

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO Nº 008-2015-CCO/OSIPTEL**

Lima, 05 de junio de 2015

EXPEDIENTE	005-2014-CCO-ST/CD
MATERIA	Competencia Desleal
ADMINISTRADOS	Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L. HHBB Televisión S.A.C.

SUMILLA: Se declara Infundados los pedidos de nulidad de la resolución de inicio y de todo lo actuado en el presente procedimiento formulados por HHBB Televisión S.A.C.

Se declara la confidencialidad de la información referida a los aportes mensuales por el Derecho Especial realizados al FITEL por diversas empresas prestadoras del servicio de distribución de radiodifusión por cable.

Se declara FUNDADA la denuncia presentada por Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L. contra HHBB Televisión S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14º del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En consecuencia, se SANCIONA a HHBB Televisión S.A.C. con una multa de 58.77 UIT por la comisión de una infracción grave, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal y el principio de conducta procedimental.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L. (en adelante, DEVAOS) contra HHBB Televisión S.A.C. (en adelante, HHBB) por la comisión de presuntos actos de competencia desleal en el mercado de distribución de radiodifusión por cable.

VISTO:

El Expediente Nº 005-2014-CCO-ST/CD, correspondiente a la controversia entre DEVAOS y HHBB, sobre actos de competencia desleal.

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

DEVAOS es una empresa privada dedicada a brindar servicios de distribución de radiodifusión por cable en las modalidades de cable alámbrico u óptico.

DEVAOS es titular de la concesión única otorgada mediante Resolución Ministerial N° 037-2009-MTC de fecha 16 de enero de 2009 para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a nivel nacional, estableciéndose a prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico.

Empresa denunciada

HHBB es una empresa privada dedicada a brindar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico.

HHBB es titular de la concesión otorgada mediante Resolución Ministerial N° 321-2007-MTC-03¹ de fecha 2 de julio de 2007 para la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico, en el área que comprende los distritos de Yanacancha, Chaupimarca y Simón Bolívar, de la provincia y departamento de Pasco.

II. ANTECEDENTES

- 2.1 Con fecha 28 de agosto de 2014, la empresa DEVAOS presentó una denuncia contra HHBB por la presunta comisión de actos de competencia desleal al retransmitir a través de su programación emisiones sin autorización de los titulares. En ese sentido, adjuntó entre otros documentos, la Resolución N° 0199-2014-INDECOPI, que declaró fundada la denuncia de oficio seguida contra HHBB por infracción a la normativa de derecho de autor y derechos conexos.
- 2.2 Mediante Resolución N° 113-2014-CD/OSIPTEL de fecha 04 de setiembre de 2014 el Consejo Directivo del OSIPTEL designó un Cuerpo Colegiado para resolver la controversia entre DEVAOS y HHBB por la presunta realización de actos de competencia desleal en el mercado de radiodifusión por cable.
- 2.3 Con fecha 08 de setiembre de 2014, mediante Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL (en adelante, Resolución de Inicio), el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la denuncia interpuesta por DEVAOS, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, conducta tipificada en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal), corriendo traslado a HHBB para que la absuelva en el plazo máximo de quince (15) días hábiles.

Asimismo, el Cuerpo Colegiado ordenó incorporar al expediente la Carta 046-ST/2014 emitida por la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados del OSIPTEL y la Carta N° 765-2014/GEL-INDECOPI de la Gerencia Legal del INDECOPI; y, además, se dispuso la tramitación de la controversia como una que involucra la comisión de una

¹ La Resolución Ministerial N° 324-2007-MTC-03 de fecha 3 de julio de 2007 rectificó el error material en la numeración de la Resolución Ministerial N° 321-2007-MTC-03.

infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo II del Título VII del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Controversias).

- 2.4 Mediante Carta 046-ST/2014 de fecha 24 de julio de 2014, la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados solicitó al INDECOPI que informe si la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI ha sido materia de impugnación o se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa.
- 2.5 Con fecha 07 de agosto de 2014, mediante Carta N° 765-2014/GEL-INDECOPI la Gerencia Legal del INDECOPI informó que no había sido interpuesto recurso de apelación contra la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI, y, que hasta dicha fecha, no se había notificado al INDECOPI respecto a algún proceso contencioso administrativo que cuestione la mencionada resolución.
- 2.6 Mediante Oficio N° 199-STCCO/2014 de fecha 10 de setiembre de 2014, se corrió traslado de la denuncia a HHBB.
- 2.7 El 10 de octubre de 2014, HHBB contestó la denuncia presentada por DEVAOS. Entre otras cosas, señaló lo siguiente: (i) Que la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI y todo lo actuado en el Expediente N° 002166-2013/DDA no les ha sido notificado por lo que no han podido ejercer su derecho de legítima defensa, (ii) Que la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI y la Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL, carecen de validez al haber generado vicios administrativos, (iii) INDECOPI, está incurriendo en flagrante abuso y vulneración de derechos, debiendo el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL devolver los actuados hasta que sea subsanada la omisión, (iv) existen vicios que acarrearán la nulidad de todo lo actuado en la presente controversia.
- 2.8 Mediante Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de octubre de 2014, el Cuerpo Colegiado resolvió tener por presentado y poner en conocimiento de DEVAOS el escrito de contestación de la denuncia de HHBB, 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. Asimismo, el Cuerpo Colegiado consideró que respecto a lo señalado por HHBB sobre la existencia de posibles vicios que acarrearían la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento, la misma será materia de evaluación y decisión al momento de expedirse la resolución final.
- 2.9 Con escrito de fecha 23 de octubre de 2014 HHBB solicitó la nulidad de la Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de octubre de 2014, reiterando la existencia de vicios que acarrearán la nulidad de todo lo actuado. Agregó, que con fecha 10 de octubre de 2014 presentó un escrito de nulidad, sin embargo, el Cuerpo Colegiado ha omitido pronunciarse, validando así las graves irregularidades propiciadas por INDECOPI y atentando contra los principios de legalidad, debido proceso e imparcialidad.
- 2.10 Mediante Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 29 de octubre de 2014, el Cuerpo Colegiado resolvió agregar al expediente el escrito de HHBB de fecha 23 de

octubre de 2014, a efectos de tenerlo presente al momento de resolver. Asimismo, dispuso poner en conocimiento de DEVAOS el mencionado escrito.

- 2.11 Conforme a lo dispuesto por el artículo 74º del Reglamento de Controversias, el 11 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, la Secretaría Técnica) dirigió el Oficio N° 235-STCCO/2014 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, solicitándole la remisión de un informe técnico no vinculante 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, en particular, respecto a los criterios interpretativos utilizados para el supuesto de infracción de normas imperativas por el inciso a) del artículo 14.2 de la Ley de Competencia Desleal.
- 2.12 De acuerdo al requerimiento efectuado, con fecha 13 de noviembre de 2014 la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI remitió el Oficio N° 112-2014/CCD-INDECOPI, mediante el cual informó, entre otros aspectos, 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 Competencia Desleal.
- 2.13 Con fecha 24 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica remitió a HHBB el Oficio N° 240-STCCO/2014, requiriéndole información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable. Este requerimiento de información fue reiterado por el Oficio N° 266-STCCO/2014.
- 2.14 Del mismo modo, mediante Oficio N° 241-STCCO/2014, de fecha 24 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica requirió a DEVAOS que cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable.
- 2.15 Mediante oficios remitidos por la Secretaría Técnica a diversas empresas proveedoras de señales² se solicitó información referida a las condiciones y costos involucrados en la obtención de autorizaciones para la retransmisión de sus señales y el monto de la contraprestación que se fija en los contratos de licencia de distribución de señales.
- 2.16 Asimismo, a través del Oficio N° 252-STCCO/2014 de fecha 01 de diciembre de 2014, se requirió información a la Entidad de Gestión para los Productores Audiovisuales – EGEDA (en adelante, EGEDA) sobre las condiciones y costos involucrados en la obtención de la licencia para la retransmisión por cable de obras y producciones audiovisuales, así como de las tarifas mensuales. Este requerimiento de información fue reiterado por el Oficio N° 267-STCCO/2014.
- 2.17 El 18 de diciembre de 2014, el Cuerpo Colegiado a través de la Resolución N° 004-2014-CCO/OSIPTEL declaró fundada la solicitud de confidencialidad presentada por Fox Latin American Channel LLC, respecto a la información contenida en el escrito de fecha 15 de diciembre de 2014 presentada por dicha empresa.

² El detalle de los oficios cursados a las empresas proveedoras de señales será desarrollado en el punto 4.6.

- 2.18 Mediante escritos de fecha 22 y 29 de diciembre de 2014, DEVAOS presentó la información requerida mediante el Oficio N° 241-STCCO/2014.
- 2.19 El Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 005-2015-CCO/OSIPTEL del 09 de enero de 2015, declaró de oficio como confidencial, en atención a su contenido, alguno de los documentos presentados por DEVAOS en su escrito de fecha 22 de diciembre de 2014.
- 2.20 El 13 de enero de 2015, mediante carta S/N EGEDA respondió al requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica a través del Oficio N° 252-STCCO/2014.
- 2.21 Mediante escritos recibidos con fecha 26 de enero de 2015 y 09 de febrero de 2015, DEVAOS cumplió con los requerimientos de información efectuados por la Secretaría Técnica a través de los oficios N° 009-STCCO/2015 y N° 017-STCCO/2015, respectivamente.
- 2.22 El 04 de febrero de 2015, HHBB interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 005-2015-CCO/OSIPTEL.
- 2.23 A través del Oficio N° 031-STCCO/2015 de fecha 06 de marzo de 2015, el Cuerpo Colegiado solicitó a la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI copia de los cargos de notificación de la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI.
- 2.24 Mediante Resolución N° 006-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo de 2015, el Cuerpo Colegiado resolvió el recurso de reconsideración presentado por HHBB declarándolo Infundado. Cabe mencionar que dicho recurso se ha venido tramitando en cuerda separada, siendo que a la fecha, HHBB se encuentra dentro del plazo para interponer un recurso de apelación, de considerarlo conveniente.
- 2.25 A través de los oficios N° 54-2015/CDA-INDECOPI y N° 058-2015/CDA-INDECOPI, INDECOPI envió copia de la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI y copia del cargo de notificación, respectivamente.
- 2.26 Con fecha 19 de marzo de 2015, la Secretaría Técnica emite el Informe Instructivo N° 006-STCCO/2015, en el cual se concluye que HHBB habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; por lo que corresponde la imposición de una sanción bajo los parámetros establecidos en el artículo 52° de la citada ley.
- 2.27 Mediante Resolución N° 007-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 20 de marzo de 2015, el Cuerpo Colegiado tiene por presentado y pone en conocimiento de las partes el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica; y otorga a las partes el plazo de quince (15) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada la resolución para la presentación de sus comentarios y alegatos por escrito.
- 2.28 Con Oficio N° 052-STCCO/2015, de fecha 29 de abril de 2015, la Secretaría Técnica solicitó a HHBB informar sobre sus ingresos brutos en el año 2014. Asimismo, se recordó a la mencionada empresa que a la fecha no ha remitido respuesta al requerimiento de

información contenido en el Oficio N° 240-STCCO72014 de fecha 24 de noviembre de 2014.

- 2.29 A través del Oficio N° 055-STCCO/2015 de fecha 13 de mayo de 2015, la Secretaría Técnica requirió al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones – FTEL informar si la empresa HHBB había realizado aportes a esa entidad por la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable durante el periodo de febrero de 2013 a enero de 2014.
- 2.30 Mediante oficio N° 1129-2015-MTC/24 de fecha 02 de junio de 2015, FTEL informó que HHBB no ha efectuado pagos por el Derecho Especial al FTEL desde que fuera otorgada su concesión.

III. DE LA PRETENSIÓN ADMITIDA

Mediante Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la denuncia interpuesta por DEVAOS, planteando como pretensión, que se declare que HHBB ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas infringiendo lo establecido en el artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal, a través de la retrasmisión por su parrilla de programación de ciertas señales, sin contar para ello con la autorización o consentimiento de los titulares, obteniendo una ventaja significativa en el mercado de televisión por cable.

IV. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

4.1. Requerimiento de información a la gerencia legal de INDECOPI

A través de Oficio N° 145-2014-CDA-INDECOPI, recibido el 14 de julio de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI remitió al OSIPTEL, la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente N° 002166-2013/DDA, en cumplimiento de lo establecido en dicha resolución.

Mediante Carta C.046-ST/2014 de fecha 24 de julio de 2014, la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados solicitó información al INDECOPI, a fin de conocer si dicha Resolución emitida por la Comisión de Derecho de Autor había sido materia de impugnación o se encontraba sujeta a revisión judicial en la vía contenciosa administrativa.

En tal sentido, con Carta N° 765-2014/GEL-INDECOPI, de fecha 07 de agosto de 2014, la Gerencia Legal del INDECOPI informó que a la fecha no se había interpuesto recurso de apelación alguno contra la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI y tampoco se les había notificado sobre el inicio de un proceso contencioso administrativo que cuestionara la resolución en consulta.

4.2. 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 Controversias³, el 11 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica dirigió el Oficio N° 235-STCCO/2014 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, solicitándole la remisión de un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios imperativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de actos de violación de normas, con relación al supuesto regulado en el inciso a) del artículo 14.2 del Decreto Legislativo N° 1044.

De acuerdo al requerimiento efectuado mediante Oficio N° 235-STCCO/2014, con fecha 13 de noviembre de 2014, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI remitió el Oficio N° 112-2014/CCD-INDECOPI, mediante el cual manifiesta, entre otros aspectos, 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 Competencia Desleal.

4.3. Requerimiento de información a FITEL

A través del Oficio N° 055-STCCO/2015 de fecha 13 de mayo de 2015, la Secretaría Técnica requirió al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones – FITEL informar si la empresa HHBB había realizado aportes a esa entidad por la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable durante el periodo de febrero de 2013 a enero de 2014; y de ser así, indicar el monto al que ascendió el mismo durante cada mes.

En tal sentido, mediante oficio N° 1129-2015-MTC/24 de fecha 02 de junio de 2015, FITEL informó que HHBB no ha efectuado pagos por el Derecho Especial al FITEL desde que fuera otorgada su concesión.

4.4. Requerimientos de información a la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI

A través del Oficio N° 031-STCCO/2015 de fecha 06 de marzo de 2015, el Cuerpo Colegiado solicitó a la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI copia de los cargos de notificación de la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI.

Ante ello, INDECOPI envió copia de la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI y copia del cargo de notificación, mediante los oficios N° 54-2015/CDA-INDECOPI y N° 058-2015/CDA-INDECOPI, respectivamente.

4.5. Requerimientos de información a las partes

A) HHBB

³ **Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**

“Art. 74º 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.”

Mediante Oficio N° 240-STCCO/2014, de fecha 24 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica requirió a HHBB que cumpla con lo siguiente:

1. Indicar las zonas geográficas a nivel distrital donde brinda el servicio de televisión por cable y la tecnología o modalidad de prestación del servicio.
2. Indicar las zonas geográficas, a nivel distrital, donde compite con la empresa Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L.
3. Especificar los paquetes, 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 abonados a los que ha prestado el servicio de televisión por cable durante el año 2013.
5. Reportar el número de altas nuevas que registró su empresa en el año 2013 para el servicio de televisión por cable, desagregado de manera mensual.
6. Indicar el nombre de las empresas de televisión por cable con las que compite en las áreas geográficas, a nivel distrital, donde opera.
7. Reportar sus ingresos brutos y netos obtenidos en el año 2013 por la prestación del servicio de televisión por cable (desagregado por mes), y el estado de ganancias y pérdidas de la empresa correspondiente al año 2013.

Considerando que HHBB no cumplió con contestar el requerimiento de información en el plazo otorgado, con Oficio N° 266-ST/2014 de 29 de diciembre de 2014, se le reiteró que cumpla con remitir lo solicitado mediante Oficio N° 240-ST/2014, lo cual hasta el momento no ha cumplido.

Del mismo modo, mediante Oficio N° 052-STCCO/2015, de fecha 29 de abril de 2015, la Secretaría Técnica solicitó a HHBB informar sobre sus ingresos brutos en el año 2014. Asimismo, se recordó a la empresa que a la fecha no ha remitido respuesta al requerimiento de información contenido en el Oficio N° 240-STCCO/2014 de fecha 24 de noviembre de 2014. Al respecto, HHBB tampoco ha cumplido con responder el mencionado requerimiento de información.

B) DEVAOS

Mediante oficio N° 241-STCCO/2014 de 24 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica requirió a DEVAOS que cumpla con lo siguiente:

1. Indicar las zonas geográficas a nivel distrital donde brinda el servicio de televisión por cable y la tecnología o modalidad de prestación del servicio.
2. Indicar las zonas geográficas, a nivel distrital, donde compite con la empresa HHBB Televisión S.A.C.
3. Especificar los paquetes, 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 abonados a los que ha prestado el servicio de televisión por cable durante el año 2013.
5. Reportar el número de altas nuevas que registró su empresa en el año 2013 para el servicio de televisión por cable, desagregado de manera mensual.
6. Indicar el nombre de las empresas de televisión por cable con las que compite en las áreas geográficas, a nivel distrital, donde opera.

7. Reportar sus ingresos brutos y netos obtenidos en el año 2013 por la prestación del servicio de televisión por cable (desagregado por mes), y el estado de ganancias y pérdidas de la empresa correspondiente al año 2013.

El 22 de diciembre de 2014, DEVAOS presentó un escrito mediante el cual adjunta información relativa a sus operaciones en el mercado de distribución de radiodifusión por cable requerida mediante el Oficio N° 241-STCCO/2014, indicando que algunos requerimientos serían absueltos posteriormente, mediante otro escrito.

Cabe señalar que, mediante Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró de oficio como confidencial, en atención a su contenido, la información presentada por DEVAOS, el 22 de diciembre de 2014, referida a:

1. Autorizaciones otorgadas a DEVAOS por la Asociación Cultural Bethel, la Fundación ICTUS-TeleAmiga Internacional y China Central Televisión (CCTV) para la retransmisión de las señales de los canales Bethel Televisión, TeleAmiga, y CCTV-Español, respectivamente.
2. Acuerdos de afiliación suscritos por DEVAOS y (i) Fox Latin American Channel, LLC para la retransmisión del canal Studio Universal; (ii) Fox Latin American Channel, LLC y NGC Networks Latin America, LLC para la retransmisión de los canales: Canal Fox, National Geographic Channel, Utilisima, FX, Fox Life, Fox Sports y Fox Sports 2; (iii) Fox Latin American Channel, LLC para la retransmisión de los canales Universal Channel y Syfy; (iv) LAPTV, LLC para la retransmisión de los canales The Film Zone y Cine Canal. (v) Caracol Televisión. S.A. respecto a la señal Caracol Tv Internacional y
3. Contratos de afiliación/ retransmisión de señales suscritos por DEVAOS y (i) Enlace Televisión respecto a su canal Enlace Clásico; (ii) EUSKAL TELEBISTA – TELEVISION VASCA SAU respecto al Canal Vasco; (iii) UP Cubavisión; (iv) Asociación “Las manos de Dios” respecto a la señal televisiva JN19 Televisión; (v) Deutsche Welle; (vi) Canal Destinstv.com internacional Sociedad Anónima; (vii) Global Media Telecomunicaciones respecto a sus canales Cable Noticias, Tv Agro, Telenostalgia, Rumba TV; (viii) Global Media Telecomunicaciones respecto a su canal Nova Tv.; (x) Panamericana televisión; (xi) Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A.; (xii) Televisión Nacional Peruana S.A.C.; (xiii) Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (xiv) Red Bicolor de Comunicaciones S.A.A. RBC Televisión.

Con fecha 29 de diciembre de 2014, DEVAOS complementó la información remitida el 22 de diciembre de 2014. Al respecto, la Secretaría Técnica solicitó la aclaración de dicha información, mediante Oficio N° 009-STCCO/2015 de fecha 19 de enero de 2015. Ante ello, con fecha 26 de enero DEVAOS remitió un escrito indicando que no correspondía atender el requerimiento de información que se le hiciera mediante Oficio N° 241-STCCO/2014 y que, debido a ello, tampoco se habría atendido la solicitud de aclaración realizada mediante Oficio N° 009-STCCO/2015.

Mediante Oficio N° 017-STCCO/2015, la Secretaría Técnica, reiteró el requerimiento de aclaración a DEVAOS, indicándole entre otros aspectos, que de acuerdo al artículo 22°

del Reglamento de Controversias, en cualquier estado del procedimiento, la Secretaría Técnica puede solicitar a las partes la aclaración de sus escritos, la precisión de sus argumentos, o la presentación de información adicional.

En atención a ello, con fecha 09 de febrero de 2015 DEVAOS cumplió con atender la solicitud de aclaración de la Secretaría Técnica.

4.6. Requerimiento de información a otras empresas

El 24 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica remitió oficios a algunas empresas proveedoras de señales de televisión⁴ solicitándoles informen acerca de las condiciones y costos involucrados en la obtención de la autorización para la retransmisión de sus emisiones a las empresas que brindan el servicio público de distribución de radiodifusión por cable, asimismo, indiquen el monto de la contraprestación que generalmente se fija en los contratos de licencia de distribución de señales mediante la cual autorizan la retransmisión de sus canales. Asimismo, se solicitó información a EGEDA, a efectos que informe sobre las condiciones y costos involucrados en la obtención de la licencia que dicha entidad ha otorgado para la retransmisión por cable de obras y producciones audiovisuales durante el año 2013, así como las tarifas mensuales fijadas.

Dieron respuesta a dicho requerimiento de información: Panamericana Televisión S.A., mediante carta recibida el 10 de diciembre de 2014; Cia. Peruana de Radiodifusión S.A. – América Televisión, mediante carta de recibida el 10 de diciembre de 2014; Instituto Nacional de Radio y Televisión – TV PERÚ, mediante Oficio N° 350-2014-GG/IRTP del 12 de diciembre de 2014; Global Tv, ATV Sur y Andina de Radiodifusión – ATV a través de cartas de fecha 12 de diciembre de 2014; Fox Latin Channel LLC, mediante carta de fecha 15 de diciembre de 2014; Asociación Cultural Bethel Televisión, mediante carta recibida el 17 de diciembre de 2014; y EGEDA, mediante carta de fecha 13 de enero de 2015.

Cabe señalar que, hasta la fecha Cia. Latinoamericana de Radiodifusión S.A.- Frecuencia Latina no ha cumplido con el requerimiento.

Asimismo, es de precisar que Fox Latin Channel LLC solicitó la confidencialidad de la información presentada, en vista de lo cual el Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL, declaró confidencial la información referida a la tarifa que cobra por sus señales a un operador, así como el número de suscriptores garantizados a los que se compromete la contraparte.

⁴ Oficio 242-STCCO/2014 de fecha 24 de noviembre de 2014 dirigido a EGEDA.

Oficio 243-STCCO/2014 de fecha 24 de noviembre de 2014 dirigido a Cia. Peruana de Radiodifusión S.A América Televisión.

Oficio 244-STCCO/2014 de fecha 24 de noviembre de 2014 dirigido a Fox Latin American Channel LLC.

Oficio 245-STCCO/2014 de fecha 24 de noviembre de 2014 dirigido a Grupo ATV.

Oficio 246-STCCO/2014 de fecha 24 de noviembre de 2014 dirigido a Panamericana Televisión S.A.

Oficio 247-STCCO/2014 de fecha 24 de noviembre de 2014 dirigido a TV PERÚ.

Oficio 248-STCCO/2014 de fecha 24 de noviembre de 2014 dirigido a Cia. Latinoamericana de Radiodifusión - Frecuencia Latina

Oficio 249-STCCO/2014 de fecha 24 de noviembre de 2014 dirigido a Asociación Cultural Bethel Televisión.

V. POSICIONES DE LAS PARTES

5.1. Posición de DEVAOS

DEVAOS ha señalado lo siguiente en su escrito de denuncia:

- HHBB ha retransmitido ilegalmente por su parrilla de programación ciertas señales, sin contar para ello con la autorización o consentimiento de los titulares.
- De acuerdo al Acta de Constatación Notarial de fecha 14 de febrero de 2013, HHBB viene retransmitiendo ciertas señales, sin contar con autorización.
- La Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, sancionó a HHBB por infracción al Derecho de Autor y los derechos conexos por la comunicación pública de obras y producciones audiovisuales y por la retransmisión de ciertas señales sin autorización⁵ a través de la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI, la cual ha quedado consentida.
- HHBB viene beneficiándose indebidamente, toda vez que la retransmisión no autorizada, ofrecida a menor precio, constituye un menoscabo evidente al principio de libre competencia.
- Es considerado desleal el valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes, agravándose este hecho cuando se trata de derechos protegidos por la legislación de Derechos de Autor.

Por todos los argumentos indicados, DEVAOS afirma que HHBB ha incurrido en actos de competencia desleal, por lo cual debe ser sancionado por el CCO.

Conforme al escrito presentado el 22 de diciembre de 2014, DEVAOS agregó que constituye una grave inconsistencia y contradicción lo señalado por HHBB respecto a las nulidades que existirían en el procedimiento ante INDECOPI. Asimismo, esta empresa aseguró que existe una correspondencia entre los abonados que pierde y los que gana HHBB producto de la competencia desleal que supone la retransmisión de la parrilla de canales de esta última sin autorización y, sobre todo, sin efectuar ningún pago como sí lo hace DEVAOS.

5.2. Posición de HHBB

Con fecha 10 de octubre de 2014, HHBB presentó su contestación en relación a la denuncia de DEVAOS, señalando lo siguiente:

- Que la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI y todo lo actuado en el Expediente N° 02166-2013/DDA no le ha sido notificado, generando una grave omisión, por lo que no ha podido ejercer su derecho de legítima defensa. En ese sentido, deduce la nulidad de todo lo actuado en el mencionado expediente, incluyendo la Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL.

⁵ En particular, el artículo 39° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140° del Decreto Legislativo N° 822.

- Que el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL debe rechazar y devolver los actuados al INDECOPI hasta que sea subsanada la omisión.
- Que no se ha tomado en cuenta lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (en adelante, Ley N° 27444), la notificación inexistente y/o defectuosa configura causal de nulidad.
- Que la existencia de vicios acarrean la nulidad de todo lo actuado en la presente controversia, por lo cual solicita que esto sea declarado hasta que se realice una notificación válida.

Asimismo, con fecha 23 de octubre de 2014, HHBB presentó nuevamente un escrito solicitando nulidad de la Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL e indicando:

- Que mediante escrito de fecha 10 de octubre de 2014 solicitó la nulidad de la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 113-2014-CD/OSIPTEL y de todo lo actuado en la presente controversia, inclusive lo actuado en el Expediente N° 002166-2013/DDA, tramitado por la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI al adolecer de validez.
- Pese a la solicitud de nulidad, el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL ha considerado el escrito de fecha 10 de octubre de 2014 como escrito de contestación, sin resolver la nulidad deducida.
- La omisión de pronunciamiento previo, significaría validar graves irregularidades, atentando contra los principios de legalidad, debido proceso e imparcialidad.

VI. INFORME INSTRUCTIVO N° 006-STCCO/2015, TITULADO “CONTROVERSIA ENTRE DEVAOS ALTURA TELEVISIÓN POR CABLE E.I.R.L. Y HHBB TELEVISIÓN S.A.C. (EXP. 005-2014-CCO-ST/CD) INFORME INSTRUCTIVO”

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

- Respecto al pedido de nulidad de HHBB, el Cuerpo Colegiado no tiene competencia para revisar lo actuado por otra autoridad administrativa como INDECOPI, quien señaló que no se ha interpuesto recurso de apelación ni se ha comunicado el inicio de un procedimiento contencioso administrativo, remitiendo el cargo de notificación de la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI y de la Resolución que la declara firme. Es por ello, que corresponde denegar el pedido de nulidad de HHBB.
- La conducta procesal de HHBB debe ser tomada en cuenta por el Cuerpo Colegiado al resolver la presente controversia, debido a que esta empresa no tuvo la disposición de colaborar con las investigaciones realizadas en este procedimiento.
- La normativa de derecho de autor infringida (Decreto Legislativo N° 822) por HHBB, referida a la retransmisión ilícita de señales y la comunicación pública de obras y producciones audiovisuales, tiene carácter imperativo.
- 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.

- (v) HHBB habría tenido un acceso no autorizado a 49 señales de programación, y que dicho acceso le habría generado un ahorro de costos.
- (vi) El acceso ilícito de HHBB a 49 de señales de su parrilla de programación y el supuesto “ahorro” obtenido lo colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores en el mercado de cable, concluyéndose que habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor.

Conforme a ello, la Secretaría Técnica consideró que se ha acreditado que HHBB 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 de televisión, sin contar para ello con la autorización o consentimiento de sus respectivos titulares, obteniendo una ventaja significativa en el mercado. En tal sentido, recomienda imponer una sanción a dicha empresa.

VII. ALEGATOS DE LAS PARTES AL INFORME INSTRUCTIVO

En relación a lo establecido mediante Resolución N° 007-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 20 de marzo de 2015, las partes tenían el plazo de quince (15) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada la resolución para la presentación de sus alegatos al Informe Instructivo emitido por la Secretaría Técnica.

De una revisión del expediente se observa que la referida resolución fue notificada a DEVAOS el 30 de marzo de 2015 y a HHBB el 31 de marzo de 2015. Al respecto, cabe indicar que las partes no han presentado alegatos al Informe Instructivo.

VIII. CUESTIONES PREVIAS

8.1. Respecto a la nulidad de la resolución de inicio y de todo lo actuado alegado por HHBB

Mediante escrito de fecha 10 de octubre de 2014, HHBB deduce la nulidad de la Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL y de todo lo actuado en el expediente N° 002166-2013/DDA, que constituye un procedimiento tramitado ante el INDECOPI, argumentando la existencia de presuntos vicios que acarrearían la nulidad de dicha Resolución expedida por el INDECOPI, los cuales consistirían en la existencia de notificaciones defectuosas por parte del INDECOPI en el procedimiento tramitado con expediente N° 002166-2013/DDA. Por tal motivo, según HHBB, el CCO del OSIPTEL debería declarar la nulidad de todo lo actuado, incluso de lo tramitado por el INDECOPI.

Al respecto, a través de la Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de octubre de 2014, el Cuerpo Colegiado resolvió, entre otros aspectos, tener por

presentado el escrito de HHBB, indicándose que el cuestionamiento formulado por esta empresa sería materia de evaluación y decisión en la oportunidad en que se expidiera la resolución que pusiese fin al procedimiento.

Con escrito de fecha 23 de octubre de 2014, HHBB reiteró el pedido de nulidad y lo hizo extensivo a la Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de octubre de 2014, alegando la existencia de vicios que acarrearían la nulidad de todo lo actuado, señalando, entre otros aspectos, lo siguiente:

- (i) Que mediante escrito de fecha 10 de octubre de 2014, HHBB había deducido la nulidad de todo lo actuado, inclusive lo actuado en el Expediente N° 002166-2013/DDA tramitado por la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI.
- (ii) Que no obstante la solicitud de nulidad, el Cuerpo Colegiado había considerado el escrito de fecha 10 de octubre de 2014 como escrito de contestación, omitiendo resolver la nulidad deducida.
- (iii) Que la omisión de pronunciamiento previo, significaría validar graves irregularidades, atentando contra los principios de legalidad, debido procedimiento e imparcialidad.

En relación a ello, se emitió la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 29 de octubre de 2014, en la cual se resolvió agregar al expediente el escrito de HHBB de fecha 23 de octubre de 2014. Cabe indicar que en la mencionada Resolución, el Cuerpo Colegiado señaló que dado que el escrito de HHBB de fecha 10 de octubre de 2014, mediante el cual dicha empresa alegó la existencia de vicios que acarrearían la nulidad de todo lo actuado, no había sido dirigido contra un acto que se encontrase dentro de los supuestos señalados como actos impugnables en el numeral 2 del artículo 206° de la Ley N° 27444, dichas alegaciones serían evaluadas con ocasión de la emisión del acto que pusiera fin al procedimiento en primera instancia.

Asimismo, el Cuerpo Colegiado señaló que en atención a que el pedido de nulidad de la Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL guardaba relación con la solicitud contenida en el escrito de fecha 10 de octubre de 2014, y que esta última resolución tampoco constituía un acto impugnante de acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del artículo 206° de la LPAG, evaluaría también las alegaciones contenidas en dicho escrito al momento de expedirse la resolución que pusiese fin al presente procedimiento.

En atención a lo antes expuesto, corresponde que este Cuerpo Colegiado analice las alegaciones de HHBB, contenidas en los escritos antes señalados, las cuales se encuentran referidas a la existencia de presuntos defectos en la tramitación y notificaciones cursadas en el Expediente N° 002166-2013/DDA tramitado por la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, y que han sido expresadas como sustento del pedido de nulidad de todo lo actuado, siendo que HHBB ha solicitado al Cuerpo Colegiado declarar la nulidad, inclusive, de lo actuado por el INDECOPI.

Al respecto, es preciso señalar que el Cuerpo Colegiado sólo tiene competencia para revisar lo actuado en el presente procedimiento, razón por la cual, en ningún caso corresponde evaluar una eventual nulidad de lo actuado en un procedimiento

tramitado ante otra autoridad administrativa, como lo constituye en este caso, la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI.

Así, en caso HHBB, tal como señala, hubiera visto afectados sus derechos debido a defectos en la tramitación del procedimiento seguido por el INDECOPI, le correspondería recurrir a la vía procesal pertinente a efectos de plantear ante las instancias competentes las pretensiones impugnatorias que estimase pertinente formular respecto de las actuaciones seguidas y/o tramitadas por el INDECOPI⁶.

Cabe indicar que, con relación a la validez de los actos administrativos, según lo dispuesto por el artículo 9° de la LPAG, todo acto se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda⁷. En ese sentido, se entiende que un acto administrativo será válido hasta que la autoridad competente declare su nulidad, en la medida que opera una presunción *juris tantum*, cuyo fundamento se encuentra en las prerrogativas de la administración pública para ejecutar sus decisiones sin la necesidad de recurrir previamente a algún proceso que confirme la legitimidad del acto administrativo emitido.

Dado lo anterior, la mencionada presunción podrá ser desvirtuada cuando sea declarada la nulidad del acto administrativo, ya sea en atención a una solicitud del administrado o, por iniciativa de la propia administración.

En ese sentido, a diferencia de lo señalado por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, este Cuerpo Colegiado considera que para que la pretensión de nulidad de HHBB pudiera tener algún alcance en el presente procedimiento, correspondería a dicha empresa acreditar, previamente, que ha obtenido una declaración de nulidad de lo actuado por el INDECOPI, sin embargo, HHBB no ha ofrecido ni actuado medio probatorio alguno en este procedimiento que acredite lo antes indicado, por lo que la validez de dicho acto administrativo continua vigente.

⁶ Así, el artículo 11 de la Ley 27444 señala que la nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto, por lo cual sería el Tribunal de INDECOPI correspondiente el competente para conocer la nulidad de todo lo actuado en el Expediente N° 002166-2013/DDA y no el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL como lo pretende HHBB.

⁷ Al respecto es recomendable atender lo desarrollado por Morón Urbina, quien señala que la presunción de validez de los actos administrativos tiene como finalidad “(...) asegurar la eficiencia y seguridad en el cumplimiento de las decisiones gubernamentales. (...) la legislación asume a priori que la autoridad obra conforme, al derecho, salvo prueba en contrario que debe ser contrastada, procesada y confirmada en vía regular (procedimientos de impugnación). Este principio es necesario para la celeridad de la gestión pública. **Si no existiera, toda la actividad sería cuestionable, fácil de obstaculizar y diferiría el cumplimiento de los actos a favor del interés general, por acción del interés individual.** (...) La principal consecuencia de esta presunción es que significa una regulación indirecta de la **carga de la prueba, fijando su inversión.** MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima: Gaceta Jurídica S.A. Novena edición, 2011, p. 166.

En esa misma línea, El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 01404-2013-PC/TC, Sentencia de fecha 29 de octubre de 2013, fundamento 5, señaló lo siguiente: “(...) este Tribunal considera que salvo que exista una flagrancia ilegalidad en el acto administrativo cuyo cumplimiento se solicita, existe una presunción de validez sobre el mismo. En tanto su nulidad no haya sido declarada, dicha resolución es plenamente ejecutable y de obligatorio cumplimiento”. (Subrayado agregado)

Cabe señalar que en el presente expediente obra una comunicación del INDECOPI⁸ en la cual se señala que, respecto a la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI, no ha sido interpuesto recurso de apelación alguno y que, asimismo, no se ha notificado al INDECOPI respecto del inicio de algún proceso contencioso administrativo que cuestione dicha resolución.

Asimismo, mediante oficio N° 031-STCCO/2015, la Secretaría Técnica solicitó al INDECOPI, copia del cargo de notificación de la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI. Ante ello, con fecha 19 de marzo de 2015, la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, remitió dicho documento, así como copia de la Resolución que declara firme dicha resolución y que tiene por bien notificada la misma, considerando que la notificación se realizó al domicilio fiscal de HHBB, el cual se encuentra en condición de habido, de conformidad con la Directiva N° 001-2013/TRI-INDECOPI⁹.

En ese sentido, atendiendo a lo antes expuesto, este Cuerpo Colegiado estima que, a la fecha, la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI es un acto válido y firme; dado que, no se ha producido ningún supuesto que desvirtúe la presunción de validez del referido acto administrativo que pueda afectar la tramitación del presente procedimiento.

En consecuencia, y en atención a lo ya manifestado por este Cuerpo Colegiado, corresponde declarar infundado el pedido de HHBB de nulidad de la resolución de inicio del presente procedimiento y de todo lo actuado, por improbanza de la alegación.

8.2. Reserva de la información remitida por el FTEL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31° del Reglamento General para la Solución de Controversias entre Empresas y el artículo 5° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Información Confidencial del OSIPTEL, las instancias de solución de controversias podrán declarar de oficio como confidencial determinada información que posee, elabore, o que haya sido suministrada por alguna empresa o por terceros, si considera que dicha información se encuentra dentro de los supuestos previstos como tales.

Sobre el particular, mediante oficio N° 055-STCCO/2015 de fecha 13 de mayo de 2015, la Secretaría Técnica requirió al FTEL informar si la empresa HHBB había realizado aportes a esa entidad por la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable durante el periodo de febrero de 2013 a enero de 2014. Ello a fin de conocer los ingresos obtenidos por HHBB y así estimar las ganancias ilícitas producto de esta práctica desleal.

En atención a dicha solicitud, mediante Oficio N° 1129-2015-MTC/24 presentado el 02 de junio de 2015, FTEL indicó que, a la fecha, HHBB no ha presentado declaraciones juradas a pesar de los requerimientos hechos por la Secretaría Técnica

⁸ Ver folio 75.

⁹ Directiva referida a la notificación de actos administrativos.

del FITEI y que además no ha efectuado pagos por el Derecho Especial al FITEI en el periodo de febrero del 2013 a enero de 2014, agregando que la mencionada falta de pago ocurre desde que le fuera otorgada su concesión.

Asimismo, FITEI adjuntó, entre otros documentos, reportes mensuales de declaraciones juradas y pagos al FITEI correspondientes a HHBB para el periodo comprendido de febrero 2013 a enero 2014. Sin embargo, en dichos reportes se puede apreciar información referida a los aportes realizados por otras empresas del mercado del servicio de distribución de radiodifusión por cable, ajenas al presente procedimiento.

Al respecto, se observa que el Código 107 de la Lista Enunciativa de Información Pública y Confidencial, aprobada mediante Resolución 053-2004-CD-OSIPTEL, establece que la información sobre el monto mensual del Derecho Especial al FITEI que aportan las empresas operadoras de servicios portadores y de servicios finales públicos debe ser considerada como confidencial en la medida que se encuentra protegida por el secreto tributario¹⁰.

Asimismo, de acuerdo al numeral (ii) del artículo 2° de TUO del Reglamento de Información Confidencial del OSIPTEL la información protegida por el secreto tributario se considera como confidencial.

En atención a lo previamente expuesto, la información referida a los aportes mensuales por el Derecho Especial realizados al FITEI por diversas empresas prestadoras del servicio de distribución de radiodifusión por cable, debe ser declarada como confidencial y, en consecuencia, debe otorgársele el tratamiento reservado correspondiente.

8.3. 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 HHBB 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 otra”*¹¹.

¹⁰ Código 107

“La información individualizada sobre el monto mensual y anual del Derecho Especial al FITEI que aportan las empresas operadoras de servicios portadores y de servicios finales públicos son consideradas como reservadas debido a que el Tribunal Fiscal mediante Resolución N° 560-2-99 le dio la calificación de tributo. Por tanto, esta información está protegida por el secreto tributario y por ello el derecho al acceso a la información pública no puede ser ejercido respecto de la misma.”

¹¹ Marcel Planiol y Georges Ripert: Traité Pratique de Droit Civil français. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1931. T. VII, § 1407, p. 743.

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 parte¹², referida a los hechos o información del que la presta o de su representado¹³. 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 partes¹⁴.

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 afirman¹⁵ 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 contrario¹⁶.

Sin perjuicio de lo señalado, en el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa debe aplicar el Principio de Verdad Material¹⁷. Es así que respecto a

¹² **Código Procesal Civil**

“Artículo 192º.- Son medios de prueba típicos:

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

¹³ **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.”

¹⁴ **Código Procesal Civil**

“Artículo 221º.- 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.”

¹⁵ **Ley N° 27444**

“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.”

¹⁶ **Ley N° 27444**

“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.”

¹⁷ **Ley N° 27444**

“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

los medios probatorios en los procedimientos trilaterales administrativos, tal como es el caso de la presente controversia, *“la autoridad debe ser lo suficientemente cautelosa, para no sustituir el deber probatorio de las partes. Por tanto, la aplicación del principio de verdad material debe estar atenuada, al operar la presunción de igualdad entre las partes intervinientes en el procedimiento trilateral. Sin embargo, ello no implica que la autoridad administrativa ante la cual se desenvuelve el procedimiento administrativo trilateral, como entidad servicial de los intereses generales, ejerza su facultad de ordenar y producir pruebas cuando exista un interés público inherente a la resolución del procedimiento”*¹⁸. (El subrayado es nuestro)

De acuerdo a ello, se observa que de un lado se tiene el deber probatorio de DEVAOS 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 DEVAOS y HHBB en el período de la realización de la conducta denunciada.

Al respecto, cabe indicar que, los administrados en general, son responsables de entregar la información solicitada por la autoridad administrativa. En efecto, conforme a las normas pertinentes de la Ley N° 27444, 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 prueba¹⁹; 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 material²⁰.

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.”

¹⁸ 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.

¹⁹ **Ley N° 27444**

“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.

(...)”

²⁰ **Ley N° 27444**

“Artículo 57°.- Suministro de información a las entidades

(...)

En el caso de la información requerida a HHBB, mediante Oficio N° 240-STCCO/2014 de 24 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica requirió cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable, indicando como plazo máximo para su presentación el de diez (10) días hábiles. Dicho oficio fue debidamente notificado con fecha 26 de noviembre de 2014 tal y como consta en el expediente.

Vencido en exceso el plazo otorgado para la presentación de la información, la Secretaría Técnica reiteró su pedido mediante Oficio N° 266-STCCO/2014, el que fuera notificado el 05 de enero de 2014, y otorgó un plazo máximo de cinco (05) días hábiles contados desde la notificación para cumplir con la entrega de la información.

De otro lado, mediante Oficio N° 241-STCCO/2014 de 24 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica requirió a DEVAOS que cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable, indicando como plazo máximo para su presentación el de diez (10) días hábiles. Dicho oficio fue debidamente notificado con fecha 28 de noviembre de 2014.

En cumplimiento a ello, mediante escritos de fecha 22 y 29 de diciembre de 2014, así como mediante la aclaración de fecha 09 de febrero de 2015, DEVAOS entregó a la Secretaría Técnica la información solicitada.

Conforme a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que HHBB ha incumplido con la diligencia y colaboración en lo que respecta al deber de proporcionar información a la autoridad administrativa, a pesar de que en dichos requerimientos se le indicó que la información solicitada era necesaria *“con el fin de contar con elementos de juicio que permitan resolver los distintos aspectos de esta controversia”* y que la entrega de la misma era de alta importancia. Dicha conducta procesal será tomada en cuenta en relación a lo que se determine en la presente resolución.

Por su parte, conforme a lo señalado, DEVAOS ha cumplido con su deber de proporcionar información a la autoridad administrativa, con lo cual no ha incurrido en falta alguna.

XIX. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

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

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

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

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

“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 normas²¹ 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”²². 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”²³. 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 mercado²⁴.

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;
- (ii) la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción; y,

²¹ 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.

²² 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.

²³ Kresalja Rosselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

²⁴ MASSAGUER; José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas.1999. Pg. 432

- (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 imperativo²⁵. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria²⁶. 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 firmantes²⁷.

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 insta 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 competidores²⁸.

En similar sentido Kresalja, señala que las obligaciones emanadas de contratos (como los de radiodifusión 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 mismo²⁹.

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 normas que involucren la

²⁵ De no tratarse de una norma imperativa la demanda será declarada improcedente.

²⁶ Rubio Correa, Marcial (2001) El Sistema Jurídico. 8va. Edición, PUCP, Fondo Editorial. Pp. 110

²⁷ MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 436

²⁸ Ídem. Pg. 437.

²⁹ Kresalja Rosselló, Baldo. Op Cit. Pg. 17.

contravención a la normativa de derecho de autor. En tal sentido, tenemos que en la Resolución 016-2005-CCO/OSIPTEL, 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/OSIPTEL³⁰ (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), 015-2005-CCO/OSIPTEL³¹ (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), 008-2005-CCO/OSIPTEL³² (expediente 002-2005-CCO-ST/CD), 011-2011-CCO/OSIPTEL³³ (expediente 003-2011-CCO-ST/CD) y 008-2011-CCO/OSIPTEL³⁴ (expediente 004-2011-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 pronunciamiento anterior 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-INDECOPI³⁵, 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 OSIPTEL 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

³⁰ Ver páginas 12 a 13 de dicha resolución.

³¹ Ver página 7 de dicha resolución.

³² Ver página 12 de dicha resolución.

³³ Ver página 20 de dicha resolución.

³⁴ Ver páginas 14 a 15 de dicha resolución.

³⁵ Ver páginas 10 y 11.

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.

De otro lado, debe considerarse que de acuerdo al artículo 168³⁶ 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-INDECOPI³⁷ 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, este Cuerpo Colegiado estima pertinente considerar a la normativa de derecho de autor³⁸ 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

HHBB fue sancionada con una multa impuesta mediante Resolución 0199-2014/CDA-INDECOPI de la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI (fijada en 44,5 UIT).

³⁶ **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.”

³⁷ Información tomada del Expediente 003-2011-CCO-ST/CD, controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y T.V.S. Satelital S.A.C.

³⁸ El artículo 39° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo 822.

- Con fecha 01 de abril de 2014, mediante Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI, la Comisión de Derechos de Autor resolvió sancionar a HHBB por infracción al derecho de comunicación pública en contra de los titulares de obras y producciones audiovisuales e imágenes en movimiento y por infracción al artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo N° 822, por la retransmisión de las siguientes señales: FRECUENCIA LATINA, EXA TV, SPACE, PANAMERICANA, TL NOVELAS, TV PERU, ATV, TELEVEN, CANAL V, FOX SPORTS, TELEFUTURO, GOLTV, CANAL 10 TEN, LA TELE-PERÚ, VE PLUS TV, CANAL CLARO, DISNEY JUNIOR, DISNEY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, AMERICA TV, ANTENA LATINA, CANAL MUSICAL, FILM ZONE, CINECANAL, FOX, TNT, LA TELE (PARAGUAY), RED GLOBAL, TRA, HISPAN TV, FX, CANAL CLARO MARKET NEWS, UNIVERSAL, CANAL POPULAR, CANAL I, HISTORY CHANNEL, JBN, BETHEL, GLOBO VISION, SANTO DOMINGO TV, NOTICIAS 16, TR3CE TV, VIVE, TELESUR (CAPITAL TV), TELESUR, MULTI PREMIER, ARGENTINÍSIMA SATELITAL, CANAL 4 y ATV SUR.
- Según lo señalado por DEVAOS y confirmado por la Gerencia Legal del INDECOPI, la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI, no ha sido materia de impugnación a través de un recurso de apelación, no encontrándose tampoco pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa.

Cabe mencionar, como se indicó previamente, que HHBB señaló en su escrito de descargos que, en relación al pronunciamiento del INDECOPI recaído en la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI, éste y todo lo actuado en el expediente N° 02166-2013/DDA no le han sido debidamente notificados, por lo que no ha podido contradecirlo en vía judicial. Con relación a ello, nos remitimos a lo señalado en el punto 8.1 de la presente resolución.

Es así 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 HHBB

Conforme a los argumentos señalados anteriormente, cabe resaltar que los hechos probados dentro del procedimiento de INDECOPI no corresponden ser 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 HHBB 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° 0199-2014/CDA-INDECOPI no se señala expresamente el periodo durante el cual se ha producido la infracción, anteriores

pronunciamientos del INDECOPI³⁹ han considerado como fecha de inicio de la conducta, la fecha de la respectiva constatación notarial que acredita la infracción, siendo además que en dichos casos, se consideró para el cálculo de la multa el periodo comprendido entre dicha fecha y la presentación de la respectiva denuncia, salvo que existiera otro medio probatorio de fecha posterior que acredite que la conducta cesó. Cabe indicar que, en anteriores pronunciamientos⁴⁰, también el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL ha considerado el mismo periodo utilizado por el INDECOPI, dado que, como hemos señalado, no corresponde al OSIPTEL variar los hechos acreditados por el INDECOPI.

En tal sentido, dado que la fecha de la constatación notarial considerada por INDECOPI para sancionar a HHBB corresponde al mes de febrero de 2013, éste se tomará en cuenta como mes de inicio de la infracción.

De otro lado, es preciso señalar que dentro del procedimiento tramitado por el INDECOPI, no se ha considerado otro medio probatorio que acredite el cese de la conducta hasta antes del inicio del procedimiento.

Asimismo, es preciso tener en consideración que el procedimiento seguido ante el INDECOPI no fue uno iniciado a instancia de parte, sino de oficio por la Administración, en ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que, a diferencia de casos anteriores en donde se ha tomado como referencia la fecha de presentación de la denuncia de la parte afectada, en este caso debe considerarse la fecha de la resolución que da inicio al procedimiento por la autoridad competente.

En tal sentido, en el presente caso debe considerarse como periodo de la infracción sancionada por el INDECOPI, el comprendido entre febrero de 2013 (mes en que se realizó la constatación notarial) y enero de 2014 (mes en que se inició el procedimiento de oficio por el INDECOPI).

Conforme a ello, para el análisis de la supuesta ventaja significativa obtenida por HHBB se debe considerar un periodo de doce 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

³⁹ Véase la Resolución N° 0532-2011/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente N° 00909-2011/DDA, la Resolución N° 0204-2011/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente N° 002370-2010/DDA y la Resolución N° 0350-2012/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente N° 00228-2012/DDA.

⁴⁰ Véase la Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL, controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y Cable Visión Comunicaciones S.A.C. (Expediente 005-2013-CCO-ST/CD)

HHBB 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 desleal⁴¹.

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 mercado⁴².

En similar sentido se observa que en diversos pronunciamientos⁴³ 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.

Por su parte, en la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal se 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”⁴⁴ 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.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo Español Nº 512/2005, de fecha 24 de junio de 2005, recaído sobre el Recurso de Casación Nº 226/1999 (Página 3)

⁴² MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 439.

⁴³ 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.

⁴⁴ Aprobados mediante Resolución 075-2002-CD/OSIPTEL.

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, 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 mercado⁴⁵.

En tal sentido, 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, de acuerdo a la información contenida en el Sistema de Información y Registro de Tarifas del OSIPTEL (SIRT) y a lo señalado por el INDECOPI respecto a las señales que han sido retransmitidas, se tiene que HHBB cobra la tarifa de S/. 20.00⁴⁶ por un total de 49 señales televisivas.

Cabe indicar que, de acuerdo a la información remitida por DEVAOS, la tarifa que esta empresa ha venido cobrando para el periodo investigado ha sido de S/. 30.00 por un total de 75 canales.

De la información antes señalada, considerando el precio promedio por canal que viene cobrando cada empresa, tenemos que tanto DEVAOS como HHBB cobran, en promedio, S/. 0.40 por canal. Ello, en principio, podría dar a entender que ambas empresas se encuentran compitiendo en condiciones similares, sin embargo, en caso se verifique que una de ellas se encuentra beneficiándose indebidamente de un ahorro de costos producto del incumplimiento de una norma imperativa, dicha situación significará una ventaja para dicha empresa, en perjuicio de la otra.

Dicha ventaja, si bien podría traducirse en una menor tarifa, el que no se acredite ello, no significa que dicho beneficio no haya podido ser significativo ni que haya sido pasible de alterar las condiciones regulares del mercado en el que compete. En efecto, si bien en términos de precio promedio por canal, DEVAOS y HHBB vienen cobrando tarifas similares, en el caso que una empresa pueda ofrecer dicha tarifa como resultado de ser más eficiente, mientras que otra, la ofrezca producto de una infracción normativa, se produciría la distorsión antes señalada, en la medida que en el caso hipotético que la infractora no se ahorrara los costos de retransmisión de las señales, los precios de ésta podrían haber sufrido un incremento.

De otro lado, la ventaja ilícita resultante de la comisión de la infracción puede también traducirse en la tasa de crecimiento de suscriptores, especialmente considerando que, si bien el precio por canal es similar, la tarifa global por el servicio que cobra HHBB es menor a la de DEVAOS, lo cual atraería a más usuarios con una disposición a pagar menor a la tarifa global de DEVAOS.

⁴⁵ Un razonamiento similar ha sido recogido en la Resolución N° 009-2005-TSC/OSIPTEL.

⁴⁶ Tarifa registrada con Código TECB201000109.

En el presente caso, resulta especialmente relevante analizar el periodo materia de análisis. Sin embargo, HHBB no ha cumplido con remitir información respecto del crecimiento de suscriptores durante dicho periodo, lo cual no permite verificar que el agente infractor haya traducido el beneficio obtenido por la infracción de normas en un incremento de sus suscriptores.

En atención a lo anterior, este Cuerpo Colegiado considera que se deben evaluar los siguientes hechos: (i) que HHBB ha tenido un acceso no autorizado a 49 señales de transmisión, y (ii) que dicho acceso le ha generado un evidente ahorro de costos. Corresponde evaluar si dicho acceso y el ahorro de costos se traduce en una ventaja significativa para HHBB en términos de lo establecido en la normativa de competencia desleal.

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 cable⁴⁷. En ese sentido, la retransmisión de la totalidad de la parrilla de programación de una empresa del servicio de distribución de radiodifusión por cable sin pagar dichos derechos, constituye claramente un ahorro importante de costos.

En tal sentido, observamos que HHBB se ha “ahorrado” el monto que equivaldría el pagar la licencia por 49 señales de programación durante los doce meses en el que se realizó la infracción administrativa (desde febrero de 2013 hasta enero de 2014). Asimismo, también constituye un ahorro para HHBB, el haber dejado de pagar el monto correspondiente, durante el mismo periodo, a la sociedad de gestión colectiva encargada de representar los derechos de propiedad intelectual de los productores de obras y producciones audiovisuales.

Con relación al costo de las señales retransmitidas por HHBB, dadas las dificultades de identificar a los proveedores de la totalidad de dichas señales, se cuenta sólo con información relacionada a las siguientes señales: América TV, Frecuencia Latina, Panamericana, TV Perú, ATV, ATV Sur, Red Global, Fox, FX, Fox Sports, Cinecanal, Film Zone, Universal Channel y Bethel.

Es preciso señalar que la información con la que cuenta este Cuerpo Colegiado corresponde tanto a la información remitida por los respectivos proveedores de señales como por la empresa DEVAOS respecto de sus propios contratos.

Dicha información ha sido utilizada por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo para realizar una aproximación del costo promedio anual por canal que se habría ahorrado HHBB, monto que de acuerdo a la metodología utilizada por la Secretaría Técnica ascendería a S/. 5,694.30. Como se detallará más adelante, la metodología utilizada por este Cuerpo Colegiado para estimar dicho ahorro difiere del realizado por la Secretaría Técnica, siendo que el monto calculado en la presente resolución asciende a S/. 5,374.91, monto menor al calculado por la Secretaría Técnica, pero

⁴⁷ Dicha afirmación se ha señalado en el documento: “Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable. Documento de Trabajo N° 001-2008. Gerencia de Relaciones Empresariales – OSIPTEL”.

que igualmente brinda una idea clara respecto a la importancia del ahorro del que se beneficia HHBB por cada canal ilícitamente retransmitido.

De otro lado, en opinión que compartimos, la Secretaría Técnica también consideró como ahorro importante el monto dejado de pagar a la sociedad de gestión colectiva encargada de representar los derechos de propiedad intelectual de los productores de obras y producciones audiovisuales (EGEDA). Al respecto, EGEDA remitió la información de las tarifas que ha establecido y publicado por concepto de dichos derechos. Al respecto, a continuación citamos el texto pertinente de la publicación realizada por EGEDA respecto a sus tarifas:

“Retransmisión por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento similar de obras grabaciones audiovisuales efectuada por Empresas de Cable distribución

Concepto: Acto de Comunicación Pública

La tarifa mensual aplicable de 50 centavos de dólar americano (US \$ 0,50) o su equivalente en moneda nacional al día del vencimiento de la obligación, por cada emisión y/o transmisión retransmitida (canal retransmitido) multiplicado por la cantidad de usuarios, abonados, viviendas o negocios conectados a la red de distribución, con el límite máximo de cobro de seis canales retransmitidos lo que hace un cobro máximo mensual por abonado, vivienda, negocio o receptor conectado a la red distribución de tres dólares americanos (US \$ 3.00) o su equivalente en moneda nacional al día del vencimiento de la obligación.”

En tal sentido, HHBB también se ha ahorrado, durante el periodo de retransmisión ilícita, un monto mensual ascendente a US\$ 3.00, multiplicado por su cantidad de abonados.

Cabe indicar que en anteriores procedimientos, al no contarse con la estructura de costos de las empresas investigadas, los Cuerpos Colegiados consideraron relevante tomar en cuenta el *porcentaje de los ingresos* que se podría haber ahorrado la empresa investigada, en el hipotético caso que hubiese accedido lícitamente a las señales contenidas en su parrilla de programación.

Sin embargo, pese a que se requirió a HHBB información diversa, entre la que se encontraba el detalle de sus ingresos, la conducta procesal de HHBB no ha sido adecuada siendo que no presentó dicha información necesaria para determinar un cálculo porcentual del posible beneficio obtenido (supuesto ahorro) en relación a sus ingresos mensuales.

En atención a todo lo antes expuesto, respecto a la importancia del pago de derechos de las señales en los costos de las empresas (teniendo en consideración que en este caso se retransmitió toda la parrilla de canales), así como la conducta procesal de la empresa de no aportar información para dilucidar la presente controversia, este Cuerpo Colegiado considera que el beneficio (ahorro mensual) obtenido ilícitamente por HHBB es un ahorro que puede ser considerado como “significativo”.

En consecuencia, este Cuerpo Colegiado considera que el acceso a las 49 señales y el consiguiente ahorro de costos obtenido conlleva una ventaja para HHBB y es pasible de generar un perjuicio a DEVAOS y a otras potenciales y reales competidoras de HHBB en el mercado en que ésta participa, 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, incurriendo en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal.

X. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

En atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución, se ha evidenciado que HHBB ha infringido la normativa de derechos de autor, incurriendo de esta manera en una conducta de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, obteniendo con ello una ventaja significativa en el mercado.

En este sentido, este Cuerpo Colegiado considera que corresponde acoger la propuesta de la Secretaría Técnica en relación a imponer una sanción a la referida empresa, en la medida que habría incurrido en la infracción previamente expuesta.

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

El artículo 26.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones por actos contrarios a la leal competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de Competencia Desleal⁴⁸.

Al respecto, el artículo 52.1 de la Ley de Represión de Competencia Desleal considera que la realización de actos de competencia desleal, como en este caso la violación de normas, constituye una infracción a las disposiciones de dicha Ley, y será sancionada según se califique como leve, grave o muy grave, sin perjuicio de la aplicación de las correspondientes medidas correctivas⁴⁹.

⁴⁸ El artículo 26.1 de la Ley N° 27336 señala lo siguiente:

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

⁴⁹ **“Artículo 52°:- Parámetros de la sanción.-**

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

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

El artículo 53º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la autoridad **podrá tomar en consideración para determinar la gravedad de la infracción, y graduar la sanción, diversos criterios** tales como el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, los efectos sobre el mercado, la duración del acto de competencia desleal infractor, **entre otros factores que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado adoptar.**⁵⁰

Asimismo, cabe indicar que este Cuerpo Colegiado realizará todo este análisis conforme al principio de razonabilidad⁵¹, dentro de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable –y en consecuencia, asumir la sanción– no debe resultar más ventajoso para el infractor que cumplir con las normas infringidas, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción, la misma que debe lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general.

10.2. Graduación de la sanción

Como ya se ha señalado líneas arriba, las sanciones que deben ser impuestas por la administración pública tienen que ser disuasivas. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que debe analizarse la situación particular a este caso para determinar la sanción a imponer, de forma que cumpla con su finalidad disuasiva.

Normalmente las multas impuestas en este tipo de procedimientos son calculadas tomando como base el beneficio ilícito obtenido por el infractor, y directamente

d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión. 52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.”

⁵⁰ **Ley de Represión de la Competencia Desleal.**

“Artículo 53º: Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.- La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participen del proceso competitivo y sobre los consumidores y usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.”

⁵¹ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

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

atribuidas a la conducta sancionada, pudiendo ser dicho beneficio ilícito el total o una parte de la diferencia entre los ingresos de la empresa y sus respectivos costos de operación durante la comisión de la infracción.

En tal sentido, para el cálculo de la multa resulta importante, en primer término, contar con información respecto a los ingresos de las empresas infractoras y sus costos de operación. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, pese a que se le solicitó, HHBB no envió la información referente a sus ingresos, costos y beneficios para el periodo investigado. Por lo cual corresponde calcular la multa en función a la información que se tiene disponible.

En primer lugar debe señalarse que resulta imposible estimar cuáles son los beneficios exactos que habría obtenido HHBB producto de la infracción. Si bien es posible aproximar el costo en el que podría haber incurrido esta empresa por los derechos de las señales, tal como se hizo en el Informe Instructivo, ha resultado imposible obtener una aproximación consistente de los ingresos o del número de abonados que habría obtenido HHBB durante el periodo de la infracción. La única información que se tiene disponible sobre el número de abonados de HHBB corresponde a los seis primeros meses del año 2010, producto del envío de información de HHBB al OSIPTEL en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 121-2003-CD/OSIPTEL, que aprueba la “Norma de Requerimientos de Información Periódica sobre los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”.

Mes	Ene-10	Feb-10	Mar-10	Abr-10	May-10	Jun-10
HHBB TELEVISION S.A.C.	294	303	294	307	326	327

Fuente: Osiptel

Sin embargo, resulta técnicamente imposible proyectar con seis datos (meses), correspondientes a los meses de enero a junio de 2010, una serie de más de 50 datos (meses), correspondientes al periodo de julio de 2010 a enero de 2014. Por lo que la información disponible del número de abonados que HHBB tenía en el primer semestre de 2010 debe ser tomada solo como referencial.

De esta manera, al no poder estimarse los beneficios ilícitos, es necesario buscar otra variable que permita graduar la sanción con un efecto disuasorio. En particular, este Cuerpo Colegiado considera que **los costos ahorrados**, que representan la ventaja significativa pueden ser una base adecuada para calcular una multa de carácter disuasiva.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la **probabilidad de detección** de la infracción, ello con la finalidad de incluir en la sanción la expectativa que tiene un infractor de ser descubierto en la comisión de una falta. Mientras más baja sea la probabilidad de detección, mayores serán los incentivos para que se realice la conducta anticompetitiva. Por lo tanto la multa debe ser inversamente proporcional a la probabilidad de detección. En efecto, a fin de desincentivar la conducta infractora en todas las ocasiones, mientras más baja sea la probabilidad de detección de la conducta, la multa debe incrementarse en mayor medida –se debe imponer una multa mayor al beneficio ilícito para compensar la dificultad de detección.

Así, la sanción esperada debe basarse en dos factores en principio: (i) los costos ahorrados y (ii) la probabilidad de detección. De una combinación de estos dos factores se obtendrá el monto base de la multa.

Luego, como ya se ha señalado, el cálculo de la multa parte por la estimación del ahorro de costos, el cual resulta de los pagos evitados por los derechos de transmisión de las señales de la parrilla de HHBB en el periodo de febrero de 2013 a enero de 2014. En ese sentido, este ahorro de costos genera una ventaja significativa.

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica consideró que el agente que concurre en el mercado de televisión de paga sin contar con los derechos de transmisión de señales, en este caso HHBB, no estaría internalizando, principalmente, los siguientes costos: (i) el monto que equivaldría el pagar la licencia por 49 señales de programación durante los doce meses en el que se habría realizado la infracción administrativa (desde febrero de 2013 hasta enero de 2014) y, (ii) el monto correspondiente, durante el mismo periodo, a la sociedad de gestión colectiva encargada de representar los derechos de propiedad intelectual de los productores de obras y producciones audiovisuales.

Posteriormente, será necesario considerar la probabilidad de detección de la conducta.

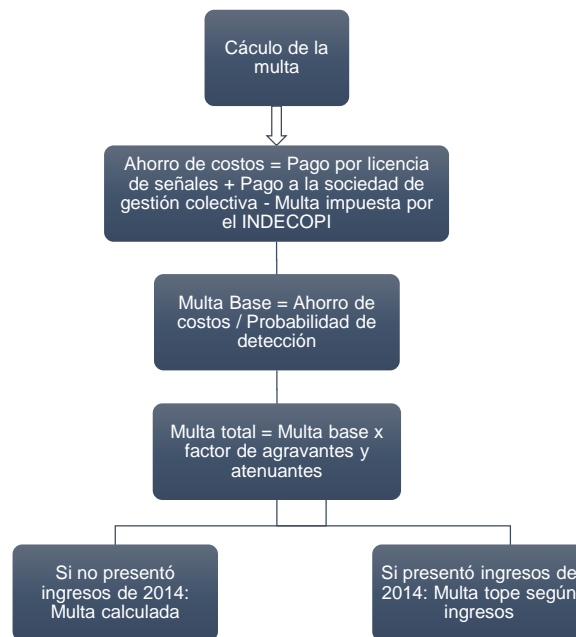
Bajo esta lógica económica, el cálculo de la multa base óptima se realiza de la siguiente forma:

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Ahorro de costos}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

El artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal contempla, a su vez, algunos elementos que -aunque por su naturaleza influyen en el beneficio ilícito obtenido y/o en la probabilidad de detección-, pueden ser tomados en cuenta como agravantes y/o atenuantes para estimar el monto de la multa final, dependiendo de lo observado en cada caso. Estos criterios son: la modalidad y el alcance del acto de competencia desleal, la dimensión del mercado afectado, la duración en el tiempo del acto de competencia desleal, la cuota de mercado del infractor, y la reincidencia o reiteración en la comisión del acto. Por su parte, otros criterios que pueden agravar o atenuar la estimación de la multa son, a consideración de este Cuerpo Colegiado la existencia de perjuicios sobre otros agentes y consumidores, y la conducta procesal, según fuese el caso.

De esta manera, se obtendrá una multa a imponer y se determinará la gravedad de la conducta para cada empresa. Esto a su vez permitirá establecer la multa final, la cual podría ser el monto calculado o el tope establecido por la Ley de Represión de la Competencia Desleal según los ingresos obtenidos por la empresa en el periodo inmediato anterior al año en el que se impone la sanción. Este proceso, que se desarrollará en el análisis en concreto, se describe en el siguiente gráfico:

Esquema del cálculo de la multa



10.2.1. Ahorro de costos resultante de la comisión de la infracción

Como se mencionó previamente, en sus investigaciones la Secretaría Técnica pudo recoger información de las tarifas de algunos proveedores de contenidos (América TV, Frecuencia Latina, Panamericana, TV Perú, ATV, ATV Sur, Red Global, Fox, FX, Fox Sports, Cinecanal, Film Zone, Universal Channel y Bethel).

En primer lugar, vamos a considerar la información correspondiente a América TV y Panamericana Televisión, TV Perú, ATV, ATV Sur, Red Global, Frecuencia Latina y Bethel respecto de las cuales se cuenta con la información que se detalla en el siguiente cuadro:

Canales	Sin IGV		Con IGV	
	Mensual	Anual	Mensual	Anual
Panamericana	S/. 236.00	S/. 1,000.00	S/. 236.00	S/. 1,000.00
América TV	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Frecuencia Latina	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
ATV	S/. -	S/. -	S/. -	S/. -
ATV Sur	S/. -	S/. -	S/. -	S/. -
TV Perú	S/. -	S/. -	S/. -	S/. -
Red Global (Global TV)	S/. -	S/. -	S/. -	S/. -
Bethel	S/. -	S/. -	S/. -	S/. -

Como puede apreciarse, de los canales arriba señalados Panamericana Televisión establece un cobro anual y mensual, [CONFIDENCIAL] establece sólo un cobro anual, mientras que los demás canales no vienen realizando cobros por la transmisión de sus señales.

Luego, en el caso particular de Canal Fox, FX, Fox Sports, Cinecanal y Film Zone, se ha identificado que estos no son comercializados de forma individual, sino en paquetes de canales. Así, Canal Fox y FX son empaquetados con [CONFIDENCIAL], [CONFIDENCIAL] y [CONFIDENCIAL]. De otro lado, Fox Sports es empaquetado con [CONFIDENCIAL] y Universal Channel se comercializa con [CONFIDENCIAL]; mientras que Cinecanal y Film Zone son licenciados [CONFIDENCIAL].

Información de contratos enviados por Devaos	Pago mensual en US\$ sin IGV		
	Periodo 01/12/2012 al 31/05/2013	Periodo 01/06/2013 al 30/11/2013	Periodo 30/06/2013 al 30/11/2013
Paquete 1: [CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]		[CONFIDENCIAL]
Paquete 2: [CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]		[CONFIDENCIAL]
Paquete 3: [CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]	
Paquete 4: [CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]		[CONFIDENCIAL]

Así, dado que los canales Canal Fox, FX, Fox Sports, Cinecanal, Universal Channel y Film Zone no tienen tarifas individuales, sino que están incluidos en paquetes de canales, será necesario aproximar un costo por canal en base a los costos empaquetados informados por los proveedores.

Adicionalmente, con respecto a estos canales debe señalarse que, como se ve en cuadro anterior, establecen una tarifa mensual por suscriptor, con un monto mensual asegurado fijado en base a un mínimo de suscriptores. Sin embargo, dado que no se cuenta con el número de suscriptores de HHBB para el periodo investigado, no es posible establecer cuál hubiera sido el pago exacto que hubiera tenido que hacer la empresa, por lo que se ha considerado conveniente tomar el pago garantizado en cada caso.

De esta manera, sumando el flujo total de pagos (mostrado en el siguiente cuadro) se estima que, durante el periodo de la infracción, el costo que hubiera tenido que afrontar HHBB por los derechos de las señales ascendería a S/. 102,123.31, teniendo en cuenta tanto los canales que cobran derechos como aquellos que no han establecido costo alguno.⁵²

Canales	Pagos en Nuevos Soles, incluido el IGV							
	América TV	Panamericana	Frecuencia Latina	Paquete 1	Paquete 2	Paquete 3	Paquete 4	TV Perú, ATV, ATV Sur, Red Global (Global TV) Y Bethel
Pago Anual	CONFIDENCIAL	1000	CONFIDENCIAL					0
feb-13		236						0
mar-13		236						0
abr-13		236						0
may-13		236						0
jun-13		236						0
jul-13		236						0
ago-13		236						0
sep-13		236						0
oct-13		236						0
nov-13		236						0
dic-13		236						0
ene-14		236						0
Total Periodo		3832						0

Es preciso señalar que si bien HHBB solo transmite 14 canales de los que se ha podido averiguar el costo (América TV, Panamericana, Canal Fox, FX, Fox Sports, Cinecanal, Universal, Film Zone, Frecuencia Latina, TV Perú, ATV, ATV Sur, Red Global y Bethel), el total de canales que involucra el costo estimado es de 19 (América TV, Panamericana, Frecuencia Latina, Canal Fox, [CONFIDENCIAL], [CONFIDENCIAL], FX, [CONFIDENCIAL], Fox Sports, [CONFIDENCIAL], Cinecanal, Film Zone, Universal Channel, [CONFIDENCIAL], TV Perú, ATV, ATV Sur, Red Global y Bethel), ya que varios canales de la parrilla de HHBB son comercializados de forma empaquetada con otros canales. En ese sentido, teniendo en cuenta que son 19 canales los que generan el costo de S/. 102,123.31, el costo promedio por canal es de S/. 5,374.91 durante los doce meses que duró la infracción.

Luego, será necesario hacer un supuesto sobre los costos totales que habría ahorrado HHBB. Si esta empresa hubiera contratado con los proveedores la transmisión de sus señales no hubiera tenido una parrilla de solo 49 canales, sino que, debido a que varios de los canales incluidos en su parrilla se contratan de forma empaquetada, hubiera tenido una parrilla de al menos 54 canales. Entonces, si multiplicamos el costo promedio por canal de S/. 5,374.91, por los 54 canales que al menos hubiera tenido HHBB de haber contratado con los proveedores, el costo total

⁵² Para el cálculo se tiene en cuenta el Tipo de Cambio Nominal Interbancario Promedio Compra-Venta - promedio mensual (S/. 3.121) del mes de abril de 2015.

de esta parrilla durante el periodo de la infracción sería de S/. 290,245.20, monto que constituye el primer componente del ahorro de costos de HHBB.

Luego, el segundo componente es el que corresponde al pago a la sociedad de gestión colectiva, el cual como se ha señalado depende del número de suscriptores. En ese sentido, al no contar con dicha información tendrá que tomarse un parámetro de referencia. En particular, la referencia será el número mínimo de suscriptores que demandan los proveedores de contenidos que han remitido información para este caso. Así, como se ha visto, el número mínimo de suscriptores garantizados que demanda FOX LATIN AMERICAN CHANNEL LLC ha sido de [CONFIDENCIAL] y [CONFIDENCIAL], por lo que se tomará el promedio de 600 suscriptores. Luego, el total del pago a la sociedad de gestión colectiva se obtendrá del producto de los US\$ 3 por el número de suscriptores (600) por los 12 meses de la infracción, resultando un valor convertido a soles de S/. 67,413.60.

De esta manera, se podrá calcular inicialmente el monto base de la multa de la empresa infractora. Sin embargo, atendiendo al principio de razonabilidad, es necesario considerar la sanción impuesta por la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, dado que dicha sanción ha tomado en cuenta el presunto ahorro obtenido por la retransmisión ilícita de la parrilla de HHBB.

La multa impuesta por INDECOPI fue de 44.5 UIT, por lo que, considerando que esta multa fue impuesta en el año 2014, cuando el valor de la UIT era de S/. 3,800, dicha multa equivalía a unos S/. 169,100. Este valor debe descontarse del ahorro de costos calculado previamente. Por tanto, el ahorro de costos que se considerará efectivamente será de:

$$\begin{aligned}\text{Ahorro de costos} &= \text{Pago por licencia de señales} + \text{Pago a la sociedad de gestión colectiva} - \text{Multa de Indecopi} \\ &= 290,245.20 + 67,413.60 - 169,100 \\ &= 188,558.80\end{aligned}$$

10.2.2. La probabilidad de detección de la infracción

En este caso se advierte que la probabilidad de detección de la infracción es alta, en la medida que la transmisión de las señales de la parrilla de canales de HHB está dirigida a varios destinatarios, específicamente a la totalidad de sus suscriptores. Asimismo, cualquiera que haya tenido acceso a la publicidad realizada por HHBB sobre sus servicios de televisión de paga pudo conocer los canales que eran transmitidos por dicha empresa.

En tal sentido, el hecho de la transmisión de 49 señales por parte de HHBB resultaba de acceso público y de lo cual podían tomar conocimiento con facilidad los operadores competidores, el INDECOPI y/o el OSIPTEL.

Asimismo, en lo que a la actuación del OSIPTEL se refiere, es preciso indicar que una vez que la autoridad competente ha determinado la vulneración de una norma imperativa, tanto el afectado como la propia autoridad pueden hacer de conocimiento tal hecho al OSIPTEL fácilmente, a efectos que se determine si dicha vulneración conlleva además una infracción a las normas de competencia desleal, lo cual eleva

la probabilidad de detección. De otro lado, en el mercado no se han observado circunstancias o actos de la denunciada orientados a disminuir la probabilidad de detección de la conducta desleal.

Por tanto, probabilidad de detección que este Cuerpo Colegiado considera apropiada es del 100%.

10.2.3. La conducta procesal de las empresas infractoras

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

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

Al respecto, cabe indicar que este Cuerpo Colegiado considera necesario tener en cuenta la conducta procesal de HHBB de la forma en que lo determina el Código Procesal Civil⁵³.

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

En ese sentido, el Cuerpo Colegiado considera necesario incrementar el monto de la multa que resulte aplicable a HHBB en 20% sobre la multa base.

⁵³ Norma aplicable a los procesos de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto por la Segunda Disposición Final del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL. Esta norma señala lo siguiente:

“DISPOSICIONES FINALES

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

10.2.4. Determinación de la sanción a imponer

A fin de determinar la sanción a imponer en el presente caso, utilizaremos la fórmula antes señalada:

$$Multa\ Base = \frac{Ahorro\ de\ costos}{probabilidad\ de\ detección}$$

Cabe destacar que este Cuerpo Colegiado no ha observado factores atenuantes a la conducta de HHB. Sin embargo, como ya se ha señalado líneas arriba, sí considera que la conducta procesal de la denunciada constituye un agravante.

De esta manera, la multa total se calculará multiplicando la multa base por un factor F que incluye el agravante de la conducta procesal, de la siguiente forma:

$$Multa\ Total = Multa\ Base \times F = \left(\frac{Ahorro\ de\ costos}{Probabilidad\ de\ detección} \right) \times F$$

Por tanto, la multa total para HHBB será obtenida como sigue:

$$\begin{aligned} Multa\ Total &= Multa\ Base \times F = \left(\frac{188,558.80}{1} \right) \times 1.20 \\ &= 226,270.56 \end{aligned}$$

Así, considerando que el valor de Unidad Impositiva Tributaria (UIT) para el año 2015 ha sido establecida en S/. 3850, estos S/. 226,270.56 equivalen a una multa de aproximadamente 58.77 UIT.

Ahora corresponde calificar el tipo de infracción, estableciéndose si esta es Leve, Grave o Muy Grave. Cabe señalar que si bien en diversos pronunciamientos las instancias de solución de controversias del OSIPTEL han calificado a infracciones de este tipo como leves, este caso es particular, ya que no se trata de la retransmisión de una o solo algunas señales de forma ilícita, sino que en este caso toda la parrilla de HHBB ha sido transmitida sin contar con las autorizaciones correspondientes.

En ese sentido, la ventaja significativa que ha obtenido HHBB es muy grande respecto a sus competidores. Asimismo, a diferencia de otras empresas que solo retransmiten sin autorización algunas señales en particular, se observa que HHBB habría tenido una conducta totalmente desleal con sus competidores, ya que ha tomado el camino de la total ilegalidad en la conformación de su parrilla.

Luego, es importante señalar que la conducta ilícita ha sido de amplia duración, teniéndose evidencia de por lo menos doce meses cometiendo el ilícito. Finalmente, es necesario considerar su poca colaboración con la administración pública, lo cual ya ha sido señalado anteriormente en esta resolución.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado considera que la infracción cometida por HHB debe ser considerada como “grave”.

Así, teniendo en cuenta la calificación de la infracción, debe considerarse que el tope para la multa a imponer es de 250 UIT, o el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución.

Al respecto, debe señalarse que, pese a que se le solicitó, HHB no ha informado sus ingresos del año 2014. En ese sentido, no corresponde aplicarle el tope del 10% de sus ingresos.

Por tanto, corresponde imponer a HHBB una multa de 58.77 UIT, multa que no supera el tope establecido para una infracción grave.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar infundados los pedidos de nulidad de la resolución de inicio y de todo lo actuado en el presente procedimiento formulados por HHBB Televisión S.A.C.

Artículo Segundo.- Declarar como Confidencial la información referida a los aportes mensuales por el Derecho Especial realizados al FTEL por diversas empresas prestadoras del servicio de distribución de radiodifusión por cable.

Artículo Tercero.- Declarar **FUNDADA** la denuncia presentada por Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L. contra HHBB Televisión S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, en el extremo referido a la ventaja significativa ilícita obtenida en el mercado de cable por la infracción a la normativa de derechos de autor; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Cuarto.- SANCIONAR a HHBB Televisión S.A.C. con una multa de 58.77 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de una infracción grave, por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal y el principio de conducta procedimental.

Artículo Quinto.- Remitir la presente resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para su conocimiento y la adopción de las medidas que resulten pertinentes en el marco de sus competencias.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Rodolfo Castellanos Salazar, Teresa Guadalupe Ramírez Pequeño y Lorena Alcázar Valdivia.