

**PERÚ**Presidencia  
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 008-2012-CCO/OSIPTEL**

Lima, 24 de abril de 2012

EXPEDIENTE	004-2011-CCO-ST/CD
MATERIA	Competencia Desleal
ADMINISTRADOS	Telefónica Multimedia S.A.C. Ernesto Justino Ñaupari Lino

*SUMILLA: Se declara fundada la demanda presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra el señor Ernesto Justino Ñaupari Lino por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal.*

*En consecuencia, se sanciona al señor Ernesto Justino Ñaupari Lino con una multa de 3,56 UITs por la comisión de una infracción leve, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal y el principio de conducta procedimental. Asimismo, se dispone el cese de la conducta infractora y se le condena al pago de costos.*

*De otro lado, se declaran infundados los pedidos de Telefónica Multimedia para que se ordene el pago de las costas y la publicación de la resolución.*

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. (MULTIMEDIA) contra el señor Ernesto Justino Ñaupari Lino (el señor Ñaupari) por la comisión de presuntos actos de competencia desleal en el mercado de distribución de radiodifusión por cable.

**VISTO:**

El Expediente N° 004-2011-CCO-ST/CD, correspondiente a la controversia entre MULTIMEDIA y el señor Ñaupari, sobre actos de competencia desleal.

**CONSIDERANDO:****I. EMPRESAS INVOLUCRADAS****Empresa demandante**

Multimedia es una empresa privada dedicada a brindar servicios de distribución de radiodifusión por cable en las modalidades de cable inalámbrico u óptico y de difusión directa por satélite.

Multimedia es titular de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 108-93-TCC/15.17 y N° 030-96-MTC/15.17 y sus modificatorias; las mismas que fueron adecuadas al régimen de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a nivel nacional, mediante Resolución Ministerial N° 672-2008-MTC/03 de fecha 2 de septiembre de 2008.

### **Empresa demandada**

El señor Ñaupari es una persona natural que estuvo dedicada a brindar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en las modalidades alámbrico u óptico.

Obtuvo la concesión para la prestación del mencionado servicio por Resolución Ministerial N° 196-2007-MTC/03, la misma que fue adecuada al régimen de concesión única en el área de todo el territorio de la República, mediante Resolución Ministerial N° 428-2008-MTC/03<sup>1</sup>.

## **II. ANTECEDENTES**

2.1 Con fecha 26 de mayo de 2011, la empresa Multimedia solicita la conformación de un Cuerpo Colegiado y presenta una demanda contra el señor Ñaupari por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto contemplado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Competencia Desleal). Al respecto, Multimedia planteó las siguientes pretensiones:

- (i) Como pretensión principal, Multimedia solicita se declare que el señor Ñaupari habría obtenido una ventaja significativa ilícita derivada de la infracción de los derechos de autor, al haber retransmitido en su parrilla de programación las señales de Cable Mágico Deportes (en adelante, CMD) y Canal N, de titularidad exclusiva de Multimedia, sin contar con autorización para ello; lo cual constituiría una infracción tipificada en el artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal.
- (ii) Como pretensiones accesorias solicita que: (a) Se sancione al señor Ñaupari por la comisión de actos de competencia desleal materia de denuncia con la máxima multa que corresponda, al amparo del artículo 52° de la Ley de Competencia Desleal, (b) se ordene al señor Ñaupari el pago de costas y costos, (c) se ordene el cese inmediato de las presuntas prácticas ilegales que realiza el señor Ñaupari y (d) se ordene la publicación de una eventual resolución sancionadora, cuyo costo deberá ser asumido por el señor Ñaupari, al amparo de lo dispuesto por el artículo 33° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

<sup>1</sup> Cabe mencionar que la concesión fue transferida a la empresa TV Cable Wanuko S.A.C. mediante Resolución N° 562-2010-MTC/03. Asimismo, por Resolución N° 265-2011-MTC/03 de 12 de abril de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones dio por resuelto el contrato de concesión única por redistribución no autorizada de señales.

- 2.2 Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, de fecha 18 de agosto de 2011, el Cuerpo Colegiado encargó a la Secretaría Técnica que solicite al INDECOPI, que informe si se ha interpuesto una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial contra la resolución N° 2874-2010/TPI-INDECOPI presentada por Multimedia.
- 2.3 En cumplimiento de ello, con fecha 22 de agosto de 2011, la Secretaría Técnica remitió el Oficio N° 0158-ST/2011, solicitando a la Gerencia Legal del INDECOPI dicha información.
- 2.4 Con Oficio N° 001-2011/GEL-INDECOPI de fecha 30 de setiembre de 2011, la Gerencia Legal del INDECOPI informó que hasta dicha fecha, no se había notificado al INDECOPI respecto a algún proceso contencioso administrativo que cuestione la Resolución N° 2784-2010/TPI-INDECOPI.
- 2.5 Mediante Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, de 5 de octubre de 2011, el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la demanda interpuesta por Multimedia, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, conducta tipificada en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corriendo traslado al señor Ñaupari para que la absuelva en el plazo máximo de diez (10) días hábiles.

De otro lado, se dispuso la tramitación de la controversia como una que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo II del Reglamento de Controversias.

- 2.6 El 26 de octubre de 2011, el señor Ñaupari remitió un escrito presentando sus descargos. Entre otras cosas, señaló lo siguiente: (i) que no se puede sancionar dos veces por el mismo hecho a un administrado, (ii) que no se puede estimar un perjuicio a Multimedia ni una mejora sustancial en el mercado por parte del señor Ñaupari, y (iii) que no se habría acreditado una ventaja significativa por la supuesta infracción a los derechos de autor.
- 2.7 Mediante Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL de fecha 28 de octubre de 2011, el Cuerpo Colegiado declaró saneado el procedimiento dando inicio a la etapa de investigación por un plazo de sesenta (60) días calendario computados a partir del día siguiente de notificada la resolución.
- 2.8 Conforme a lo dispuesto por el artículo 78° del Reglamento de Controversias<sup>2</sup>, el 16 de noviembre de 2011, la Secretaría Técnica dirigió el Oficio N° 216-ST/2011 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI,

<sup>2</sup> **Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**

Art. 78° Informe de INDECOPI.- En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.

solicitándole la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios imperativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de actos de violación de normas para la generalidad de mercados y agentes económicos. Asimismo, se le solicitó los criterios utilizados para la evaluación de la mejor posición competitiva en el mercado obtenida por la infracción de normas y cuándo esta debe ser considerada como una ventaja significativa.

- 2.9 De acuerdo al requerimiento efectuado, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI remitió el Oficio N° 088-2011/CCD-INDECOPI del 29 de noviembre de 2011, mediante el cual informó que a la fecha no se ha presentado ante la Comisión, algún caso en el que se hubiera acreditado la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente que determine la infracción de normas imperativas, conforme a los términos del artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- 2.10 Mediante Resolución N° 004-2011-CCO/OSIPTel de 21 de diciembre de 2011, el Cuerpo Colegiado amplió el plazo para la etapa de investigación por sesenta (60) días calendario adicionales, contados a partir del vencimiento del plazo otorgado por Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTel.
- 2.11 Con fecha 27 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica remitió a Multimedia el Oficio N° 243-ST/2011, requiriéndole información relacionada con: (i) su participación en el mercado de televisión por cable donde compite con el señor Ñaupari, (ii) el "Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión" suscrito entre Multimedia y Media Networks, (iii) el período de tiempo en el cual se transmitieron las emisiones materia de denuncia, y (iii) posibles negociaciones o acuerdos de licencia de distribución de señales mediante los cuales Multimedia autorice la transmisión de sus señales exclusivas.
- 2.12 Del mismo modo, mediante Oficio N° 249-ST/2011, de 29 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica requirió al señor Ñaupari que cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable.
- 2.13 Mediante escrito de 5 de enero de 2012, Multimedia solicitó la prórroga del plazo para cumplir con la remisión de la información requerida, a cinco días adicionales, la cual fue concedida por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 008-STCCO/2012, señalando como fecha de vencimiento del plazo el 12 de enero de 2012.
- 2.14 Con escrito de 10 de enero de 2012, Multimedia contesta los descargos presentados por el señor Ñaupari, señalando, entre otras cosas, lo siguiente: (i) Respecto a la ventaja obtenida por el señor Ñaupari, indicó que no es necesario acreditar la existencia de un daño real ocasionado a Multimedia toda vez que la ventaja significativa quedaría acreditada con el ahorro obtenido por el demandado al retransmitir ilícitamente sus señales exclusivas; y, (ii) Respecto a la presunta infracción al principio de *non bis in idem* en el procedimiento, señaló que en el procedimiento no se pretende una sanción por la infracción a la normativa de derechos de autor sino por un acto de competencia desleal producido como resultado de la violación de una norma imperativa.

- 2.15 Multimedia presentó un escrito de fecha 12 de enero de 2012 mediante el cual adjunta la información requerida exceptuando el "Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión" suscrito con Media Networks. En relación a los acuerdos de distribución de señales mediante los cuales autorizó la transmisión de sus señales exclusivas, Multimedia no adjuntó ningún contrato en la medida que actualmente no tiene ningún vínculo contractual ni negociación al respecto. Sin perjuicio de ello, adjuntó adicionalmente el contrato de licencia de distribución de señales celebrado con Cable Visión Iquitos S.R.L. en el año 2006. En su escrito, Multimedia solicitó se declare la confidencialidad de la información presentada.
- 2.16 Mediante la Resolución N° 006-2012-CCO/OSIPTEL, del 16 de enero de 2012, el Cuerpo Colegiado declaró fundada en parte la solicitud de confidencialidad presentada por Multimedia el 12 de enero de 2012, declarando confidencial únicamente la información referida al número mensual (en altas y stock) de clientes por distrito durante el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y junio de 2011, y el Contrato de licencia de distribución de señales celebrado con Cable Visión Iquitos S.R.L.
- 2.17 En la medida que el señor Ñaupari no cumplió con el requerimiento de información contenido en el Oficio N° 249-ST/2011 de 29 de diciembre de 2011; mediante Oficio N° 029-STCCO/2012 de 26 de enero de 2012, la Secretaría Técnica reiteró al señor Ñaupari que cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable en un plazo máximo de tres (3) días hábiles. A la fecha, el señor Ñaupari no ha cumplido con enviar la información requerida.
- 2.18 Mediante Oficio 069-STCCO/2012 del 13 de marzo de 2012 la Secretaría Técnica solicitó a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI una copia de la Resolución 0052-2010/CDA mediante la cual se resolvió en primera instancia la denuncia presentada por Multimedia contra el señor Ñaupari por infracción a la normativa de derechos de autor por la retransmisión no autorizada de señales de radiodifusión.<sup>3</sup>
- 2.19 Con Oficio N° 056-2012/CDA-INDECOPI, de 15 de marzo de 2012, la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI remitió copia de la Resolución 0052-2010/CDA.

### III. PETITORIO DE LA DEMANDA – PRETENSIONES ADMITIDAS

- 3.1. Mediante escrito de fecha 26 de mayo de 2011, la empresa Multimedia presentó una denuncia contra el señor Ñaupari, solicitando al Cuerpo Colegiado las siguientes pretensiones:

<sup>3</sup> Debe señalarse que mediante Oficios N° 182-ST/2011 y 226-ST/2011 de fechas 10 de octubre y 12 de diciembre de 2011, respectivamente, se solicitó a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI el envío de una copia de la resolución que sanciona, en primera instancia, al señor Ñaupari por la retransmisión ilícita de las señales exclusivas de Multimedia; sin embargo, por un error material se citó la Resolución 0051-2010/CDA, no obstante, dicho pronunciamiento no era el pertinente para el análisis de la presente controversia.

(i) **Pretensión principal**

Se declare que el señor Ñaupari ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infringiendo con ello lo establecido por el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, al retransmitir por su parrilla de programación las señales de CMD y Canal N, de titularidad exclusiva de Multimedia, sin contar para ello con su autorización o consentimiento, obteniendo una ventaja indiscutible y significativa en el mercado de televisión paga.

(ii) **Pretensiones accesorias**

- Se sancione al señor Ñaupari por la comisión de actos de competencia desleal materia de denuncia con la máxima multa que corresponda, al amparo del artículo 52º de la Ley de Competencia Desleal.
- Se condene al pago de costas y costos al señor Ñaupari.
- Se ordene el cese inmediato de las presuntas prácticas ilegales que realiza el señor Ñaupari.
- Se ordene la publicación de una eventual resolución sancionadora, cuyo costo deberá ser asumido por el señor Ñaupari, al amparo de lo dispuesto por el artículo 33º de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

**IV. POSICIONES DE LAS PARTES Y DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA**

Con relación a las posiciones de las partes, así como a las diligencias realizadas por la Secretaría Técnica, el Cuerpo Colegiado se remite a lo señalado sobre el particular en el Informe Instructivo.

**V. INFORME INSTRUCTIVO N° 016-STCCO/2012, TITULADO "CONTROVERSIA ENTRE TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C. Y ERNESTO JUSTINO ÑAUPARI LINO (EXP. 004-2011-CCO-ST/CD) INFORME INSTRUCTIVO"**

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica concluyó lo siguiente:

- (i) La normativa de derecho de autor infringida (El artículo 39º de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140º literal a) del Decreto Legislativo 822) por el señor Ñaupari, referida a la retransmisión ilícita de señales, tiene carácter imperativo.
- (ii) Conforme a la información obtenida a la fecha, ha quedado acreditada la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determina la infracción a los derechos de autor (el INDECOPI), y que dicho pronunciamiento no se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa, hecho que no ha sido desvirtuado documentalmente por el señor Ñaupari.

- (iii) El señor Ñaupari habría tenido un acceso no autorizado a las señales de CMD y Canal N, y que dicho acceso le habría generado un ahorro de costos.
- (iv) Asimismo, el acceso ilícito del señor Ñaupari a las señales de CMD y Canal N y el supuesto "ahorro" obtenido lo colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores en el mercado de cable de la ciudad de Huánuco, concluyéndose que habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor.

Conforme a ello, la Secretaría Técnica considera que se ha acreditado que el señor Ñaupari ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infringiendo lo establecido por el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, al retransmitir por su parrilla de programación señales que son de titularidad exclusiva de Multimedia, sin contar para ello con su autorización o consentimiento, obteniendo una ventaja significativa en el mercado de televisión paga de la ciudad de Huánuco. En tal sentido, recomienda imponer una sanción a dicha empresa.

## VI. ALEGATOS DE LAS PARTES AL INFORME INSTRUCTIVO

En relación a lo establecido mediante Resolución N° 007-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de marzo de 2012, las partes tenían el plazo de siete (07) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada la resolución para la presentación de sus alegatos al Informe Instructivo emitido por la Secretaría Técnica.

De una revisión del expediente se observa que la referida resolución fue notificada a Multimedia y el señor Ñaupari, el 19 y 21 de marzo de 2012, respectivamente. Al respecto, cabe indicar que las partes no han presentado alegatos al Informe Instructivo.

## VII. CUESTIONES PREVIAS

### 7.1. La aplicación del principio *non bis in idem*

En su escrito de contestación de la demanda el señor Ñaupari cuestionó la imputación efectuada en virtud al artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal, por considerar que mediante dicho tipo infractor se le pretendería volver a investigar por una conducta ya evaluada y sancionada anteriormente por el INDECOPI. En tal sentido, consideró que en aplicación del principio *non bis in idem* no correspondería que el OSIPTEL imponga una nueva sanción.

Al respecto debe indicarse que el cuestionamiento efectuado por el señor Ñaupari ha sido analizado anteriormente por autores como RIVERA<sup>4</sup> o CALDERÓN<sup>5</sup> a criterio de quienes la tipificación de las prácticas de violación de normas como

<sup>4</sup> RIVERA, Alfonso. *Violación de normas*. En: El Derecho de la Competencia Desleal. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima. 2007. Pg. 264.

<sup>5</sup> CALDERON, Andrés. *El acto de violación de normas: Cuando lo práctico supera a lo teórico*. En: Boletín Lente Jurídico. Publicado por Asociación Civil Ius Et Veritas integrada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año I, N° 2. Lima. Pg.44.

contrarias a la normativa de competencia desleal podrían contravenir el principio *non bis in idem* en la medida que un mismo administrado resulta doblemente sancionado: primero por la autoridad sectorial encargada de velar por el cumplimiento de la norma imperativa y posteriormente por el INDECOPI o el OSIPTEL, por una presunta práctica de competencia desleal, lo cual a criterio de dichos autores podría representar un abuso de la potestad sancionadora del Estado.

En atención a ello, debe señalarse que el principio *non bis in idem* se encuentra recogido en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, como un principio rector de la potestad sancionadora administrativa, funcionando de esta manera como una garantía a favor del administrado a quien no se le podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho siempre que se verifique la triple identidad de: sujeto, hecho y fundamento<sup>6</sup>.

En tal sentido, en el presente caso tanto las partes del procedimiento (Multimedia y el señor Ñaupari) como el hecho material (retransmisión no autorizada de señales) resultan siendo los mismos que los verificados en el procedimiento ventilado ante INDECOPI, debiendo por tanto evaluarse si las normas infringidas responden al mismo fundamento, a fin de poder determinar si se ha verificado la triple identidad requerida en el principio *non bis in idem*.

A fin de evaluar el fundamento de la tipificación de una infracción debe señalarse que conforme lo indica NIETO "la concurrencia de normas sancionadoras de un mismo hecho significa que éste es sancionado por dos fundamentos o causas distintas"<sup>7</sup> lo que al final nos permite concluir que es posible que una misma conducta lesione a más de un bien jurídico, pudiéndose de esta manera contravenir a más de una norma.

En ese orden de ideas, tenemos que la sanción impuesta por el INDECOPI responde a una contravención al Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, la cual tiene como finalidad la de proteger a los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechohabientes, de los titulares de derechos conexos al derecho de autor reconocidos en ella y de la salvaguardia del acervo cultural<sup>8</sup>. Conforme se observa dicha norma tiene por finalidad la de viabilizar la protección del derecho fundamental reconocido en la Constitución que tienen todas

<sup>6</sup> En similar sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3517-2011-PHC/TC reconoció que el principio *non bis in idem* tiene dos dimensiones: una sustantiva que proscribe una doble sanción por un mismo hecho y una procesal en virtud a la cual un mismo hecho no puede ser materia de dos procesos distintos.

<sup>7</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos. Cuarta edición. Madrid. 2005. Pg. 513.

<sup>8</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 822. LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR.**

Artículo 1°.- Las disposiciones de la presente ley tienen por objeto la protección de los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechohabientes, de los titulares de derechos conexos al derecho de autor reconocidos en ella y de la salvaguardia del acervo cultural.

Esta protección se reconoce cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio del autor o titular del respectivo derecho o el lugar de la publicación o divulgación.



las personas a la libertad de creación así como a la propiedad sobre sus creaciones y productos<sup>9</sup>.

En tal sentido, es posible afirmar que la sanción impuesta por el INDECOPI por la infracción a la normativa de derechos de autor busca salvaguardar el derecho reconocido a Multimedia en tanto titular de un derecho conexo frente a una retransmisión de señal no consentida por parte del señor Naupari.

Por otro lado, en la presente controversia, nos encontramos evaluando una presunta contravención a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual tiene como finalidad la de proteger el proceso competitivo<sup>10</sup> el cual es un bien jurídico de suma relevancia toda vez que es requisito indispensable para el desarrollo de la libre iniciativa privada y la concurrencia leal en el mercado. En tal sentido, tenemos que conforme indica KRESALJA *"las leyes de defensa de la competencia, que tienen en nuestro caso un claro sustento constitucional, delimitan uno de los aspectos más importantes del orden público, de modo que configuran nuestro orden público económico"*<sup>11</sup>.

Asimismo debe señalarse que en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1044 se hizo referencia a los cuestionamientos efectuados al supuesto de violación de normas en relación a una posible contravención al principio *non bis in idem*, en tal sentido se señaló lo siguiente:

*"Así con la definición establecida en el Decreto Legislativo, se distingue claramente la naturaleza de la infracción por violación de normas; de las infracciones declaradas por las autoridades sectoriales competentes, evitando la configuración del non bis in idem, ya que las autoridades sectoriales sancionarán la directa infracción a las normas que administran y mediante la declaración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se sancionará únicamente cuando dicha infracción, declarada así por la autoridad competente, haya generado una ventaja competitiva significativa en beneficio del infractor."*

En tal sentido, conforme puede observarse, a fin de evitar una contravención al principio *non bis in idem* en la Ley de Competencia Desleal se consideró como un requisito de tipicidad el que la violación de normas se vea traducida en un beneficio para el agente infractor de la norma sectorial<sup>12</sup>. En caso contrario, la infracción de la norma imperativa no afectaría el proceso competitivo y por ende no sería pasible de ser sancionada.

<sup>9</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho a:

(...) 8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. (...)

<sup>10</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

**Artículo 1º.- Finalidad de la Ley.-**

La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

<sup>11</sup> KRESALJA ROSELLO, Baldo. *Perú: Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*. Publicado en: Pensamiento Constitucional. Año XII N° 12. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pgs. 28 y 29.

<sup>12</sup> MASSAGUER, José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas. 1999. Pg. 432

En ese orden de ideas, podemos concluir que el supuesto de violación de normas busca reprimir aquellas conductas que afecten la posición de igualdad que debe existir entre los competidores que intervienen en el mercado respetando el marco normativo existente<sup>13</sup>, siendo por tanto que dicha conducta únicamente será punible en la medida que afecte el bien jurídico que busca tutelar: el proceso competitivo. Es por ello que, en el presente caso, se pretende verificar si la infracción de normas de derecho de autor resultó ser el medio adecuado para que el señor Ñaupari obtuviese una ventaja significativa en relación a sus competidores de la cual hubiese podido valerse en el mercado de la ciudad de Iquitos.

Por lo tanto, dado que la normativa de derecho de autor y la de competencia desleal salvaguardan intereses jurídicos diferentes y que por ende las sanciones a imponer responden a finalidades distintas, es posible concluir que en el presente caso no se ha verificado la identidad de fundamento requerida para la aplicación del principio *non bis in idem*, por lo cual lo argumentado por el señor Ñaupari en este extremo no resulta pertinente para la presente controversia.

## 7.2. La valoración de los medios probatorios en el procedimiento y la actividad procesal de las partes

La presente controversia se resuelve en atención a los medios probatorios que obran en el expediente, la cual tiene como finalidad determinar si el señor Ñaupari habría incurrido en las infracciones que se le imputan. Conforme a ello, antes de analizar el fondo de la controversia entre Multimedia y el señor Ñaupari, es conveniente efectuar algunas precisiones sobre los criterios que empleará este Cuerpo Colegiado para valorar el material probatorio del procedimiento.

De acuerdo a las normas que rigen el proceso civil, aplicables en virtud de las normas del Reglamento de Controversias citadas anteriormente, entre los medios probatorios típicos está la declaración de parte<sup>14</sup>, referida a los hechos o información del que la presta o de su representado<sup>15</sup>. Las declaraciones de parte no sólo se manifiestan oralmente sino también a través de afirmaciones contenidas en las actuaciones judiciales o los escritos de las partes<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> KRESALJA ROSELLO, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

<sup>14</sup> **Código Procesal Civil**

Artículo 192º.- Son medios de prueba típicos:

1. La declaración de parte;
2. La declaración de testigos;
3. Los documentos;
4. La pericia; y
5. La inspección judicial.

<sup>15</sup> **Código Procesal Civil**

Artículo 214º.- La declaración de parte se refiere a hechos o información del que la presta o de su representado. La parte debe declarar personalmente.

Excepcionalmente, tratándose de persona natural, el Juez admitirá la declaración del apoderado si considera que no se pierde su finalidad.

<sup>16</sup> **Código Procesal Civil**

Artículo 221.-

Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.

Las declaraciones de parte toman un valor probatorio particular en el ámbito procesal administrativo, toda vez que uno de los principios generales es el principio de presunción de veracidad según el cual durante la tramitación del procedimiento se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman<sup>17</sup> y asimismo, se presume que toda la información incluida en los escritos y formularios han sido verificados por quien hace uso de ellos y que el contenido es veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario<sup>18</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado, en el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa debe aplicar el Principio de Verdad Material<sup>19</sup>. Es así que respecto a los medios probatorios en los procedimientos trilaterales administrativos, tal como es el caso de la presente controversia, *"la autoridad debe ser lo suficientemente cautelosa, para no sustituir el deber probatorio de las partes. Por tanto, la aplicación del principio de verdad material debe estar atenuada, al operar la presunción de igualdad entre las partes intervinientes en el procedimiento trilateral. Sin embargo, ello no implica que la autoridad administrativa ante la cual se desenvuelve el procedimiento administrativo trilateral, como entidad servicial de los intereses generales, ejerza su facultad de ordenar y producir pruebas cuando exista un interés público inherente a la resolución del procedimiento"*<sup>20</sup>. (El subrayado es nuestro)

<sup>17</sup> **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:

1.7 Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

<sup>18</sup> **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 42.- Presunción de veracidad

42.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario.

42.2 En caso de las traducciones de parte, así como los informes o constancias profesionales o técnicas presentadas como sucedáneos de documentación oficial, dicha responsabilidad alcanza solidariamente a quien los presenta y a los que los hayan expedido.

<sup>19</sup> **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:

1.11 Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

<sup>20</sup> MARTIN TIRADO, Richard. "El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". En: Revista Derecho y Sociedad N° 17. Pgs. 221-234.

De acuerdo a ello, observamos que de un lado tenemos el deber probatorio de Multimedia con respecto a los términos de su demanda, mientras que por otro lado tenemos la facultad de producir pruebas de la Administración Pública cuando exista un interés público.

Es así que, siendo la protección de la leal competencia en el mercado, constituiría uno de los aspectos más importantes del orden público económico; la Secretaría Técnica ha procurado producir las pruebas necesarias durante la etapa de investigación para llegar a la verdad material. Al respecto, conforme a la naturaleza de la conducta investigada se ha requerido información diversa respecto a la participación en el mercado de Huánuco tanto de Multimedia como del señor Ñaupari en el período de la realización de la conducta denunciada.

Al respecto, cabe indicar que, los administrados en general, son responsables de entregar la información solicitada por la autoridad administrativa. En efecto, conforme a las normas pertinentes de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la administración puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones o la presentación de documentos así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba<sup>21</sup>; y, a su vez, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material<sup>22</sup>.

En el caso de la información requerida al señor Ñaupari, mediante Oficio N° 249-ST/2011 de 29 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica requirió cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable, indicando como plazo máximo para su presentación el de cinco (5) días hábiles. Dicho oficio fue debidamente notificado con fecha 3 de enero de 2012 tal y como consta en el expediente.

Vencido en exceso el plazo otorgado para la presentación de la información, la Secretaría Técnica reiteró su pedido mediante Oficio N° 029-STCCO/2012, el que fuera notificado el 28 de enero de 2012, y otorgó un plazo máximo de tres (03) días hábiles contados desde la notificación para cumplir con la entrega de la información.

Cabe indicar que el señor Ñaupari no habría cumplido con su deber de proporcionar información a la autoridad administrativa, a pesar de que en dichos requerimientos se le indicó que dicha información era necesaria para *"contar con mayores*

<sup>21</sup> **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 169°.- Solicitud de pruebas a los administrados

169.1 La autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba. Para el efecto se cursa el requerimiento mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento.

(...)

<sup>22</sup> **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 57°.- Suministro de información a las entidades

(...)

57.2. En los procedimientos investigatorios, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material, conforme a lo dispuesto en el capítulo sobre la instrucción.

elementos de juicio que permitiesen resolver los distintos aspectos de la controversia" y que la entrega de la misma era obligatoria. Dicha conducta procesal de la empresa denunciante debe tomarse en cuenta por el Cuerpo Colegiado al momento de resolver la presente controversia.

## VIII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

De acuerdo a los antecedentes y medios probatorios que obran en el expediente, este Cuerpo Colegiado deberá determinar si el señor Ñaupari habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto contemplado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

### 8.1. Sobre la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por parte del señor Ñaupari

Según lo establece el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de violación de normas son aquellos tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas<sup>23</sup>. En relación a la ventaja significativa, se señala que a fin de determinar su existencia debe evaluarse la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

Este Cuerpo Colegiado considera que para identificar a una norma imperativa se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes: (i) cuando la misma tiene alcance general y es de obligatorio cumplimiento por los administrados, (ii) si el beneficiario de la norma o el titular de la prerrogativa otorgada por la norma no puede renunciar al beneficio o prerrogativa<sup>24</sup>, y (ii) si el Estado en representación del orden público se encuentra obligado a fiscalizar y perseguir por impulso propio el cumplimiento de la norma.

Asimismo, la infracción de normas imperativas queda acreditada cuando se prueba la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siendo además que ésta no puede encontrarse pendiente de ser revisada en la vía contencioso administrativa.

#### <sup>23</sup> LEY SOBRE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL

##### Artículo 14.- Acto de violación de normas.-

14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o, (...)." (El subrayado es nuestro).

<sup>24</sup> En palabras de Aníbal Torres, las normas imperativas son establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto a quien no le está permitido dejarlas sin efecto, ni total ni parcialmente, en sus actos privados. TORRES, Aníbal. "Introducción al Derecho", Tercera Edición, 2008. Editorial IDEMSA, Lima, pg. 267-268.

De acuerdo a lo recogido en doctrina, la violación de normas se producirá cuando una "infracción normativa afecte de forma positiva la posición competitiva del infractor, al romper el principio de igualdad frente a otros competidores que sí cumplen con la ley"<sup>25</sup>. En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera que la presente infracción busca sancionar las prácticas que alteren la posición de igualdad ante la ley en que deben encontrarse todos los agentes competidores en el mercado<sup>26</sup>.

Conforme a lo señalado y en concordancia con lo expuesto por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, este Cuerpo Colegiado sostiene que para que se configure un acto de violación de normas susceptible de ser calificado como desleal y que deba ser sancionado, deben concurrir los siguientes supuestos:

- (i) Que la norma que se haya infringido sea una norma de carácter imperativo.
- (ii) La existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción.
- (iii) Verificar que mediante dicha infracción se haya generado una ventaja significativa para el infractor.

## 8.2. Aplicación al caso materia de análisis

### 8.2.1. La imperatividad de la norma infringida

Para que se configure el supuesto de violación de normas se debe acreditar la violación de una norma de carácter imperativo; de otro modo, si la norma infringida no tuviese dicho carácter, la demanda debería ser declarada improcedente. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria<sup>27</sup>, es decir no admite voluntad contraria.

En el presente caso, si bien de una revisión doctrinaria efectuada por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo puede observarse que algunos autores han considerado como no imperativa a las normas de derecho de autor por salvaguardar únicamente derechos disponibles de particulares; este Cuerpo Colegiado considera que tanto el OSIPTEL como el INDECOPI han sido uniformes en reconocer el carácter imperativo de la normativa de derechos de autor, toda vez que si bien responden a intereses exclusivos de sus titulares, ello no impide que no se verifique un efecto lesivo en el mercado en general, al margen de los intereses de los titulares. Ello se encuentra de acuerdo a la posición de la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, autoridad competente de proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Kresalja Rosselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

<sup>26</sup> De acuerdo con lo señalado por Massaguer. MASSAGUER, José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas. 1999. Pg. 432

<sup>27</sup> Rubio Correa, Marcial (2001) *El Sistema Jurídico*. 8va. Edición, PUCP, Fondo Editorial. Pp. 110

<sup>28</sup> Posición de la Sala expuesta ante una solicitud del Cuerpo Colegiado encargado de resolver el Expediente 003-2011-CCO-ST/CD. Al respecto, mediante Oficio N° 005-2011/SPI-INDECOPI del 27 de junio de 2011, la Sala de Propiedad Intelectual señaló que tanto el Decreto Legislativo N° 822 como la Decisión de la

Al respecto, la normativa de derecho de autor<sup>29</sup> infringida en el presente caso goza de tal imperatividad y por ende una infracción a su contenido es pasible de ameritar una sanción por competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Es importante resaltar que es por ello que este Cuerpo Colegiado admitió a trámite la denuncia; de otro modo, si no considerase que la normativa de derecho de autor tiene carácter imperativa, la denuncia hubiera tenido que ser declarada improcedente por tal motivo.

#### 8.2.2. Sobre la decisión previa y firme de la autoridad competente

Con fecha 01 de febrero de 2010, mediante Resolución N° 52-2010/CDA-INDECOPI, la Comisión de Derechos de Autor resolvió que el señor Ñaupari infringió los derechos conexos de Multimedia al haber retransmitido la señal de CMD sin autorización, imponiéndole una sanción de 8,56 UIT.

Dicha resolución fue confirmada por la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, en segunda instancia, mediante la Resolución N° 2784-2010/TPI-INDECOPI que confirma la vulneración de los derechos conexos de Multimedia por parte del señor Ñaupari, modificando la multa a 5 UIT. Esta resolución de la Sala agotó la vía administrativa y otorgó un plazo de tres meses para interponer acción contencioso administrativa.

Según lo indicado por Multimedia y por la Gerencia Legal del INDECOPI, la Resolución N° 2784-2010/TPI-INDECOPI no ha sido apelada ante el Poder Judicial.

El señor Ñaupari señaló en su escrito de descargos que, en relación al pronunciamiento del INDECOPI, solo se habría acreditado el acto de retransmisión de dichas señales una sola vez y que había sido realizado sin su autorización, por desconocimiento de la persona a cargo.

Al respecto, cabe indicar que en el presente caso, se deberán evaluar las consideraciones respecto a los hechos de la infracción de la normativa de derechos de autor considerados en el procedimiento llevado a cabo ante el INDECOPI, en la medida que es la autoridad competente ante la cual se acreditó la infracción de la norma imperativa denunciada en el presente procedimiento. Este Cuerpo Colegiado es de la opinión que variar los hechos probados o distorsionar lo considerado por el INDECOPI en sus resoluciones referidas al caso en cuestión, saldría del ámbito de acción que debería tener el OSIPTEL en el presente caso (es decir, probar la supuesta ventaja significativa que se habría obtenido mediante la infracción de la normativa de derechos de autor, ya acreditada por la autoridad competente, el INDECOPI).

**Comunidad Andina N° 351 tienen carácter imperativo**, fundando esta opinión en la protección constitucional de la creación intelectual (numeral 8 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú) y la obligación internacional del Gobierno Peruano de brindar protección a los derechos de autor y conexos derivados de los diversos acuerdos multinacionales.

<sup>29</sup> El artículo 39° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo 822.

En tal sentido, el OSIPTEL no evaluará si la retransmisión (y su publicidad, mediante el afiche publicitario de las emisiones de los canales CMD y Canal N) fue realizada sin autorización del señor Ñaupari o si solo se efectuó una sola vez en la medida que dicha evaluación ya fue realizada por la Comisión de Derechos de Autor en el procedimiento llevado a cabo en el INDECOPÍ. Cabe señalar que estos hechos y el análisis realizado por el INDECOPÍ en su procedimiento no ha sido cuestionado por el señor Ñaupari en la vía contencioso administrativo.

Es así que, observamos que ha quedado acreditada la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determina la infracción a los derechos de autor (el INDECOPÍ), y que dicho pronunciamiento no se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa, hecho que no ha sido desvirtuado documentalmente por el señor Ñaupari.

De otro lado, conforme a los argumentos señalados anteriormente, el período de la retransmisión ilícita por parte del señor Ñaupari de la señal de CMD y Canal N, sería el considerado desde mayo hasta julio del 2009<sup>30</sup>, período de tres meses que debe ser considerado para el análisis de la supuesta ventaja significativa obtenida por el señor Ñaupari.

#### **8.2.3. Análisis de la supuesta ventaja significativa ilícita obtenida**

En la medida que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume ni automáticamente se produce por el hecho de infringir las leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal<sup>31</sup>; el análisis de una práctica de competencia desleal en el supuesto de violación de normas, requiere que adicionalmente a la contravención a una norma imperativa se verifique que dicha infracción se tradujo en una ventaja significativa de la cual se puede valer el agente infractor y así colocarlo en una mejor posición competitiva en el mercado.

Se observa que en diversos pronunciamientos<sup>32</sup> el INDECOPÍ ha considerado que debe entenderse como ventaja significativa a la disminución de costos de producción o de distribución de los productos o servicios que oferta el agente infractor siendo que dicha disminución de costos genera una distorsión en el proceso competitivo al colocar en una mejor posición competitiva al agente infractor respecto de aquellos que sí cumplieron la norma e internalizaron en su estructura de costos los gastos que demande el cumplimiento del marco normativo. Asimismo, en la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal el INDECOPÍ ha señalado que la infracción a la norma imperativa será considerada desleal, únicamente, cuando genere una ventaja

<sup>30</sup> La Resolución N° 0052-2010/CDA-INDECOPÍ señala que la denunciada retransmite, al menos desde el 19 de mayo de 2009, las señales denominada CMD y Canal N; y al realizarse el cálculo de la multa se considera el período desde el mes de mayo de 2009 (mes en que se realizó la diligencia de constatación policial) hasta el 30 de julio del 2009.

<sup>31</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 512/2005, de fecha 24 de junio de 2005, recaído sobre el Recurso de Casación N° 226/1999 (Página 3)

<sup>32</sup> En tal sentido, ver las Resoluciones 1573-2008/TDC-INDECOPÍ; 020-2010/CCD-INDECOPÍ; 064-2010/CCD-INDECOPÍ; 2509-2010/SC1-INDECOPÍ y 2552-2010/SC1-INDECOPÍ.



significativa. Para ello, se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

Por su parte, los "Lineamientos para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones"<sup>33</sup> elaborados por el OSIPTEL señalan que la ventaja ilícita "significativa" debe determinarse en términos de la *disminución en sus costos o su acceso privilegiado* al mercado debido a la infracción de la norma.

De la revisión efectuada, es posible concluir que tanto INDECOPI como OSIPTEL han considerado que la ventaja significativa viene determinada por el ahorro del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa, observándose que el ahorro de costos del cual se beneficia el infractor, le permite alterar las condiciones de competencia, pudiendo mejorar su posición competitiva en el mercado, como por ejemplo ofreciendo precios más bajos debido no a una eficiencia comercial sino a la infracción de una norma<sup>34</sup>.

En ese sentido, un agente beneficiado indebidamente con esa supuesta ventaja competitiva podría efectivamente perjudicar a sus competidores, así como también podría ocasionar que el mercado no resulte atractivo para nuevas empresas (competidores potenciales) lo cual resultaría lesivo para el proceso competitivo.

Cabe señalar que el señor Ñaupari indicó en su escrito de contestación a la demanda que no es posible si quiera competir con Multimedia y que, en tal sentido, no se puede estimar algún perjuicio a la misma. Al respecto, corresponde precisar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal ha establecido que la condición de ilicitud de una conducta no exige un daño efectivo, sino que también es pasible de ser sancionada toda aquella conducta que resulte potencialmente lesiva al proceso competitivo<sup>35</sup>. Lo anterior, resulta acorde con la voluntad de la Ley de Competencia Desleal de salvaguardar el proceso competitivo sancionando conductas que no solo hayan ocasionado un daño efectivo o real al mercado, sino también a aquellas conductas que resultan idóneas para causarle un perjuicio.

Es por ello que, para el caso en específico, el hecho de que no se haya verificado que el agente infractor haya traducido el beneficio obtenido por la infracción de

<sup>33</sup> Aprobados mediante Resolución 075-2002-CD/OSIPTEL.

<sup>34</sup> Cuando una empresa ofrece un bien a un precio determinado, sin internalizar en el mismo los costos mínimos para el ofrecimiento del servicio, tal como puede suceder cuando una empresa no cumple con pagar los derechos de autor respectivos, podría estar ofertando sus servicios a un precio menor al que en realidad debería ser. De lo anterior, se obtiene como resultado que el precio ofertado no sería producto de un ahorro de costos de producción por un manejo eficiente, sino que sería obtenido a raíz de la violación de normas, observándose entonces que este precio se convierte en una señal errónea para el mercado. Un razonamiento similar ha sido recogido por el OSIPTEL en la Resolución N° 009-2005-TSC/OSIPTEL.

<sup>35</sup> **Decreto Legislativo N° 1044**

Artículo 7.- Condición de ilicitud.-

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial. (El subrayado es nuestro).

normas en los precios finales a los usuarios, no significa que dicho beneficio no haya podido ser significativo ni que haya sido pasible de alterar las condiciones regulares del mercado en el que compete.

Por los argumentos expuestos, es posible concluir que para evaluar la ventaja significativa se tomará como referencia la valoración respecto al ahorro obtenido por la empresa infractora, el mismo que le permite brindar sus productos en el mercado a un precio que no representa la totalidad de los costos incurridos, apreciándose que dicha conducta puede afectar tanto a los competidores efectivos<sup>36</sup> como a los posibles entrantes, distorsionando de esta manera el proceso concurrencial.

En lo que respecta al presente caso, este Cuerpo Colegiado considera que se deben evaluar los siguientes hechos: (i) que el señor Ñaupari habría tenido un acceso no autorizado a las señales de CMD y Canal N, y (ii) que dicho acceso le habría generado un evidente ahorro de costos. Corresponde evaluar si dicho acceso y el ahorro de costos se traduce en una ventaja significativa para el señor Ñaupari en términos de lo establecido en la normativa de competencia desleal.

Respecto al acceso a las señales de CMD sin autorización, Multimedia ha señalado que dicho canal tiene un alto nivel de aceptación a nivel nacional y es de las señales más reconocidas e importantes del mercado peruano. Con relación a Canal N, señaló que constituye en la actualidad el canal de noticias más importante del Perú.

Al respecto, si bien no ha quedado acreditada fehacientemente la importancia o significancia concreta de los canales CMD y Canal N en la localidad específica de Huánuco, es de conocimiento público la aceptación de los televidentes con respecto a dichos canales; con especial énfasis en el caso del canal CMD, en la medida que mediante éste se transmiten diversas actividades y eventos deportivos, en especial, de fútbol, deporte con bastante aceptación del público a nivel nacional<sup>37</sup>. Asimismo, el hecho de que el señor Ñaupari haya retransmitido ilícitamente dichas señales y que haya promocionado las mismas mediante publicidad demuestra la importancia de dichos canales (si no, el señor Ñaupari no hubiera tenido incentivos para captar y promocionar dichas señales).

De otro lado, lo que sí queda acreditado es que Multimedia, en la actualidad, no otorga ni negocia sus licencias exclusivas a ningún competidor en el mercado de cable. En tal sentido, Multimedia es la que asume los costos de la producción de sus señales exclusivas, y ninguno de sus competidores en el mercado de

<sup>36</sup> En la medida que una empresa infractora puede ofrecer mejores precios debido a que no internaliza los costos de cumplir una determinada norma, esto puede traer como resultado que las empresas que sí asumen la totalidad de sus costos tengan que brindar sus servicios a un precio mayor, que puede resultar poco atractivo para los usuarios.

<sup>37</sup> En relación a ello, en informes anteriores del OSIPTEL se ha considerado que los canales exclusivos de Multimedia, entre ellos CMD y Canal N, se encuentran dentro del ranking de los 10 canales más vistos en cable. Ver el documento: *Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable. Documento de Trabajo N°001-2008. Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL.*

prestación del servicio de radiodifusión por cable tiene acceso a dichos contenidos, por lo menos de manera lícita.

Conforme a ello, al haber retransmitido las señales de CMD y Canal N, el señor Ñaupari ha tenido un acceso "privilegiado" que no le correspondía y que ninguno de sus competidores en su mercado tiene (salvo Multimedia) ni tenía en el período de la retransmisión ilícita<sup>38</sup>, obteniendo una ventaja respecto a estas empresas.

En relación al "ahorro", cabe indicar que el pago de derechos por las señales, en general, conforma un porcentaje importante en los costos de las empresas de televisión por cable<sup>39</sup>. Si bien, como señala el señor Ñaupari, las retransmisiones de CMD y Canal N pudieron ser solo una pequeña parte de toda su parrilla de programación y no se podría calcular exactamente el monto del supuesto "ahorro", dicha imposibilidad no descarta la posibilidad de que la conducta del señor Ñaupari pueda ser pasible de ser considerada como un acto de competencia desleal.

Conforme a ello, se observa que, en el hipotético caso que Multimedia hubiera estado otorgando licencias para la retransmisión de sus señales exclusivas en el período de la realización de la conducta del señor Ñaupari, la empresa debía adquirir dicha licencia por un costo. En tal sentido, observamos que el señor Ñaupari se habría "ahorrado" el monto que equivaldría el pagar una licencia por los tres meses desde mayo hasta julio de 2009.

Para la obtención de dicho presunto ahorro, la Secretaría Técnica hace un símil con los contratos presentados por Multimedia, que datan del año 2006, y calcula que ascienden a, en promedio, S/. 10 730 mensuales (Diez mil setecientos treinta Nuevos Soles)<sup>40</sup>. En el Informe Instructivo se señala lo siguiente: *"Conforme a lo indicado en los contratos con los que cuenta esta Secretaría Técnica, Multimedia otorgaba una licencia para la transmisión de las cuatro señales exclusivas que mantenía, es decir, por CMD, Plus TV, Canal N y Visión 20 mas no por la transmisión de únicamente alguna de ellas. Según lo señalado por el señor Ñaupari en sus descargos, se debería tener en cuenta los costos reales (establecer el costo de la señal retransmitida y no el costo de toda la producción de Multimedia). Sin embargo, cabe señalar que no se otorgaba licencias por un solo canal, se licenciaba el "paquete" de los cuatro canales<sup>41</sup>, en tal sentido en este hipotético escenario el "ahorro" se habría dado respecto a este monto mensual."*

<sup>38</sup> Al referirnos a acceso privilegiado no nos referimos a un "acceso privilegiado al mercado" si no, mas bien, al acceso a un insumo (contenidos) con cierto grado de significancia y que, salvo un competidor (quien produce o paga por la elaboración de dicho insumo), nadie puede obtener de una manera lícita.

<sup>39</sup> Dicha afirmación también se ha señalado en el documento antes citado *"Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable"*.

<sup>40</sup> El cobro mensual por la transmisión de las referidas señales ascendía US\$3600 hasta por un tope de 3000 unidades de visualización.

<sup>41</sup> En el presente caso donde solo se transmite dos canales (CMD y Plus TV), se podría señalar que el ahorro obtenido por el señor Ñaupari equivaldría a la mitad de lo señalado en los contratos, considerándose un monto mensual que ascendía a, en promedio, S/5 400 nuevos soles. Sin embargo, cuando se otorgaban dichas licencias se entregaban los cuatro canales en un paquete.

En dicho escenario, la Secretaría Técnica, conforme al Principio de Verdad Material, consideró relevante tomar en cuenta el porcentaje de los ingresos que se podría haber ahorrado la empresa, en el hipotético caso que hubiese accedido lícitamente a la mencionada señal. Al respecto, habría que considerar el monto mensual supuestamente "ahorrado", el número de usuarios y la tarifa establecida por el señor Ñaupari en los meses analizados.

Este Cuerpo Colegiado considera acertado este análisis realizado en el Informe Instructivo, sin embargo, conforme obra en el expediente, se observa que el señor Ñaupari no presentó la referida información necesaria para determinar un cálculo porcentual del posible beneficio obtenido (supuesto ahorro) en relación a sus ingresos mensuales, a pesar del requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica hasta en dos ocasiones. Objetivamente puede afirmarse que la conducta procesal del señor Ñaupari ha obstaculizado la labor instructiva que correspondía ser completada por la Secretaría Técnica. La negativa a entregar información puede tener como propósito eludir la realización del cálculo indubitable respecto al quantum del beneficio ilícito obtenido.

En base a lo señalado en los párrafos anteriores, consideramos que el beneficio (ahorro mensual) obtenido ilícitamente por el señor Ñaupari es un ahorro que puede ser considerado como "significativo".

Conforme a todo lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que el acceso "privilegiado" a las señales exclusivas de Multimedia y el ahorro de costos obtenido conlleva una ventaja para el señor Ñaupari y es pasible de generar un perjuicio a Multimedia y a las otras competidoras del señor Ñaupari en el mercado de Huánuco en relación a la concurrencia leal que deberían tener las empresas competidoras en el mercado de prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable.

El señor Ñaupari afirma en su contestación a la demanda que no puede comprobarse una ventaja significativa en la medida que Multimedia no habría realizado un análisis de las posiciones de mercado para llegar a que el señor Ñaupari habría mejorado su posición competitiva. Al respecto, la Secretaría Técnica realizó requerimientos para obtener información al respecto, información que no fue remitida por el señor Ñaupari durante la etapa de investigación. Sin perjuicio de dicha falta de información, cabe resaltar que, conforme a lo señalado en líneas anteriores, para que exista la infracción a la competencia leal, no se tiene que probar un daño efectivo a la concurrencia en el mercado. Es por ello que en el presente caso, luego de una valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, este Cuerpo Colegiado genera convicción respecto a que la práctica realizada por el señor Ñaupari era un medio idóneo para poder obtener ventaja y valerse de dicha infracción en el mercado.

Conforme a todo lo expuesto, el acceso ilícito del señor Ñaupari a las señales de CMD y Canal N y el supuesto "ahorro" obtenido la colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores, pudiéndose valer de la misma en el mercado de cable de la ciudad de Huánuco; asimismo, esta conducta tuvo la potencialidad de generar un perjuicio en sus competidores. En ese sentido, este

Cuerpo Colegiado considera que el señor Ñaupari obtuvo una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor, incurriendo en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal.

## IX. Determinación de la sanción

### 9.1. Marco legal aplicable a las sanciones por actos de competencia desleal.

El artículo 26.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones a la leal competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal<sup>42</sup>.

El artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal considera que la realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada bajo los siguientes parámetros: de leve, grave y muy grave, sin perjuicio de la aplicación de las correspondientes medidas correctivas<sup>43</sup>.

El artículo 53° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la autoridad **podrá tomar en consideración para determinar la gravedad de la infracción diversos criterios** tales como el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, los efectos sobre el mercado, la duración del acto de competencia desleal infractor, **entre otros factores que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado adoptar.**<sup>44</sup>

<sup>42</sup> El artículo 26.1 de la Ley N° 27336 señala lo siguiente:

*"26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o legal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación".*

<sup>43</sup> Artículo 52°.- **Parámetros de la sanción.-**

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;  
b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;  
c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,  
d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

<sup>44</sup> Ley de Represión de la Competencia Desleal. Artículo 53°: Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.- La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;  
b) La probabilidad de detección de la infracción;

Asimismo, cabe indicar que este Cuerpo Colegiado realizará todo este análisis conforme al principio de razonabilidad<sup>45</sup> y al principio de conducta procedimental<sup>46</sup>.

## **9.2. Graduación de la sanción por la comisión del acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas**

### **9.2.1. Beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción**

El beneficio ilícito puede ser definido como aquellos ingresos percibidos por el agente infractor que no hubieran sido percibidos si es que no se producía una contravención al ordenamiento.<sup>47</sup> El cálculo del beneficio ilícito es la base para determinar la imposición de la sanción en los procesos relacionados a infracciones a la normativa de competencia, ello a fin de que la multa consiga los fines de desincentivo a que se realice o repita la conducta infractora (y que se cumpla a su vez con el precepto de que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas).

Como se ha señalado anteriormente el señor Ñaupari en su escrito de contestación de la demanda indica que se le pretende sancionar lo que ya fue sancionado por el INDECOPI. Al respecto, cabe indicar que el señor Ñaupari fue sancionado en INDECOPI por la vulneración del derecho del titular del derecho conexo (Multimedia como titular de las

---

c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;

d) La dimensión del mercado afectado;

e) La cuota de mercado del infractor

f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores y usuarios;

g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,

h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

<sup>45</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

**Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.**

(...)

**1.4 Principio de razonabilidad.-** Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

**Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**  
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

**3. Razonabilidad.-** Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.(...)

<sup>46</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

(...)

**1.8 Principio de conducta procedimental.-** La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

<sup>47</sup> Resolución N° 0371-2011/SC1-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

señales de CMD y Canal N), es decir, por la conducta de la retransmisión ilícita de señales de forma no autorizada, no siendo sancionado por el "ahorro" en sí. El monto calculado por la Comisión de Derechos de Autor que se enmarcaría dentro del concepto de "ahorro" obtenido por el Señor Ñaupari, y que habría dejado de pagar a Multimedia, es un criterio usado por la Comisión, en primera instancia, para graduar la multa en relación a la infracción de la normativa de derechos de autor.

En específico, en el presente caso, el beneficio ilícito de la conducta desleal (es decir de la ventaja significativa obtenida por el infractor de la normativa de derechos de autor) estaría determinado por cómo se valió en el mercado, efectivamente, el señor Ñaupari de la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de la normativa de derechos de autor.

En dicho escenario, este Cuerpo Colegiado considera que se puede utilizar como criterio para identificar si existen beneficios ilícitos resultantes de la comisión de la infracción al artículo 14° de la Ley de Represión de Competencia Desleal la tasa de crecimiento de suscriptores del señor Ñaupari (evolución mensual), así como las tarifas establecidas (si es que hubo alguna variación) en el período materia de análisis comprendido entre los meses de mayo y julio de 2009.

Sin embargo, el OSIPTEL no cuenta con dicha información respecto al señor Ñaupari. Cabe resaltar que dicha información no fue remitida por la parte demandada a pesar del requerimiento reiterativo efectuado por la Secretaría Técnica durante la etapa de investigación

Por ende, de la información que obra en el expediente, no se puede cuantificar los beneficios ilícitos que la empresa pudo obtener generados a partir de la ventaja significativa obtenida por la retransmisión ilícita de la señal de Multimedia en el período considerado, en la medida que el señor Ñaupari ha omitido poner a disposición de la Secretaría Técnica la información requerida durante la etapa de investigación.

#### **9.2.2. La probabilidad de detección de la infracción**

Se advierte en el presente caso que la probabilidad de detección de esta infracción es alta en la medida que el hecho de la transmisión de las señales de CMD y Canal N en su parrilla de canales, ha sido difundido por el Señor Ñaupari mediante un afiche donde se advertía que la empresa Red TV Cable Huánuco, operada por el señor Ñaupari, ofrecía a sus usuarios diversas señales, entre ellas, las de CMD y Canal N.

En tal sentido, el hecho de la transmisión de dichos canales por parte del señor Ñaupari resultaba de acceso público y de lo cual podían tomar conocimiento con facilidad los operadores competidores, el INDECOPI y/o el OSIPTEL.

En ese sentido, no se puede afirmar la presencia de circunstancias o actos de la denunciada orientados a disminuir la probabilidad de detección de la conducta desleal.

### **9.2.3. La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal**

Se observa que la conducta realizada en la ciudad de Huánuco fue respecto a dos importantes canales exclusivos de Multimedia (CMD y Canal N) y podría haber afectado a esta empresa y a las otras competidoras en el mercado. Sin embargo, no se conoce indefectiblemente si llegó a captar la atención de los usuarios en el mercado de Huánuco.

### **9.2.4. La dimensión del mercado afectado y la cuota de mercado del infractor**

Uno de los criterios más comunes para la graduación de la sanción, es que esta debe ser proporcional al impacto que la conducta tuvo sobre el mercado, el cual está ligado directamente a la participación de mercado de la empresa infractora, al tamaño del mercado afectado y la duración en el tiempo de la conducta a sancionar. Estos elementos permiten determinar la magnitud de las transacciones que fueron afectadas por la conducta desleal.

En el presente caso, la empresa infractora no ha proporcionado la información que se la ha solicitado, la cual incluye el número de conexiones que esta ostenta en su zona de operación. Por lo tanto, el análisis que se presenta a continuación no muestra la participación del señor Ñaupari.

Por su parte, se cuenta con información de las empresas con alcance nacional que operan en los distritos involucrados en la presente controversia, es decir Telmex Perú S.A. (Telmex), Directv Perú S.A. (Directv), Multimedia y Telefónica del Perú; siendo que estas últimas dos transmiten legalmente las señales de CMD y Canal N. Asimismo, se cuenta con información correspondiente a Cable Visión Huánuco en la totalidad del departamento de Huánuco.

De esta manera, sin contar con la información individualizada correspondiente al señor Ñaupari, debe señalarse que, en junio de 2010, el total de conexiones en el mercado involucrado era cercano a 5,700. Cabe destacar que la empresa que mantendría la mayor participación en estos distritos es Cable Visión Huánuco<sup>48</sup>. Asimismo, en junio de 2009, durante la comisión de la infracción por parte del señor Ñaupari, el número total de conexiones al servicio de cable habría sido de aproximadamente 4,700, observándose que Cable Visión Huánuco tenía aproximadamente el 94% (alrededor de 4,400 conexiones).

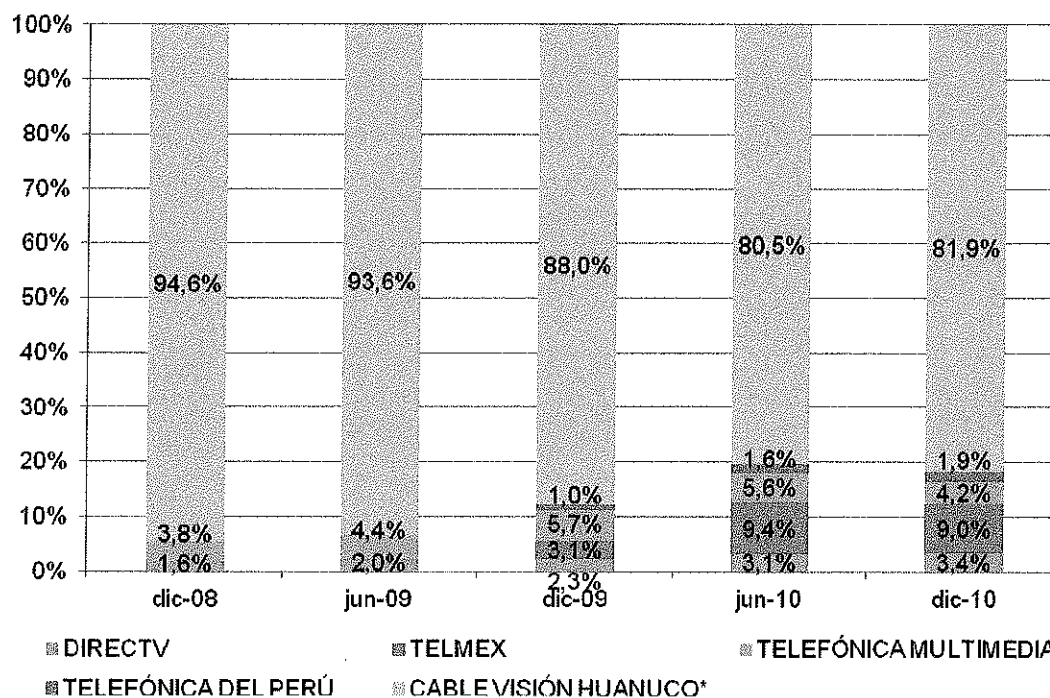
En el siguiente cuadro se muestra la evolución de la participación de mercado de las empresas que brindan el servicio de distribución de radiodifusión por cable en la zona donde operan las empresas involucradas<sup>49</sup>:

<sup>48</sup> Dado el liderazgo que tiene Cable Visión Huánuco en todo el departamento de Huánuco, es de esperarse que dicho liderazgo se mantenga también en los distritos involucrados en la presente controversia.

<sup>49</sup> Distritos de Amarilis, Huánuco, Pillico Marca y Santa María del Valle, Provincia de Huánuco, Departamento de Huánuco.



### Evolución de la participación de mercado de las empresas de televisión por cable de la zona de operación



\* La información de Cable Visión Huánuco ha sido extraída de la página web del OISPTel y corresponde a información enviada en cumplimiento de la resolución N° 121-2003-CD/OISPTel. En tal sentido, corresponde a todo el departamento de Huánuco.

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Secretaría Técnica.

Este cuadro permite apreciar que la empresa Cable Visión Huánuco ha mantenido una cuota de mercado notablemente superior a la de sus competidores entre los años 2008 y 2010, llegando a ocupar hasta un 94,6% del mercado en diciembre del 2008; sin embargo, su participación ha ido siendo desplazada principalmente por el ingreso al mercado de Telmex, empresa que para diciembre del 2010 llegó a ocupar el 9% del mercado. Asimismo, Directv y Multimedia han visto ligeramente incrementada su participación. En el caso de Directv, su cuota de mercado pasó de 1,6% a 3,4% en 2 años, mientras que Telefónica Multimedia llegó a ocupar hasta un 5,6% del mercado en junio del 2010. Por otro lado, la empresa Telefónica del Perú ha mantenido una participación inferior al 2% en el periodo analizado.

**9.2.5. El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios**

Como se ha señalado anteriormente, el acto de competencia desleal tenía la potencialidad de afectar tanto a su competidor Multimedia, el directamente afectado<sup>60</sup>, y el resto de competidores.

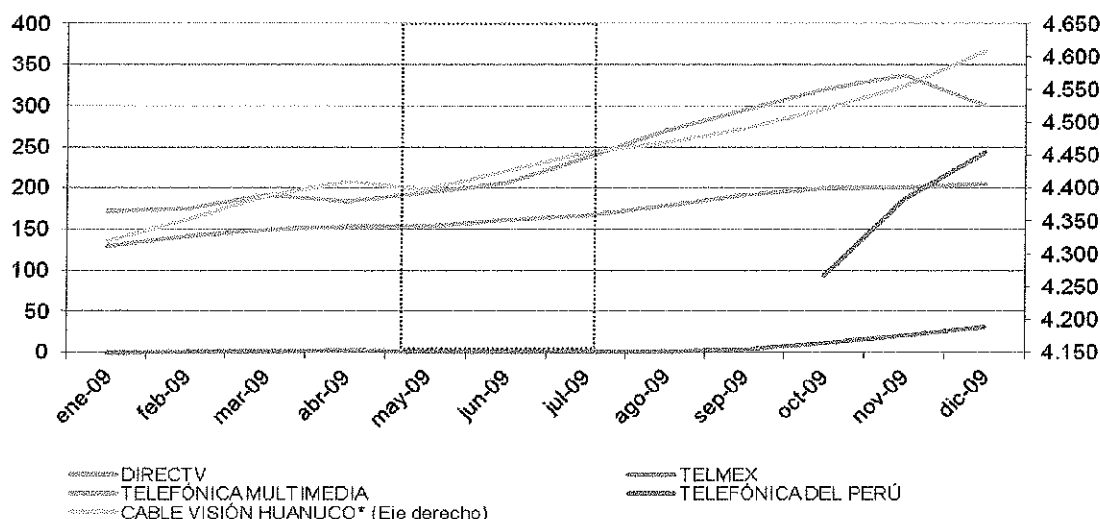
Asimismo, el referido acto pudo distorsionar las preferencias y las decisiones de los usuarios siendo que: (i) pudo haber ocasionado que los nuevos usuarios dispuestos a dar de alta un servicio de cable prefieran la programación ofrecida por el señor Ñaupari en lugar de la de Multimedia, por el hecho que la primera también contaba con las señales exclusivas de Multimedia en la parrilla de canales –asumiendo que para estos usuarios son igualmente comparables el resto de canales ofrecidos- (ii) pudo ocasionar la migración de usuarios de Multimedia así como de las otras empresas competidoras hacia el señor Ñaupari basados en una oferta de canales no autorizados, (iii) la existencia de ciertos usuarios del señor Ñaupari dispuestos a migrar a Multimedia, podrían haber cambiado su decisión debido a la retransmisión ilícita de las señales de CMD y Canal N.

Cabe indicar que en cuanto a los usuarios, los grupos referidos a los tres numerales mencionados en el párrafo anterior también podrían haber sido afectados en la medida que sus expectativas de acceder a dicha señal se vieron truncadas en caso el señor Ñaupari hubiese cumplido con el cese de la retransmisión de las señales de CMD y Canal N.

En ese sentido, se aprecia que el acto desleal sí tenía la capacidad de afectar a los competidores y usuarios. No obstante, de la revisión del comportamiento del mercado (sin tener en cuenta la información no presentada por el Señor Ñaupari) en el período de mayo a julio de 2009 en que se evalúa el acto de competencia desleal, se observa que la conducta desplegada por el demandado no configuraba plenamente un perjuicio importante, en términos de la participación de mercado de los agentes que concurren en la prestación del servicio de televisión por cable conforme al siguiente cuadro:

<sup>60</sup> Es de destacar que si bien Multimedia es la titular de las señales, sin embargo, Telefónica del Perú, está autorizado a transmitir las señales de Telefónica Multimedia en la medida que pertenecen a un mismo agente económico: el Grupo Telefónica. Así, a pesar de que el análisis de los competidores del señor Ñaupari considera a Telefónica Multimedia y Telefónica del Perú por separado, en su calidad de personas jurídicas distintas; para análisis de mercados estas dos empresas forman parte de un mismo agente económico. Es decir, sumada las participaciones de ambas empresas en la ciudad de Huánuco se alcanzaría el índice porcentual de mercado que tiene el grupo Telefónica en dicho mercado.

### **Evolución del número de conexiones de los operadores potencialmente afectados**



\* La información de Cable Visión Huánuco ha sido extraída de la página web del OSIPTEL y corresponde a información enviada en cumplimiento de la resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL. En tal sentido, corresponde a todo el departamento de Huánuco.

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Secretaría Técnica

El gráfico anterior nos muestra la evolución del número de usuarios de cada una de las empresas potencialmente afectadas: Cable Visión Huánuco, Multimedia, Telmex, Directv y Telefónica del Perú. En éste se puede apreciar, principalmente, que el número de usuarios que posee Cable Visión Huánuco está, muy por encima del número de usuarios que posee el resto de empresas competidoras.

En el mismo gráfico se observa también que si bien, como se muestra en el punto 9.2.4. Cable Visión ha venido perdiendo participación de mercado, esto parecería deberse al incremento de participación sostenido de todas las competidoras en dicho mercado; incluida posiblemente la del Sr. Ñaupari, asimismo, el número de usuarios que mantuvo fue cada vez mayor, para el periodo analizado. Esto es un indicio de que la empresa más grande de la zona, al parecer, no se habría visto afectada significativamente por el acto desleal del señor Ñaupari.

Respecto al desenvolvimiento de la variable en el resto de empresas, se observa que, a excepción de Telefónica del Perú que mantuvo el número de usuarios estable (sin embargo, comenzó a crecer a partir de agosto de 2009), el resto de empresas competidoras mostraron un crecimiento en el número de sus usuarios que se intensificó a partir de mayo de 2009.

Conforme a lo expuesto, se observa que entre mayo y julio de 2009, en el que se ha definido el periodo de evaluación de la afectación a los competidores, el número de conexiones de las empresas potencialmente afectadas se mantuvo con la misma tendencia estable o creciente que mostraban antes de que se registrara el hecho denunciado. Inclusive, la demandante (Multimedia) mantuvo una clara tendencia creciente entre diciembre de 2008 y diciembre de 2009, sin que se altere durante el período de

evaluación en el presente caso. Es decir, de la información obtenida y que obra en el expediente, existen indicios de que no se produjo una afectación significativa a Telefónica Multimedia o a los competidores.

En cuanto a los usuarios, si bien pudo haberse presentado un grupo que se vio afectado por el acto desleal (al momento de que dicho acto cesa y pierden las señales de CMD y Canal N), siempre mantuvieron la opción de cambiar de empresa proveedora del servicio de cable, para de esta forma neutralizar el potencial efecto de la conducta.

En ese sentido, de la información que obra en el expediente no existe, necesariamente, manifestación fehaciente de efectos negativos en los competidores y/o en los usuarios originados a causa del acto de competencia desleal. Asimismo, se advierte que la denunciante no ha presentado información específica que acredite fehacientemente que se han presentado estos perjuicios.

#### **9.2.6. La duración en el tiempo del acto de competencia desleal**

Conforme se ha señalado en el análisis de la infracción, este Cuerpo Colegiado ha considerado que el acto de competencia desleal consistente en la retransmisión ilícita de las señales de CMD y Canal N corresponde a un período de tres meses (mayo, junio y julio de 2009), a partir de los criterios establecidos en la Resolución N° 0052-2010/CDA-INDECOPI emitida por la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI.

#### **9.2.7. La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal**

No se ha detectado reincidencia o reiteración por parte del señor Ñaupari en el caso de la infracción determinada en el presente procedimiento administrativo, de acuerdo a los criterios establecidos en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL y la Ley del Procedimiento Administrativo General.

#### **9.2.8. La conducta procesal del señor Ñaupari**

Según el principio de conducta procedimental, la autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

El Cuerpo Colegiado considera que el señor Ñaupari ha obstaculizado la investigación realizada por la Secretaría Técnica, omitiendo la entrega de información diversa que resultaba relevante para un mejor esclarecimiento de los hechos y medios probatorios presentados durante el trámite del presente procedimiento. Inclusive, este requerimiento de información fue reiterado por la Secretaría Técnica, la cual no obtuvo respuesta por parte del señor Ñaupari.

Al respecto, cabe indicar que este Cuerpo Colegiado considerado necesario tener en cuenta la conducta procesal del señor Ñaupari de la forma en que lo determina el Código Procesal Civil<sup>51</sup>.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 218° del Código Procesal, *"las respuestas deben ser categóricas, sin perjuicio de las precisiones que fueran indispensables. Si el interrogado se niega a declarar o responde evasivamente, el Juez lo requerirá para que cumpla con su deber. De persistir en su conducta, el Juez apreciará al momento de resolver la conducta del obligado"*. Por su parte, respecto a la presunción y la conducta procesal de las partes, el artículo 282° señala que *"el Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas"*. (El subrayado es nuestro).

#### 9.2.9. Determinación de la sanción a imponer

Conforme al artículo 53° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los criterios tienen por finalidad brindar elementos de juicio para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas. Así, aplicando los criterios de gradación respecto a la infracción del artículo 14 de la Ley de Represión de Competencia Desleal se constata, entre otras, que no se han podido cuantificar beneficios ilícitos del infractor la probabilidad de detección de la infracción ha sido alta y que no existe evidencia suficiente del perjuicio producido en los competidores ni en los usuarios. Sin embargo, se observa una conducta procesal inadecuada del señor Ñaupari, que no permitió realizar los análisis de mercado correspondientes para obtener información respecto al perjuicio real y cuantificable en el mercado de Huánuco.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal y atendiendo a los alcances del principio de conducta procedimental; este Cuerpo Colegiado concluye que corresponde sancionar al señor Ñaupari con una multa de 3,56 Unidades Impositivas Tributarias (UITs) por la comisión de una infracción leve.

#### X. Pedido de costas y costos formulado por Telefónica Multimedia

En su demanda, Multimedia solicitó al Cuerpo Colegiado que se ordene al señor Ñaupari el pago de las costas y costos incurridos por su empresa durante la tramitación del procedimiento administrativo.

<sup>51</sup> Norma aplicable a los procesos de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto por la Segunda Disposición Final del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL. Esta norma señala lo siguiente:

#### "DISPOSICIONES FINALES

(...) **SEGUNDA.-** Para todo lo no previsto expresamente por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil."

De acuerdo con lo establecido en el artículo 410° del Código Procesal Civil, "Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso". Por su parte, conforme al artículo 411° del mismo Código, son costos del proceso "el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial".

El Artículo 412° del citado Código establece que el reembolso de las costas y costos del proceso es de cargo de la parte vencida e incluso no requiere ser demandado<sup>52</sup>.

Al respecto, debe señalarse que el OSIPTEL no cobra tasas por la presentación de denuncias ante los Cuerpos Colegiados, razón por la cual en este caso no procede ordenar el pago de las costas solicitado por Multimedia.

Con relación al pedido de Multimedia para que se ordene al señor Ñaupari el pago de los costos incurridos por el denunciante durante la tramitación del presente procedimiento administrativo, el Cuerpo Colegiado considera que la infracción cometida por el señor Ñaupari ha sido manifiesta en la medida que, intentó valerse en el mercado de Huánuco de la retransmisión ilícita de las señales de CMD y Canal N, difundiendo su transmisión en su revista de programación y haciendo publicidad de la misma, conforme a lo verificado en el procedimiento.

Por las razones expuestas, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde ordenar al Señor Ñaupari que asuma el pago de los costos incurridos por Multimedia durante la tramitación de este procedimiento.

#### XI. Cese de conductas

En su denuncia, Multimedia solicitó al Cuerpo Colegiado que se ordene al señor Ñaupari el cese inmediato de todas las prácticas ilegales que viene cometiendo en perjuicio de dicha empresa.

Al respecto, el artículo 23.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL<sup>53</sup> señala que este organismo podrá dictar medidas correctivas para corregir una

<sup>52</sup> "Artículo 412 del Código Procesal Civil.- Principio de la condena en costas y costos.-

El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración.

La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de Casación.

Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor (...)." (subrayado agregado)

<sup>53</sup> Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL

Artículo 23.- Medidas específicas

23.1 OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

conducta infractora. Por su parte, el inciso a) del artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal<sup>54</sup>, establece que la autoridad puede ordenar la cesación del acto, con la finalidad de restablecer la leal competencia en el mercado.

Sobre el particular, debe señalarse que el cese de la conducta realizada por el señor Ñaupari, a saber, la retransmisión de las señales exclusivas sin autorización de Multimedia, ha sido materia de pronunciamiento por parte de la Dirección de Derechos de Autor mediante Resolución N° 0052-2010/CDA-INDECOPI, la misma que fue confirmada por la Resolución N° 2784-2012/TPI-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

No obstante lo señalado, teniendo en cuenta que la finalidad de las medidas correctivas es revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas materia de un pronunciamiento, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde adoptar las medidas necesarias a fin de evitar que se continúen produciendo actos de competencia desleal.

Por lo tanto, este Cuerpo Colegiado ordena el cese de la retransmisión de las señales exclusivas sin autorización de Multimedia por parte del señor Ñaupari. En caso el señor Ñaupari continúe con dicha retransmisión, esta medida deberá ser cumplida por el señor Ñaupari en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la presente resolución.

Cabe indicar que el incumplimiento de esta orden será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido por el artículo 44° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones<sup>55</sup>.

## XII. Publicación de la resolución

Multimedia solicita que se ordene la publicación de la resolución sancionatoria, a costo del señor Ñaupari, de conformidad con lo establecido por el artículo 33° de la Ley de Desarrollo y Facultades de OSIPTEL<sup>56</sup>.

(...)

<sup>54</sup> Decreto Legislativo 1044

Artículo 55°.- Medidas correctivas

55.1 Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;

(...)

<sup>55</sup> El artículo 44° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones señala lo siguiente: "Artículo 44.- La empresa que incumpla con las resoluciones de un Cuerpo Colegiado o del Tribunal de Solución de Controversias en las materias contempladas en las normas referidas a la solución de controversias, incurrirá en infracción muy grave; salvo que el órgano que emitió la resolución incumplida hubiera señalado en ésta otra calificación. No se podrá señalar otra calificación tratándose de resoluciones que pongan fin a una instancia del procedimiento administrativo".

<sup>56</sup> Este artículo de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL señala lo siguiente: "Artículo 33.- Publicación. Las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves serán publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo".

Al respecto, debe señalarse que el citado artículo sólo dispone la publicación de las resoluciones que impongan sanciones por infracciones graves y muy graves; por lo que tratándose de una infracción leve la calificada en el presente procedimiento, no corresponde disponer la publicación de la resolución.

**RESUELVE:**

**Artículo Primero.-** Declarar **FUNDADA** en parte la demanda presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra el señor Ernesto Justino Ñaupari Lino por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, en el extremo referido a la ventaja significativa ilícita obtenida en el mercado de cable de Iquitos por la infracción a la normativa de derechos de autor; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo Segundo.- SANCIONAR** al señor Ernesto Justino Ñaupari Lino con una multa de 3, 56 Unidades Impositivas Tributarias (UITs) por la comisión de una infracción leve, por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal y el principio de conducta procedimental,

**Artículo Tercero.-** Disponer que el señor Ernesto Justino Ñaupari Lino cese la conducta infractora a la leal competencia, y en consecuencia, se abstenga de efectuar la retransmisión de las señales exclusivas de Telefónica Multimedia S.A.C. sin su autorización; conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Esta medida deberá ser cumplida por el señor Ernesto Justino Ñaupari Lino en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, contados a partir de la fecha de notificación de la presente resolución; caso contrario, el incumplimiento de esta orden será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido por el artículo 44° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

**Artículo Cuarto.-** Ordenar al señor Ernesto Justino Ñaupari Lino el pago de los costos incurridos por Telefónica Multimedia S.A.C. durante la tramitación de este procedimiento, de conformidad con lo establecido en la parte considerativa de la presente resolución.

**Artículo Quinto.-** Declarar **INFUNDADO** el pedido de Telefónica Multimedia S.A.C. para que se ordene al señor Ernesto Justino Ñaupari Lino el pago de las costas incurridas por dicha empresa durante el trámite del procedimiento administrativo; por las razones expuestas en la presente resolución.

**Artículo Sexto.-** Declarar **INFUNDADO** el pedido de Telefónica Multimedia S.A.C. para que se ordene la publicación de la resolución sancionatoria; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.



**Artículo Séptimo.-** Remitir la presente resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que evalúe tomar las medidas pertinentes en relación a sus competencias.

**COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.**

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Rodolfo Castellanos Salazar, Lorena Alcázar Valdivia y Carlos Silva Cárdenas.

