



Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados

**Controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y
Cable Visión Chepén S.A.C.
(Exp. 004-2013-CCO-ST/CD)
Informe Instructivo**

Informe N° 009-STCCO/2014

Lima, 29 de enero de 2014



CONTENIDO

I.	OBJETO	3
II.	EMPRESAS INVOLUCRADAS.....	3
III.	ANTECEDENTES.....	3
IV.	PRETENSIONES ADMITIDAS	6
V.	ALCANCE DEL INFORME INSTRUCTIVO.....	6
VI.	POSICIONES DE LAS PARTES.....	7
VII.	DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS.....	8
7.1.	Requerimientos de información a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI	8
7.2.	Requerimiento de información a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI.....	9
7.3.	Requerimientos de información a las partes	9
VIII.	CUESTIONES PREVIAS	11
8.1.	La valoración de los medios probatorios en el procedimiento y la actividad procesal de las partes	11
IX.	ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA.....	14
9.1.	Los actos de violación de normas. Normativa y criterios aplicables	14
9.2.	Aplicación al caso materia de análisis.....	14
9.2.1.	El carácter de la norma infringida	15
9.2.2.	Sobre la decisión previa y firme de la autoridad competente	17
9.2.3.	Análisis de la supuesta ventaja significativa ilícita obtenida	19
X.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN	24

I. OBJETO

El presente informe instructivo tiene por objeto presentar al Cuerpo Colegiado el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL (en adelante Secretaría Técnica), en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, Multimedia) contra Cable Visión Chepén S.A.C. (en adelante, Cable Chepén) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en el mercado de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Para el referido análisis se han tomado en consideración los documentos que obran en el expediente.

II. EMPRESAS INVOLUCRADAS

Denunciante

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.

Denunciado

Cable Chepén es una empresa privada 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° 140-2001-MTC/15.03 de fecha 2 de abril de 2001.

III. ANTECEDENTES

1. Con fecha 25 de junio de 2013, la empresa Multimedia presentó una denuncia contra Cable Chepén por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto tipificado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Competencia Desleal). En tal sentido, Multimedia planteó las siguientes pretensiones:

(i) Pretensión principal

Se declare que Cable Chepén 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 señales que son 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 a Cable Chapén por la comisión de los actos de competencia desleal que son materia de denuncia, al amparo del artículo 52º de la Ley de Competencia Desleal.
 - Se ordene el cese inmediato de todas las supuestas prácticas ilegales que viene realizando Cable Chapén en contra de Multimedia.
 - Se ordene la publicación de la eventual resolución sancionatoria a Cable Chapén, cuyo costo deberá ser asumido por esta, de conformidad con lo establecido en el artículo 33º de la Ley Nº 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL.
2. Mediante Resolución Nº 001-2013-CCO/OSIPTEL, de fecha 18 de julio de 2013, 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 Nº 245-2012/TPI-INDECOPI presentada por Multimedia.
 3. En cumplimiento de ello, con fecha 19 de julio de 2013, la Secretaría Técnica remitió el Oficio Nº 063-STCCO/2013, solicitando a la Gerencia Legal del INDECOPI dicha información.
 4. Con fecha 24 de julio de 2013, mediante Carta Nº 702-2013/GEL-INDECOPI, 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 Nº 245-2012/TPI-INDECOPI.
 5. Mediante Resolución Nº 002-2013-CCO/OSIPTEL, de 2 de agosto de 2013, el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la denuncia 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 14º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corriendo traslado a Cable Chapén para que la absuelva en el plazo máximo de quince (15) 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 Título VII del Reglamento de Controversias.
6. El 27 de agosto de 2013, Cable Chapén remitió un escrito presentando sus descargos. Entre otras cosas, señaló lo siguiente: (i) que mediante Acta de Inspección Técnica Nº 0031-2011 del MTC, de fecha 27 de enero de 2011, se acreditó que la denunciada no retransmite las señales de Multimedia, (ii) que la constatación notarial tomada en cuenta ante el INDECOPI, no es suficiente para acreditar la retransmisión de señales, (iii) que la Resolución Nº 0245-2012/TPI-INDECOPI, no les ha sido notificada, por lo que no han podido contradecirla en vía judicial.
 7. Mediante Resolución Nº 003-2013-CCO/OSIPTEL de fecha 2 de setiembre de 2013, el Cuerpo Colegiado resolvió tener por absuelto el trámite de contestación de la denuncia, conforme a los fundamentos expuestos por Cable Chapén y dar

inicio a la etapa de investigación por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario computados a partir del día siguiente de notificada la resolución.

8. Con fecha 16 de setiembre de 2013, la Secretaría Técnica remitió el Oficio N° 109-STCCO/2013 a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI, solicitándole una copia de la Resolución 204-2011/CDA-INDECOPI mediante la cual se resolvió en primera instancia la denuncia presentada por Multimedia contra Cable Chapén por infracción a la normativa de derechos de autor por la retransmisión no autorizada de señales de radiodifusión.
9. Mediante Oficio N° 323-2013/DDA-INDECOPI, recibido con fecha 26 de setiembre de 2013, la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI nos remitió copia de la Resolución 204-2011/CDA-INDECOPI.
10. Con fecha 17 de octubre de 2013, la Secretaría Técnica remitió a Cable Chapén el Oficio N° 138-STCCO/2013, requiriéndole información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable.
11. Del mismo modo, mediante Oficio N° 139-STCCO/2013, de fecha 17 de octubre de 2013, la Secretaría Técnica requirió a Multimedia que cumpla con brindar información relacionada con (i) su participación en el mercado de televisión por cable donde compite con Cable Chapén, (ii) el “Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión” suscrito entre Multimedia y Media Networks, y (iii) posibles negociaciones o acuerdos de licencia de distribución de señales mediante los cuales Multimedia autorice la transmisión de sus señales exclusivas.
12. Mediante escrito de 4 de noviembre de 2013, Multimedia solicitó la prórroga del plazo para cumplir con la remisión de la información requerida, a tres días adicionales, la cual fue concedida por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 146-STCCO/2013, señalando como fecha de vencimiento del plazo el 07 de noviembre de 2013.
13. Cable Chapén presentó un escrito de fecha 5 de noviembre de 2013 mediante el cual adjunta la información requerida mediante el Oficio N° 138-STCCO/2013.
14. Conforme a lo dispuesto por el artículo 74° del Reglamento de Controversias¹, el 15 de noviembre de 2013, esta Secretaría Técnica dirigió el Oficio N° 152-STCCO/2013 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, 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.
15. De acuerdo al requerimiento efectuado, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI remitió el Oficio N° 041-2013/CCD-

¹ **Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**

“Art. 74° 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 vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.”

INDECOPI del 29 de noviembre de 2013, 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 14º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

16. Mediante comunicación de fecha 09 de enero de 2014, Multimedia presentó un escrito mediante el cual adjunta parcialmente la información requerida, solicitando además la confidencialidad de la información presentada.
17. El Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 004-2014-CCO/OSIPTEL, declaró fundada en parte la solicitud de confidencialidad presentada por Multimedia.
18. Mediante Oficio N° 002-STCCO/2014, la Secretaría Técnica solicitó a la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, remita copia del cargo de notificación de la Resolución 0245-2012/TPI-INDECOPI, correspondiente a la empresa Cable Chapén.
19. De acuerdo al requerimiento efectuado, con fecha 22 de enero de 2014, la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI remitió el Oficio N° 002-STCCO/2014, adjuntando la copia del cargo de notificación solicitada.

IV. PRETENSIONES ADMITIDAS

Mediante Resolución N° 002-2013-CCO/OSIPTEL, de 2 de agosto de 2013, el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la denuncia interpuesta por Multimedia, con las siguientes pretensiones:

- **Pretensión principal**

Se declare que Cable Chapén ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infringiendo con ello lo establecido por el artículo 14º del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de Competencia Desleal (en adelante, 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 indiscutible y significativa en el mercado de televisión paga.

- **Pretensiones accesorias**

- Se sancione a Cable Chapén por la comisión de los actos de competencia desleal que son materia de denuncia, al amparo del artículo 52º de la Ley de Competencia Desleal.
- Se ordene el cese inmediato de todas las supuestas prácticas ilegales que viene realizando Cable Chapén en contra de Multimedia.
- Se ordene la publicación de la eventual resolución sancionatoria a Cable Chapén, cuyo costo deberá ser asumido por esta, de conformidad con lo establecido en el artículo 33º de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL.

V. ALCANCE DEL INFORME INSTRUCTIVO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 76º del Reglamento de Controversias, mediante el presente Informe Instructivo, la Secretaría Técnica presenta el caso

ante el Cuerpo Colegiado, emite opinión en relación con las conductas objeto de denuncia y, en caso de considerar que se ha comprobado la existencia de una infracción, recomienda la imposición de las sanciones a las que hubiere lugar.

Conforme a lo señalado, la Secretaría Técnica cumple con emitir opinión sobre la pretensión que involucra la comisión de una infracción, a fin de determinar si los actos materia de denuncia califican como actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal.

VI. POSICIONES DE LAS PARTES

6.1. Posición de Multimedia

En cuanto a la infracción imputada a Cable Chapén, Multimedia ha señalado lo siguiente en su escrito de denuncia:

- Cable Chapén ha incumplido con observar lo señalado en el artículo 39º de la Decisión 351º de la Comunidad Andina y el artículo 140º del Decreto Legislativo N° 822 (en adelante, Ley de Derechos de Autor) referidos al derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión de realizar, autorizar o prohibir: (a) la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse; (b) la grabación en cualquier soporte, sonoro o audiovisual de sus emisiones, incluso la de alguna imagen aislada difundida en la emisión o transmisión; y, (c) la reproducción de sus emisiones.
- El artículo 183º de la Ley de Derechos de Autor señala que la vulneración de cualquiera de las disposiciones establecidas en la Ley de Derechos de Autor se configura como una infracción a la legislación que los protege.
- De acuerdo al Acta de Constatación Notarial efectuada el día 27 de octubre de 2010, Cable Chapén viene retransmitiendo la señal de CMD, sin autorización.

En cuanto a la decisión firme que sanciona a Cable Chapén por incumplir una norma imperativa, Multimedia ha señalado lo siguiente:

- Con fecha 8 de febrero de 2012, mediante Resolución N° 245-2012/TPI-INDECOPI, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, confirmó la sanción impuesta a Cable Chapén por la Comisión de Derechos de Autor², por vulnerar los derechos conexos de Multimedia al haber retransmitido la señal de CMD sin autorización³.
- La Resolución N° 245-2012/TPI-INDECOPI agotó la vía administrativa y otorgó un plazo de tres meses para interponer acción contencioso administrativa. Cable Chapén no impugnó dicha resolución ante el Poder Judicial en el plazo otorgado.

En cuanto a la ventaja ilícita obtenida, Multimedia ha señalado lo siguiente:

² Cabe señalar que en primera instancia la Comisión de Derechos de Autor le impuso una multa de 5.6 UIT, la misma que fue modificada en segunda instancia, en la cual el Tribunal fijó el monto de la multa en 3 UIT.

³ En particular, el artículo 39º de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140º del Decreto Legislativo N° 822.

- Cable Chepén viene beneficiándose de forma ilícita del esfuerzo, inversión y creatividad de Multimedia, al retransmitir de forma gratuita y sin su consentimiento la señal de CMD.
- La señal de CMD reproducida por Cable Chepén se encuentra en el grupo de las señales más reconocidas e importantes del mercado peruano. Adicionalmente, el canal Cable Mágico Deportes o CMD constituye el producto de un proceso de recopilación y construcción de programas, lo que significó un esfuerzo de Multimedia.
- Cable Chepén actuó contra la buena fe comercial puesto que no está compitiendo por la preferencia de los usuarios sobre la base de prestaciones más eficientes sino sobre la apropiación del esfuerzo e inversiones de Multimedia, aprovechándose indebida e ilegítimamente de las inversiones realizadas y para hacer que Multimedia sea la única que tenga que asumir los costos de la actividad empresarial.
- Cable Chepén ha evitado el costo que supone negociar con productores de señal similares. Estos costos no internalizados por Cable Chepén le permitieron ofrecer tarifas menores, mientras que Multimedia al asumir íntegramente los costos de producción tenía que cobrar tarifas necesariamente mayores.

Por todos los argumentos indicados, Multimedia afirma que Cable Chepén ha incurrido en actos que califican como violación de normas, conducta sancionable por el CCO de conformidad con el artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal.

6.2. Posición de Cable Chepén

Con fecha 27 de agosto de 2013 Cable Chepén presentó sus descargos en relación a la denuncia de Multimedia, solicitando que se declare infundada la denuncia por lo siguiente:

- Mediante Acta de Inspección Técnica N° 0031-2011 que realizó el MTC, de fecha 27 de enero de 2011, se acreditó que la denunciada no retransmite las señales de Multimedia.
- La constatación notarial tomada en cuenta ante el INDECOPI, no es suficiente para acreditar la retransmisión de señales, en la medida que no da fe de las condiciones técnicas, ni del origen de la señal, ni si el televisor está conectado a la red de Cable Chepén.
- El Ministerio de Transportes y Comunicaciones es el único ente estatal que tiene legitimidad para la verificación que ha sido realizada por constatación notarial.
- La Resolución N° 0245-2012/TPI-INDECOPI no ha sido notificada a Cable Chepén, por lo que no han podido contradecirla en vía judicial.

VII. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

7.1. Requerimientos de información a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI

Conforme a lo dispuesto por el artículo 74º del Reglamento de Controversias⁴, el 15 de noviembre de 2013, esta Secretaría Técnica dirigió el Oficio N° 152-

⁴ Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas

STCCO/2013 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, 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.

De acuerdo al requerimiento efectuado mediante Oficio N° 152-STCCO/2013, con fecha 29 de noviembre de 2013, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI remitió el Oficio N° 041-2013/CCD-INDECOPI, mediante el cual se manifiesta 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.

7.2. Requerimiento de información a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI

El 16 de setiembre de 2013, mediante Oficio N° 109-STCCO/2013, la Secretaría Técnica solicitó a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI, la remisión de la Resolución 204-2011/CDA-INDECOPI mediante la cual se resolvió, en primera instancia, la denuncia presentada por Multimedia contra Cable Chepén por infracción a la normativa de derechos de autor por la retransmisión no autorizada de señales de radiodifusión.

En tal sentido, mediante Oficio N° 323-2013/CDA-INDECOPI, con fecha 26 de setiembre de 2013, la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI nos remitió copia de la Resolución 204-2011/CDA-INDECOPI.

Posteriormente, mediante Oficio N° 002-STCCO/2014, la Secretaría Técnica solicitó a la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, remita copia del cargo de notificación de la Resolución 0245-2012/TPI-INDECOPI, correspondiente a la empresa Cable Chepén.

De acuerdo al requerimiento efectuado mediante Oficio N° 002-STCCO/2014, con fecha 22 de enero de 2014, la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI nos remitió copia del cargo de notificación solicitada.

7.3. Requerimientos de información a las partes

Mediante Oficio N° 138-STCCO/2013, de 17 de octubre de 2013, la Secretaría Técnica remitió a Cable Chepén cumpla con lo siguiente:

“Art. 74° Informe de INDECOPI.- En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitara 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 vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.”

1. Indicar la fecha del inicio de sus operaciones, así como las zonas a nivel distrital donde tiene cobertura, y la tecnología utilizada en la prestación del servicio.
2. Indicar las zonas geográficas, a nivel distrital, donde compite con la empresa Telefónica Multimedia.
3. Especificar la tarifa, el número y el tipo de canales que ofrece en cada una de las zonas donde tiene cobertura.
4. Reportar el número mensual de clientes por distrito para el período abril 2010 a julio 2013. (Altas).
5. Reportar el número mensual de clientes por distrito para el período abril 2010 a julio 2013. (Stock).
6. Listar el nombre de los proveedores de las señales que son transmitidas por su empresa, así como los canales contratados con los mismos.
7. Indicar si dentro de la parrilla de canales que ofrece cuenta con (i) canales propios y/o (ii) si mantiene algún contrato de exclusividad con algún proveedor de señales. Listar cada uno de los canales.
8. Indicar el nombre de las empresas de televisión por cable con las que compite en las áreas geográficas, a nivel distrital, donde opera.

Del mismo modo, mediante oficio 139-STCCO/2013 de 17 de octubre de 2013, la Secretaría Técnica requirió a Multimedia cumpla con lo siguiente:

1. Indicar la fecha del inicio de sus operaciones así como las zonas geográficas, a nivel distrital, donde compite con Cable Chapén.
2. Mencionar los tipos de paquetes tarifarios, indicando la tecnología utilizada en la prestación del servicio, que ofrece en las zonas indicadas en 1.
3. Reportar el número mensual de clientes por distrito, según lo señalado en 1 y 2, para el período abril 2010 a julio 2013 (altas).
4. Reportar el número mensual de clientes por distrito, según lo señalado en 1 y 2, para el período abril 2010 a julio 2013 (stock).
5. Indicar el nombre de las empresas de televisión por cable que ofrecen sus servicios en las áreas geográficas señaladas en 1.
6. Remitir algún indicador de medición de la audiencia, en el cual se incluya a la señal que estaría retransmitiendo ilícitamente Cable Chapén, y que permita evaluar la preferencia de los consumidores de las áreas geográficas referidas.
7. Manifestar si a la fecha existe algún vínculo contractual o si mantienen negociaciones con alguna empresa prestadora del servicio de televisión por cable con el objeto de autorizarles la retransmisión de las señales de sus canales exclusivos y, de ser el caso, presentar los contratos o los documentos que corroboren dichas negociaciones, incluyendo el monto que se les cobraría a dichas empresas por dicha autorización.
8. Presentar el denominado “Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión” firmado por su representada y Media Networks así como cualquier otro documento que considere necesario para sustentar los costos en los que incurre Multimedia para la transmisión de sus canales exclusivos.
9. Precisar y presentar hechos de cómo dicho ahorro afectó a Multimedia en el mercado y cómo el mismo ha representado una ventaja significativa para Cable Chapén durante el tiempo que retransmitió ilícitamente la señal de CMD.

Mediante escrito de 4 de noviembre de 2013, Multimedia solicitó la prórroga del plazo para cumplir con la remisión de la información requerida, a tres días adicionales, la cual fue concedida por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 146-STCCO/2013, señalando como fecha de vencimiento del plazo el 07 de noviembre de 2013.

El 5 de noviembre de 2013, Cable Chepén presentó un escrito mediante el cual adjunta la información requerida mediante el Oficio N° 138-STCCO/2013.

Con fecha 09 de enero de 2014, Multimedia presentó un escrito mediante el cual adjunta la información requerida exceptuando el *“Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión”* suscrito entre Multimedia y Media Networks y los acuerdos de distribución de señales mediante los cuales se sustentarían los costos de producción de sus señales exclusivas. En relación a ello, Multimedia señaló que la remisión del contrato de producción y licencia celebrado con Media Networks podría afectar el derecho de confidencialidad de dicha empresa. De otro lado, Multimedia confirmó que, actualmente, no tiene vínculo contractual o negociación alguna con alguna empresa de cable para autorizar la retransmisión de sus señales exclusivas.

Cabe señalar que Multimedia solicitó la confidencialidad de la información presentada, en vista de lo cual el Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 004-2012-CCO/OSIPTEL, declaró confidencial la información referida al número mensual (en altas y stock) de clientes por distrito durante el periodo comprendido entre abril de 2010 y julio de 2013.

VIII. CUESTIONES PREVIAS

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

Admitida la denuncia, corresponde efectuar la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, la cual tiene como finalidad determinar si Cable Chepén incurrió en las infracciones que se le imputan.

La prueba funciona como un método esencial para poder establecer la veracidad de ciertos hechos. En sentido amplio, “probar es establecer la exactitud de una proposición cualquiera; en el sentido judicial, probar es someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra⁵”.

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 parte⁶, referida a los hechos o

⁵ Marcel Planiol y Georges Ripert: *Traité Pratique de Droit Civil français*. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1931. T. VII, § 1407, p. 743.

⁶ **Código Procesal Civil**

Artículo 192°.- Son medios de prueba típicos:

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

información del que la presta o de su representado⁷. 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 partes⁸.

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 afirman⁹ 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 contrario¹⁰.

Sin perjuicio de lo señalado, en el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa debe aplicar el Principio de Verdad Material¹¹. 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*

5. La inspección judicial.

⁷ **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.

⁸ **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.

⁹ **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.

¹⁰ **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.

¹¹ **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.

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”¹². (El subrayado es nuestro)

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

Como se ha señalado en el punto anterior, la protección de la leal competencia en el mercado, constituiría uno de los aspectos más importantes del orden público económico; y, en tal sentido, la Secretaría Técnica ha procurado producir las pruebas necesarias para llegar a la verdad material. Es así que conforme a la naturaleza de la conducta investigada se ha requerido información diversa respecto a la participación en el mercado en el que venían compitiendo Multimedia y Cable Chepén durante 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 prueba¹³; 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 material¹⁴.

Con relación a ello, cabe indicar que Cable Chepén, en su escrito de descargos, ha señalado, entre otros aspectos, que el pronunciamiento del INDECOPI recaído en la Resolución N° 0245-2012/TPI-INDECOPI no le habría sido notificado, por lo que no habría podido contradecirlo en vía judicial. Sin embargo, esta Secretaría Técnica solicitó al INDECOPI la remisión de copia del cargo de notificación de la mencionada resolución a Cable Chepén, la cual fue remitida mediante Oficio N° 002-STCCO/2014, con fecha 22 de enero de 2014.

En ese sentido, Cable Chepén no tuvo una correcta disposición a colaborar con la investigación de la conducta bajo análisis, razón por la cual esta Secretaría Técnica considera que dicha conducta procesal debe tomarse en cuenta por el Cuerpo Colegiado al momento de resolver la presente controversia.

¹² 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.

¹³ **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.

(...)

¹⁴ **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.

IX. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

9.1. Los actos de violación de normas. Normativa y criterios aplicables

El artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal dispone lo siguiente:

“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).

Conforme se desprende del citado artículo, una de las modalidades de violación de normas¹⁵ se produce cuando a través de la infracción de una norma imperativa se obtiene una ventaja significativa en el mercado. En relación a ello, es preciso señalar que la ley establece que debe tratarse de una “norma imperativa”¹⁶. Asimismo, para que la decisión que determina la infracción pueda ser considerada firme, ésta no puede encontrarse pendiente de ser revisada en la vía contencioso administrativa.

De acuerdo a la norma citada, 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”¹⁷. En tal sentido, 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 mercado¹⁸.

9.2. Aplicación al caso materia de análisis

Como hemos señalado en la descripción de la figura respecto a la controversia en cuestión, para acreditar los actos de violación de normas conforme al artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal se requiere:

- i. Que la norma que se haya infringido sea una norma de carácter imperativo;

¹⁵ Conforme al artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal, las otras dos modalidades son: (i) cuando la infracción esté referida a que quien estuviera obligado a contar con contratos, concesiones o títulos que se requieran para desarrollar determinada actividad empresarial y el infractor no acredite documentalmente su tenencia, y (ii) el supuesto de la actividad empresarial del estado sin cumplir con el principio de subsidiariedad.

¹⁶ 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.

¹⁷ Kreslja 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.

¹⁸ MASSAGUER; José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas.1999. Pg. 432

- ii. la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción; y,
- iii. verificar que mediante dicha infracción se haya generado una ventaja significativa para el infractor.

9.2.1. El carácter de la norma infringida

En atención al primer requisito, para que se configure el supuesto de violación de normas se deberá acreditar la violación de una norma de carácter imperativo¹⁹. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria²⁰. Así, su distinción viene a ser encontrada en su vocación normativa: la norma quiere disponer sin admitir voluntad contraria

Una vez establecido el concepto de lo que debe entenderse por norma imperativa, corresponde analizar si la normativa de Derecho de Autor goza de tal atributo y por ende una infracción a su contenido sea pasible de ameritar una sanción por competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Al respecto Massaguer considera que no califican como normas jurídicas imperativas pertinentes para un supuesto de violación de normas, las referidas a los derechos de exclusiva que comprenden únicamente a dos o más partes, y que en forma alguna resultan vinculantes para la estructura de un mercado con carácter general, es decir comprometiendo a agentes más allá de los firmantes²¹.

Asimismo, en relación a la normativa que protege la propiedad industrial e intelectual, señala que en la medida que dichas normas impiden el acceso a terceros respecto a un bien, el reconocimiento de dicho derecho de exclusión instaura una condición de igualdad entre todos los competidores, toda vez que deberán solicitar una autorización previa al titular del bien para su utilización. En tal sentido, nos encontraríamos frente a derechos disponibles cuya violación afecta únicamente a su titular pero no desvirtúa de ninguna manera la condición de igualdad en la que se encuentran los demás competidores²².

En similar sentido Kresalja, señala que las obligaciones emanadas de contratos (como los de radifusión o de exclusividad) al no afectar derechos de terceros, sino únicamente a sus titulares, no calificarían como normas imperativas cuyo incumplimiento pudiera afectar la estructura general del mercado, siendo que correspondería a los propios titulares salvaguardar su derecho frente a una eventual violación del mismo²³.

Sin perjuicio de lo señalado, a fin de evaluar la pertinencia de considerar a la normativa de derechos de autor como imperativa, debe también considerarse los pronunciamientos emitidos anteriormente por el OSIPTEL respecto de controversias similares, referidas al supuesto de violación de

¹⁹ De no tratarse de una norma imperativa la demanda será declarada improcedente.

²⁰ Rubio Correa, Marcial (2001) *El Sistema Jurídico*. 8va. Edición, PUCP, Fondo Editorial. Pp. 110

²¹ MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 436

²² MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 437.

²³ Kresalja Rosselló, Baldo. *Op Cit*. Pg. 17.

normas que involucren la contravención a la normativa de derecho de autor. En tal sentido, tenemos que en la Resolución 016-2005-CCO/OSIPTTEL, recaída en el expediente 007-2004-CCO-ST/CD, el Cuerpo Colegiado determinó lo siguiente:

“ (...) se concluye claramente que las empresas que prestan el servicio público de distribución de radiodifusión por cable que no cuenten con las autorizaciones respectivas para difundir las señales vulneran (i) el derecho de los titulares de la emisión, transmisión, y reproducción de las señales; y (ii) el derecho de los titulares de las obras o producciones audiovisuales que se reproducen en ellas, así como de quienes hubieren adquirido los derechos sobre tales obras o producciones; constituyendo tales vulneraciones infracciones a las normas imperativas establecidas en el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor” (El resaltado es nuestro)

Un criterio similar ha sido recogido en las Resoluciones 011-2005-CCO/OSIPTTEL²⁴, (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), 015-2005-CCO/OSIPTTEL²⁵ (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), 008-2005-CCO/OSIPTTEL²⁶ (expediente 002-2005-CCO-ST/CD), en virtud a las cuales también se indicó que la retransmisión de señales sin la autorización de sus titulares configuraba una infracción a la normativa **imperativa** de derechos de autor.

Por otro lado, el INDECOPI, en un anterior pronunciamiento expuso las razones por las que a su criterio las normas de derecho de autor califican como imperativas. En tal sentido, en la Resolución 1573-2008/TDC-INDECOPI²⁷, recaída en el expediente 237-2007/CCD, la Sala de Defensa de la Competencia indicó que si bien los efectos de una infracción a la normativa de derechos de autor recaen directamente en las empresas de radiodifusión, ello no impide que se configure un aprovechamiento indebido por parte de la empresa infractora, la misma que obtendría una ventaja competitiva que no es producto de una mayor eficiencia económica sino que deriva de su contravención a las normas de derecho de autor.

En ese orden de ideas, la Sala de Defensa de la Competencia consideró que todo aquél supuesto donde la afectación a la normativa de derechos de autor trascienda el interés de los titulares y genere efectos lesivos en el mercado e implique una afectación al interés público, deberá ser pasible de ser analizado en los términos de la normativa de represión de la competencia desleal.

De la revisión doctrinaria y jurisprudencial efectuada puede observarse que si bien algunos autores han considerado como no imperativa a las normas de derecho de autor por salvaguardar únicamente derechos disponibles de particulares, los pronunciamientos tanto del OSIPTTEL como del INDECOPI han sido uniformes en reconocer el carácter imperativo de dicha normativa, 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, siendo que tal afectación general representa el título habilitante para la aplicación de la normativa de represión de la competencia desleal a fin de tutelar el proceso competitivo.

²⁴ Ver páginas 12 a 13 de dicha resolución.

²⁵ Ver página 7 de dicha resolución.

²⁶ Ver página 12 de dicha resolución.

²⁷ Ver páginas 10 y 11.

De otro lado, debe considerarse que de acuerdo al artículo 168²⁸ del Decreto Legislativo N° 822, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI (en el presente caso, la Comisión de Derechos de Autor) es la autoridad Nacional competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos, razón por la cual la opinión del INDECOPI respecto a la naturaleza de las normas de derechos de autor y derechos conexos, resulta de especial relevancia en el presente caso.

En atención a ello, mediante Oficio N° 005-2011/SPI-INDECOPI²⁹ del 27 de junio de 2011, la Sala de Propiedad Intelectual señaló que tanto **el Decreto Legislativo N° 822 como la Decisión de la 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.

Al respecto, debe resaltarse la especial relevancia que posee lo argumentado por la Sala de Propiedad Intelectual, toda vez que es el órgano que resuelve en segunda instancia los pronunciamientos que emite la Comisión de Derechos de Autor, y por ende su opinión respecto a la norma que administra resulta vinculante para el presente caso.

En atención a ello, esta Secretaría Técnica estima pertinente considerar a la normativa de derecho de autor³⁰ infringida en el presente caso como imperativa, en atención a las resoluciones administrativas mencionadas en el presente punto, y en especial al pronunciamiento de la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, en su condición de última instancia administrativa encargada de pronunciarse respecto de la normativa de derechos de autor.

9.2.2. Sobre la decisión previa y firme de la autoridad competente

Cable Chepén fue sancionada con una multa impuesta mediante Resolución N° 204-2011/CDA-INDECOPI de la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI (en primera instancia fijada en 5,6 UIT) y confirmada por la Resolución N° 245-2012/TPI-INDECOPI de la Sala de Propiedad del Tribunal del INDECOPI (modificándose la multa a 3 UIT):

- Con fecha 15 de abril de 2011, mediante Resolución N° 204-2011/CDA-INDECOPI, la Comisión de Derechos de Autor resolvió que Cable Chepén infringió los derechos conexos de Multimedia al haber retransmitido la señal de CMD sin autorización.

²⁸ **Decreto Legislativo N° 822**

Artículo 168.- La Oficina de Derechos de Autor del Indecopi, es la autoridad nacional competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos; posee autonomía técnica, administrativa y funcional para el ejercicio de las funciones asignadas a su cargo y resuelve en primera instancia las causas contenciosas y no contenciosas que le sean sometidas a su jurisdicción, por denuncia de parte o por acción de oficio.

²⁹ Información tomada del Expediente 003-2011-CCO-ST/CD, controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y T.V.S. Satelital S.A.C.

³⁰ El artículo 39° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo 822.

- La Resolución N° 245-2012/TPI-INDECOPI, en segunda instancia, confirmó la vulneración de los derechos conexos de Multimedia por parte de Cable Chapén. Dicha resolución agotó la vía administrativa y otorgó un plazo de tres meses para interponer acción contencioso administrativa.
- Según lo señalado por Multimedia y confirmado por la Gerencia Legal del INDECOPI mediante carta N°703-2013/GEL-INDECOPI, la Resolución N° 245-2012/TPI-INDECOPI no ha sido apelada ante el Poder Judicial en el plazo otorgado.

Cabe mencionar que Cable Chapén señaló en su escrito de descargos que, en relación al pronunciamiento del INDECOPI recaído en la Resolución N° 0245-2012/TPI-INDECOPI, éste no le ha sido debidamente notificado, por lo que no ha podido contradecirlo en vía judicial. Con relación a ello, es preciso señalar que la Secretaría Técnica, mediante Oficio N° 002-STCCO/2014, solicitó a la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, remita copia del cargo de notificación respectivo, el mismo que fue remitido mediante Oficio N° 002-STCCO/2014, con fecha 22 de enero de 2014.

De otro lado, Cable Chapén ha cuestionado la validez del acta de constatación notarial de fecha 27 de octubre de 2010 presentada ante INDECOPI por Multimedia, asimismo, ha señalado que el MTC es el único ente estatal que tiene legitimidad para la verificación que ha sido realizada mediante la referida constatación notarial.

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. Esta Secretaría Técnica 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).

En tal sentido, el OSIPTEL no evaluará la validez de los medios probatorios merituados por el INDECOPI para determinar la vulneración a las normas de derecho de autor en la medida que dicha evaluación ya fue realizada por la Comisión de Derechos de Autor en el procedimiento llevado a cabo en el INDECOPI.

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 INDECOPI), y que dicho pronunciamiento no se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa.

- Del período de la retransmisión ilícita por parte de Cable Chapén

Conforme a los argumentos señalados anteriormente, cabe resaltar que los hechos probados dentro del procedimiento de INDECOPI no serán cuestionados en el procedimiento, en la medida que el presente no versa

sobre la infracción a la normativa de derechos de autor. En tal sentido, el análisis de los presuntos actos desleales realizados por Cable Chapén se realizará a partir de los hechos de la infracción de la normativa de derechos de autor considerados en el procedimiento llevado a cabo ante el INDECOPI.

Al respecto, si bien en la Resolución N° 204-2011/CDA-INDECOPI se señala que la denunciada retransmite, al menos desde el mes de octubre de 2010, la señal denominada CMD, al realizarse el cálculo de la multa se considera el período desde el mes de octubre de 2010 (mes en que se realizó la diligencia de constatación policial) hasta enero de 2011 (fecha en la que se realizó el acta de inspección técnica N° 031-2011 elaborada por personal del MTC. Conforme a ello, para el análisis de la supuesta ventaja significativa obtenida por Cable Chapén se debe considerar un periodo de cuatro meses.

9.2.3. Análisis de la supuesta ventaja significativa ilícita obtenida

Conforme fuera indicado en los numerales precedentes, 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 que permita colocar en una mejor posición competitiva al agente infractor.

En tal sentido, resulta necesario determinar los criterios pertinentes para establecer que una infracción a una norma imperativa ha generado una ventaja significativa para Cable Chapén y, posteriormente, evaluar si dicha ventaja le ha podido generar una mejor posición competitiva en el mercado, ya que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume automáticamente ni se produce por el hecho de infringir las leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal³¹.

Con relación a los criterios necesarios para determinar si nos encontramos frente a una ventaja significativa, tenemos que según MASSAGUER, una ventaja competitiva es aquella que implica una mejora de la posición de mercado para el agente infractor respecto de sus competidores, manifestándose, entre otros factores, en la posibilidad de permitirle brindar una oferta en términos más atractivos que los otros agentes de mercado³².

En similar sentido se observa que en diversos pronunciamientos³³ el INDECOPI 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.

³¹ 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)

³² MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 439.

³³ En tal sentido, ver las Resoluciones 1573-2008/TDC-INDECOPI; 020-2010/CCD-INDECOPI; 064-2010/CCD-INDECOPI; 2509-2010/SC1-INDECOPI; 2552-2010/SC1-INDECOPI; 120-2011/CCD-INDECOPI; 170-2011/CCD-INDECOPI; 107-2012-CCD-INDECOPI; 3412-2012/SDC-INDECOPI; 3541-2012/SDC-INDECOPI; y 477-2013/SDC-INDECOPI.

Por su parte, en la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal el INDECOPI ha señalado que la infracción a la norma imperativa será considerada desleal, únicamente, cuando genere una ventaja significativa. Para ello, se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

Cabe señalar que los “Lineamientos para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones”³⁴ elaborados por el OSIPTEL señalan lo siguiente:

“(…) En lo que se refiere a la ventaja ilícita “significativa” a que se refiere la norma, OSIPTEL considera que la misma 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.

Al respecto debe precisarse que 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 ha sucedido en el caso de Cable Chapén al no 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 mercado³⁵.

Al respecto, de acuerdo a la información remitida por Cable Chapén, se tiene que esta empresa cobra la siguiente tarifa:

Distrito	Número de canales	Tarifa Mensual
Chapén	70	S/. 33.00

Fuente: Cable Chapén

Cabe indicar que para el periodo de octubre de 2010 a enero de 2011, Multimedia ofrecía en las zonas en las que participa Cable Chapén, el servicio de distribución de radiodifusión por cable, a través de los siguientes paquetes:

Paquete	Número de canales	Tarifa Mensual
Estelar Satelital	63 de video 10 de audio	S/. 98.00 ⁽ⁱ⁾

³⁴ Aprobados mediante Resolución 075-2002-CD/OSIPTEL.

³⁵ Un razonamiento similar ha sido recogido en la Resolución N° 009-2005-TSC/OSIPTEL.

Estándar Satelital	35 de video 10 de audio	S/. 68.00 ⁽ⁱⁱ⁾
--------------------	----------------------------	---------------------------

Fuente: SIRT

Elaboración: Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados

(i) Tarifa registrada con código TECB201000060.

(ii) Tarifa registrada con código TECB200600010.

En ese sentido, este cuadro permite apreciar la diferencia sustantiva entre el monto de las tarifas cobradas por Multimedia y Cable Chapén. Si bien no se cuenta con la estructura de costos de las mencionadas empresas, la información antes detallada constituye un indicador respecto a la diferencia de dicha estructura entre una y otra empresa.

Con relación a lo anterior, puede concluirse que un agente beneficiado indebidamente con esa 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.

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 competitivo³⁶. 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 al mercado, sino también a aquellas conductas que resultan idóneas para causarle un perjuicio.

Con relación a ello, 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 competitivo³⁷.

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.

Por los argumentos expuestos, es posible concluir que para evaluar la ventaja significativa se tomará como referencia el ahorro obtenido por la empresa infractora, el mismo que le permite brindar sus productos en el

³⁶ **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).

³⁷ **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).

mercado a un precio que no representa la totalidad de los costos incurridos, apreciándose que dicha conducta puede afectar tanto a los competidores efectivos³⁸ como a los posibles entrantes, distorsionando de esta manera el proceso concurrencial.

De una revisión de los hechos y considerando lo expuesto precedentemente, observamos que Cable Chepén: **(i)** habría tenido un acceso no autorizado a la señal de CMD, y **(ii)** que dicho acceso le habría generado un ahorro de costos. Corresponde evaluar si dicho acceso y el ahorro de costos se traduce en una ventaja significativa para Cable Chepén en términos de lo establecido en la normativa de competencia desleal.

Respecto al acceso a la señal de CMD sin autorización, Multimedia señaló que dicho canal es de las señales más reconocidas e importantes del mercado peruano.

Al respecto, si bien no ha quedado acreditada fehacientemente la importancia o significancia concreta del canal CMD en el mercado en el que participa Cable Chepén, es de conocimiento público la aceptación de los televidentes con respecto a dicho canal, 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 nacional³⁹.

De otro lado, de acuerdo a lo señalado por Multimedia, ésta es quien asume los costos de la producción de sus señales exclusivas, y ninguno de sus competidores en el mercado de prestación del servicio de radiodifusión puede acceder de manera lícita a dichos contenidos.

Conforme a ello, al haber retransmitido la señal de CMD, Cable Chepén ha tenido un acceso “privilegiado” que no le correspondía y que ninguno de sus competidores tiene (salvo Multimedia)⁴⁰, 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 cable⁴¹.

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 de Cable Chepén, la empresa debía adquirir dicha licencia por un costo. En tal sentido, observamos que Cable Chepén se habría “ahorrado” el monto que

³⁸ 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.

³⁹ En relación a ello, en informes anteriores del OSIPTEL se ha considerado que los canales exclusivos de Multimedia, entre ellos CMD, 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*.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Dicha afirmación también se ha señalado en el documento antes citado “*Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable*”.

equivaldría el pagar una licencia por el periodo de octubre de 2010 a enero de 2011.

Dicho presunto ahorro, haciendo un símil con los contratos presentados por Multimedia anteriormente⁴², que datan del año 2006, ascendería a, en promedio, S/. 10 080 mensuales (Diez mil ochenta Nuevos Soles)⁴³. 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 20⁴⁴ mas no por la transmisión de únicamente alguna de ellas. Cabe indicar que, si bien en el procedimiento seguido ante INDECOPI sólo se habría acreditado la retransmisión de la señal de CMD, no se otorgaba licencias por un solo canal, se licenciaba el “paquete” de los cuatro canales⁴⁵, en tal sentido en este hipotético escenario el “ahorro” se habría dado respecto a este monto mensual.

Por otro lado, dado que no se cuenta con la estructura de costos de Cable Chapén, esta Secretaría Técnica considera 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. En ese sentido, considerando la tarifa establecida por Cable Chapén y el número de usuarios reportados respecto a los referidos meses⁴⁶, este ahorro que supondría haber asumido los costos por obtener la licencia de transmisión en el periodo de octubre de 2010 a enero de 2011, en caso hubiese accedido a firmar el contrato que ofrece las cuatro señales, alrededor de **29% de sus ingresos mensuales**. Conforme a ello, esta Secretaría Técnica considera que el beneficio (ahorro mensual) obtenido ilícitamente por Cable Chapén es un ahorro que puede ser considerado como “significativo”.

Por todo ello, esta Secretaría Técnica considera que el acceso “privilegiado” a las señales exclusivas de Multimedia y el ahorro de costos obtenido conlleva un beneficio para Cable Chapén y es pasible de generar un perjuicio a Multimedia y a las otras competidoras de Cable Chapén en relación a la concurrencia leal en el mercado de prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable.

En base a lo señalado en los párrafos anteriores, esta Secretaría Técnica considera que el beneficio (ahorro mensual) obtenido ilícitamente por Cable Chapén es un ahorro que puede ser considerado como “significativo”.

Por todo ello, esta Secretaría Técnica considera que el acceso “privilegiado” a la señal de CMD, exclusiva de Multimedia y el ahorro de costos obtenido conlleva un beneficio para Cable Chapén y es pasible de

⁴² En el marco del Expediente N° 004-2011-CCO-ST/CD.

⁴³ El cobro mensual por la transmisión de las referidas señales ascendía US\$3600 hasta por un tope de 3000 unidades de visualización.

⁴⁴ Señal que ha sido reemplazada por RPP TV.

⁴⁵ En el presente caso donde solo se transmite un canal (CMD), se podría señalar que el ahorro obtenido por Cable Chapén equivaldría a la cuarta parte de lo señalado en los contratos, considerándose un monto mensual que ascendía a, en promedio, S/.2 520 nuevos soles. Sin embargo, cuando se otorgaban dichas licencias se entregaban los cuatro canales en un paquete.

⁴⁶ Cable Chapén ha informado que en dichos meses contaba, respectivamente, con mil cuarenta y cinco (1,045), mil cuarenta y dos (1,042), mil cuarenta y nueve (1,049) y mil cincuenta y dos abonados (1,052).

generar un perjuicio a Multimedia y a las otras competidoras de Cable Chapén en relación a la concurrencia leal en el mercado de prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable.

Conforme a todo lo expuesto, esta Secretaría Técnica considera que el acceso ilícito de Cable Chapén a la señal de CMD y el supuesto “ahorro” obtenido la colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores, en la medida que, conforme a los hechos, tuvo la potencialidad de generar un perjuicio en sus competidores. Es por ello que se concluye que habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor.

X. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

En el presente caso la Secretaría Técnica concluye que:

- (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 Cable Chapén, 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.
- (iii) Cable Chapén habría tenido un acceso no autorizado a la señal de CMD, y que dicho acceso le habría generado un ahorro de costos.
- (iv) Asimismo, el acceso ilícito de Cable Chapén a la señal de CMD y el supuesto “ahorro” obtenido lo colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores en el mercado, concluyéndose que habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor.

Es por ello que esta Secretaría Técnica considera que se ha acreditado que Cable Chapén 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 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.

En tal sentido, se recomienda al Cuerpo Colegiado que sancione a Cable Chapén por la comisión de los actos de competencia desleal que son materia de denuncia, al amparo del artículo 52º de la Ley de Competencia Desleal.

Israel Coello Isasi
*Secretario Técnico Adjunto
de los Cuerpos Colegiados (e)*