

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 008 -2006-CCO/OSIPTEL

Lima, 29 de setiembre de 2006

EXPEDIENTE	001-2006-CCO-ST/CD
MATERIA	COMPETENCIA DESLEAL
ADMINISTRADOS	José Mariñas Guzmán J & L Telecable 23 E.I.R.L.

El Cuerpo Colegiado Ordinario (en lo sucesivo Cuerpo Colegiado) a cargo de la controversia entre el señor José Mariñas Guzmán (en adelante, el señor Mariñas) y J & L Telecable 23 E.I.R.L. (en adelante, TELECABLE 23) por supuestos actos de competencia desleal en el mercado de la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable.

VISTO:

El Expediente N° 001-2006-CCO-ST/CD.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

Demandante

Mediante Resolución Ministerial N° 521-98-MTC/15.03, de fecha 23 de diciembre de 1998, el señor Mariñas obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable) en la ciudad de Tocache, Provincia de Tocache, Departamento de San Martín.

Demandada

TELECABLE 23 es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 694-2004-MTC/03 de fecha 16 de setiembre de 2004, obtuvo la concesión para prestar el servicio de televisión por cable en el distrito de Tocache, ciudad de Tocache, Provincia de Tocache, Departamento de San Martín.

II. ANTECEDENTES

1. Por escrito presentado el 16 de enero de 2006, precisado mediante escrito presentado el 6 de febrero de 2006¹, el señor Mariñas demandó a TELECABLE 23 por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia y actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas en el mercado de la prestación del servicio de televisión por cable en la ciudad de Tocache, solicitando como pretensiones lo siguiente:

¹ Mediante Resolución N° 001-2006-CCO/OSIPTEL, emitida el 24 de enero de 2006, el Cuerpo Colegiado designado para conocer la presente controversia solicitó al señor Mariñas que aclare su demanda.

- Calificar a TELECABLE 23 como infractor de las normas de libre y leal competencia, por *"transmitir clandestinamente y sin contar con las autorizaciones de señales de televisión de paga con equipos Directv"* las señales de los canales de televisión por cable FOX SPORTS, DISCOVERY CHANNEL, HBO, ESPN, HALLMARK, ANIMAL PLANET, y NICKELODEON, obteniendo con ello *"un considerable ahorro en contrato de señales internacionales y pagos mensuales, más los gastos bancarios que demandan los pagos internacionales, así como los derechos de internamiento y homologación de equipos por encontrarse prohibidos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones"*.
- Ordenar el cese de los actos denunciados.
- Ordenar el decomiso y/o la destrucción de los equipos utilizados para infringir la norma.
- Imponer la máxima sanción correspondiente.
- Ordenar la publicación de la resolución condenatoria.

2. Mediante Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL del 9 de febrero de 2006, el Cuerpo Colegiado resolvió:

- Encausar y admitir a trámite la demanda planteada por el señor Mariñas contra TELECABLE 23 en el extremo referido a que se declare que ésta ha incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificados en el artículo 17° Texto Único Ordenado de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI (en adelante, Ley de Competencia Desleal) constituidos por:
 - (i) La supuesta transmisión de las señales de DISCOVERY CHANNEL, HBO, FOX SPORTS, ESPN, HALLMARK, ANIMAL PLANET y NICKELODEON, respecto de las cuales no tendría las autorizaciones correspondientes; y,
 - (ii) La utilización de equipos que no habrían sido homologados (equipos DIRECTV, según la demanda) por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) para la recepción de dichas señales.
- Declarar improcedente la demanda presentada por el señor Mariñas en el extremo referido a que se sancione a TELECABLE 23 por actos contrarios a la libre competencia tipificados en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701, teniendo en consideración que las conductas denunciadas no encuadraban en los supuestos de infracciones contemplados en dicha norma.
- Declarar improcedente la solicitud del señor Mariñas respecto del decomiso de los equipos no homologados utilizados por TELECABLE 23, toda vez que el Cuerpo Colegiado carece de facultades para atender tal pedido.
- Ordenar la realización de inspecciones a abonados de los servicios de cable que presta TELECABLE 23, y en el local de dicha empresa, a fin de verificar la realización de los actos de competencia desleal materia de la demanda.

3. Mediante escrito presentado el 7 de marzo de 2006, complementado mediante escrito del 22 de marzo de 2006, TELECABLE 23 contestó la demanda interpuesta por el señor Mariñas.

III. DEMANDA

Posición del señor Mariñas:

En su demanda el señor Mariñas ha señalado lo siguiente:

1. Respecto de los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas a los derechos de autor, indicó que los canales transmitidos por TELECABLE 23 -sin contar con los contratos y autorizaciones correspondientes- serían DISCOVERY CHANNEL, HBO, FOX SPORTS, ESPN, HALLMARK, ANIMAL PLANET y NICKELODEON, entre otros.
2. Respecto de los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por no contar con equipos con el certificado de homologación correspondiente, indicó que las señales de los canales referidas anteriormente, eran transmitidas mediante el uso de equipos no homologados (equipos DIRECTV).
3. Con relación a la ventaja significativa que habría sido obtenida por TELECABLE 23 mediante la infracción a las normas sobre los derechos de autor y a la homologación de equipos, señaló que debía tenerse en cuenta: (a) el ahorro del costo correspondiente a los pagos de las señales internacionales, y (b) el ahorro del costo correspondiente a los pagos por internamiento y homologación de equipos.

Posición de TELECABLE 23:

En su contestación TELECABLE 23 ha señalado lo siguiente:

1. De manera eventual y esporádica ha venido transmitiendo, a modo de prueba, algunas señales de canales de televisión por cable respecto de las cuales no cuenta con la autorización correspondiente para su recepción y transmisión, con la finalidad que sus usuarios puedan conocer la programación que tienen dichos canales (sin especificar que canales serían), para luego en función de la respuesta dada por sus clientes, proceder a contratar las referidas señales.
2. No ha obtenido ventaja significativa alguna por la transmisión de las señales respecto de las cuales no cuenta con autorización para su recepción y transmisión, puesto que en la tarifa cobrada a sus clientes no se ha incluido el equivalente a la transmisión de dichas señales.

IV. INFORME INSTRUCTIVO

En el Informe Instructivo, emitido el 18 de agosto de 2006, la Secretaría Técnica llegó a las siguientes conclusiones:

- La Secretaría Técnica consideró que, teniendo en cuenta el cambio de criterio de INDECOPI, la opinión de un importante sector de la doctrina y la experiencia

de los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL en la tramitación de las controversias sobre actos de violación de normas, debía evaluarse la conveniencia de establecer un nuevo criterio conforme al cual, para determinar con certeza la existencia de infracciones en los casos en que las normas infringidas no son supervisadas por los Cuerpos Colegiados, debe existir un pronunciamiento firme y previo de la autoridad competente y especializada en la verificación del cumplimiento de dichas normas. En tal sentido, debe entenderse por pronunciamiento firme aquel que agote las instancias administrativas.

Luego de ello, OSIPTEL deberá analizar la ventaja "ilícita" que obtuvo el infractor de las normas, a fin de determinar la comisión de actos de competencia desleal.

- Al ser la determinación de las infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor, denunciadas por el señor Mariñas, de competencia exclusiva de la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, en adelante ODA, se requeriría de un pronunciamiento previo y firme de dicho órgano, para que los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL puedan proceder al análisis de la ventaja ilícita obtenida por el infractor, a fin de evaluar la existencia de actos de competencia desleal.

En tal sentido, la Secretaría Técnica consideró que la pretensión del señor Mariñas para que se sancione a TELECABLE 23 por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas sobre derecho de autor por emitir las señales de canales de televisión por cable, sin contar con la autorización correspondiente de los titulares de las señales, debía ser declarada improcedente por el Cuerpo Colegiado.

Finalmente, se recomendó al Cuerpo Colegiado la remisión de los actuados en el presente expediente a la ODA del INDECOPI, para que evalúe las presuntas infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor denunciadas por el señor Mariñas.

- Teniendo en cuenta que por tratarse de equipos pasivos de recepción de señal de satélite, los equipos de DIRECTV se encuentran dentro de la regla de exclusión del Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones, se consideró que su utilización por parte de TELECABLE 23 para descargar las señales de canales de televisión por cable, no constituiría infracción a la Ley de Telecomunicaciones o a dicho Reglamento.

En tal sentido, la Secretaría Técnica consideró que debía declararse improcedente la pretensión del señor Mariñas para que se sancione a TELECABLE 23 por la comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas sobre instalación y uso de equipos de DIRECTV que no cuentan con el respectivo certificado de homologación.

V. ALEGATOS:

Mediante escrito de fecha 7 de setiembre de 2006, el señor Mariñas formuló sus alegatos al Informe Instructivo elaborado por la Secretaría Técnica señalando, entre otros argumentos, lo siguiente:

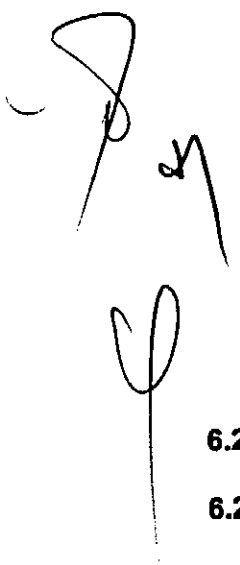
- Solicitó que se profundice la investigación sobre TELECABLE 23, y que se acredite el monto que dicha empresa ahorra al no efectuar el pago mensual de las señales y la compra de equipos decodificadores de dichas señales, toda vez que TELECABLE 23 sí ha obtenido una ventaja significativa proveniente de dicho ahorro mensual.
- Solicitó que el Cuerpo Colegiado tuviera en cuenta las actas de constatación notarial enviadas desde los meses de enero y febrero de 2006, así como el acta de constatación notarial correspondiente al mes de setiembre de 2006 que presentó adjunta a su alegatos, mediante las cuales –en su opinión- se demuestra que TELECABLE 23 transmite los canales materia de la denuncia de manera continua en su programación, y no esporádicamente como ha referido en el procedimiento.

Mediante escrito de fecha 7 de setiembre de 2006, TELECABLE 23 formuló sus alegatos al Informe Instructivo elaborado por la Secretaría Técnica, señalando, -entre otros argumentos- que resultaría pertinente, si así lo decidía el Cuerpo Colegiado, que el expediente sea remitido a la ODA del INDECOPi para que proceda a efectuar la investigación correspondiente.

VI ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

6.1. Conductas denunciadas

En atención a lo demandado por el señor Marifas y a lo dispuesto en la Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL, en cuya virtud se encausó y admitió la demanda, el Cuerpo Colegiado considera, al igual que la Secretaría Técnica, que el objeto de la presente controversia es determinar:

- 
- (i) Si TELECABLE 23 habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, mediante la difusión de señales de canales de televisión por cable vulnerando la Ley sobre el Derecho de Autor al no contar con las autorizaciones o licencias para ello, y obteniendo una ventaja competitiva significativa respecto de sus competidores.
 - (ii) Si TELECABLE 23 habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, mediante la utilización de equipos no homologados (equipos DIRECTV, según la demanda) para la transmisión de canales de cable a sus abonados, vulnerando la Ley de Telecomunicaciones, y obteniendo una ventaja competitiva significativa respecto de sus competidores.

6.2. Los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

6.2.1 La definición de la práctica

El artículo 17° de la Ley de Competencia Desleal establece que constituye un acto de competencia desleal por violación de normas, el valerse de una ventaja competitiva ilícita y significativa lograda a través de la infracción de una norma ².

² LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEY 28122:

Conforme a ello, para que se configure la infracción citada deben concurrir los siguientes requisitos:

- (i) Que se infrinja una norma legal, cualquiera sea su rango;
- (ii) Que dicha infracción genere una ventaja significativa para el infractor; y,
- (iii) Que el infractor se valga de tal ventaja en el mercado.

Al respecto, corresponde indicar que como señala la doctrina, para que la violación de normas por parte de un competidor pueda ser calificada de desleal, es necesario que dicha violación genere al infractor una ventaja competitiva en relación con los demás competidores que concurren en el mercado cumpliendo con la norma vulnerada, reflejada en la disminución de los costos de producción o distribución del infractor. Así, la referida ventaja tiene que ser significativa, debiendo el infractor obtener un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela³.

6.2.2 La determinación de la existencia de infracciones en los Lineamientos de OSIPTEL

Los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones⁴ (en adelante, los Lineamientos), han previsto que para determinar si se ha producido la infracción de una norma, OSIPTEL constatará la infracción directamente, a través de la Gerencia de Fiscalización, cuando le corresponda controlar su cumplimiento, de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma respectiva, sin que dicha opinión sea requisito de admisibilidad de las demandas.

De acuerdo con el criterio establecido por los Lineamientos, los Cuerpos Colegiados deberán evaluar, en cada caso, si efectivamente los hechos materia de denuncia pueden o no constituir una violación al marco legal vigente. Dicho criterio fue acogido por INDECOPI sobre la base de su experiencia en la aplicación del artículo 17° de la Ley de Competencia Desleal en mercados distintos a los de servicios públicos de telecomunicaciones, tal como consta en sus Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial.

De otro lado, de acuerdo con lo establecido en el numeral 114° de los Lineamientos de Apertura de Mercado de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, del 5 de agosto de 1998⁵, los

Artículo 17.- Violación de normas. Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

³ Según la opinión de KRESALJA, "(...) no toda violación de normas por parte del competidor puede ser calificada de desleal; en primer término, la violación ha de reportar una "ventaja competitiva" en relación con los restantes operadores en el mercado que cumplan con la norma violada -representada en una disminución en los costos de producción o distribución de los productos o servicios de que se trate-, o también el acceso privilegiado a un determinado mercado. En segundo lugar, la ventaja mencionada ha de ser "significativa", tal como dice textualmente la ley, pues sólo de esa manera el infractor obtendrá un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela. Y, finalmente, el infractor tiene que valerse, es decir, hacer efectiva en el mercado esa ventaja competitiva, más allá de si ello le produce o no una "ganancia" (aunque algunos dicen que "siempre" la obtiene)."

KRESALJA, Baldo. "Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal". En: Derecho, Revista editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 47, 1993, pág. 59.

⁴ Aprobados mediante Resolución N° 075-2002-CD/OSIPTEL, publicada con fecha 12 de diciembre de 2002.

Lineamientos que OSIPTEL puede dictar en materia de libre y leal competencia, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino que son referenciales, y resumen los principios de aplicación general que viene aplicando dicho organismo en materia de solución de controversias entre empresas.

En tal sentido, los Cuerpos Colegiados se encuentran facultados para resolver las controversias que conozcan, apartándose de los criterios establecidos en los Lineamientos, para lo cual deberán expresar las razones por las cuales se alejan de los referidos criterios.

6.2.3 La necesidad y justificación de variar el criterio establecido en los Lineamientos de OSIPTEL para la determinación de la existencia de infracciones

Mediante Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI de fecha 22 de setiembre de 2004, INDECOPI emitió un precedente de observancia obligatoria que modificó el criterio descrito en el acápite 7.2.2, estableciendo que *"la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas requiere una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada"*. INDECOPI sustentó este nuevo criterio sobre la base de los principios de legalidad de la potestad sancionadora y de la estabilidad de la competencia, conforme a los cuales es la autoridad legalmente competente quien deberá determinar de manera previa la existencia de una infracción del marco legal sujeto a supervisión⁶.

Dicho criterio ha sido aceptado por un importante sector de la doctrina. Así, por ejemplo, Kresalja señala que este nuevo criterio guarda lógica pues INDECOPI *"no puede ni debe inmiscuirse en cada sector de los negocios para saber si se cumple o no con la normativa aplicable."*

En su Informe Instructivo, la Secretaría Técnica consideró que teniendo en cuenta este cambio de criterio de INDECOPI, así como la opinión de un importante sector de la doctrina y la experiencia de los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL en la tramitación de las controversias sobre actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, resultaba conveniente variar el criterio establecido en los Lineamientos de OSIPTEL para la determinación de existencia de infracciones en las controversias sobre dichos actos de violación de normas.

En tal sentido, la Secretaría Técnica apuntó que en caso de actos de violación de normas en los mercados de telecomunicaciones, o en otros mercados que se encuentran fuera del ámbito de las competencias de los Cuerpos Colegiados, se

⁵ LINEAMIENTOS DE POLÍTICAS DE APERTURA DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES:

114. OSIPTEL puede dictar lineamientos que resuman los principios de aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro. Los lineamientos, a diferencia de los precedentes, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino son simplemente referenciales.

⁶ Dicho precedente ha sido modificado mediante Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI de fecha 18 de mayo de 2005 en lo concerniente a la definición de competencia prohibida.

⁷ No obstante, el autor señala ciertos reparos a la eficiencia de las autoridades encargadas de supervisar las normas sectoriales. Al respecto ver: Kresalja Roselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsele a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas), en: *Thémis, Revista de Derecho*, Edición N° 50, 2005.

requiere -por lo general- una verificación casi siempre de carácter técnico sobre la existencia de los hechos denunciados y, adicionalmente, un análisis jurídico respecto de si tales hechos constituyen infracciones al marco legal vigente.

Al respecto, la Secretaría Técnica indicó que si bien es cierto que OSIPTEL puede solicitar la opinión del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda sobre si, en abstracto y de manera general, los hechos que son materia de denuncia constituyen infracciones; es cierto también que no siempre el organismo competente absuelve los pedidos formulados por OSIPTEL, lo cual ocasiona que los Cuerpos Colegiados Ordinarios, para poder cumplir con los plazos establecidos en el Reglamento de Controversias, deben resolver la controversia sin contar con la opinión técnica del organismo competente.

Tal como expresó la Secretaría Técnica, lo señalado anteriormente ha llevado a que en determinados casos, la Secretaría Técnica y los Cuerpos Colegiados, hayan tenido que analizar y evaluar las normas sectoriales a efectos de establecer si existían infracciones al marco sectorial vigente, para poder así determinar, posteriormente, si ello generaba una ventaja significativa para el infractor⁹.

En esta línea de ideas, la Secretaría Técnica sostuvo que si bien hasta el momento los Cuerpos Colegiados han determinado la existencia de infracciones a normas sectoriales sobre la base de un análisis complejo¹⁰; es evidente que, en aplicación del criterio establecido por los Lineamientos, tales órganos podrían verse en la necesidad de tener que determinar la existencia de infracciones incluso más complejas, como son -por ejemplo- las infracciones a las normas tributarias¹⁰, en los cuales la intervención de la entidad encargada de supervisar el cumplimiento de dichas normas resulta decisiva.

⁹ Sobre el particular, en la Controversia tramitada bajo Expediente N° 005-2005-CCO/CD (Controversia entre las empresas Corporación Peruana de Imagen Satelital S.R.L. y Producciones Cable Mar S.A.C.), la Secretaría Técnica se vio obligada a elaborar su Informe Instructivo (Informe N° 007-ST/2005) sin contar para ello con un pronunciamiento del MTC, en relación con las presuntas infracciones a la Ley de Telecomunicaciones cometidas por Cable Mar S.A.C..

De otro lado, en la Controversia tramitada bajo Expediente N° 009-2005-CCO/CD, (Controversia entre las empresas CABLE VISIÓN y TELEVISIÓN SATELITAL) la Secretaría Técnica se vio obligada a elaborar su Informe Instructivo (Informe N° 009-ST/2005) sin contar para ello con los pronunciamientos de la Oficina de Derechos de Autor y de la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI, ni con el pronunciamiento del MTC, en relación con las presuntas infracciones a Ley sobre el Derecho de Autor, y a la Ley de Telecomunicaciones cometidas por TELEVISIÓN SATELITAL.

¹⁰ Sobre el particular, a manera de ejemplo, para determinar la existencia de los actos de violación a las normas sobre el derecho de autor, la Secretaría Técnica y el Cuerpo Colegiado han necesitado requerir y evaluar la siguiente información:

- Documentación donde conste la programación de la demandada (como por ejemplo revista de programación, volantes publicitarios entregados a los usuarios, etc).
- Copia legible de los contratos celebrados y debidamente suscritos para la difusión de las señales de materia de la demanda.
- Montos mensuales de los pagos a los titulares de las señales internacionales por los canales que transmite.
- Número de abonados con que cuenta actualmente la demandada.
- Facturación mensual promedio por los servicios de cable que presta en la zona de concesión.
- Detalle de los costos fijos y variables para la prestación del servicio, considerando, entre otros, programación, alquiler de infraestructura, mantenimiento de las conexiones, servicio de atención al cliente y facturación en la zona de concesión.

¹⁰ En dichos casos la definición de la existencia de la infracción debe hacerse en función de normas cuya aplicación exige un alto nivel de especialización en temas tributarios, contables y financieros puesto que su determinación implica de manera general: (i) evaluar la declaración jurada presentada por la empresa a la administración tributaria; (ii) determinar si el impuesto retenido y abonado a la administración es el que efectivamente corresponde, considerando la posible existencia de deudas pasadas o acumuladas, refinanciadas o fraccionadas o solicitudes por

En tal sentido, la Secretaría Técnica consideró que lo más conveniente, a efectos de determinar con certeza la existencia de infracciones en los casos en que las normas infringidas no son supervisadas por los Cuerpos Colegiados, es que dicha determinación sea realizada de manera firme y previa por la autoridad competente y especializada en la verificación del cumplimiento de dichas normas. Ello, puesto que dichas autoridades son las que cuentan con todas las atribuciones legales y con las herramientas técnicas y conceptuales para efectuar la mencionada verificación, las cuales se derivan de la potestad sancionadora que les corresponde y/o de la aplicación de los principios de legalidad y competencia¹¹.

En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer un único criterio aplicable a la tramitación de todos los casos de actos de competencia desleal por violación de normas, sin hacer diferencias entre aquellos que implican mayor o menor nivel de complejidad en la calificación de infracciones. Ello, considerando que los casos sometidos a conocimiento de los Cuerpos Colegiados por actos de violación de normas en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones involucran no sólo la mera verificación de hechos, sino la calificación de tales hechos como infracciones, actividades que deben ser efectuadas por aquella entidad encargada de la supervisión de la norma infringida y que, además, cuenta con la especialización necesaria para pronunciarse al respecto.

De otro lado, la importancia de contar con un pronunciamiento firme y previo respecto de la existencia de la infracción que habría generado la ventaja significativa, surge también por la necesidad de evitar la generación de fallos contradictorios dentro del sistema legal, con los consiguientes perjuicios a la seguridad jurídica que ello ocasionaría¹².

Sin perjuicio de lo antes señalado y recogiendo lo manifestado por la Secretaría Técnica, es oportuno señalar que con relación a la adopción del criterio propuesto, a nivel doctrinario se han formulado reparos al requerimiento de pronunciamiento firme y previo por cuestionamientos a la celeridad o eficiencia de las autoridades encargadas de determinar si ha existido una vulneración a

consolidación de deudas; y, (iii) de ser el caso, podrían determinarse atrasos o inexactitudes de la información presentadas, pudiéndose emitir resoluciones de multa.

11 LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad. (...)

Artículo 231.- Estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

¹² Sobre el particular, en aplicación del criterio seguido por los Lineamientos, sería posible que un Cuerpo Colegiado determine la existencia de una infracción a una norma y a partir de ello concluya que existe también una ventaja competitiva significativa obtenida por el infractor y que - finalmente - se haya impuesto una multa a éste por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.
Sin embargo, es posible que la entidad encargada de la supervisión de la norma, luego de resuelto el caso ante OSIPTEL, determine que tal infracción nunca existió. En tal sentido, el fallo del Cuerpo Colegiado a pesar de no sancionar la infracción de la norma, sino la ventaja significativa obtenida a partir de dicha infracción, habría impuesto una multa por actos de violación de normas sobre una infracción inexistente.

una norma sectorial. Al respecto, debe recordarse que en virtud de las facultades de OSIPTEL para supervisar la leal competencia, éste no puede introducirse en cada sector de la economía para fiscalizar si se cumple o no con la normativa sectorial respectiva¹³; en este sentido, debe entenderse claramente que los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL sólo pueden imponer sanciones si, como resultado de una infracción comprobada, se ha generado una ventaja significativa para el infractor; razón por la que este tipo de críticas no restan validez a la coherencia lógica y sistemática de la nueva regla propuesta en la presente resolución.

En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera que debe aplicarse el nuevo criterio conforme al cual, en los casos en que las normas infringidas no son supervisadas por los Cuerpos Colegiados, lo más conveniente es que éstos sólo se avoquen al conocimiento de controversias sobre actos de violación de normas una vez que exista un pronunciamiento previo y firme de la autoridad competente, emitida dentro del procedimiento administrativo en el cual el supuesto infractor haya tenido todos los medios de defensa y garantías procesales a su alcance¹⁴.

En consecuencia, de acuerdo con lo señalado previamente, para la verificación de la existencia de infracciones con ocasión de la tramitación de una controversia por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en los casos de infracciones de normas cuya supervisión de cumplimiento se encuentra a cargo de organismos distintos de los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL, se requerirá de un pronunciamiento previo y firme del órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda¹⁵. En tal sentido, debe entenderse por pronunciamiento firme aquel que agote las instancias administrativas¹⁶.

En esta línea argumental, a continuación se procederá al análisis del caso concreto, teniendo en cuenta la aplicación del nuevo criterio adoptado.

6.2.4 La existencia de infracciones a normas legales en la presente controversia

6.2.4.1 La protección de las normas sobre derechos de autor a las emisiones y al contenido de las emisiones

¹³ Al respecto ver: Kresalja Roselló, 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: *Thémis, Revista de Derecho*, Edición N° 50, 2005.

¹⁴ Sobre el particular, los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de la autoridad que supervisa el cumplimiento de la norma infringida otorgan todas las garantías y medios impugnatorios para que el denunciado ejerza su derecho de defensa y de esta manera resulte posible determinar con certeza la verdad material de los casos sometidos a su consideración.

¹⁵ En la misma línea se ha pronunciado el precedente de observancia obligatorio contenido en la Resolución N° 0493-2004/TDC (si bien es cierto, este fue posteriormente modificado parcialmente). Asimismo, Baldo Kresalja Roselló coincide con este criterio. Al respecto ver: Kresalja Roselló, 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: *Thémis, Revista de Derecho*, Edición N° 50, 2005.

¹⁶ Al respecto, cabe señalar que las resoluciones administrativas que agotan la instancias administrativas, otorgan un alto grado de certidumbre sobre la existencia de infracciones al haber sido emitidas dentro de procedimientos administrativos en los que el infractor ha tenido a su alcance medios de defensa y luego de un análisis detallado por parte de la autoridad competente. Ello permite a los Cuerpos Colegiados contar con los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre la existencia de infracciones en los casos de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

El artículo 37° de la Ley sobre el Derecho de Autor - Decreto Legislativo N° 822, establece que es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor¹⁷.

Adicionalmente, el artículo 183° de dicha ley, señala que la vulneración de cualquiera de las disposiciones establecidas en la misma se configura como una infracción a la legislación que protege los derechos de autor¹⁸.

En aplicación de los referidos artículos, la transmisión de señales de canales de televisión por cable, sin contar con la autorización correspondiente por parte de sus titulares, podría configurar una violación a la Ley sobre el Derecho de Autor.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 168° de la Ley sobre el Derecho de Autor, la ODA del INDECOPI, es la autoridad nacional competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos.

De acuerdo con los criterios establecidos en el acápite precedente, al ser la determinación de las infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor de competencia exclusiva de la ODA, se requerirá de un pronunciamiento previo y firme de dicho órgano, para que pueda procederse con el análisis de la ventaja ilícita obtenida por el supuesto infractor, a fin de evaluar la existencia de actos de competencia desleal.

En tal sentido, para efectuar el análisis correspondiente a la ventaja ilícita supuestamente obtenida por TELECABLE 23, se requiere un pronunciamiento previo y firme de la ODA, respecto de si dicha empresa ha infringido la Ley sobre el Derecho de Autor mediante la transmisión de señales de canales de televisión por cable, sin las autorizaciones correspondientes¹⁹.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado considera que en aplicación del nuevo criterio adoptado, debe declararse improcedente la pretensión del señor Mariñas para que se sancione TELECABLE 23 por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de la Ley sobre el Derecho de Autor, por emitir las señales de canales de cable sin contar con la autorización correspondiente de los titulares de tales señales.

En su escrito de alegatos, el señor Mariñas ha solicitado que se profundice la investigación sobre TELECABLE 23, a fin de acreditar el monto que dicha empresa ahorra al no efectuar el pago mensual de las señales, toda vez que TELECABLE 23 sí ha obtenido una ventaja significativa proveniente de dicho ahorro mensual conseguido al incumplir la Ley sobre el Derecho de Autor.

Al respecto, cabe señalar que en su Informe Instructivo la Secretaría Técnica no ha analizado el fondo de la cuestión, esto es, la existencia de actos de

¹⁷ LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR, Artículo 37°.- Siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor.

¹⁸ LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR, Artículo 183°.- Se considera infracción la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en la presente ley.

¹⁹ En este caso, dichas señales serían: FOX SPORTS, DISCOVERY CHANNEL, HBO, ESPN, HALLMARK, ANIMAL PLANET, y NICKELODEON.

competencia desleal en la modalidad de violación de la Ley sobre el Derecho de Autor, toda vez que consideró que la demanda debía ser declarada improcedente por el Cuerpo Colegiado.

Debe precisarse que la Secretaría Técnica únicamente señaló, de manera preliminar y para los actos de violación de normas al derecho de autor, que en todo caso y de aplicarse el anterior criterio (inexigencia de pronunciamiento previo y firme de la ODA), no existirían indicios de una posible ventaja significativa obtenida mediante la infracción a las normas sobre derechos de autor.

En el caso concreto, considerando que mediante la presente Resolución se está declarando improcedente la pretensión del señor Mariñas al no existir un pronunciamiento previo y firme de la ODA de INDECOPI que determine la existencia de infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor, es posible colegir que no corresponde analizar la existencia de actos de competencia desleal.

En consecuencia, por lo expuesto anteriormente, corresponde desestimar los alegatos presentados por el señor Mariñas en este extremo.

De otro lado, en sus alegatos el señor Mariñas ha solicitado que, en el análisis de las pretensiones, el Cuerpo Colegiado tenga en cuenta las actas de constatación notarial enviadas desde los meses de enero y febrero de 2006, así como el acta de constatación notarial correspondiente al mes de setiembre de 2006, mediante las cuales se demostraría que TELECABLE 23 ha transmitido los canales materia de la demanda de manera continua en su programación, y no esporádicamente como ha referido en el procedimiento.

Al respecto, cabe señalar que las referidas actas han sido incluidas en el expediente al haber sido presentadas como medios probatorios por el señor Mariñas; sin embargo, en la medida en que sus pretensiones han sido declaradas improcedentes, no corresponde efectuar una valoración de fondo de los referidos medios probatorios.

Por tanto, debe denegarse el pedido formulado por el señor Mariñas a fin que, en el análisis de las pretensiones, se incluya las actas de constatación notarial enviadas desde los meses de enero y febrero de 2006, así como el acta de constatación notarial correspondiente al mes de setiembre de 2006.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, conviene precisar que en caso que, posteriormente, la ODA determinara de manera firme que TELECABLE 23 ha cometido infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor, el señor Mariñas tiene expedito su derecho de interponer una nueva demanda ante OSIPTEL, solicitando que se proceda a analizar si existen actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

De acuerdo con ello y en atención a lo recomendado por la Secretaría Técnica, este Cuerpo Colegiado considera que corresponde disponer la remisión de lo actuado en el presente expediente a la ODA, para que evalúe la existencia de posibles infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor denunciadas por el señor Mariñas.

6.2.4.2 Las infracciones a la Ley de Telecomunicaciones y la homologación de equipos

El numeral 1 del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones - Decreto Supremo N° 013-93-TCC, establece que constituye una falta grave la instalación de equipos o terminales no homologados por el MTC²⁰.

De acuerdo con lo anterior, las empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones -como es el caso del servicio de distribución de radiodifusión por cable- que utilicen equipos no homologados para la recepción de señales y transmisión de señales a sus usuarios, vulneran lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones.

Sobre el particular, el Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones – Aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2006-MTC²¹, establece el régimen general para la homologación de equipos y aparatos de telecomunicaciones. Al respecto, el referido reglamento indica los casos en los cuales no se requiere la homologación de los equipos para la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

Al respecto, el artículo 5º, numeral 5.4 del citado reglamento establece que las antenas o equipos receptores de radiocomunicación se encuentran dentro del supuesto de exclusión de homologación y, por tanto, la homologación de dichos equipos no es exigible²².

Teniendo en cuenta que por tratarse de equipos pasivos de recepción de señal de satélite, los equipos de DIRECTV se encuentran dentro de la regla de exclusión del Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones, es posible concluir que su utilización por parte de TELECABLE 23 para descargar las señales de canales de televisión por cable, no constituye infracción a la Ley de Telecomunicaciones ni al citado reglamento.

En tal sentido, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que la pretensión del señor Mariñas para que se sancione a TELECABLE 23 por la comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas sobre instalación y uso de equipos que no cuentan con el respectivo certificado de homologación, debe ser declarada improcedente por el Cuerpo Colegiado.

²⁰ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES:

Artículo 88.- Constituyen infracciones graves: 1. La instalación de terminales o equipos que no disponen del correspondiente certificado de homologación.
(...)

²¹ El Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones entró en vigencia el día 22 de enero de 2006.

²² Al respecto, cabe señalar que mediante Oficio N° 292-2006-MTC/18 del MTC, que obra en el Expediente N° 013-2005-CCO-ST/CD (Controversia entre Televisora TLS Chepén S.A.C. y la señora Enélda Cabanillas Alayo de González), dicha entidad señaló lo siguiente:

"(...) los equipos de recepción de DIRECT TV (receptor-decodificador y antena receptora) no requieren de homologación por no encontrarse dentro de los supuestos de la norma ecotada. Asimismo, con respecto a equipos como antenas y/o tarjetas de DIRECTV (entiéndase tarjetas decodificadoras) dichos equipos se encuentran expresamente excluidos de la obligación de homologación conforme a lo previsto en el artículo 5º numeral 5.4 del Reglamento."

Asimismo, en sus alegatos el señor Mariñas ha señalado que TELECABLE 23 sí ha obtenido una ventaja significativa, proveniente del ahorro mensual que supone evitar el pago de señales y por la compra de equipo decodificador de señales, costo de flete y "desaduanaje".

Al respecto, dado que mediante la presente Resolución se está declarando improcedente esta pretensión del señor Mariñas, no resulta posible proceder al análisis de la existencia de los actos de competencia desleal y, en consecuencia, de la existencia de ventaja significativa.

En consecuencia, por lo expuesto anteriormente, corresponde desestimar los alegatos presentados por el señor Mariñas en este extremo.

VII EL CESE DE LOS ACTOS DENUNCIADOS SOLICITADO POR EL SEÑOR MARIÑAS

En su demanda, el señor Mariñas también solicitó que como consecuencia de que la misma sea declarada fundada, se ordene a TELECABLE 23 el cese de los actos de competencia desleal denunciados.

Al respecto, considerando que han sido declaradas improcedentes las pretensiones del señor Mariñas para que se sancione a TELECABLE 23 por la comisión de actos de violación de normas por infracción a (i) la Ley sobre el Derecho de Autor al transmitir señales de canales de televisión por cable sin contar con las autorizaciones correspondientes; y, (ii) a la Ley de Telecomunicaciones y su reglamento al utilizar equipos no homologados; también corresponde declarar improcedente el pedido de cese de actos denunciados formulado por el señor Mariñas.

VIII LA PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN CONDENATORIA SOLICITADA POR EL SEÑOR MARIÑAS

En su demanda, el señor Mariñas solicitó que como consecuencia de declarar fundada la misma, el Cuerpo Colegiado ordene la publicación de la resolución condenatoria.

Al respecto, considerando que se ha declarado improcedente la pretensión del señor Mariñas para que se sancione a TELECABLE 23 por la comisión de actos de violación de normas por infracción a (i) la Ley sobre el Derecho de Autor al transmitir señales de canales de televisión por cable sin contar con las autorizaciones correspondientes; y, (ii) a la Ley de Telecomunicaciones y su reglamento al utilizar equipos no homologados es posible colegir, en consecuencia, que la naturaleza de la presente resolución no es condenatoria y, por tanto, corresponde declarar improcedente el pedido de publicación de la resolución condenatoria formulada por el señor Mariñas.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar IMPROCEDENTE la demanda interpuesta por el señor José Mariñas Guzmán contra J & L Telecable 23 E.I.R.L. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley sobre de Represión de la Competencia Desleal aprobado por el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, por las

infracciones a la Ley sobre Derechos de Autor, a la Ley de Telecomunicaciones y al Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones, de acuerdo a los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Disponer que la Secretaría Técnica remita las partes pertinentes del presente expediente a la Oficina de Derechos de Autor de INDECOPI, para que ésta evalúe la existencia de posibles infracciones a las normas de derechos de autor.

Artículo Tercero.- Declarar IMPROCEDENTES los pedidos formulados por el señor José Mariñas Guzmán para que se ordene: (i) el cese de los actos denunciados, y (ii) la publicación de la resolución condenatoria, por las razones expuestas en la sección Considerandos de la presente resolución.

Artículo Cuarto.- Denegar el pedido formulado por el señor José Mariñas Guzmán en su escrito de alegatos para que incluya en el análisis de las pretensiones, las actas de constatación notarial enviadas desde los meses de enero y febrero de 2006, así como el acta de constatación notarial correspondiente al mes de setiembre de 2006.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado: Galia Mac Kee Briceño, Juan Carlos Mejía Comejo y Manuel San Román Benavente.

