda Telefónica Móviles (Resolución Ministerial N° 091-2013-MTC/03 publicada en el año 2013).	19,6	4,1	2,8	1,1	0,4	0,4	0,4	0,7	0,7	0,7	0,7
2	Mayor carga de supervisión en temas de contratación (sistema biométrico/biometálico) y seguridad ciudadana.	-	-	-	-	-	-	2,1	1,7	1,7	1,7	1,7
3	Regulación y Supervisión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica	-	0,1	0,9	0,5	0,8	0,8	0,8	0,9	0,9	0,9	0,9
4	Regulación y Supervisión Proyectos Regionales (Red de Transporte y Acceso)	-	-	-	-	0,7	0,8	2,1	4,1	4,1	4,1	4,1
5	Supervisión por bloqueo de la señal de telefonía móvil en penales	-	-	-	-	0,4	0,4	0,4	0,7	0,4	0,4	0,4
6	Supervisión al acceso de las empresas emisoras de dinero electrónico a los servicios de móviles (Ley N° 29985, publicada el año 2013).	-	-	-	-	0,01	0,01	0,01	0,01	0,01	0,01	0,01
7	Supervisión al acceso de los operadores móviles virtuales a las redes de los concesionarios de telecomunicaciones (Ley N° 30083, publicada el año 2014).	-	-	-	-	0,2	0,2	0,2	0,3	0,3	0,3	0,3
8	Operadores de Infraestructura Móvil Rural (CIMR).	-	-	-	-	0,01	0,01	0,08	0,08	0,08	0,08	0,08
9	Supervisión al Reglamento de Calidad y Reglamento de Cobertura (integra la supervisión del Internet y la supervisión en zonas Rurales)	-	-	0,1	0,2	0,2	0,2	3,0	4,5	4,1	4,0	1,9
10	Supervisión a las Obligaciones de los concesionarios para geolocalizar equipos móviles (Decreto Legislativo N° 1182, publicado el año 2015).	-	-	-	-	0,04	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1
11	Supervisión a la normativa de Neutralidad de Red (Ley N° 29604)	-	-	-	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1
12	Procedimiento de mandatos para la remoción de interferencias para la ejecución de obras de infraestructura (Decreto Legislativo N° 1330).	-	-	-	-	1,3	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1
Totales en Millones de Soles		19,6	4,3	3,8	1,8	4,2	3,1	9,6	13,2	12,6	12,5	10,4

Fuente y elaboración: OSIPTEL

Tomado de *Informe 92-DPRC/2021* (p. 42), por Osiptel, 2021.

Asimismo, presentó información sobre las proyecciones de las necesidades presupuestarias del Osiptel para los años 2022 al 2024, así como escenarios de simulación para resolver dichas necesidades generando un “perfecto equilibrio”:

Cuadro N° 13: Proyecciones de la diferencia entre ingresos y gastos requeridos del OSIPTEL, 2022-2024 (en S/)

Año	Estimación puntual (base)	Necesidades presupuestales	Déficit / Superávit potencial con respecto a la base
2022	89 204 769	121 781 999	-32 577 230
2023	92 274 839	125 798 466	-33 523 627
2024	95 344 909	124 763 876	-29 418 967
Promedio	92 274 839	124 114 780	-31 839 941

Fuente y elaboración: OSIPTEL.

Tomado de *Informe 92-DPRC/2021* (p. 80), por Osiptel, 2021.

Cuadro N° 20: Déficit/Superávit del OSIPTEL en el Escenario de Simulación 6, 2022-2024 (en S/)

Año	Ingresos proyectados			Necesidades presupuestales	Déficit / Superávit potencial con respecto a la base
	Estimación puntual (base)	Intervalo de Confianza al 95%			
		Límite inferior	Límite superior		
2022	121 781 999	99 559 852	144 004 146	121 781 999	0
2023	125 798 466	100 137 175	151 459 757	125 798 466	0
2024	124 763 876	96 894 846	152 632 906	124 763 876	0
Promedio	124 114 780	98 863 958	149 365 603	124 114 780	0

Nota: simulaciones construidas bajo los supuestos de que el régimen de aportes mejora tal que hay aclaraciones o se reducen las ambigüedades en la base imponible, las disputas que eventualmente se generaron se resolvieron oportunamente a favor del OSIPTEL, la base imponible es sobre los ingresos facturados, la tasa de aportes por regulación para los servicios móviles es de 0,7997% para el 2022, 0,7998% para el 2023, y de 0,7450% para el año 2024 y se mantiene igual para el resto de servicios.
Elaboración: OSIPTEL.

Bajo el caso 6, el OSIPTEL se encontraría en perfecto equilibrio en comparación a los estimados del caso 4 y 5 a lo largo del período 2022-2024.

Tomado de *Informe 92-DPRC/2021* (p. 91), por Osipitel, 2021.

Sin embargo, no podría concluirse que ésta fue suficiente para acreditar la justificación de la medida impuesta. Debe recordarse que corresponde a la parte denunciada acreditar la justificación de la medida impuesta y no solo aportar indicios que lleven a pensar que se encuentra justificada.

Como puede advertirse, por un lado, Osipitel no acreditó los costos de las nuevas labores que tendría que financiar. Se limitó a listar montos en un cuadro sin evidenciar por qué el costo de cada actividad. En consecuencia, tampoco demostró cómo obtuvo las cifras de necesidades presupuestales para los años 2022 al 2024. Por ejemplo, si no acreditó el porqué del costo de cada actividad, entonces no podría concluirse que evidenció la proyección presupuestaria realizada para los años 2022 al 2024. En ese sentido, no podría concluirse que se cumplió con acreditar la existencia del déficit presupuestario.

Por otro lado, Osipitel no acreditó que la medida adoptada genere un “perfecto equilibrio” resolviendo idóneamente el presunto déficit presupuestario. Por

ejemplo, señaló que, para determinar la estimación de ingresos, utilizó la siguiente metodología:

$$D(APORTES_{ANUAL_t}) = \mu + \varepsilon_t \Rightarrow APORTES_{ANUAL_t} = APORTES_{ANUAL_{t-1}} + \mu + \varepsilon_t$$

donde:

- $D(APORTES_{ANUAL_{t-1}})$: es la resta del aporte efectivo en el año t menos el aporte en el año t-1. Es decir, $APORTES_{ANUAL_t} - APORTES_{ANUAL_{t-1}}$;
- $APORTES_{ANUAL_t}$: es el aporte efectivo anual en el año t, en nuevos soles corrientes.
- μ : intercepto o *drift*.
- ε_t : término de error.

Tomado de *Informe 92-DPRC/2021* (p. 108), por Osiptel, 2021.

Sin embargo, en ningún extremo evidenció que la aplicación de dicha fórmula haya llevado a la estimación de ingresos considerada para establecer la alícuota del Aporte por Regulación. Por tanto, tampoco podría concluirse que se cumplió con acreditar que la imposición de la medida sea idónea para resolver el déficit presupuestario, generando un “perfecto equilibrio”.

Por todo lo expuesto, y bajo este escenario hipotético, correspondería declarar la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.

Sin perjuicio de lo señalado, debe tenerse en cuenta que, mediante la Resolución Final de Primera Instancia, la Comisión concluyó que la medida cuestionada superó el análisis de razonabilidad. En buena cuenta, ello dado que “(...) la normativa vigente no exige un nivel de detalle específico para el análisis o sustento de la imposición de contribuciones (...)” (2022, p. 73).

No obstante, la Comisión debió analizar materialmente la información disponible y no limitarse a revisar formalmente la apariencia de la razonabilidad. Es decir, debió analizar, verdaderamente y más allá de lo alegado por la parte denunciante, que haya existido un déficit presupuestario y que la medida

impuesta habría logrado generar un “perfecto equilibrio”. Ello dado que la normativa vigente sí exigía que efectúe un análisis con dicho nivel de detalle específico.

En primer lugar, la literalidad de la Ley de Barreras es clara al establecer que la entidad debe acreditar que la medida no es arbitraria ni desproporcionada; caso contrario se declara la carencia de razonabilidad de la medida cuestionada (2016, artículo 18). La normativa habla de “acreditar”, a diferencia de como lo hace para el denunciante, que señala que debe aportar “indicios suficientes”.

Es decir, se establece expresamente que la parte denunciada debe demostrar que la medida impuesta no es carente de razonabilidad. Ello implica, en definitiva, que el órgano resolutor valore si la información proporcionada evidencia la existencia del problema que se busca resolver y si la medida es idónea para hacerlo. En este caso, si verdaderamente existe un déficit presupuestario y si la medida genera un “perfecto equilibrio” en el presupuesto.

De todas formas, cuando menos, el estándar probatorio que debe satisfacer la parte denunciada es mayor al estándar exigido a la parte denunciante. Si ello es así, no podría concluirse que se cumplió con acreditar la razonabilidad de la medida toda vez que el Osiptel presentó información con el mismo nivel de detalle que Telefónica.

En segundo lugar, y como fue explicado en extenso en la sección 5.1.1. del presente informe, la Ley de Barreras tiene por finalidad proteger el régimen constitucional económico, y los derechos a la libertad de empresa y libre iniciativa privada reconocidos en la Constitución; garantizando que las medidas impuestas en ejercicio de la función administrativa no limiten más allá de lo estrictamente necesario dichas libertades.

En ese sentido, la finalidad de la Ley de Barreras determina que la autoridad resolutora deba efectuar un análisis con el nivel de detalle específico referido.

De no ser así, tendría que aceptarse que resulta posible declarar la razonabilidad de una medida que no limite en la medida de lo necesario las libertades económicas que busca proteger la Ley de Barreras. Por ejemplo, al no haberse realizado un análisis con el nivel de detalle referido, la Comisión podría haber aceptado la razonabilidad del cobro del Aporte de Regulación utilizando la alícuota fijada por el DS 134, a pesar de que genere excedentes presupuestarios, yendo más allá de lo estrictamente necesario. Esta interpretación es concordante con el principio de interpretación favorable que determina que el órgano resolutor debe adoptar el sentido que mejor haga cumplir la finalidad de la Ley de Barreras.

En tercer lugar, el principio de verdad material determina que el análisis de razonabilidad deba ser efectuado con el detalle suficiente para concluir que la medida impuesta es realmente razonable. Ciertamente, este principio, reconocido en el numeral 1.11 del artículo IV del TUO de la LPAG, determina que “(...) la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones (...)” (2019). Dado que el análisis de razonabilidad tiene por finalidad verificar que la medida denunciada no limite más allá de lo estrictamente necesario los derechos a la libertad de empresa y libre iniciativa privada, debe concluirse que la autoridad resolutora tiene que verificar plenamente la información presentada por las partes para determinar si verdaderamente la medida cuestionada es razonable.

Finalmente, la Exposición de Motivos de la Ley de Barreras lleva a la misma conclusión. Mediante esta, el Poder Ejecutivo dispone expresamente que “(...) la Comisión o la Sala deberá analizar si, de manera previa a la imposición de la misma, la entidad de la Administración Pública evaluó su razonabilidad (...)” (2016, p. 17)¹⁹. En ese sentido, se entiende que el objeto del análisis de razonabilidad es verificar si la entidad denunciada impuso la medida habiendo analizado su razonabilidad previamente.

¹⁹ A través de la Ley 31755, se modificó el artículo 18 estipulando expresamente que el órgano resolutor debe verificar que la entidad denunciada cumplió con determinar que la medida impuesta no es arbitraria ni carente de razonabilidad “(...) al momento de la elaboración y emisión de la medida cuestionada” (2023), tal como lo estableció la Exposición de Motivos de la Ley de Barreras desde un primer momento.

Si ello es así, es razonable exigir que la entidad denunciada esté en capacidad de acreditar a cabalidad que la medida es razonable. No tendría asidero considerar que la autoridad resolutora pueda efectuar un análisis formalista de la información presentada, pero exigir a la entidad denunciada que acredite que evaluó la razonabilidad de la medida de forma previa a su imposición. Después de todo, la entidad tendría que estar en capacidad de aportar toda la documentación que demuestre un verdadero análisis de razonabilidad ex ante.

En atención a todo lo expuesto, se concluye que la Comisión efectuó un análisis equivocado de la razonabilidad de la medida y; en línea con lo explicado, que correspondería declarar la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática.

VI. OPINIÓN SOBRE EL CASO

En mi experiencia, como ocurre en el caso analizado, es usual que la Comisión y la Sala se limiten a verificar aspectos formales para analizar la procedencia de las denuncias interpuestas, así como la legalidad y/o razonabilidad de las barreras burocráticas cuestionadas.

Por ejemplo, al efectuar el análisis de procedencia, los órganos resolutores se limitan a mencionar cuáles son los elementos constitutivos de una barrera burocrática, pero no suelen desarrollar su contenido. Al realizar el análisis de legalidad, se atienen a la literalidad de la normativa, en lugar de interpretar qué es lo que la norma de rango de ley buscó estipular. Y, al desarrollar el análisis de razonabilidad, se limitan a verificar si la parte denunciada presentó información que logre aparentar la razonabilidad de la medida, y no determinan si, realmente, se acredita su razonabilidad.

En el presente caso, respecto a la procedencia, la Sala no advirtió que son barreras burocráticas aquellas medidas que generan un efecto restrictivo vinculante en ejercicio de la función administrativa. De esa forma, recurrió a una

motivación equivocada y novedosa para explicar que ninguna de las medidas cuestionadas podía considerarse barreras burocráticas, al tratarse de elementos derivados de un tributo creado por norma de rango legal.

Respecto al análisis de legalidad, la Comisión olvidó qué es una norma de carácter general, y fue en contra de los criterios que adoptó con anterioridad y con posterioridad a su decisión.

Respecto al análisis de razonabilidad, la Comisión se limitó a aceptar lo mencionado por el Osiptel, a pesar de que no haya presentado información suficiente para acreditar sus afirmaciones. En ese sentido, avaló la subsistencia de una barrera burocrática que podría limitar más allá de lo estrictamente necesario los derechos a la libertad de empresa y libre iniciativa privada.

Considero que este tipo de decisiones surge por dos razones. Por un lado, porque no se tiene presente la finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas al momento de resolver. Por otro lado, porque existe temor al resolver casos complejos como este.

Por ejemplo, ¿qué hubiera pasado si se declaraba la ilegalidad de las alícuotas determinadas por el DS 134? Se habría dispuesto su inaplicación con efectos generales, ocasionando un grave conflicto con el Osiptel (y otros organismos reguladores). ¿Qué hubiera ocurrido si se declaraba la carencia de razonabilidad de dicha medida? Más allá de declararse su inaplicación al caso en concreto, se habría sujetado a la PCM a efectuar un análisis ex ante de la razonabilidad de este tipo de medidas con la seriedad requerida, y no solo brindando una apariencia de razonabilidad. Al hacerlo, se habría enviado un mensaje a las otras entidades de la administración pública sujetándolas a realizar este tipo de evaluación en todos los casos.

En atención a ello, soy de la opinión que resolver en atención a la finalidad del procedimiento ayudaría a erradicar esta problemática. Por un lado, porque

coadyuvaría a tomar decisiones adecuadas. Por otro lado, porque dotaría de legitimidad las decisiones de los órganos resolutores, haciendo que resulte de mayor complejidad que la opinión pública cuestione sus decisiones.

De esta forma, sería posible inaplicar múltiples medidas que constituyen reales trabas para el desarrollo de actividades económicas, cuya imposición ilegal y/o carente de razonabilidad genera una restricción ilegítima a las libertades económicas reconocidas por la Constitución.

VII. CONCLUSIONES

1. La finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas es controlar la actuación de la administración pública frente a las intromisiones ilegítimas que pueda imponer a las libertades económicas de los particulares, a efectos de proteger el régimen constitucional económico. En ese sentido, el análisis de procedencia debe ser efectuado de forma tuitiva. En caso de duda sobre la naturaleza de la medida cuestionada, corresponde admitir a trámite la denuncia para analizar su legalidad y/o carencia de razonabilidad, de conformidad con el principio de interpretación favorable.
2. Son barreras burocráticas aquellas medidas originadas en ejercicio de la función administrativa, que imponen un efecto restrictivo vinculante, en concreto o en abstracto, materializadas en actos administrativos, disposiciones administrativas (incluyendo ordenanzas) y/o actuaciones materiales, susceptibles de afectar de forma real o potencial, en alguna medida, el acceso y/o permanencia de un agente económico en el mercado, salvo por aquellas medidas cuyo conocimiento distorsiona la finalidad del procedimiento o las que se encuentren expresamente excluidas por ley.
3. El Aporte por Regulación es un tributo vinculado de tipo contribución que se encuentra sujeto a reserva de ley relativa. Siendo ello así, sus elementos

constitutivos deben crearse por ley o decreto legislativo y, será posible derivar la regulación de alguno de estos a la vía reglamentaria, siempre que la norma constitutiva indique los parámetros bajo los cuales debe fijarse o determinarse el elemento correspondiente.

La determinación en concreto de alguno de los elementos del tributo, a través de una norma reglamentaria, como consecuencia de la derivación efectuada por la norma constitutiva del tributo, no se encuentra cubierta por la reserva de ley. Por tanto, debe entenderse que su reglamentación se realiza en ejercicio de la función administrativa.

4. Dado que el artículo 10 de la Ley Marco estipula que el Aporte por Regulación será fijado sobre la base de la facturación anual, correspondía concluir que no constituye barrera burocrática la fijación de la base de cálculo sobre la facturación anual, materializada en el DS 134, toda vez que la Ley Marco impone la exigencia del cobro del Aporte por Regulación utilizando dicha base.

Sin embargo, es equivocado que la Sala haya concluido que la creación del Aporte por Regulación por norma de rango legal suponga que sus elementos establecidos a través de disposiciones administrativas no puedan cuestionarse como barreras burocráticas. Justamente, cuando una ley autoriza que alguno de los elementos del tributo se fije por reglamento o disposición administrativa (reserva de ley relativa), no hace cosa distinta que autorizar que dicho elemento sea impuesto en ejercicio de la función administrativa. Por tanto, su motivación fue inválida.

5. Por otro lado, correspondía concluir que sí constituye barrera burocrática la fijación de las alícuotas del Aporte por Regulación materializadas en el DS 134. Ello dado que la ley establece parámetros para su establecimiento y ordena que la alícuota sea determinada vía decreto supremo, es decir, en ejercicio de la función administrativa. De ese modo, es con la medida denunciada que se exige el cobro del Aporte por Regulación utilizando las

alícuotas cuestionadas. Por tanto, dicha exigencia sí constituye una barrera burocrática. Se trata de una medida restrictiva vinculante, impuesta en ejercicio de la función administrativa, materializada en una disposición administrativa, susceptible de afectar la actividad económica de Telefónica (al elevar los tributos que debe pagar al Osiptel).

En distintos pronunciamientos, los órganos del Indecopi se han pronunciado señalando que las alícuotas del Aporte por Regulación, previsto en el artículo 10 de la Ley Marco, constituyen barreras burocráticas. Sin embargo, la Sala no tuvo en consideración estos pronunciamientos al emitir la resolución materia de análisis.

6. En caso se hubiera determinado la procedencia del cuestionamiento de dicha barrera burocrática, habría correspondido declarar la ilegalidad de dicha medida por no haberse cumplido el procedimiento legal establecido para su imposición. Ello en tanto el DS 134 se trata de una norma de carácter general, cuyo proyecto normativo debió ser publicado previo a su entrada en vigencia, de conformidad con el Reglamento de Publicidad Normativa.
7. Finalmente, en el supuesto hipotético que hubiera correspondido efectuar el análisis de razonabilidad de la medida, habría correspondido declarar su carencia de razonabilidad. Ello se debe a que Telefónica cumplió con presentar “indicios suficientes” sobre la falta de justificación de la medida. Sin embargo, la parte denunciada no pudo acreditar la existencia de un déficit presupuestario que amerite su imposición, ni que la medida resuelva dicho problema de forma idónea, generando un “perfecto equilibrio” en el presupuesto del Osiptel.

Cabe resaltar que hubiera correspondido que la Sala analice, verificando el fondo de la documentación proporcionada y en función de cálculos aritméticos, si la información presentada por la parte denunciada era

suficiente para concluir la existencia de un déficit presupuestario y que las medidas cuestionadas habrían generado un “perfecto equilibrio”.

Este nivel de análisis hubiera resultado necesario dado que, caso contrario, tendría que consentirse la posibilidad de que subsista la imposición de medidas que limitan las libertades económicas más allá de lo estrictamente necesario, desprotegiendo el régimen constitucional económico.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Normativa y documentos oficiales:

Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EE.UU. 1 de febrero de 2009.

Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República (2023). *Dictamen en mayoría recaído en los Proyectos de Ley 500/2021-CR y 4185/2022-CR, que propone la "Ley que modifica los artículos 3, 4, 7, 8, 9, 14, 15, 16, 18, 19, 23, 24, 27, 46 y 49 del Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas"*. 16 de marzo de 2023.

Constitución Política del Perú [Constitución]. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Decreto Legislativo 1256 [Poder Ejecutivo]. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. 8 de diciembre de 2016.

Decreto Supremo 1-2009-JUS [MINJUS]. Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General. 15 de enero de 2009.

Decreto Supremo 133-2013-EF [MEF]. Texto Único Ordenado del Código Tributario. 22 de junio de 2013.

Decreto Supremo 4-2019-JUS [MINJUS]. Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. 25 de enero de 2019.

Decreto Supremo 134-2021-PCM [PCM]. Decreto Supremo que establece disposiciones sobre el régimen del Aporte por Regulación del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones. 18 de julio de 2021.

Gob.pe (14 de enero de 2024). *Aporte por Regulación al OSIPTEL*.
<https://www.gob.pe/34814-aporte-por-regulacion-al-osiptel-base-imponible-y-alicuota>

Indecopi (2021). *El ABC Para la presentación de denuncias por la imposición de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad*.
<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/12/ABC-Barreras-burocraticas-Indecopi-LPDerecho.pdf>

Ley 27332 [Congreso de la República]. Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. 29 de julio de 2000.

Ley 27336 [Congreso de la República]. Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL. 5 de agosto de 2000.

Ley 31755 [Congreso de la República]. Ley que modifica el Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. 30 de mayo de 2023.

MINJUS (2011). *Exposición de Motivos del Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General*. 14 de junio de 2011.
<https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2009/enero/15/EXP-DS-001-2009-JUS.pdf>

Osiptel (2021). *Informe 92-DPRC/2021*. 14 de junio de 2021.

Poder Ejecutivo (2016). *Exposición de Motivos del Proyecto de Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas*. 15 de diciembre de 2016.

Presidencia del Consejo de Ministros (2021). *Exposición de Motivos del Decreto Supremo que establece disposiciones sobre el régimen del aporte por regulación del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones*. 14 de julio de 2021.

Resoluciones y sentencias:

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (2022). Resolución 179-2022/CEB-INDECOPI. 20 de mayo de 2022.

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (2022). Resolución 258-2022/CEB-INDECOPI. 12 de julio de 2022.

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (2022). Resolución 289-2022/CEB-INDECOPI. 18 de agosto de 2022.

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (2023). Resolución 663-2023/CEB-INDECOPI. 5 de mayo de 2023.

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (2024). Resolución 72-2024/CEB-INDECOPI. 1 de marzo de 2024.

Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial. Sentencia de Casación 25135-2018. 9 de marzo de 2021.

Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial. I Pleno Jurisdiccional en Materias Constitucional y Contencioso Administrativo. 10 de diciembre de 2015.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ca9e65804bbb079bb028f3683d1737f8/Primer+Pleno+Supremo+Constitucional.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ca9e65804bbb079bb028f3683d1737f8>

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución 64-2017/SDC-INDECOPI. 8 de febrero de 2017.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución 65-2017/SDC-INDECOPI. 8 de febrero de 2017.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución 66-2017/SDC-INDECOPI. 8 de febrero de 2017.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución 67-2017/SDC-INDECOPI. 8 de febrero de 2017.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución 490-2017/SDC-INDECOPI. 18 de agosto de 2017.

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (2018). Resolución 116-2018/SEL-INDECOPI. 2 de mayo de 2018.

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (2023). Resolución 700-2023/SEL-INDECOPI. 10 de noviembre de 2023.

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (2019). Resolución 454-2019/SEL-INDECOPI. 11 de noviembre de 2019.

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (2023). Resolución 420-2023/SEL-INDECOPI. 25 de agosto de 2023.

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi (2024). Resolución 337-2023/SEL-INDECOPI. 27 de marzo de 2024.

Tribunal Constitucional. Expediente 2762-2002-AA/TC. 30 de enero de 2003.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02762-2002-AA.html>

Tribunal Constitucional. Expediente 3303-2003-AA/TC. 28 de junio de 2004.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03303-2003-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. Expediente 1520-2004-AA/TC. 9 de diciembre de 2005.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01520-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. Expediente 7-2006-PI/TC. 22 de junio de 2007.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00007-2006-AI.html>

Tribunal Constitucional. Expediente 579-2008-PA/TC. 5 de junio de 2008.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>

Tribunal Constitucional. Expediente 14-2009-PI/TC. 25 de agosto de 2010.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00014-2009-AI.html>

Tribunal Constitucional. Expediente 615-2011-PA/TC. 8 de abril de 2011.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00615-2011-AA%20Resolucion.html>

Tribunal Constitucional. Expediente 3092-2021-PA/TC. 13 de setiembre de 2022.

Tribunal Constitucional. Expediente 3290-2019-PA/TC. 4 de octubre de 2022.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2022/03290-2019-AA.pdf>

Tribunal Fiscal. Resolución 416-1-2009. 15 de enero de 2009.
https://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/jurisprude/acuer_sala/2009/resolucion/2009_1_00416.pdf

Doctrina:

Alejos, O. y Suárez, A. (2022). Las barreras del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para acceder al mercado. Una revisión del modelo de control administrativo. *Revista digital de Derecho Administrativo – Universidad Externado de Colombia*, (28), pp. 201-222.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/7858/12807>

Consultora KPMG (2022). *Informe Económico TA-00X-2021*. 17 de enero de 2022.

Huayapa, R. (2010). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la “Regulación”. *IUS ET VERITAS*, (40), pp. 302-344.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12157/12722>

Huapaya, R. (2022). *Informe sobre la aplicación del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS al Decreto Supremo N° 134-2021-PCM*. 5 de octubre de 2022.

Kresalja, B., y Ochoa, C. (2019). *Derecho constitucional económico*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ochoa, F. (2014). Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* 10(19), pp. 1-56.

<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/10/9>

Ruiz de Castilla, F. (2018). *Derecho Tributario: Temas Básicos*. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170670/11%20Derecho%20tributario%20con%20sello.pdf?fbclid=IwAR0uHjsSVfMoRafgSxWqWEfW3ISvFR4U0-P7HLYvk1i5wsW8pf_I7NIq6M8

Salazar, R. (s/f) *El Concepto de la Administración Pública en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y algunos conceptos vinculados, necesarios para su comprensión*

<https://www.studocu.com/pe/document/universidad-privada-del-norte/derecho-administrativo/ricardo-salazar-chavez-el-concepto-de-administracion-publica-en-la-lpag-ley-27444-y-alguos-conceptos-vinculados-necesarios-para-su-comprension/70527677>

Tassano, H (2008). Los Organismos Reguladores de Servicios Públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (4), pp. 89-106.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14527/15137>

Villegas, P. (2015). El aporte por regulación en la industria de electricidad: el caso del organismo de evaluación y fiscalización ambiental. *Revista de Derecho Administrativo*, (15), pp. 199-216.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/15177/15667>

Zegarra, D. (2008). El marco institucional y normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL. *Revista de Derecho Administrativo*, (5), pp. 132-149.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14494/15105>





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS
DENUNCIANTE : TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.
DENUNCIADA : PRESIDENCIA DE CONSEJO DE MINISTROS
TERCEROS : MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
ADMINISTRADOS : ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES
MATERIA : PROCEDENCIA
ACTIVIDAD : TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: se **REVOCA** la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2022; y, en consecuencia, se declara **IMPROCEDENTE** la denuncia con respecto al cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente, materializado en el inciso a) del numeral 3.1. del artículo 3 del Decreto Supremo 134-2021-PCM.

Por otro lado, se **CONFIRMA** la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2022, en el extremo que declaró improcedente la denuncia con respecto al cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones calculado sobre el valor de la facturación anual de la empresa operadora, materializado en el artículo 2 del Decreto Supremo 134-2021-PCM.

La razón es que las medidas denunciadas no califican como barrera burocrática en los términos del Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, por lo que no resulta jurídicamente posible que sean evaluadas por los órganos resolutivos competentes en materia de eliminación de barreras burocráticas, de acuerdo con el artículo 427 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aplicable en virtud del artículo 27 del Decreto Legislativo 1256.

Lima, 24 de febrero de 2023

I. ANTECEDENTES

1. El 18 de enero y el 14 de febrero de 2022, Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, la denunciante) interpuso una denuncia ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) en contra de la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, la PCM) por la imposición de las siguientes barreras burocráticas presuntamente ilegales y/o carentes de razonabilidad:
 - (i) El cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, el Osiptel) utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente, materializado



en el inciso a) del numeral 3.1. del artículo 3 del Decreto Supremo 134-2021-PCM¹, Decreto Supremo que establece disposiciones sobre el régimen del aporte por regulación del Osiptel (en adelante, el Decreto Supremo 134-2021-PCM).

- (ii) El cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Osiptel calculado sobre el valor de la facturación anual de la empresa operadora, materializado en el artículo 2 del Decreto Supremo 134-2021-PCM².

2. Fundamentó su denuncia en los siguientes argumentos:

- (i) No cuestiona las facultades normativas de la PCM para modificar la alícuota del aporte por regulación ni las potestades fiscalizadoras del Osiptel o su derecho para percibir tal aporte, ni la obligación de las empresas operadoras de pagar el aporte por regulación, lo que claramente se encuentra delimitado en el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, la Ley 27332).

Sobre la presunta carencia de razonabilidad de las alícuotas fijadas para los años 2022, 2023 y 2024

- (ii) El Informe TA-001-2022 (en adelante, el Informe) elaborado por la Consultora KPMG, concluye que la modificación de la alícuota no se encuentra debidamente justificada, pues no se evidencia una real necesidad de contar con mayores recursos económicos para cubrir las actividades de supervisión y regulación del Osiptel.

¹ **DECRETO SUPREMO 134-2021-PCM, DISPOSICIONES SOBRE EL RÉGIMEN DEL APOORTE POR REGULACIÓN DEL OSIPTEL**

Artículo 3.-Fijación de Alícuotas del Aporte por Regulación

3.1 Fíjese la alícuota del Aporte por Regulación, de acuerdo a los siguientes porcentajes:

- a) Para el período 2022-2024, tratándose de las operaciones relacionadas con las actividades que involucran la prestación de los servicios públicos móviles de telefonía móvil, de comunicaciones personales, de troncalizado digital y de acceso a internet móvil, se aplican los siguientes porcentajes sobre la base de cálculo señalada en el artículo 2 del presente Decreto Supremo:

Porcentajes		
2022	2023	2024
0,7997%	0,7998%	0,7450%

(...)

² **DECRETO SUPREMO 134-2021-PCM, DISPOSICIONES SOBRE EL RÉGIMEN DEL APOORTE POR REGULACIÓN DEL OSIPTEL**

Artículo 2.-Base de cálculo del Aporte por Regulación del OSIPTEL

La contribución denominada Aporte por Regulación, que deben pagar al OSIPTEL las empresas operadoras que cuenten con concesión o registro para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, entre las que se comprende a las empresas comercializadoras, es calculada sobre el valor de su facturación anual, que corresponda a las operaciones relacionadas con la actividad de supervisión y regulación del OSIPTEL, deducido el Impuesto General a las Ventas, el Impuesto de Promoción Municipal y los cargos de interconexión pagados.



- (iii) La modificación de las alícuotas se debería a problemas presupuestales y de recaudación del Osiptel, de acuerdo con lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo 134-2021-PCM.
- (iv) En cuanto a los problemas presupuestales, este se justificaría en que el mercado de telefonía móvil ha crecido sustancialmente y de forma dispar con el mercado de telefonía fija, cuyo único sustento se desarrolla en su Exposición de Motivos a través de gráficos que comparan el presupuesto del Osiptel con el número de servicios de telefonía móvil y una muestra de la evolución de líneas de telefonía móvil entre 1994 y 2019, así como de argumentos sobre una supuesta disparidad en la expansión de servicios móviles frente a los servicios fijos.
- (v) No se ha brindado información, data y justificación de cómo los factores comentados determinan realmente que el Osiptel tenga mayores costos y que, además, estos no sean cubiertos por los aportes recaudados mediante los criterios vigentes hasta antes del Decreto Supremo 134-2021-PCM.
- (vi) El crecimiento del mercado no tiene como consecuencia necesaria que se requieran mayores recursos para su supervisión y regulación y ello tampoco implica que la recaudación por aportes no cubra tales costos. Al ser el aporte un porcentaje de ingresos, el crecimiento del mercado conlleva necesariamente al crecimiento de la recaudación de los aportes, considerando que, si bien la alícuota que pagan las empresas supervisadas se ha mantenido estable, ello no determina que sea un importe fijo.
- (vii) Contrariamente con lo señalado en la mencionada Exposición de Motivos, la cantidad de aportes pagados ha crecido con el mercado de telefonía móvil. Lo que se debería acreditar es que el aumento en costos de fiscalización y supervisión no se ve cubierto con el aumento en la recaudación derivada del crecimiento del mercado; sin embargo, esto no es tratado al justificarse el Decreto Supremo 134-2021-PCM.
- (viii) De acuerdo con el Informe TA-001-2022, de la revisión del documento denominado “Análisis de Desempeño Financiero del Sector de Telecomunicaciones de Enero a Junio del 2021”, el Osiptel ha indicado que en este periodo de tiempo se evidencia una recuperación importante de las inversiones, en ese sentido, con un mayor nivel de inversión y un mayor nivel de facturación, la cantidad de ingresos que obtendrá por el aporte por regulación se incrementará, pudiendo con ello solventar los costos correspondientes a sus labores de supervisión y regulación (las cuales, al ejercicio 2019, ascendían a un importe aproximado de S/ 19 millones). El Osiptel, por tanto, tendría mayor disponibilidad de recursos de los que la Exposición de Motivos alega.
- (ix) Si bien la Exposición de Motivos también se refiere a un crecimiento asimétrico entre el mercado de telefonía móvil frente al de telefonía fija, no



se explica en qué medida ello justificaría una alícuota más elevada para el pago de aportes de un servicio en particular. Por ello, en el Informe TA-001-2022 se concluye que este motivo no justifica razonablemente el incremento en las alícuotas y la ampliación de la base de cálculo.

- (x) Otro de los argumentos que justificaría el incremento de la alícuota es que, como consecuencia del crecimiento del mercado, la cantidad de reclamos por servicios de telefonía móvil ha incrementado, lo que implicaría mayores costos para atender dichos reclamos. Como evidencia de ello, la Exposición de Motivos no cuenta con mayor argumentación, pero sí contiene cuadros y gráficos que mostrarían esta tendencia.
- (xi) La finalidad del aporte por regulación que pagan las empresas operadoras al Osiptel es financiar actividades de supervisión y regulación. Esto es importante puesto que, al intentar justificar una necesidad presupuestal para la tarea de atención de reclamos, se están mezclando actividades que no corresponden (además de no brindar información sobre en qué consistirían específicamente las actividades que comprenden las funciones de supervisión y regulación).
- (xii) De la Ley 27332 y el Reglamento de Organización y Funciones del Osiptel, aprobado por el Decreto Supremo 160-2020-PCM, resulta claro que la función de solución de reclamos de usuarios, así como la de solución de controversias, se encuentra claramente diferenciada de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción. Esto determina que tales funciones son distintas y no deben confundirse y mezclarse entre sí, al menos para la determinación de las alícuotas de aportes por regulación.
- (xiii) En el Informe TA-001-2022 se concluye que, debido a que el cobro de la contribución del aporte por regulación del Osiptel se justifica en la actuación estatal (hecho generador) vinculada a las actividades de supervisión y regulación (aspecto material del aporte), no se explica cómo el mayor costo que eventualmente podrían generar las funciones de solución de controversias y reclamos incidirían y tendrían un impacto en el costo que corresponde a dichas actividades de supervisión y regulación.
- (xiv) Incluso si a través del aporte por regulación se financiaran actividades de solución de reclamos y controversias (aunque la literalidad de las normas citadas demuestra que no), lo cierto es que esta tampoco sería una justificación válida para incrementar la alícuota puesto que de los propios gráficos incluidos en la Exposición de Motivos evidencian que la cantidad de reclamos y apelaciones ha disminuido de 2017 a 2018 y de 2018 a 2019.
- (xv) En el Informe TA-001-2022, de la revisión de documentos publicados por el propio Osiptel, se acredita que de 2018 a 2020, dadas las medidas y acciones realizadas por el Osiptel, se ha logrado una reducción gradual en



la cantidad de reclamos; y, que la cantidad de apelaciones y quejas en segunda instancia ha presentado la misma tendencia a la baja.

- (xvi) Lejos de existir una necesidad de financiar el costo de atención de una mayor cantidad de reclamos, en realidad existe una menor incidencia de estos, por lo que las razones que se anotan sobre el aumento de las labores del Osiptel relacionados a reclamos, apelaciones y quejas, no se evidencia que éste sea un motivo que justifique razonablemente el incremento en la alícuota del aporte por regulación y la ampliación de la base de cálculo.
- (xvii) La Exposición de Motivos del Decreto Supremo 134-2021-PCM señala que desde el año 2013 en adelante, los Poderes Ejecutivo y Legislativo han ido asignando al Osiptel, como parte de las actividades de regulación y supervisión, más labores sin el respectivo acompañamiento presupuestal adicional. Sin embargo, en el Informe se concluye que tales tareas han sido asignadas desde ejercicios anteriores a 2021, por lo que los costos asociados (cuyo importe no ha sido presentado como parte de la Exposición de Motivos) se encuentran incluidos en el total del costo del servicio de supervisión y regulación del Osiptel.
- (xviii) No existe evidencia concreta de los costos asociados a dichas actividades, de tal manera que se demuestre el impacto que estas habrían tenido sobre el presupuesto de la entidad. Por el contrario, el Informe sí provee evidencia concreta de lo opuesto: desde 2016 hasta septiembre de 2021, el porcentaje de cumplimiento de los ingresos y de gastos del Osiptel se ha mantenido por debajo del 100%.
- (xix) La ejecución de ingresos y gastos siempre ha mantenido un equilibrio respecto del Presupuesto Institucional Modificado, el cual no ha sido sobrepasado. Esta situación de equilibrio presupuestal se replica respecto de los ejercicios 2019, 2020 y 2021. De esta manera, se verifica que, aun cuando para el ejercicio 2017, el Osiptel tenía asignadas mayores labores, los gastos relacionados con su ejecución no sobrepasaron su presupuesto e inclusive, para el ejercicio 2018, se observa que la ejecución de gastos disminuye a un porcentaje de cumplimiento del 90.66%, quedando un remanente que no ha sido destinado a cubrir algún costo adicional, con lo cual se infiere que, para la realización de las nuevas tareas, se ha contado con el presupuesto debido, y no ha sido necesario requerir de mayores recursos.
- (xx) En la Memoria Institucional del ejercicio 2018 se destacó que, a pesar de haber recibido nuevas funciones asignadas por los poderes Ejecutivo y Legislativo sin el correspondiente presupuesto, que elevan sus necesidades institucionales, se monitoreó la gestión y se establecieron medidas de racionalidad del gasto, con el fin de lograr su reducción y mantener el equilibrio presupuestal, con lo que se ha alcanzado a ejecutar el 92% de su Presupuesto Institucional Modificado (PIN). En otras palabras,



el Osiptel es una entidad que maneja de manera eficiente sus recursos, nunca sobrepasándolos. Por el contrario, para 2020 casi un quinto de su presupuesto no habría sido ejecutado.

- (xxi) Según información de los costos de las nuevas actividades o tareas asignadas al Osiptel, que obran como Anexo A del Informe, se ha verificado que algunas de estas actividades se encontraban asignadas incluso antes de 2017, año que se indica como inicio de las tareas en la Exposición de Motivos. De otro lado, también se advierte que, del ejercicio 2021 en adelante, hay un incremento exponencial en los costos de las nuevas tareas asignadas; no obstante, no se detallan las razones que habrían motivado el aumento de las proyecciones de los costos, ni se ha proporcionado sustento que acredite por qué los ingresos que se obtendrían producto de aplicar la alícuota actual no serían suficientes para cubrirlos.
- (xxii) No se verifica alguna sustentación metodológica que permita comprobar que, en efecto, el Osiptel se encuentra expuesto a potenciales déficits que hagan necesario contar con mayores ingresos para alcanzar un equilibrio presupuestal a partir del ejercicio 2022.
- (xxiii) En el Cuadro 6 de la Exposición de Motivos se hace una comparación entre la estimación de presupuesto que estará disponible para 2022, 2023 y 2024 y las necesidades presupuestales en función a las cuales se habrían determinado los valores de las alícuotas; sin embargo, contiene afirmaciones presupuestales que no encuentran sustento en ningún extremo del Decreto Supremo 134-2021-PCM ni de su Exposición de Motivos, por lo que resulta imposible verificar el verdadero estado de las cosas y, con ello, si el Osiptel realmente requiere de un mayor presupuesto, sobre todo si la evidencia incluida en el Informe apunta en la dirección opuesta.
- (xxiv) Si bien se presenta una disminución importante en los ingresos obtenidos por el Osiptel producto de los aportes por regulación, en la Exposición de Motivos del Decreto Supremo 134-2021-PCM se ha señalado que esta dimensión de la problemática se ha generado producto de contingencias por cobrar y pagar. Es decir, la problemática se explicaría no en una carente o deficiente regulación sustantiva en torno al aporte por regulación en sí mismo, sino por una menor captación de estos aportes por razones de índole recaudatoria que no están asociadas con la alícuota, la base de cálculo, ni algún otro aspecto o elemento de configuración del tributo.
- (xxv) Se pretende justificar que los costos de supervisión y regulación no pueden ser cubiertos con los ingresos presupuestados bajo el régimen actual, aludiendo a aspectos exógenos como la menor recaudación de los aportes por parte del Osiptel, sin precisar o especificar las razones



del por qué no ha hecho efectivo su cobro, señalándose únicamente la existencia de “contingencias por cobrar y pagar”.

- (xxvi) Si la raíz del problema no es un aspecto propio del tributo (ya sea material, subjetivo, espacial o temporal), sino un factor externo como la recaudación, entonces no resulta razonable que la solución sea un aumento de la alícuota y una ampliación de la base imponible.
- (xxvii) No se evidencian justificaciones razonables y adecuadas para aumentar la alícuota del aporte por regulación. Por un lado, no se ha demostrado la existencia de un verdadero problema del Osiptel que requiera de una intervención regulatoria como esta. De otro lado, asumiendo que dicho problema existiría, tampoco existe una adecuada justificación de por qué sería solucionado a través de la modificación de la alícuota del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil.

Sobre la ilegalidad de la medida detallada en el punto (i) del primer párrafo de la presente resolución:

- (xxviii) Al determinar el valor del aporte por regulación como contribución, se debe tener en cuenta únicamente los costos asociados a estas obras o actividades, por lo que el cálculo que incluya aspectos ajenos a estos implicará una innegable violación a la Norma II, como lo estableció la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución 0064-2017/SDC-INDECOPI.
- (xxix) En este caso, parte de la justificación brindada para modificar la alícuota del aporte por regulación sería una supuesta necesidad de financiar el costo de atender reclamos de usuarios; sin embargo, tal función es distinta a las de supervisión y regulación, es decir, de los hechos generadores de la contribución. Lo mismo ha ocurrido al considerar como parte de la justificación de la mencionada modificación la dificultad que tendría el Osiptel para recaudar los aportes, factor externo al propio tributo.
- (xxx) La contribución que las empresas operadoras deberían pagar por los servicios de telefonía móvil ha sido calculada en abierta vulneración a la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario (en adelante, TUO del Código Tributario).

Respecto a la carencia de razonabilidad de la base imponible fijada para los años 2022, 2023 y 2024

- (xxxi) No existe justificación para ampliar la base imponible de ingresos facturados y percibidos a solamente la facturación anual. Un solo párrafo en la Exposición de Motivos señala que, por las razones expuestas en el documento (insuficientes, como se ha señalado previamente), resultaría



necesario que los aportes por regulación se calculen sobre los ingresos facturados por las empresas sujetas a las competencias del Osiptel, por todas las actividades que involucran la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, no solamente por los ingresos facturados y percibidos.

- (xxxii) No se ha explicado el motivo por el que se realizaría el cambio en la determinación de la base imponible, más aún cuando en los últimos años (en los cuales el aporte por regulación se ha calculado en función a lo facturado y percibido), se ha mantenido un equilibrio presupuestal.
- (xxxiii) Un aspecto adicional que parece no haber sido tomado en cuenta en el Decreto Supremo 134-2021-PCM ni en su Exposición de Motivos, es que tanto la modificación de la alícuota como de la base imponible tienen efectos similares, pero distintos. En ambos casos supondrá un mayor ingreso para el Osiptel, pero cada uno reportará ingresos distintos, lo que implica un doble aumento, por lo que resulta necesario demostrar cómo ambos se complementan para cubrir con ello el supuesto costo adicional que tendría el Osiptel.
- (xxxiv) Dicha base (ingresos facturados y percibidos), a lo largo de los años ha permitido solventar los costos que demandan las actividades de supervisión y regulación, e inclusive nuevas tareas asignadas al Osiptel. Así, cualquier incremento que se aplique en el futuro, debería tener un sustento adecuado y razonable, que atienda a la naturaleza del aporte y la finalidad de su creación. Ello implicará, entre otros, que no se incremente la base imponible si el monto de los ingresos que se proyectan obtener de ello excede el costo de las actividades que dan origen a la contribución.
- (xxxv) El artículo 10 de la Ley 27332 establece como base imponible ingresos facturados, sin mencionar o distinguir a los ingresos percibidos; sin embargo, ello no quita que a través de las normas citadas en la denuncia se haya establecido como base imponible del aporte los ingresos facturados y percibidos. Ello se trató de un ejercicio legítimo de la potestad reglamentaria, que permite complementar sin problemas a las normas de rango legal, más aún cuando la propia Ley 27332 confirió a la PCM la facultad de fijar y determinar el aporte por regulación correspondiente.
- (xxxvi) El Decreto Supremo 12-2002-PCM precisó la base imponible del aporte por regulación establecido en el artículo 10 de la Ley 27332. La decisión de establecer como base imponible del aporte los ingresos facturados y percibidos fue razonable debido a que se tomó en cuenta factores esenciales sobre la realidad del mercado de telefonía (como el alto índice de morosidad en los pagos).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

- (xxxvii) La diferencia entre los ingresos facturados y los ingresos percibidos no es menor. De hecho, ésta se ha incrementado debido a los índices de morosidad producidos por el COVID-19, que ha generado que las cuentas impagas aumenten en los últimos dos años. Más aún, si se considera que apenas se estableció la inmovilización social obligatoria (cuarentena), el Osiptel prohibió suspender los servicios de los usuarios por falta de pago.
- (xxxviii) Los ingresos facturados, pero no percibidos, no están en posesión de la empresa y no se puede disponer de ellos. Tampoco se tiene certeza de cuándo serán recibidos en su integridad o si serán pagados en absoluto. Por lo tanto, considerarlo como parte de la base imponible para el pago de un tributo como el aporte por regulación resulta una medida sumamente gravosa.
4. El 21 de febrero de 2022, por Resolución 0067-2022/STCEB-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión, entre otros, admitió a trámite la denuncia, de acuerdo con lo desarrollado en el primer párrafo del presente pronunciamiento.
 5. El 4 de abril de 2022, mediante Resolución 0118-2022/STCEB-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión incorporó en calidad de tercero administrado al Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, el Ministerio).
 6. El 15 de marzo de 2022, la PCM presentó sus descargos con base en los siguientes argumentos:
 - (i) El Decreto Supremo 134-2021-PCM recoge lo que ha establecido la Ley 27332 respecto a que la base del aporte por regulación del Osiptel se calcula sobre el valor de su facturación anual.
 - (ii) El Decreto Supremo 012-2002-PCM precisó que la base de cálculo del aporte por regulación, según la Ley 27332, corresponde a ingresos facturados y percibidos, situación que la denunciante pretende que se siga manteniendo en su favor. Sin embargo, el Decreto Supremo 134-2021-PCM derogó tácitamente el Decreto Supremo 012-2002-PCM y plasmó lo que ya establecía la Ley 27332, es decir, que la base del aporte por regulación del Osiptel se calcula sobre el valor de su facturación anual.
 - (iii) La denunciante pretende que se considere barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad el artículo 10 de la Ley 27332, que dispone que la base del aporte por regulación del Osiptel se calcula sobre el valor de su facturación anual. No obstante, dicha pretensión contraviene el inciso a) del numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, el Decreto Legislativo 1256), por lo que debe ser declarada improcedente.



- (iv) El artículo 10 de la Ley 27332 dispone que el mencionado aporte será fijado mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas; es decir, la mencionada ley les confiere competencia.
- (v) El numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú establece que el presidente de la República ejerce la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. Asimismo, el literal e) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece que, en su calidad de jefe del Poder Ejecutivo, el presidente de la República ejerce la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y dentro de tales límites, dicta decretos y resoluciones.
- (vi) La emisión del Decreto Supremo 134-2021-PCM se sujetó a las reglas establecidas en el artículo 13 de la Ley 29158. Sobre el requisito de que el proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente, y que se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados, el 15 de junio de 2021 a través de la carta C.121-PD/2021, el Osiptel remitió a la PCM, con copia al Ministerio, el proyecto del Decreto Supremo, su Exposición de Motivos y el Informe 092-DPRC/2021, que de manera detallada, sustentó la modificación del marco normativo que regulaba el pago del aporte por regulación al Osiptel.
- (vii) El Osiptel sostuvo reuniones de coordinación con los representantes del Ministerio, a fin de sustentar la viabilidad y legalidad de la propuesta presentada.
- (viii) Sobre el requisito de no transgredir ni desnaturalizar la ley, el artículo 10 de la Ley 27332 faculta a fijar la alícuota del aporte por regulación, el cual no debe exceder del 1%.
- (ix) En el caso de la fijación de la alícuota del aporte por regulación del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (en adelante, el Ositran) y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (en adelante, la Sunass) se considera que el porcentaje es de la facturación anual.
- (x) La denunciante cuestiona el monto de la alícuota y no la legalidad de su competencia para fijarla o que su fijación esté vulnerando alguna normativa. Entonces, las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo 134-2021-PCM no transgreden ninguna norma o principio de simplificación administrativa.
- (xi) La postura de la denunciante parte de una falacia al considerar que los beneficios que obtienen las empresas operadoras con la actuación del



Osiptel provienen únicamente del ejercicio de sus funciones de supervisión y regulación. Sin embargo, la Ley 27332 no especifica las funciones o actividades que deban financiarse con el aporte por regulación.

- (xii) No puede afirmarse que el régimen legal del aporte por regulación comprende una restricción que hace imposible que el rendimiento obtenido por este tributo se destine al financiamiento de actividades distintas a las de supervisión y regulación. La intervención del regulador en el mercado, para hacer que presente un clima apropiado de negocios, no solo se logra con el ejercicio de dos de las actividades del regulador, sino con el desarrollo organizado de todas sus funciones, dado que son estas las que garantizan el marco apropiado para que las empresas obtengan provecho.
 - (xiii) No puede dejarse de lado, el hecho de que el aporte por regulación se creó con la intención de dotar a la entidad de un recurso que le permitiera su sostenimiento como institución, no solo de parte de sus actividades.
 - (xiv) Otros ingresos de los que dispone el Osiptel son intereses bancarios, penalidades a proveedores y saldos de balance, entre otros. Aceptar la posición de la denunciante implica que, para el establecimiento del aporte por regulación, en cada ejercicio debiera fijarse una estructura de costos y presentar un plan de distribución de costos entre las empresas operadoras, como hoy acontece para los arbitrios municipales.
 - (xv) El Tribunal Constitucional, mediante Sentencia emitida en el Expediente 05202-2015-PA/TC del 18 de agosto de 2020, aclara la Sentencia dada en el Expediente 3303-2003-AA/TC y, por lo tanto, desvirtúa completamente la posición de la denunciante, en tanto reafirma que el aporte abarca todas las funciones del organismo regulador.
 - (xvi) La variación del aporte por regulación genera un efecto positivo o beneficioso para la sociedad o el bienestar común, por lo que el Decreto Supremo 134-2021-PCM es ampliamente favorable, razonable y proporcional.
7. El 14 de marzo de 2022, el Osiptel presentó sus descargos con base en los siguientes argumentos:
- (i) El Decreto Supremo 134-2021-PCM recoge lo que ha establecido la Ley 27332, esto es, la base del aporte por regulación del Osiptel se calcula sobre el valor de su facturación anual.
 - (ii) Mediante el Decreto Supremo 012-2002-PCM se precisó que la base de cálculo del aporte por regulación, según la Ley 27332, corresponde a ingresos facturados y percibidos, situación que la denunciante pretende que se siga manteniendo en su favor. Sin embargo, el Decreto Supremo



134-2021-PCM derogó tácitamente el Decreto Supremo 012-2002-PCM y plasmó lo que ya establecía la Ley 27332.

- (iii) La denunciante pretende que se considere barrera burocrática ilegal y/o irrazonable el artículo 10 de la Ley 27332, que dispone que la base del aporte por regulación del Osiptel se calcula sobre el valor de su facturación anual. No obstante, dicha pretensión contraviene el inciso a) del numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256, por lo que debe ser declarada improcedente.
- (iv) En un caso similar, mediante Resolución 0064-2017/SDC-INDECOPI del 8 de febrero de 2017, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia consideró que, como el hecho gravado, la base imponible, el sujeto acreedor y el sujeto deudor del aporte por regulación a favor del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, al que hace mención el Decreto Supremo 130-2013-PCM, son elementos del tributo creados por Ley, no tiene competencia para pronunciarse sobre cuestionamientos a dichos elementos, toda vez que implicaría evaluar la validez de normas emitidas en ejercicio de la función legislativa, como bien ocurre en el presente caso.
- (v) El artículo 10 de la Ley 27332 dispone que el mencionado aporte será fijado mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas, lo que sucedió con el Decreto Supremo 134-2021-PCM.
- (vi) El numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú establece que el presidente de la República ejerce la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dicta decretos y resoluciones. Asimismo, el literal e) del numeral 2 del artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158, establece que, en su calidad de jefe del Poder Ejecutivo, el Presidente de la República ejerce la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y dentro de tales límites, dicta decretos y resoluciones.
- (vii) La emisión del Decreto Supremo 134-2021-PCM se sujetó a las reglas establecidas en el artículo 13 de la Ley 29158.
- (viii) En el caso de la fijación de la alícuota del aporte por regulación del Ositran y la Sunass se considera que el porcentaje es de la facturación anual.
- (ix) La denunciante cuestiona el monto de la alícuota y no la legalidad de su competencia para fijarla o que su fijación esté vulnerando alguna normativa. Entonces, las disposiciones establecidas en el Decreto



Supremo 134-2021-PCM no transgreden ninguna norma o principio de simplificación administrativa.

Sobre la razonabilidad de las alícuotas fijadas para 2022, 2023 y 2024

- (xvii) La postura de la denunciante parte de una premisa no sustentada al considerar que los beneficios que obtienen las empresas operadoras, con la actuación del Osiptel provienen únicamente del ejercicio de sus funciones de supervisión y regulación. Sin embargo, la Ley 27332 no especifica las funciones o actividades que deban financiarse con el aporte por regulación.
- (xviii) No puede afirmarse que el régimen legal del aporte por regulación comprende una restricción que hace imposible que el rendimiento obtenido por este tributo se destine al financiamiento de actividades distintas a las de supervisión y regulación. La intervención del regulador en el mercado, para hacer que presente un clima apropiado de negocios, no solo se logra con el ejercicio de dos de las actividades del regulador, sino con el desarrollo organizado de todas sus funciones, dado que son estas las que garantizan el marco apropiado para que las empresas obtengan provecho.
- (xix) No puede dejarse de lado, el hecho de que el aporte por regulación se creó con la intención de dotar a la entidad de un recurso que le permitiera su sostenimiento como institución no solo de parte de sus actividades, de acuerdo con el artículo 87 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo 013-93-TCC.
- (xx) Aceptar la posición de la denunciante implica que, para el establecimiento del aporte por regulación, en cada ejercicio debiera fijarse una estructura de costos y presentar un plan de distribución de costos entre las empresas operadoras, como hoy acontece para los arbitrios municipales.
- (xxi) El Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia emitida en el Expediente 05202-2015-PA/TC del 18 de agosto de 2020, aclara la Sentencia dada en el Expediente 3303-2003-AA/TC y, por lo tanto, desvirtúa completamente la posición de la denunciante, en tanto reafirma que el aporte abarca todas las funciones del organismo regulador. Ello ha sido reiterado en las Sentencias expedidas en los Expedientes 05410-2015-PA/TC y 03559-2015-PA/TC.
- (xxii) No obstante, debe enfatizarse que los incrementos en el aporte por regulación, tal como se describe en la Exposición de Motivos, se sustentan en los mayores compromisos que se generan por las actividades de regulación y supervisión en el rubro de



telecomunicaciones móviles, lo cual motivó los aumentos en el aporte por regulación.

- (xxiii) Dado que el aporte por regulación del Osiptel representa una proporción de los ingresos de los operadores, se debería esperar una relación estructural en términos del despliegue de labores de la institución y el desarrollo del sector de telecomunicaciones. Sin embargo, dicha correspondencia equilibrada o proporcional no ha ocurrido en el tiempo debido, en parte, a la antigüedad y rigidez del régimen normativo de aportes por regulación previo al Decreto Supremo 134-2021-PCM en correspondencia con el crecimiento relevante de los servicios de telecomunicaciones, como es el caso del servicio de telefonía móvil, el cual ha sobrepasado sustantivamente la evolución del presupuesto de trabajo del Osiptel³.
- (xxiv) La variación acumulada para el periodo 1994-2019 del número de líneas móviles en servicio fue más de 36 veces la variación de su Presupuesto Institucional Aprobado (PIA) en el mismo periodo. Dicha variación es una muestra de que, pese a que el aporte por regulación es un porcentaje de ingresos de las empresas operadoras, no existe una relación consecuentemente proporcional entre los cambios en los aportes por regulación que percibe y los cambios en la industria de los años a lo largo del tiempo. Ello, sin considerar que servicios como el internet fijo o la televisión de paga también han registrado crecimientos importantes.
- (xxv) Incluso, la falta de correspondencia de los aportes por regulación y el crecimiento del mercado de telecomunicaciones se agudizaría si el análisis se realizase en términos propios de los indicadores de aportes recaudados y los ingresos de los operadores entre 2014 y 2019. Por ejemplo, mientras que servicios como el Internet fijo o la Televisión de Paga experimentaron crecimientos positivos de más de 2 dígitos y los ingresos por servicios móviles se contraían, los aportes por regulación experimentaban una variación positiva menor a las variaciones de ingreso que experimentaba la industria⁴.
- (xxvi) Bajo el marco normativo del aporte por regulación del Osiptel previo al Decreto Supremo 134-2021-PCM, han existido periodos donde los aportes recibidos han disminuido, mientras que los ingresos de las empresas operadoras han tenido cambios positivos (por ejemplo, 2012-2013 o 2015-2016). Por lo tanto, en el caso del Osiptel, el crecimiento del mercado no siempre ha tenido su correlato en un incremento en los aportes que realizan las empresas operadoras y en los casos que se ha

³ Como sustento de lo indicado, el Osiptel presentó un cuadro comparativo entre su presupuesto y el número de servicio de telefonía móvil en el año 1994 frente al 2019 (Cuadro 1 de su escrito de descargos).

⁴ Como sustento de lo indicado, el Osiptel presentó un cuadro comparativo entre los aportes por regulación del Osiptel y los ingresos de la industria de telecomunicaciones en el año 2014 frente al 2019 (Cuadro 2 de su escrito de descargos).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

dado, ello no ocurrió en una proporcionalidad o correspondencia equilibrada.

- (xxvii) Las cifras evidencian que los aportes del Osiptel no han crecido pese a que los ingresos de la industria tienen una evolución positiva. En ese sentido, el Osiptel no tiene una mayor disponibilidad de recursos, lo que justamente es evidencia *ex post* a favor de la necesidad del Decreto Supremo 134-2021-PCM⁵.
- (xxviii) El servicio móvil (telefonía móvil, comunicaciones personales, troncalizado y acceso a Internet móvil) registró incrementos sustantivos, ganando una mayor importancia relativa en comparación a la dinámica de los servicios fijos (telefonía fija, Internet fijo, televisión de paga, telefonía de uso público). Por ejemplo, los servicios móviles son brindados por 4 grandes empresas a nivel nacional y 2 Operadores Móviles Virtuales, mientras que en el mercado de servicios fijos básicamente son dos grandes empresas las que brindan todos los servicios fijos a nivel nacional.
- (xxix) En términos del uso de servicios, el tráfico de voz móvil, en comparación al de voz fija, también es significativamente mayor, siendo de 80 mil millones de minutos anuales para el primero contra 2,1 mil millones de minutos anuales para el segundo. Asimismo, en relación con la cobertura, existen 40 890 centros poblados cubiertos por servicios de voz móvil, mientras que solamente 521 centros poblados cuentan con cobertura de Internet fijo alámbrico por medio de tecnologías xDSL, DOCSIS y FTTH⁶.
- (xxx) El número de líneas de servicios móviles (incluye las líneas que acceden al servicio de Internet móvil) es de 39,8 millones, mientras que el número de conexiones fijas (considerando el número de líneas de telefonía fija de abonados y de uso público, conexiones de Internet fijo y conexiones de TV de paga) es de 7,0 millones. Finalmente, con relación a los ingresos, la facturación correspondiente a los servicios móviles asciende a S/ 7,6 miles de millones, mientras que la correspondiente a servicios fijos a S/ 6,1 miles de millones.
- (xxxi) El crecimiento del mercado móvil ha estado guiado en gran medida por la dinámica competitiva y las medidas pro-competencia y empoderamiento del usuario que implementó Osiptel. Todo ello ha contribuido a que se incremente el acceso a servicios de telecomunicaciones, especialmente en zonas de difícil acceso

⁵ Como sustento de lo indicado, el Osiptel presentó un gráfico de los aportes por regulación y los principales ingresos por servicios de telecomunicaciones (Gráfico 2 de su escrito de descargos).

⁶ Como sustento de lo indicado, el Osiptel presentó un cuadro comparativo de los servicios móviles frente a los servicios fijos (Cuadro 3 de su escrito de descargos).



geográfico, donde el despliegue de redes de infraestructura física es complicado.

- (xxxii) El aporte proveniente del mercado fijo sí habría experimentado un incremento en correspondencia con la tendencia de ingresos de dichos servicios, siendo que las acciones y actividades de regulación, supervisión, fiscalización, etcétera, requeridas para estos servicios, son de menor magnitud que en el caso de los servicios móviles. En contraste, en correspondencia con la tendencia de los ingresos del mercado móvil para 2014-2019 (reducción de 9.6%), el aporte proveniente de dicho mercado móvil no habría experimentado crecimiento y más bien habría experimentado una contracción para dicho periodo (2014-2019), ello a pesar de la magnitud de las labores y acciones de regulación, supervisión, fiscalización, etcétera, que involucra este mercado.
- (xxxiii) La mayor parte del esfuerzo del Osiptel se destina a buscar un adecuado funcionamiento y condiciones competitivas del mercado de los servicios móviles. Dicha situación no es estática, sino que, por el contrario, se espera que en los siguientes años dichas tareas relacionadas con el mercado móvil se incrementen, a medida que crece el mercado público de servicios de telecomunicaciones no solo en número de abonados o usuarios, sino también en las exigencias que estos demanden.
- (xxxiv) La supervisión y fiscalización de los servicios públicos móviles aún es insuficiente dada la actual difusión del mercado, dado que las nuevas tareas derivadas de leyes y normas con rango superior han generado costos incrementales presupuestales importantes y además han sido asignadas con cargo al propio presupuesto del Osiptel. Ello ha conllevado que se destinen menos recursos a los trabajos que venía realizando en el marco de sus actividades de regulación y supervisión sobre los servicios públicos de telecomunicaciones, en particular móviles, y que se hayan dejado de realizar tareas importantes que ya se encontraban encaminadas; o si se han realizado, hayan sido desarrolladas con limitaciones.
- (xxxv) El objetivo de los indicadores es mostrar la presión que tiene el desarrollo del mercado sobre las labores del Osiptel, que podrá variar o cambiar más allá del año 2019, pero que no volverá a retomar los niveles inferiores que se tenía en años pasados. Ello, porque justamente el mercado de telecomunicaciones es inherentemente expansivo en términos de acceso y usuarios y ello repercute naturalmente en indicadores como los reclamos o las quejas.
- (xxxvi) La disponibilidad de recursos para el desenvolvimiento del Osiptel está restringiendo el cumplimiento de sus metas, limitándose su

⁷

Como sustento de lo indicado, el Osiptel presentó un cuadro detallando la proporción de tareas relacionadas con servicio móviles (Cuadro 4 de su escrito de descargos).



desenvolvimiento a un crecimiento inercial, no acorde con el desarrollo actual del mercado de los servicios de telecomunicaciones (cada vez más amplio en número de agentes y con usuarios más intensivos). La dinámica inercial a la que está sujeta el despliegue de acciones del Osiptel está limitando un impacto efectivo en la sociedad, ya que se ve restringido de fijarse metas ambiciosas que correspondan al estado de servicios que tienen un rol directo en el bienestar social y la productividad del país, que en Colombia y Brasil, por ejemplo, son considerados esenciales.

- (xxxvii) Las tareas que el Osiptel debe llevar a cabo requieren cada año mayor despliegue de recursos a fin de posibilitar el financiamiento adecuado (capital de trabajo) y el establecimiento de un abanico amplio de acciones de intervenciones en línea con el Programa Presupuestal 0124 Mejora de la Provisión de Servicios de Telecomunicaciones, cuyo cumplimiento repercute positivamente en los usuarios de telecomunicaciones, los cuales, dada las actuales restricciones, no han podido ser atendidos en forma adecuada.
- (xxxviii) Entre algunas de las labores importantes que se dejaron de hacer o se hicieron de manera insuficiente por atender las nuevas tareas designadas se encuentran las acciones de supervisión de la calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones en las áreas rurales, las supervisiones referentes a los servicios de Internet, las acciones de supervisión en el cumplimiento de la entrega de reportes de información, entre otras.
- (xxxix) El Osiptel viene optimizando todos los esfuerzos a fin de cumplir con las actividades asignadas y, de este modo, asegurar el mejor desempeño posible de los servicios de telecomunicaciones. Sin perjuicio de ello, el incremento de las tareas asignadas y la limitación de los recursos disponibles han llevado a que deje de realizar algunas actividades, las desarrolle de manera insuficiente o postergue actividades que son necesarias en el actual contexto.
- (xl) El riesgo de no proveer al regulador los recursos necesarios para financiar en su totalidad las actividades asignadas generarían riesgos en el correcto funcionamiento de los mercados de telecomunicaciones en el corto y mediano plazo, tanto en términos de intensidad competitiva entre las empresas operadoras, mejora de los valores de indicadores de calidad de los servicios de telecomunicaciones, así como en el bienestar de los usuarios; y por consiguiente, en el crecimiento y desarrollo del país.
- (xli) Dentro del análisis de razonabilidad que justificó el Decreto Supremo 134-2021-PCM, se realizó una cuantificación de las necesidades presupuestales del Osiptel en concordancia con la realización de sus



labores asignadas y la difusión de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú. Asimismo, se realizó un estudio de la prospectiva de los ingresos que recaudaría el Osiptel en los siguientes años, para después evidenciar la necesidad de recursos (déficit potencial) que se necesitaría cubrir para solucionar la problemática de financiamiento de la institución.

- (xlii) Respecto a que la información presupuestal anual publicada por el Osiptel contradice la necesidad de aumento de presupuesto, toda vez que evidencia que no gasta más de lo que ingresa, debe indicarse que ello no se contrapone a la necesidad de aumento de presupuesto, por cuanto no se ha podido financiar de forma óptima la totalidad de las funciones del regulador, debiéndose recurrir a priorizar sobre todo en temas de supervisión y regulación y dejar pendiente financiamiento de otras funciones y actividades no menos importantes para la institución. Asimismo, se encuentra prohibido incluir autorizaciones de gasto sin financiamiento, en línea con lo dispuesto en la Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público.
- (xliii) La problemática se agudiza, cuando los Poderes Ejecutivo y Legislativo desde 2013 asigna al Osiptel mayores funciones sin el respectivo presupuesto.
- (xliv) En relación con los remanentes que pueden ser utilizados y generan saldos de balance de ejercicios anteriores que se encuentran comprometidos a través de contratos suscritos con vigencia más allá del ejercicio fiscal (que se puede sustentar con previsiones presupuestales emitidas que se ejecutan el siguiente ejercicio), estos se presentan principalmente por: i) las plazas vacantes de los Decretos Legislativos 728 y 1057 y Prácticas preprofesionales, debido a la alta rotación de personal y, los plazos para contratar los reemplazos respectivos; ii) los gastos en activos y bienes y servicios, que quedan pendientes de devengar al cierre del ejercicio fiscal, por demoras atribuibles a los proveedores.
- (xlv) En el año 2021, la caída de la recaudación se agudizó como consecuencia de las necesarias medidas excepcionales adoptadas por el estado peruano a raíz de la crisis sanitaria nacional que le han producido un negativo impacto financiero. En esa línea, la menor recaudación de ingresos (se presentó muy por debajo de su programación), llevó a la Alta Dirección, con la finalidad de preservar el principio de equilibrio presupuestario entre los ingresos y egresos, a establecer medidas de restricción del gasto que significaron un importante esfuerzo de priorización de necesidades, de las unidades organizacionales.



- (xlvi) Los déficits de recaudación observados en 2020 y 2021 son producto de la pandemia, lo que agravó los problemas que han ido aconteciendo debido a factores no transitorios que no solo han restringido la captación de más recursos, sino que también han debilitado la posición de ingresos del Osiptel, situaciones persistentes pese a que la industria de telecomunicaciones no ha dejado de desarrollarse.
- (xlvii) Los elementos o causas que han restringido o menguado la obtención de recursos del Osiptel consisten en la rigidez del régimen normativo de aportes por regulación, la menor captación de aportes por regulación y la disminución de los ingresos por servicios públicos de telecomunicaciones.
- (xlviii) Debido a que las necesidades financieras de la institución no son cubiertas en su totalidad, se han visto afectados en innumerables oportunidades proyectos institucionales que se han quedado sin asignación en el PIA o el Presupuesto Modificado Institucional (PIM) imposibilitando su desarrollo. Esto como consecuencia de que una vez que el Ministerio, en aplicación del artículo 26 del Decreto Legislativo 1440, Decreto Legislativo del Sistema de Presupuesto, comunica la Asignación Presupuestaria Multianual, esta resulta insuficiente para cubrir las necesidades institucionales determinándose prioridades y dejando proyectos institucionales para beneficio de la sociedad en general y las empresas operadoras pendientes de desarrollo.
- (xlix) Con el fin de financiar adecuadamente las necesidades de la institución, se realizó una proyección del presupuesto para el período 2022-2024, que considera mayores gastos asociados a los temas de reclamos, el impacto que tendría la transición al nuevo Régimen de Servicio Civil (SERVIR), así como el financiamiento de las labores adicionales o nuevas, entre otros.
- (l) Los gastos fijos del presupuesto actual y mejorado del Osiptel para los siguientes años representan más del 80% del presupuesto, lo que ya de por sí restringe o limita el manejo de fondos, además de no permitir tener los recursos necesarios para cumplir adecuadamente sus metas y la prospectiva de necesidades presupuestales para los siguientes años que demanda el actual y futuro desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- (li) Las estimaciones de la recaudación de aportes por regulación se construyen teniendo en cuenta un ambiente en condiciones normales, sin la influencia de shocks anómalos transitorios, por lo que no se toma en cuenta la información del año 2020 o el impacto negativo de corto plazo derivado de la crisis sanitaria del COVID-19. Asimismo, se consideró para el escenario base de predicción de ingresos del Osiptel el régimen legal vigente aplicable al aporte por regulación antes del



Decreto Supremo 134-2021-PCM y que los pagos por aporte que son materia de disputa tendrán un comportamiento similar al observado durante los últimos años.

- (lii) De acuerdo con las proyecciones realizadas⁸, de no haberse emitido el Decreto Supremo 134-2021-PCM, el Osiptel no podría cubrir el presupuesto mejorado para los próximos años y estar a la altura de lo que demanda el sector de telecomunicaciones, incurriéndose en déficits de S/ 32,5, S/ 33,5 y S/ 29,4 millones durante 2022, 2023 y 2024, respectivamente. Por consiguiente, durante dichos años no podría financiar un efectivo o adecuado ejercicio de las labores necesarias para cumplir las funciones que le ha conferido el marco normativo en vigor.
- (liii) Incluso esta falta prevista de recursos puede ser más amplia, considerando el crecimiento del mercado y las nuevas necesidades de regulación, supervisión y fiscalización que puedan presentarse en el futuro o, en general, escenarios que impacten negativamente en la disposición de ingresos del Osiptel.
- (liv) Con fines exploratorios, también se hizo el ejercicio de incorporarse información de los aportes efectivos del año 2020 para la proyección de ingresos del Osiptel. Bajo este escenario, el déficit potencial sería incluso mayor, lo que hubiera implicado un incremento en la tasa de aportes mucho mayor a la establecida en el Decreto Supremo 134-2021-PCM.
- (lv) El Osiptel ha llegado a ser el regulador de telecomunicaciones con menor presupuesto en la región. En detalle, se observó la situación de otros reguladores a nivel internacional encontrándose, en primer lugar, una amplia heterogeneidad en las funciones que cumplen, debido a que algunos reguladores tienen potestad administrativa sobre varios sectores (telecomunicaciones, radiodifusión y postal); en otros casos, estos organismos, además de regular, administran el espectro radioeléctrico e implementan proyectos de acceso universal. Esta heterogeneidad en las funciones y sectores encomendados a cada organismo regulador se refleja en los niveles absolutos presupuestales que manejan.
- (lvi) Una manera de comparar estos presupuestos es dividir el monto total observado en años recientes con el total de líneas fijas, móviles y de banda ancha fija de cada país, de forma que se obtiene un presupuesto por suscriptor. Según este indicador, el Perú tendría un presupuesto por suscriptor de US\$ 0,65, mientras que el promedio de la muestra de América Latina es de US\$ 2,03 y el correspondiente a Europa de US\$ 2,41. Es conveniente comentar que los reguladores de Francia, Italia y Reino Unido muestran un presupuesto por línea bajo en comparación al

⁸ Ver Cuadro 7 del escrito de descargos del Osiptel.



promedio de América Latina. No obstante, en dichos ámbitos existe el beneficio de las economías de escala que surgen de atender a mercados de telecomunicaciones significativamente más relevantes que el mercado peruano o los mercados latinoamericanos en general.

- (lvii) Se consideró implementar la alternativa de cubrir el déficit con transferencias gubernamentales o del tesoro; sin embargo, se debería contar con una norma con rango de Ley que exonere al Osiptel de la prohibición de recibir crédito presupuestario con cargo a los “recursos ordinarios”, tal como ha sido recogido en la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto. Sin perjuicio de ello, se analizaron las desventajas del mencionado escenario, tales como que implicaría cargar con el problema inherente al sector de telecomunicaciones sobre las necesidades presupuestales de otros ámbitos o sectores económicos. Así, en general, esta opción no resultaría adecuada o sostenible en el tiempo
- (lviii) Se consideró como mejor solución actualizar o modificar la actual normativa de aportes por regulación estableciendo las medidas cuestionadas. Para los efectos señalados, se realizó un análisis cuantitativo sobre el efecto de las modificaciones propuestas en la captación de ingresos del Osiptel, a fin de evidenciar los impactos de cada medida y encontrar la nueva tasa de alícuota que permitirá compensar los futuros déficits derivados de las necesidades presupuestales proyectadas para el 2022-2024. Evidentemente, el requisito indispensable de la solución adoptar es buscar las adecuaciones normativas que minimice las diferencias entre los ingresos que percibiría el Osiptel y su presupuesto mejorado para 2022-2024 acorde con el desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- (lix) La actualización planteada al régimen de percepción de ingresos es consistente con los regímenes de aportes de otras instituciones reguladoras, como el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, el Osinergmin) que tiene un régimen donde se aplica la tasa de aportes sobre los ingresos facturados y se hace una diferenciación entre la alícuota por regulación según actividad económica o subsector. Además, cabe señalar que las tasas de aportes en el Osinergmin se ajustan o revisan anualmente.
- (lx) Con el fin de estimar el impacto en términos de ingreso que implicaba el Decreto Supremo 134-2021-PCM, se realizó la construcción de escenarios simulados (simulaciones) o de sensibilidad en los ingresos del Osiptel explorando un rango (“grilla”) de posibles nuevas tasas de aportes por regulación sobre los servicios móviles. Así, en todos los casos se realizó una estimación puntual de los posibles nuevos ingresos



que percibiría Osiptel (escenario base o *status quo*), con su respectivo intervalo estadístico de confianza al 95% (límite inferior y superior)⁹.

- (Ixi) Las cuantificaciones de los posibles ingresos futuros dada la mejora del régimen de aportes por regulación del Osiptel son acompañadas del presupuesto que se requiere para 2022-2024. A modo de resumen o consolidación de los distintos escenarios de simulación, se puede plantear una función de distancia en términos de recursos obtenidos y el presupuesto planificado. Esto es, calcular las desviaciones entre los ingresos y gastos proyectados para el periodo 2022-2024, y elegir aquel escenario cuyas características inherentes reducen lo más posible la diferencia entre la mejora en la recaudación y la necesidad presupuestal.
- (Ixii) La función de distancia puede construirse a través de un promedio simple de las desviaciones estimadas para cada año del periodo 2022-2024. No obstante, si bien este indicador tiene una interpretación simple en términos de déficit o superávit neto del periodo de análisis, no considera que uno o más años podrían tener una diferencia positiva o negativa, con lo que el promedio resultante puede infravalorar la dispersión del periodo de análisis. Para lidiar con esta desventaja, se puede complementar el análisis con otros indicadores de función de distancia tales como el promedio simple de desviaciones en valor absoluto o la raíz cuadrada del promedio de las dispersiones elevado al cuadrado.
- (Ixiii) Para los seis escenarios que fueron evaluados, se realizó la construcción de la función de distancia entre los ingresos proyectados y las necesidades presupuestales utilizando las tres formas comentadas en el párrafo precedente sobre como plantear la función de distancia¹⁰. El escenario de simulación 1 (la línea de base o situación actual) es el que mayor valor obtiene en términos de déficit potencial o de la función de distancia en cualquiera de sus otras dos formas.
- (Ixiv) La necesidad de modificar el régimen de aportes por regulación del Osiptel es sustancial, por lo que el criterio para optar por uno de los seis contrafactuales estimados fue buscar aquella situación que implique mayores recursos para el despliegue de labores del Osiptel, pero sin caer en un exceso de recursos transferidos a la agencia reguladora dada sus necesidades presupuestales.
- (Ixv) La actualización normativa de los aportes por regulación del Osiptel no se solucionaba con solo aclarar la base imponible de aportes por regulación (escenario de simulación 2) o añadir a dicha aclaración la consideración de los ingresos facturados como dimensión de gravamen

⁹ Información detallada en el Anexo 2 del escrito de descargos del Osiptel.

¹⁰ Información detallada en el Cuadro 17 del escrito de descargos del Osiptel.



(escenario de simulación 3). En ambas situaciones, se seguían presentando déficit de recursos (altos valores en la función de distancia), por lo que era preciso que también se eleve la tasa legal de aportes o la alícuota nominal sobre los servicios móviles para captar los recursos necesarios y en equilibrio con el desarrollo que tiene este sector en comparación al resto de servicios de telecomunicaciones y la incidencia o contribución que tienen los servicios móviles en las actividades del regulador.

- (Ixvi) Los cambios que el Decreto Supremo 134-2021-PCM realizó fueron razonablemente justificados a través de evidencia empírica que muestra que no solo se debían realizar en términos de la base imponible de ingresos, también era imprescindible incrementar la tasa de aportes por regulación para los servicios móviles. En esta línea, solo las características inherentes del escenario de simulación 4, 5 y 6 generarían en el futuro por lo menos algún episodio de superávit o reducción significativa de déficits, lo que se traduce en menores valores en la función de distancia, pero siendo las políticas de la simulación 6 las que generan un perfecto equilibrio entre los ingresos que se obtendría y las necesidades presupuestales para el periodo 2022-2024.
- (Ixvii) Si bien se estimó que esas tasas generarían un perfecto equilibrio para el Osiptel, es sustancial precisar que, en principio, se está trabajando sobre la base de proyecciones estadísticas, las cuales tienen inherentemente un margen de error estadístico y está sujeto a los supuestos de la construcción del escenario contrafactual. Asimismo, es imprescindible considerar la naturaleza fluctuante de los aportes por regulación recibidos por el Osiptel, ya que responden, a su vez, a las fluctuaciones o evolución del mercado de telecomunicaciones.
- (Ixviii) Se debe tener presente que el presupuesto del Osiptel presenta la existencia de costos o gastos comunes o compartidos (ejemplo, las áreas de apoyo) que representan un porcentaje representativo del presupuesto. Consecuentemente, dichos costos son por naturaleza no atribuibles a un servicio particular y para su asignación implicaría desplegar técnicas de costeo analítico (ejemplo, contabilidad separada) para su asignación precisa e incluso, a pesar de ello pueden continuar siendo no atribuibles. En este sentido, las desagregaciones mostradas son referenciales.
- (Ixix) Como parte del análisis de razonabilidad que sustenta las medidas adoptadas del Decreto Supremo 134-2021-PCM, también se realizó un análisis de impacto sobre sus implicancias para las empresas operadoras y la sociedad. Así, se determinó que el efecto positivo o beneficioso para la sociedad o el bienestar común del Decreto Supremo



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

134-2021-PCM o la actualización normativa del aporte por regulación del Osiptel es ampliamente favorable.

8. El 20 de abril de 2022, el Ministerio presentó sus descargos con base en los siguientes argumentos:
- (i) Dado que el Decreto Supremo 134-2021-PCM contiene elementos como hecho gravado, la base imponible, el sujeto acreedor y el sujeto deudor, que son elementos del tributo creados por Ley o norma con rango de ley; la Comisión no tiene competencia para pronunciarse sobre cuestionamientos a dichos elementos, toda vez que implicaría evaluar la validez de normas emitidas en ejercicio de la función legislativa, hecho que conforme el inciso a) del numeral 3 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256 no se considera barrera burocrática.
 - (ii) El único medio probatorio que la denunciante presenta es un “Informe de experto tributario elaborado por la consultora KPMG”, que no prueba en ningún punto que las alícuotas del cobro del aporte por regulación y el cálculo de su base condicionan, restringen u obstaculizan, su acceso o permanencia como agente en el mercado, por lo que el cobro cuestionado no es una barrera burocrática.
 - (iii) Las alícuotas del cobro del aporte por regulación y el cálculo de su base no carecen de razonabilidad, debido a que tienen como finalidad que el Osiptel diversifique e intensifique sus actividades como regulador de las telecomunicaciones, a fin de fomentar la competencia en el mercado y garantizar la calidad en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Por lo tanto, resultaba necesario establecer disposiciones que regulen el régimen del aporte por regulación del Osiptel.
 - (iv) La finalidad de las alícuotas del cobro del aporte por regulación y el cálculo de su base es garantizar que el Osiptel logre recaudar los recursos requeridos para el adecuado cumplimiento de sus funciones, lo que contribuirá a optimizar el funcionamiento del mercado, promover la competencia y generar incentivos para la mejora de la calidad de los servicios de telecomunicaciones en beneficio de los usuarios, con impacto neto positivo sobre la productividad y la asignación de recursos de la economía peruana.
 - (v) El Osiptel, en su condición de Administración Tributaria, aplica a las empresas sujetas el aporte por regulación y ejerce la facultad sancionadora a que se refiere el Código Tributario, por ello, dentro de dichas facultades, se efectuó el incremento de la alícuota en lo relativo a los servicios móviles y la modificación de la base imponible, con el



objeto de que el tributo se calcule sobre los ingresos facturados (y no solo sobre los ingresos percibidos).

- (vi) Los porcentajes de las alícuotas determinados en el Decreto Supremo 134-2021-PCM no exceden del 1% del valor de la facturación anual, por lo que el cobro se encuentra dentro del rango dispuesto por el artículo 10 de la Ley 27332. Cabe indicar que, desde la publicación de la Ley 27332 en el diario oficial El Peruano el 16 de enero de 2002, la denunciante sabía del monto tope por concepto de aporte por regulación, de manera que este podría ser modificado, dentro de los rangos permitidos por la ley.
- (vii) El Tribunal Constitucional ha señalado que, el aporte por regulación a que se refiere la Ley 27332 es un tributo recaudado a favor de los Organismos Reguladores, para el mejor cumplimiento de sus fines, y son obligaciones de pago nacidas en virtud de la ley, tienen naturaleza coactiva y su falta de pago se encuentra sujeta a la aplicación de sanciones e intereses previstas en el Código Tributario (Expediente 3303-2003-AA/TC). Asimismo, ha señalado que el supuesto en los que se origina el deber de pagar el aporte es la actividad de supervisión y regulación.
- (viii) En la sentencia emitida en el Expediente 01520-2004-AA del 9 de diciembre de 2005, el Tribunal Constitucional reconoció que el aporte por regulación que perciben los organismos reguladores (en el caso en concreto, de Osinergmin) tiene naturaleza de contribución.
- (ix) El artículo 10 de la Ley 27332 no establece ninguna restricción respecto a que la facturación deba encontrarse cancelada, en ese sentido desde el punto de vista técnico no se encuentran observaciones a la modificación planteada.
- (x) Para la estimación de sus necesidades presupuestales, el Osiptel conforme lo ha sostenido en sus descargos y anexos, empleó una metodología de proyección, la cual toma en cuenta un enfoque de planeamiento y de costeo considerando, entre otros, el financiamiento de labores adicionales o de las inversiones.
- (xi) Respecto a la estimación de los ingresos del sector, el Osiptel adoptó una metodología y evaluación estadística-econométrica que resultó en la elección y uso sustantivo de la metodología ARIMA y su implementación a través del algoritmo descrito en Hyndman y Khandakar sobre la serie de aportes anuales. Esta elección les permitió elegir y corroborar que, dentro de un conjunto de otras posibles opciones o estrategias que pueden pensarse, las proyecciones de ingresos resultantes son las que minimizan los errores de pronóstico, errores que



en este contexto se traducen en sobreestimaciones o subestimaciones de los aportes que obtendría en el futuro.

- (xii) Según el Osiptel, la metodología de proyección de ingresos empleada es coherente con las remisiones de información y exposición que ha realizado ante el Ministerio en los últimos años en el contexto del sustento del presupuesto anual (programa presupuestal) que realizan las instituciones gubernamentales.
- (xiii) Considerando los resultados obtenidos a partir de las proyecciones de las necesidades presupuestales e ingresos, el Osiptel estimó la alícuota para los servicios móviles que equilibraría la diferencia entre los ingresos que obtendría y las necesidades presupuestales. Al respecto, no se efectuó observaciones en cuanto a la metodología aplicada y la fijación de las alícuotas propuestas, por lo que se consideró viable la propuesta analizada a efectos de que su aplicación revierta posibles déficits presupuestales, los que generarían problemas en la operatividad y atención de las necesidades regulatorias y de fiscalización.
- (xiv) Desde el punto de vista técnico no se encontró observaciones respecto a establecer que el Osiptel en su condición de Administración Tributaria ejerce la facultad sancionadora respecto del aporte por regulación a que se refiere el Código Tributario, tanto más, si el sector telecomunicaciones ha experimentado un desarrollo significativo en las últimas dos décadas que ha impulsado un mayor dinamismo de la oferta de servicios de voz, datos y contenidos audiovisuales, así como mayor acceso, disponibilidad y consumo de dichos servicios por parte de los usuarios; lo cual ha demandado que incremente considerablemente sus actividades como organismo regulador.
- (xv) Se han presentado factores como el incremento del tamaño y creciente especialización del mercado de servicios de telecomunicaciones, el crecimiento asimétrico de los servicios móviles respecto a los servicios fijos y la asignación de diversas nuevas tareas al Osiptel en el marco de sus competencias, que han impulsado el incremento de los gastos realizados y requeridos para el financiamiento de sus funciones que vienen superando los ingresos recaudados mediante el aporte por regulación.
- (xvi) Se ha perdido en el tiempo la correspondencia en términos del despliegue de labores del Osiptel y el desarrollo del sector de telecomunicaciones, debido en parte al crecimiento relevante de los servicios, como es el caso del servicio de telefonía móvil, el cual ha sobrepasado sustantivamente la evolución del presupuesto de trabajo del Osiptel. Ello, sin considerar que servicios como el internet fijo o la televisión de paga también han registrado crecimientos importantes.



- (xvii) Es posible observar asimetrías sustantivas entre la difusión de servicios móviles versus fijos tanto en el número de empresas, penetración y usos de los servicios y captación de ingresos; lo que ha impactado en la incidencia de reclamos, los costos y en los esfuerzos de la regulación.
- (xviii) Desde 2013 en adelante, los Poderes Ejecutivo y Legislativo han ido asignando como parte de las actividades de regulación y supervisión al Osiptel más labores sin el respectivo acompañamiento presupuestas adicional a estas nuevas tareas.
- (xix) Respecto a la problemática de ingresos, los elementos o causas que han restringido y menguado los recursos de financiamiento del Osiptel son la rigidez del régimen normativo de aportes por regulación y la insuficiente captación de aportes por regulación o de los ingresos percibidos por el regulador. Se puede ejemplificar cómo la rigidez de la actual normativa ha generado, al cierre del 2019, contingencias por cobrar y pagar en aportes (sin considerar intereses) ascendentes aproximadamente a S/ 19,8 millones y S/ 21,7 millones, respectivamente y, sumando los intereses, los montos finales de las contingencias de aportes por cobrar y pagar son alrededor de S/ 43,1 millones y S/ 32,6 millones, respectivamente.
- (xx) La recaudación o disponibilidad de ingresos del Osiptel ha sido insuficiente en el tiempo como consecuencia de la pérdida de correspondencia entre la recaudación y el desarrollo del sector, lo que ha generado déficits en términos del PIM.
- (xxi) Con el actual nivel presupuestario, la institución regulatoria ya ha mostrado déficits, que bajo justos términos de evaluación son potencialmente mayores, ya que el presupuesto actual debería ser mejorado incluyendo una cartera, partidas de actividades o inversiones que se requieren actualmente para mejorar la actividad regulatoria y supervisora sobre el mercado, pero siendo esta cartera en la práctica restringida de implementar o financiar dada la actual falta de recursos.
- (xxii) A fin de establecer escenarios de evaluación para la gradualidad de la alícuota que permitan coadyuvar en el calce adecuado del balance presupuestal del Osiptel (la reducción de las discrepancias entre los eventuales ingresos y gastos) a la par o en equilibrio con un horizonte de planeamiento de mediano plazo para la regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones, como parte de la actualización del régimen normativo de los aportes por regulación, se establece una revisión periódica de cada 3 años en la tasa de aportes.
- (xxiii) En el caso de las empresas operadoras, si bien cualquier contribución o alza tributaria tiene el carácter de costo, las disposiciones de la normativa se han construido sobre el criterio de que ese costo sea el



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

mínimo posible para los operadores (se minimiza captar un monto que no se corresponda con el estado actual y prospectiva del mercado de telecomunicaciones). Así, se ha evidenciado que la captación de recursos adicionales que obtendría la agencia reguladora representaría una participación reducida de los ingresos que obtiene el mercado por los servicios públicos de telecomunicaciones en general e, incluso, en relación con los servicios móviles. Concretamente, se ha estimado que todos los costos adicionales o incrementales de la propuesta representarían anualmente para el periodo 2022-2024 un promedio de S/ 26,58 millones para los servicios móviles y de S/ 5,25 millones para el resto de los servicios, lo que correspondería alrededor del 0,35% y 0,05% de los respectivos ingresos anuales de cada rubro.

- (xxiv) La normativa tiene un componente distributivo o de consistencia, que busca alinear el régimen de aportes que tienen otros organismos reguladores del estado peruano.
- (xxv) La disposición normativa tiene un impacto neto positivo esperado sobre el mercado de telecomunicaciones y en forma general, sobre la sociedad, que se evidenciaría o transmitiría a través de mecanismos tales como un mayor impulso a la promoción de la competencia, los incentivos al cambio incremental o por mejora de la calidad de los servicios de telecomunicaciones y un mayor empoderamiento de los usuarios. Así, aun si se consideran solo estos impactos positivos incrementales versus los eventuales costos adicionales que generaría la propuesta para las empresas operadoras (i.e. los S/ 26,58 millones para el rubro de servicios móviles y de S/ 5,25 millones para el resto de los servicios que en promedio anual se tendría registrado para el periodo 2002-2024), el resultado es naturalmente favorable.
- (xxvi) El Osiptel ejerce funciones que no se circunscriben solamente a la regulación tarifaria o a dictar disposiciones relacionadas exclusivamente con dicha labor, sino que, además, realiza actividades de supervisión para garantizar la calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones (telefonía, internet y televisión de paga), fiscaliza el incumplimiento del marco normativo vigente sujeto a su competencia y, por medio de su facultad normativa, dicta los reglamentos que regulan los procedimientos a su cargo, lo cual tiene impacto en la productividad y asignación de recursos en el mercado de telecomunicaciones.
- (xxvii) La denunciante indica que la modificación en las alícuotas del cobro del aporte por regulación y en el cálculo de su base carecerían de razonabilidad y son injustificadas; empero, sus argumentos son solo alegaciones y afirmaciones genéricas, debido a que no existe medio probatorio que pruebe que la medida es desproporcionada. Además, cuestiona la pertinencia de una política pública dispuesta en el incremento de las alícuotas del aporte por regulación.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

9. El 12 de julio de 2022, a través de la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia con respecto a la medida (i) detallada en el numeral 1 de la presente resolución por lo siguiente:
- (i) La PCM ha actuado en el marco de sus competencias atribuidas para determinar la alícuota del aporte por regulación que recauda el Osiptel, utilizando el instrumento legal idóneo y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, así como en la Norma II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por el Decreto Supremo 133-2013-EF, por lo que la medida no resulta en ilegal.
 - (ii) Adicionalmente, la medida no resulta ser una barrera burocrática carente de razonabilidad, toda vez que la PCM, así como el Osiptel presentaron información que permite demostrar la justificación y proporcionalidad de la medida objeto de cuestionamiento, de acuerdo con lo previsto en el Decreto Legislativo 1256.
10. Adicionalmente, la primera instancia mediante la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI declaró improcedente la denuncia respecto a la medida (ii) detallada en el numeral 1 del presente pronunciamiento, debido que, a su criterio, la base imponible del aporte por regulación que recauda el Osiptel se encuentra contenida en la Ley 27332, por lo que la Comisión no tiene competencia para analizar su legalidad y/o razonabilidad.
11. El 8 de agosto de 2022, la denunciante interpuso un recurso de apelación en contra de la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI, solicitó su nulidad y el uso de la palabra en una audiencia de informe oral, reiterando lo expuesto en su denuncia, añadiendo los siguientes argumentos:
- (i) En el procedimiento se demostró la ilegalidad del Decreto Supremo 0134-2021-PCM, debido a que su proyecto normativo no fue publicado, en incumplimiento del procedimiento preestablecido. El Decreto Supremo 0134-2021-PCM es una norma de carácter general.
 - (ii) El principal cuestionamiento en este procedimiento es que tanto la modificación de las alícuotas como la base imponible no han sido debidamente justificadas, no habiéndose acreditado la existencia de un interés público y la idoneidad de las medidas para solucionar el problema.
 - (iii) La primera instancia no realizó un análisis material de la razonabilidad de las medidas en función de la información que se aportó, no hizo un correcto análisis de lo alegado por la denunciada.
 - (iv) Respecto al extremo declarado improcedente, se precisa que la Ley 27332



y el Decreto Supremo 0134-2021-PCM no regulan lo mismo, la mencionada ley establece únicamente los tope máximos permitidos para determinar el aporte por regulación de los organismos reguladores.

12. El 26 de septiembre de 2022, el Ministerio y el Osiptel absolvieron el recurso de apelación y, en particular, el Osiptel solicitó hacer uso de la palabra en audiencia de informe oral.
13. El 17 de octubre y 28 de diciembre de 2022, la denunciante presentó escritos complementarios para que esta Sala los considere.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- (i) Analizar si la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2022 presenta un vicio que afecte su validez.
- (ii) Evaluar las solicitudes de uso de la palabra en una audiencia de informe oral, presentadas por la denunciante y el Osiptel.
- (iii) Analizar si corresponde o no confirmar la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI 12 de julio de 2022.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Sobre la validez de la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI

14. La denunciante solicitó la nulidad de la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2022, sin embargo, no especificó la causal de nulidad que fundamenta su solicitud.
15. Sobre el particular, de la revisión del íntegro del recurso de apelación presentado, se observa que la denunciante cuestiona el razonamiento de la primera instancia con respecto a la evaluación de su caso y la valoración brindada a la documentación y argumentos presentados.
16. En ese sentido, en virtud de lo planteado por la denunciante, se advierte que esta tiene una apreciación de la controversia distinta a la de la primera instancia, sin embargo, ello no evidencia un vicio que afecte la validez de la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI¹¹.

¹¹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

- 6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
- 6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

17. Por lo expuesto, corresponde desestimar la solicitud de nulidad de la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI 12 de julio de 2022 presentada por la denunciante.

III.2. Sobre el pedido de informe oral

18. El 8 de agosto y el 26 de septiembre de 2022, tanto la denunciante como el Osiptel solicitaron se les conceda el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.
19. Al respecto, el artículo 30 del Decreto Legislativo 1256¹², dispone que la Comisión o la Sala **podrán** convocar a una audiencia de informe oral con el objeto de contar con mayores elementos para resolver la cuestión controvertida.
20. Asimismo, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi señala que las Salas del Tribunal del Indecopi podrán denegar una solicitud de audiencia de informe oral mediante una decisión debidamente fundamentada, por lo cual, la citación a informe oral es una potestad de la administración y no una obligación¹³.
21. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional a través de la sentencia del 16 de enero de 2013, emitida en el marco del Expediente 01147-2012-PA/TC, indicó lo siguiente:

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

“(…)

18. (...) *este Colegiado en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto manifestando que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea*

y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.

- 6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.

- 6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.

¹² **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**

Artículo 30.- Informe oral

En cualquier etapa del procedimiento, ya sea a pedido de parte o de oficio, la Comisión o la Sala, de ser el caso, puede citar a las partes a audiencia de informe oral con el objeto de contar con mayores elementos para resolver la cuestión controvertida.

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 1033, LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

Artículo 16.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal

16.1 Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada. (...).

16.3 Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de informe oral presentadas ante las Comisiones.



eminente escrito, no resulta vulneratorio (sic) del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación (...)”.

22. En el presente caso, tanto la denunciante como el Osiptel han presentado los argumentos que estimaron pertinentes para la admisión a trámite de su denuncia, lo cual conlleva a que esta Sala cuente con todos los elementos de juicio para emitir un pronunciamiento.
23. En esa medida, el Colegiado considera que no es necesario convocar a una audiencia de informe oral; por lo que, corresponde denegar las solicitudes formuladas por la denunciante y el Osiptel.

III.3. Competencia de la Comisión y de la Sala

24. El artículo 6 del Decreto Legislativo 1256¹⁴, señala que la Comisión y la Sala —en segunda instancia— son competentes para conocer los actos, disposiciones y actuaciones materiales emitidas por entidades de la Administración Pública, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.
25. Por su parte, los numerales 3 y 4 del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256, definen a una barrera burocrática como aquella exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro impuesto por cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o incidir en la tramitación de los procedimientos administrativos, materializadas en actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales de la Administración Pública¹⁵.
26. En resumen, a partir de las definiciones antes citadas, se desprende que una regulación o actuación administrativa puede calificar como una barrera

¹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**
Artículo 6. -Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas

6.1. De la Comisión y la Sala

La Comisión y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Asimismo, son competentes para velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos 283, 668, 757 y el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, así como las normas reglamentarias pertinentes, o las normas que las sustituyan. Ninguna otra entidad podrá arrogarse estas facultades. Sus resoluciones son ejecutables cuando hayan quedado consentidas o sean confirmadas por la Sala, según corresponda de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la presente Ley (...).

¹⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**
Artículo 3.-Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad. (...)
4. Formas de materialización: las barreras burocráticas se materializan a través de actos administrativos, disposiciones administrativas y/o actuaciones materiales.



burocrática siempre que cumpla con las siguientes características:

- (i) Tratarse de una exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro impuesto por una entidad de la Administración Pública¹⁶ en ejercicio de función administrativa.
- (ii) Encontrarse contenida en una disposición administrativa, un acto administrativo o una actuación material.
- (iii) Tener como finalidad la regulación del comportamiento de los agentes en el desarrollo de actividades económicas en el mercado¹⁷, sea para efectos de su acceso o permanencia en él, o tener incidencia en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y principios de simplificación administrativa.

27. En este punto, conviene precisar que, si bien a través de los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, la Comisión y la Sala se encuentran

¹⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**
Artículo 2.-Ámbito de aplicación

La presente ley es de aplicación para las entidades de la administración pública (en adelante, "entidad" o "entidades"), entendiéndose como tales a las señaladas en el artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444 o la norma que la sustituya, así como para todo funcionario, servidor público o cualquier persona que ejerza funciones administrativas por delegación, bajo cualquier régimen laboral o contractual.

¹⁷ En la Resolución 0675-2013/SDC-INDECOPI del 18 de abril de 2013, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, a propósito de una denuncia interpuesta por la Asociación de Institutos Superiores Tecnológicos y Escuelas Superiores del Perú, ya había resaltado la importancia de que las medidas cuestionadas en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas estén orientadas a regular el desarrollo de una actividad económica, como se aprecia:

"45. De conformidad con lo dispuesto en el acápite III.1, dado que, en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, el denunciante sólo puede ser un agente económico o un ciudadano, en los casos de los institutos, estos solo podrán denunciar la presunta imposición de una barrera burocrática ilegal y/o carente de razonabilidad cuando se encuentren frente a los siguientes actos o disposiciones:

- (i) *acto o disposición, a través del cual entidad de la Administración Pública, limita el acceso o la permanencia de los institutos al mercado. Por ejemplo, en el supuesto caso que el Ministerio decida suspender el otorgamiento de autorizaciones para prestar el servicio de enseñanza superior, pese a que no cuenta con una ley que lo faculta para ello, y,*
- (ii) *acto o disposición, a través del cual una entidad de la administración pública establece una exigencia, requisito, prohibición o cobro que contraviene las normas de simplificación administrativa. Por ejemplo, en el supuesto caso que el Ministerio exija la presentación de un documento como requisito para tramitar un procedimiento administrativo a su cargo, pese a que este no se encuentra incorporado en su TUPA.*

46. Como se puede apreciar, el común denominador en los ejemplos señalados es que en ambos casos los institutos cuestionan disposiciones que regulan el desarrollo de su actividad económica. Sin embargo, de la revisión de la denuncia se aprecia que la denunciante cuestiona como barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad una serie de exigencias que, si bien han sido impuestas por el Estado, dado que regulan el otorgamiento de títulos a nombre de la nación, no se relacionan con la actividad de los institutos como agentes económicos, sino con el ejercicio de una función administrativa otorgada a dichas entidades por delegación."

Un criterio similar fue expresado por esta Sala en la Resolución 0197-2018/SEL-INDECOPI del 25 de junio de 2018, en la cual se consideró que la regulación que puede ser conocida por la Comisión y la Sala es aquella que tiene como finalidad regular el comportamiento de los ciudadanos que realizan actividades económicas, bajo los siguientes argumentos:

"28. De acuerdo con ello, en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas la Comisión y la Sala no pueden evaluar la legalidad y/o carencia de razonabilidad de medidas que no estén dirigidas a regular el acceso y/o permanencia de los agentes en el mercado o la realización de un determinado trámite ante una entidad administrativa.

29. Una interpretación en contrario implicaría aceptar que la Sala y la Comisión cuenta con facultades para analizar la legalidad o razonabilidad de cualquier regulación, incluso de aquella que tiene como finalidad regular el comportamiento de los ciudadanos que no desarrollan actividades económicas ni realizan un trámite particular."

facultadas para evaluar la legalidad y/o razonabilidad de diversas actuaciones de las entidades de la Administración Pública, dicha competencia no significa que el Indecopi puede conocer cualquier cuestionamiento realizado por los administrados contra una disposición, acto o actuación de las referidas entidades, sino lo que únicamente se encuentra acorde al marco de sus competencias¹⁸.

28. Siguiendo ese orden de ideas, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1256 contempla una lista no taxativa¹⁹ de materias excluidas del procedimiento de su ámbito de aplicación y que, por tanto, en ningún supuesto, podrían ser conocidas por la Comisión y/o la Sala²⁰.

III.4. Marco normativo sobre la procedencia de la denuncia

29. El artículo 27 del Decreto Legislativo 1256 establece que la Comisión o la Sala se encuentran facultadas para declarar la improcedencia de las denuncias de parte, para lo cual deberá tenerse en cuenta los supuestos previstos en el Texto

¹⁸ Tal criterio ha sido expuesto en anteriores pronunciamientos de la Sala, conforme se puede apreciar en las Resoluciones 0290-2019/SEL-INDECOPI del 5 de agosto de 2019 y 0030-2019/SEL-INDECOPI del 7 de febrero de 2019.

¹⁹ **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**
"1.5. Disposiciones generales y atribuciones de los órganos resolutivos (Título I del Proyecto de Decreto Legislativo)
(...)

El artículo 3 del proyecto contiene las definiciones que se tendrán en cuenta para la aplicación de esta norma legal, siendo importante destacar la contenida en el numeral 3 del mismo, referido a qué se entiende por 'barrera burocrática' y qué tipo de exigencias no están comprendidas dentro de esta definición. Es importante mencionar que la relación contenida en este literal ha sido elaborada a partir de la jurisprudencia emitida en esta materia por la Comisión y la Sala, por lo que se trata de una relación de carácter enunciativo, la misma que no impide que estas autoridades, al momento de analizar un caso, establezcan que una medida no contenida en esta relación no constituya una barrera burocrática".
(El subrayado es agregado.)

²⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**
Artículo 3.-Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones: (...)

3. (...)

Sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de la aplicación de la normativa correspondiente, no se consideran barreras burocráticas dentro del ámbito de la presente ley:

- a. Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros establecidos a través de leyes u otras normas con rango de ley y alcance nacional, emitidas al amparo de la función legislativa.
- b. Las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros contenidos en contratos suscritos por una entidad, procesos de subasta o bases de algún tipo de concurso para contratar con el Estado.
- c. Las omisiones, inacciones o cualquier inactividad de la administración pública.
- d. Las tarifas o contraprestaciones por servicios prestados por el Estado o por empresas privadas o públicas, ajenos al ejercicio de la función administrativa.
- e. El cobro de aranceles e impuestos y, en general, cualquier tributo no vinculado, así como los criterios para su determinación.
- f. Las medidas fito y zoonosanitarias, conforme a la sexta disposición final y complementaria de la Ley General de Sanidad Agraria, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1059.
- g. Las controversias contencioso-tributarias, en especial, aquellas vinculadas a la correcta o incorrecta determinación de un tributo en un caso concreto.
- h. El cobro de arbitrios a personas naturales sin actividad económica.
- i. La declaración de nulidad de un acto administrativo por motivos de debido procedimiento.
- j. La imposición de sanciones. Sin perjuicio de ello, el acto administrativo sancionador podrá ser empleado para acreditar la existencia de una barrera burocrática cuando la sanción haya tenido como fundamento el incumplimiento de la referida barrera.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

Único Ordenado del Código Procesal Civil²¹ (en adelante, el TUO del Código Procesal Civil).

30. Por su parte, el numeral 5 del artículo 427 del TUO del Código Procesal Civil indica los supuestos en los cuales corresponderá declarar la improcedencia de una demanda (en el marco del presente procedimiento, una denuncia), entre los cuales se observa el supuesto de que el petitorio fuese física o jurídicamente imposible²².
31. En consecuencia, de observarse la imposibilidad de atender jurídicamente lo planteado por la denunciante, este Colegiado deberá declarar la improcedencia de la denuncia, conforme a la el numeral 5 del artículo 427 del TUO del Código Procesal Civil.

III.5. Sobre la procedencia de las medidas cuestionadas en el presente procedimiento

32. El 12 de julio de 2022, por Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI, la Comisión declaró improcedente la denuncia con respecto a la medida consistente en el cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Osiptel calculado sobre el valor de la facturación anual de la empresa operadora, materializado en el artículo 2 del Decreto Supremo 134-2021-PCM, toda vez que la base imponible que se cuestiona se encuentra contenida en el artículo 10 de la Ley 27332, por lo que los órganos resolutivos en eliminación de barreras burocráticas no tienen competencias para analizar su legalidad y/o razonabilidad.
33. Sobre el particular, la denunciante indicó en su recurso de apelación que su cuestionamiento no está dirigido a lo regulado por la Ley 27332, ni a la potestad de la administración pública de modificar la base imponible mediante el Decreto Supremo 134-2021-PCM, sino a que dicha modificación carece de sustento adecuado, deviniendo en arbitrario. Asimismo, indicó que el artículo 10 de la Ley 27332, únicamente, fija los límites del aporte por regulación, en tanto (i) su alícuota no puede ser mayor al 1%; y, (ii) su base imponible no puede ser más amplia que el valor de facturación.
34. De otro lado, la primera instancia declaró infundada la denuncia con respecto al

²¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**

Artículo 27.-Improcedencia de la denuncia de parte

27.1. La Comisión, su Secretaría Técnica o la Sala, de ser el caso, declara la improcedencia de la denuncia de parte de acuerdo con los supuestos establecidos en el Código Procesal Civil.

27.2. En primera instancia, si la Comisión o su Secretaría Técnica, estima que la denuncia es improcedente, la declara de manera liminar, finalizando así el procedimiento. Si el defecto se refiere a alguna de las pretensiones, la declaración de improcedencia se limita a aquellas que adolecen del defecto advertido por la Comisión o su Secretaría Técnica, pudiendo admitir los demás extremos.

27.3. Si la Comisión lo considera necesario, también puede declarar la improcedencia de la denuncia, luego de admitida a trámite y presentados los descargos.

²² **RESOLUCIÓN MINISTERIAL 010-93, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Artículo 427. -Improcedencia de la demanda

El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

(...)

5. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible.



cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Osiptel utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente, materializado en el inciso a) del numeral 3.1. del artículo 3 del Decreto Supremo 134-2021-PCM, al considerar que no constituye una barrera burocrática ilegal ni carente de razonabilidad.

35. En relación con este aspecto, en su recurso de apelación, la denunciante indicó que la Comisión no analizó correctamente la documentación presentada respecto a la razonabilidad de la medida.
36. Ahora bien, de la revisión del expediente, se observa que, en el escrito de denuncia, se han cuestionado las siguientes medidas a efectos de que esta Sala evalúe su legalidad y/o carencia de razonabilidad:
 - (i) El cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Osiptel utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente, materializado en el inciso a) del numeral 3.1 del artículo 3 del Decreto Supremo 134-2021-PCM.
 - (ii) El cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Osiptel calculado sobre el valor de la facturación anual de la empresa operadora, materializado en el artículo 2 del Decreto Supremo 134-2021-PCM.
37. En esa línea, se advierte que, en el presente procedimiento, la denunciante ha cuestionado la legalidad y razonabilidad de la base imponible y de la alícuota establecido para los años 2022, 2023 y 2024 del tributo denominado aporte por regulación a favor del Osiptel.
38. Ahora bien, de conformidad con el artículo 10 de la Ley 27332, los organismos reguladores pueden recaudar de las empresas y entidades bajo su ámbito un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal²³.
39. En esa misma línea, la Exposición de Motivos del Decreto Supremo 134-2021-PCM indica que el aporte por regulación fue creado por la Ley 27332 como **tributo** que grava la facturación anual de las empresas y entidades bajo el ámbito de los organismos reguladores. Asimismo, señala que dicho tributo es una **contribución** a través de la cual se solventa la actividad supervisora y reguladora

²³

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

Artículo 10.- Aporte por regulación

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

de dichas entidades reguladoras, como se aprecia en la siguiente cita:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO SUPREMO 134-2021-PCM

"I. ANTECEDENTES

(...)

El aporte por regulación fue creado por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley 27332, **como tributo** que grava la facturación anual de las empresas y entidades bajo el ámbito de los organismos reguladores, como el OSIPTEL.

El aporte por regulación es la contribución, a través de la cual se solventa la actividad supervisora y reguladora del OSIPTEL; las cuales tienen por objeto generar eficiencias y reducir los costos de transacción en el mercado de las telecomunicaciones, redundando en beneficio de los usuarios, las empresas operadoras y de la sociedad en general." (Énfasis añadido).

40. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado que los aportes por regulación tienen naturaleza tributaria, por lo que están sometidos a la observancia de los principios constitucionales consagrados por el artículo 74 de la Constitución, como el de legalidad, no confiscatoriedad, igualdad, capacidad contributiva y los derechos fundamentales, los cuales constituyen límites de observancia obligatoria para los que ejercen poder tributario, conforme se observa a continuación:

SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 3303-2003-AA/TC DEL 28 DE JUNIO DE 2004

Naturaleza de los denominados "aportes por regulación"

4. *A estos efectos, es menester definir la naturaleza de este tipo de cobros. A juicio de este Tribunal es indiscutible que tienen naturaleza tributaria y, en virtud de ello, están sometidos a la observancia de los principios constitucionales consagrados por el artículo 74 de la Constitución, que regulan el régimen tributario, como son el de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y los derechos fundamentales. Estos principios de la tributación constituyen límites de observancia obligatoria para quienes ejercen el poder tributario de acuerdo a la Constitución.*
5. *Lo anteriormente expuesto se sustentan en la propia definición de lo que técnicamente se entiende por tributo, que aun cuando de modo expreso no haya sido recogida en nuestra legislación, no obsta para tener un acercamiento a ella, en base a lo desarrollado por la doctrina.*

Así, el tributo es definido como: la obligación jurídicamente pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley" (Geraldo Ataliba. Hipótesis de Incidencia Tributaria. Instituto Peruano de Derecho Tributario. 1987. Pág. 37).

A partir de esta noción, podemos establecer los elementos esenciales de un tributo, los cuales son: a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el ius



imperium del Estado; y c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito.

6. *Estos elementos del tributo pueden identificarse en el artículo 10° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, cuyo tenor es el siguiente: "los organismos reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% del valor de facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado en cada caso mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de ministros, refrendado por el Presidente del consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas".*

En efecto, los denominados "aportes por regulación", recaudados a favor de los Organismos Reguladores -adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros- para el mejor cumplimiento de sus fines, son obligaciones de pago nacidas en virtud de la ley, las cuales tienen naturaleza coactiva pues no media para su establecimiento la voluntad de las empresas obligadas al pago. Debe enfatizarse que la falta de pago oportuno de este aporte se encuentra sujeta a la aplicación de sanciones e intereses previstos en el Código Tributario, conforme se establece en el Decreto Supremo 004-2002-PCM, que deroga el Decreto Supremo 114-2001-PCM.»

(El subrayado es añadido).

SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 3290-2019-PA/TC DEL 4 DE OCTUBRE DE 2022

- “14. Con relación a que el APR debe considerar el costo real de las actividades a financiar y no únicamente la capacidad contributiva del acreedor tributario, se debe considerar que no existe norma tributaria que contemple la obligación para que los acreedores tributarios en el caso de las contribuciones cuenten con una estructura de los costos del servicio de la actividad estatal que el aporte busca financiar, tal y como lo exige la parte demandante. Distinta es la situación de los arbitrios municipales, en los que este Tribunal claramente dejó establecido mediante la sentencia precitada, así como en la sentencia recaída en el Expediente 00053-2004-PI/TC, que la ordenanza municipal que aprueba dichos tributos, para que cumpla con el requisito de validez, debe contar con un informe técnico anexo que contenga la determinación del costo global del servicio a prestar (limpieza de calles, serenazgo, parques y jardines) y la distribución de dicho costo global entre todos los vecinos-contribuyentes.

15. Ello es así y se justifica en atención a la naturaleza del tipo de tributo frente al cual se está y, consecuentemente, considerando el hecho generador del mismo. En efecto, conforme al Decreto Supremo 133-2013-EF, Texto Único Ordenado del Código Tributario, los arbitrios son tasas que se pagan por la prestación o mantenimiento de un servicio público en concreto. En cuanto al hecho generador del tributo, lo constituye la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado a favor del contribuyente; esto es, cada contribuyente paga, o debe pagar, por concepto de arbitrios, aquella parte proporcional que le corresponde respecto del costo global del servicio público de que se trate; en cambio, la contribución es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, los que pueden ser directos como indirectos”.

(El subrayado es añadido).

41. Así, conforme ha sido desarrollado por el máximo intérprete de la Constitución, los aportes por regulación son un tipo de tributo, en específico se trata de una contribución, cuyo hecho generador son los beneficios derivados de obras



públicas o actividades estatales; asimismo, este tributo debe considerar el costo real de las actividades a financiar y no únicamente la capacidad contributiva del acreedor tributario.

42. Por su parte, el Texto Único del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo 133-2013-EF, señala que la contribución es un tributo cuya obligación tiene como hecho generador de beneficios, aquellos derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales, tal como se aprecia en la siguiente cita:

TEXTO ÚNICO DEL CÓDIGO TRIBUTARIO, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 133-2013-EF

NORMA II: ÁMBITO DE APLICACIÓN

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

- a) Impuesto: Es el tributo cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa en favor del contribuyente por parte del Estado.
 - b) Contribución: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales.
 - c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente.
- (Subrayado agregado)

43. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente, con respecto a las contribuciones:

SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 1520-2004-AA/TC DEL 9 DE DICIEMBRE DE 2005

“En efecto, tomando en cuenta el tipo de tributo para evaluar la confiscatoriedad, cabe aclarar dos aspectos:

- ***El primero, que las contribuciones son tributos vinculados cuya obligación social tiene como hecho generador beneficios derivados de la realización de obras públicas o de actividades estatales; por consiguiente, su cobro no surge por una manifestación de capacidad contributiva del demandante sino por el beneficio real o potencial que pueda obtenerse, en este caso, de la actividad reguladora que brinda el Estado. Consecuentemente, el hecho de que la empresa haya presentado utilidades o pérdidas no resulta determinante para eximirse de tal obligación contributiva, toda vez que las utilidades y pérdidas determinan básicamente la capacidad de pago respecto al Impuesto a la Renta.***
- *El segundo, que la generación de utilidades y pérdidas en una empresa tiene que ver con la explotación racional del negocio, mas no se origina en la obligación del pago de una contribución, como erróneamente afirma la empresa recurrente”.*

(Énfasis añadido)

44. Atendiendo a lo desarrollado, se debe considerar la naturaleza tributaria del aporte por regulación que recaudan los organismos reguladores como el Osiptel, Ositran, Osinergmin y Sunass, así como los elementos fundamentales que lo componen.



45. Precisamente, con respecto a los elementos esenciales que componen a un tributo, como es el caso del aporte por regulación, encontramos principalmente a los sujetos pasivos de la obligación, el hecho imponible y la alícuota, ello de conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional en las siguientes sentencias:

SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 3092-2021-PA/TC DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022

“Sobre el principio de reserva de ley en materia tributaria

16. *El principio de reserva de ley se encuentra establecido en el artículo 74 de la Constitución Política, según el cual el ámbito de creación, modificación, derogación o exoneración de tributos queda reservado a las leyes o a los decretos legislativos.*
17. *Al respecto este Tribunal ha enfatizado que el principio de reserva ‘tiene como fundamento la fórmula histórica ‘no taxation without representation’; es decir, que los tributos sean establecidos por los representantes de quienes van a contribuir’ (cfr. sentencia emitida en el expediente 00042-2004-AI/TC, fundamento 10). Con ello se pretende que las exacciones estatales a los ciudadanos gocen de legitimidad representativa, respetándose el principio democrático y los derechos fundamentales.*
18. *Por su parte, también es criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional que el principio de reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia ley o norma con rango de ley. Para ello se debe tomar en cuenta que el grado de concreción de sus elementos esenciales será máximo cuando regule los sujetos, el hecho imponible y la alícuota; y será menor cuando se trate de otros elementos. En ningún caso, sin embargo, podrá aceptarse la entrega en blanco de facultades al Poder Ejecutivo para regular la materia (cfr. sentencia expedida en el expediente 00042-2004-PI/TC, fundamento 12).*
19. *Asimismo, en los fundamentos 20 y 21 de la sentencia expedida en el expediente 02762-2002-PA/TC, este Tribunal subrayó que es razonable que la alícuota, en tanto determina el quantum a pagar por el contribuyente, deba encontrarse revestida por el principio de seguridad jurídica en conexión con el de legalidad, lo que conlleva la exigencia de un mínimo de concreción en la ley; sin embargo, ello no se respeta cuando se deja al reglamento la fijación de los rangos de tasas ad infinitum. Es decir, cabe la posibilidad de remisiones legales al reglamento, siempre y cuando los parámetros se encuentren establecidos en la propia ley; por ejemplo, mediante la fijación de los topes de la alícuota.*
20. *Así, toda delegación, para ser constitucionalmente válida, deberá encontrarse delimitada en la norma legal que tiene la atribución originaria, pues cuando la propia ley o norma con rango de ley no establece los elementos esenciales y los límites de la potestad tributaria derivada, se está frente a una delegación incompleta o en blanco de las atribuciones que el constituyente ha querido reservar en la ley”.*
(El subrayado es añadido).

SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 1588-2020-PA/TC DEL 15 DE MARZO DE 2022

- “12. En lo que se refiere al principio de reserva de ley tributaria, son básicamente dos los cuestionamientos que hace la demandante. En primer lugar, argumenta que el Decreto Legislativo 148 excedió la materia de regulación delegada por la Ley 23230.*



Alega que dicha ley no delegó la regulación de aspectos relativos al cobro de tributos o contraprestaciones relacionadas con el uso de las aguas subterráneas. En segundo lugar, cuestiona que en dicho decreto legislativo no se establecen los elementos esenciales del tributo, por lo que se estaría delegando la potestad tributaria al Ejecutivo, que por medio del Decreto Supremo 008-82-VI fue el órgano que los estableció.

13. *Sobre los cuestionamientos expuestos se precisa que la creación de un tributo en cualquiera de sus especies es una delegación que requiere el máximo de formalidad. Por tanto, la norma autoritativa (Ley 23230) debió prever de manera expresa la facultad para que el Ejecutivo pueda crear nuevos tributos, puesto que se trata de la intervención en la propiedad de los ciudadanos y se requiere la máxima rigurosidad en su regulación. Así, también se debe precisar que la creación de un tributo como el que nos ocupa debió ser consecuencia de un estudio y previsión de la política fiscal del sector Economía y Finanzas, y no de una regulación mínima, escueta y limitada. Por tanto, este extremo de la demanda resulta fundado.*
14. *Por otro lado, en lo que se refiere al cumplimiento de la exigencia de que los elementos esenciales del tributo y su configuración deben estar contenidos en una norma de rango legal, del análisis del Decreto Legislativo 148 y su Reglamento, el Decreto Supremo 008-82-VI, deriva que no se ha cumplido con ella. En efecto, todos y cada uno de los elementos esenciales del tributo, como son los sujetos, el hecho imponible y la alícuota, se encuentran estipulados en los artículos 1 y 2 de la norma reglamentaria (Decreto Supremo 008-82-VI). Por consiguiente, no se ha respetado en ninguna medida el principio constitucional tributario de reserva de ley. Corresponde estimar también este extremo de la demanda".*

(El subrayado es añadido).

46. Así, conforme con lo desarrollado por el máximo intérprete de la Constitución, para la creación, modificación, derogación o exoneración de un tributo, se debe respetar el principio de reserva de ley, de manera tal que, únicamente puede ser establecido mediante una ley o decreto legislativo. Sin perjuicio de lo anterior, dicha reserva es relativa ya que permite ciertas derivaciones vía reglamentaria, siempre y cuando los límites o parámetros hayan sido correctamente establecidos en la propia norma con rango de ley, como es el supuesto de la Ley 27332.
47. Adicionalmente, el máximo intérprete de la Constitución ha desarrollado los alcances del principio de reserva de ley que deben cumplir los tributos, conforme se aprecia a continuación:

SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 3092-2021-PA/TC DEL 13 DE SEPTIEMBRE DE 2022

"Por su parte, también es criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional que el principio de reserva de ley en materia tributaria es una reserva relativa, ya que puede admitir, excepcionalmente, derivaciones al reglamento, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia ley o norma con rango de ley. Para ello se debe tomar en cuenta que el grado de concreción de sus elementos esenciales será máximo cuando regule los sujetos, el hecho imponible y la alícuota; y será menor cuando se trate de otros elementos".

(Énfasis añadido)

48. Por lo tanto, en materia tributaria, es posible que se derive, excepcionalmente,



por decreto supremo, ciertos aspectos de la determinación de un tributo, siempre y cuando en la propia ley se establezcan los parámetros bajo los cuales se puede regular.

- 49. Ahora, en el caso particular del Osiptel, este organismo regulador ha aprobado los siguientes decretos supremos en los que ha determinado la alícuota del Aporte por Regulación, conforme se observa a continuación:

NORMA	ALÍCUOTA	BASE IMPONIBLE
DECRETO SUPREMO 026-2001-PCM	0.5%	Facturación anual
DECRETO SUPREMO 138-2002-PCM	0.5%	Ingresos facturados y percibidos
DECRETO SUPREMO 134-2021-PCM	2022 → 0,7997% 2023 → 0,7998% 2024 → 0,7450%	Ingresos facturados

- 50. Así, este Colegiado advierte que el Osiptel ha realizado una modificación a la alícuota para los años 2022, 2023 y 2024 con relación a las alícuotas que ha manejado desde el año 2001, así como de la base imponible, sin exceder los límites establecidos en la Ley 27332, esto es, el 1% de la facturación anual.
- 51. En ese sentido, la materia controvertida en el presente caso versa sobre criterios que determinan el tributo del aporte por regulación pagado a favor de Osiptel, estos son, la base imponible y la alícuota, regidos por el Principio de Reserva de Ley, tal como se expuso previamente.
- 52. En efecto, conforme con el artículo 74 de la Constitución²⁴, los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo y, en el caso de los gobiernos locales, estos pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción y con los límites que señala la ley.

24

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 74.- Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo.

Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio. (...).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

53. En esa línea, en las sentencias emitidas en el proceso de acción popular seguido contra el Decreto Supremo 128-2013-PCM, el cual rige el aporte por regulación para el Osinergmin, tanto la Corte Superior como la Corte Suprema concluyeron que los elementos de dicha contribución, estos son, hecho gravado, sujeto acreedor, sujeto deudor, base imponible y alícuota, han sido contemplados en la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, y que el único aspecto fijado por decreto supremo es el porcentaje de la alícuota²⁵ específica del aporte, fijado con base en los límites señalados en la Ley 27332²⁶.
54. En consecuencia, los cuestionamientos efectuados sobre la base imponible y la alícuota del aporte por regulación no pueden ser evaluados en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas por tratarse este de un tributo creado por normas de rango legal (en ejercicio de función legislativa y no administrativa), razón por la cual no se encuentran dentro del ámbito de competencia de la Comisión ni de la Sala.
55. Precisamente, debe considerarse que la finalidad del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas es la inaplicación de barreras burocráticas declaradas ilegales o carentes de razonabilidad, de modo que la Comisión y/o la Sala no tienen competencia para evaluar la legalidad y razonabilidad y determinar la inaplicación de un tributo creado en ejercicio de función legislativa (por ley o decreto legislativo) o de los criterios para su determinación, en virtud del Principio de Reserva de Ley, como el aporte por regulación.
56. Por tanto, si bien el porcentaje de la alícuota ha sido establecido por norma infralegal, esto es, por decreto supremo, su inaplicación, así como la de la base

²⁵ La alícuota es el porcentaje que se aplica sobre la base imponible para determinar el importe tributario. GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina. Derecho Tributario, Tomo I, De Palma, Buenos Aires, 1996, página 349.

²⁶ **RESOLUCIÓN 09 DEL 17 DE JUNIO DE 2015 EMITIDA POR LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**

"AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY Y NO CONFISCATORIEDAD

Décimo Cuarto: (...)

Consecuentemente, siendo el Aporte Por Regulación un tributo, en él podemos observar la siguiente descripción:

- *Hecho Gravado: El supuesto en los que se origina el deber de pagar este aporte, es la actividad de supervisión y regulación.*
- *Sujeto Acreedor Los Organismos Reguladores.*
- *Sujeto Deudor Las empresas y entidades bajo el ámbito del órgano regulador; es decir, aquellas bajo su ámbito de supervisión y regulación.*
- *Base para el Cálculo de la Obligación y la alícuota: El aporte por Regulación no podrá exceder del 1% del valor de la facturación anual de las Empresas, deducido el impuesto General a la Ventas y el impuesto de Promoción Municipal. (...)"*

SENTENCIA ACCIÓN POPULAR 16216-2014 LIMA DEL 3 DE SEPTIEMBRE DE 2015 EMITIDA POR LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

"DÉCIMO TERCERO: (...)

13.1.- (...) se trata de una norma infra legal que constituye una ejecución de lo dispuesto en la citada ley. Entonces, atendiendo que por el decreto impugnado se fijó en un porcentaje a favor de la OEFA en 0.15% para el año dos mil catorce, 0.15% para el año dos mil quince, y 0.13% para el año dos mil dieciséis, se puede apreciar que dichos porcentajes en absoluto superan el 1% señalado en la Ley, se concluye que la regulación del aporte no resulta ajeno o distante, menos incongruente con lo previsto por ley; en este caso, el reglamento no desnaturaliza la ley, ni menos la contradice.

(...)"



imponible en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas resulta un imposible jurídico, en tanto la alícuota y la base imponible constituyen aspectos que determinan el tributo del aporte por regulación, regidos por el principio de reserva de ley.

57. En este punto, es necesario señalar que con relación a las competencias del Indecopi en materia tributaria, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1256 planteó la modificación del último párrafo del citado artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, aprobado por Decreto Supremo 156-2004-EF, de manera tal que, los órganos resolutivos en eliminación de barreras burocráticas son competentes para evaluar los **tributos municipales** que limiten el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado, por constituir barreras burocráticas²⁷.
58. Por lo anterior, se tiene que tanto la Comisión como la Sala, en medidas de naturaleza tributaria, son competentes únicamente para evaluar los tributos creados por las municipalidades o los creados por decreto supremo, que impacten negativamente en el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado, mas no los creados en ejercicio de la función legislativa.
59. Sobre el particular, con respecto al rango de ley de las ordenanzas municipales, cabe precisar que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 00014-2009-PI/TC, resolvió lo siguiente:

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL - EXPEDIENTE 00014-2009-PI/TC

“(…)

16. *Las ordenanzas de los gobiernos regionales o locales tienen efecto en el ámbito de su territorio y respecto de materias de su competencia (exclusiva o compartida). Por consiguiente, tal como se expresó en las SSTC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC, deben tomarse en cuenta las competencias repartidas a partir de la Constitución a las diferentes entidades del gobierno que tienen facultades normativas. (...).*

17. *Como es de apreciarse, las ordenanzas no podrán contravenir normas emitidas por el Poder Legislativo cuando éstas estén fundamentadas y competencias repartidas a partir de la dirigidas a regular aspectos propios del gobierno nacional. **En este tipo de casos, claramente se estaría frente a una situación en donde una norma de rango legal -como la ordenanza municipal o regional- no tendría la fuerza activa para derogar o modificar una ley formal emitida por el Congreso de la República, y ésta, por el contrario, despliega una fuerza pasiva frente a tales ordenanzas**”.*
(Énfasis agregado).

60. De ello, se aprecia que el Tribunal Constitucional se ha referido a la jerarquía normativa de las ordenanzas municipales aclarando que, si bien cuentan con **rango de ley**, no poseen **fuerza de ley**, lo cual supone que no pueden contravenir normas emitidas por el Poder Legislativo (leyes en sentido formal).

²⁷ Revisar las páginas 77 y 78 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1256.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

61. En esa línea, el Decreto Legislativo 1256 faculta a los órganos resolutivos en eliminación de barreras burocráticas a evaluar la legalidad y/o razonabilidad de medidas contenidas en disposiciones administrativas, como lo son las ordenanzas municipales²⁸.
62. Por lo expuesto, la medida denunciada no constituye una barrera burocrática en los términos del artículo 3 del Decreto Legislativo 1256, de modo que resulta jurídicamente imposible disponer su inaplicación, lo que constituye una causal de improcedencia según lo establecido en el artículo 427 del TUO del Código Procesal Civil, aplicable de acuerdo con el artículo 27 del Decreto Legislativo 1256.
63. En virtud de lo expuesto, corresponde determinar lo siguiente:
- (i) Revocar la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI en el extremo que declaró infundada la denuncia con respecto al cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente, materializado en el inciso a) del numeral 3.1. del artículo 3 del Decreto Supremo 134-2021-PCM.
 - (ii) Confirmar la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI en el extremo que declaró improcedente la denuncia con respecto al cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Osiptel calculado sobre el valor de la facturación anual de la empresa operadora, materializado en el artículo 2 del Decreto Supremo 134-2021-PCM.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: Denegar los pedidos de informe oral formulados por Telefónica del Perú S.A. y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones.

SEGUNDO: Revocar la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2022 que declaró infundada la denuncia con respecto al cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente, materializado en el inciso a) del numeral 3.1. del artículo 3 del Decreto Supremo 134-2021-PCM.

TERCERO: Confirmar la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI del 12 de julio de 2022 en el extremo que declaró improcedente la denuncia respecto del cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones calculado sobre el valor de

²⁸ Ver notas al pie 14 y 15.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

la facturación anual de la empresa operadora, materializado en el artículo 2 del Decreto Supremo 134-2021-PCM.

Con la intervención de los señores vocales Gilmer Ricardo Paredes Castro, Dante Javier Mendoza Antonioli y Gonzalo Ferrero Diez Canseco

GILMER RICARDO PAREDES CASTRO
Presidente



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI****TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**
Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas**RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI****EXPEDIENTE 000018-2022/CEB**

Voto en discordia del señor vocal Jorge Alejandro Chávez Picasso:

Difiero respetuosamente de lo resuelto por los señores vocales Gilmer Ricardo Paredes Castro, Dante Javier Mendoza Antonioli y Gonzalo Ferrero Diez Canseco en el Resuelve Segundo de su pronunciamiento en el que determinan revocar la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI del 12 julio de 2022; y, en consecuencia, declarar improcedente la denuncia presentada por Telefónica del Perú S.A. (en adelante, la denunciante) en contra de la Presidencia de Consejo de Ministros (en adelante, la PCM), teniendo como terceros administrados al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, el Osiptel) y el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, el Ministerio) por la imposición de una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad consistente en el cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones utilizando las alícuotas fijadas en 0.7997%, 0.7998% y 0.7450% para los años 2022, 2023 y 2024, respectivamente, materializado en el inciso a) del numeral 3.1. del artículo 3 del Decreto Supremo 134-2021-PCM.

De tal forma, considero que la denuncia es procedente en dicho extremo y que se debe desarrollar el análisis de legalidad y, de ser el caso, de razonabilidad correspondiente, por los siguientes fundamentos:

1. Como lo precisó el voto en mayoría, los aportes por regulación son un tipo de tributo no vinculado, en específico, una contribución, a través de la cual, los organismos reguladores pueden solventar sus actividades supervisión y regulación mediante su recaudación.
2. En esa línea, al tener naturaleza tributaria, deben dar cumplimiento a los principios constitucionales consagrados por el artículo 74 de la Constitución, tales como el principio de reserva de ley. Sobre este principio, el Tribunal Constitucional ha indicado que, en materia tributaria, la reserva de ley es de carácter relativo pues admite la posibilidad de que, excepcionalmente, se derive al Reglamento ciertos aspectos de su determinación, siempre y cuando los parámetros estén claramente establecidos en la propia ley o norma con rango de ley¹.
3. De esa forma, mediante el artículo 10 de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos² (en adelante, la Ley 27332), se ha dispuesto que los organismos reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por

¹ Sentencia recaída en el Expediente 3092-2021-PA/TC del 13 de septiembre de 2022.

² **LEY 27332, LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

Artículo 10.- Aporte por regulación

Los Organismos Reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% (uno por ciento) del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

regulación, el cual no podrá exceder del 1% del valor de la facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Adicionalmente, se determinó que dicho aporte será fijado, en cada caso, mediante decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

4. En el presente caso, mediante el Decreto Supremo 134-2021-PCM, la PCM ha establecido las alícuotas del aporte por regulación a favor del Osiptel para los años 2022, 2023 y 2024, variando el porcentaje de 0,5% anteriormente vigente.
5. Ahora bien, conforme se ha precisado, la obligación de cumplir con el pago del aporte por regulación a favor del Osiptel se encuentra regulado en la Ley 27332, así como el hecho gravado, el sujeto acreedor, el sujeto deudor y la base imponible, por lo tanto, dichos elementos han sido creados por normas emitidas en ejercicio de la función legislativa y únicamente replicadas en el Decreto Supremo cuestionado.
6. Sin embargo, el único aspecto del aporte por regulación que podría ser evaluado por la Sala y que se enmarca en las competencias del Indecopi serían las alícuotas fijadas en el Decreto Supremo 134-2021-PCM, toda vez que no se encuentran reguladas expresamente en la Ley 27332.
7. Tal afirmación incluso ya ha sido revisada previamente por la Sala de Defensa de la Competencia (cuando tenía las competencias vinculadas con los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas) en las Resoluciones 0064-2017/SDC-INDECOPI, 0065-2017/SDC-INDECOPI, 0066-2017/SDC-INDECOPI, 0067-2017/SDC-INDECOPI, 0490-2017/SDC-INDECOPI, entre otras, en las cuales se precisó que el único aspecto del aporte por regulación que podría ser evaluado por la Sala es la alícuota específica del mencionado tributo, debido a que esta es establecida por decreto supremo.
8. Por ello, considero que, al contar con dichos antecedentes, no resulta válido que mediante el análisis de procedencia en el presente procedimiento se limite las competencias de los órganos resolutivos en materia de eliminación de barreras burocráticas, debido a que cuenta con facultades para evaluar las regulaciones establecidas mediante decreto supremo.
9. Cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante la Casación 25135-2018 Lima, ya ha expuesto de forma clara la necesidad de desarrollar el principio de interpretación favorable, lo cual se orienta a que la interpretación de las disposiciones que tiene a la vista los órganos de eliminación de barreras burocráticas del Indecopi, debe realizarse en aquel sentido que mejor cumpla la finalidad de la legislación de la materia, tal como es el Decreto Legislativo 1256, donde particularmente se verifica en fomentar la competitividad empresarial.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0066-2023/SEL-INDECOPI

EXPEDIENTE 000018-2022/CEB

10. Incluso considerando el tiempo transcurrido desde la presentación de la denuncia, se debe priorizar un análisis de fondo de la controversia materia de cuestionamiento a fin de identificar si es que ciertamente la barrera burocrática resulta ilegal o carente de razonabilidad, de ser el caso; sin embargo, la interpretación más restringida que se ha llevado a cabo no permitiría que se pueda verificar el contenido que busca proteger el Decreto Legislativo 1256.
11. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que las actuaciones de los órganos de eliminación de barreras burocráticas deben preferir la lucha contra la imposición de dichas medidas, en tanto se busque la aplicación preferente de los principios de informalismo y encauzamiento, dirigidos a reducir la cantidad de trabas para la admisión de las causas presentadas por los administrados³.

Voto singular del señor vocal Jorge Alejandro Chávez Picasso:

Por otro lado, concuerdo con el pronunciamiento emitido por unanimidad en el Resuelve Tercero que determina confirmar la Resolución 0258-2022/CEB-INDECOPI del 12 julio de 2022, en el extremo que declaró improcedente la denuncia con respecto a la imposición del cobro del aporte por regulación por servicios de telefonía móvil a favor del Osiptel calculado sobre el valor de la facturación anual de la empresa operadora, materializado en el artículo 2 del Decreto Supremo 134-2021-PCM.

Sin embargo, considero necesario precisar que la medida es improcedente debido a que, tal como lo ha desarrollado la primera instancia, únicamente estaría replicando lo ya dispuesto por la Ley 27332.

JORGE ALEJANDRO CHÁVEZ PICASSO
Vocal

³ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

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

Artículo 4.- Principios de las autoridades a cargo de supervisar la presente ley

Además de los principios señalados en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades a cargo de hacer cumplir la presente ley se rigen por los siguientes principios:

(...)

2. Principio de encauzamiento. - los órganos de primera instancia identifican, de oficio, otros medios de materialización de una barrera burocrática distintos a los indicados en la denuncia, cuando sea evidente su existencia. Del mismo modo, los referidos órganos podrán identificar, de oficio, la barrera burocrática cuestionada del texto íntegro de la denuncia y no únicamente del petitorio.