

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 007-2014-CCO/OSIPTEL**

Lima, 10 de julio de 2014

EXPEDIENTE	002-2013-CCO-ST/CD
MATERIA	Competencia Desleal
ADMINISTRADOS	Radiodifusión TV Sucre E.I.R.L. Procomtel Sucre S.C.R.Ltda. Crescencio Orozco Moreyra Cable Laser S.A.C. TV Cable S.A.C. Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada Omar Gallardo Ríos TV Cable Segura Prado S.A.C. Félix Sabino De la Cruz Ferrer TV Cable Chanchamayo S.R.L. Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L. Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez Roberto Castillo La Madrid Cable Zofri S.C.R.Ltda. Multimedia Digital S.R.L.

SUMILLA: Se declara la confidencialidad de la información de las empresas Cable Zofri S.C.R.Ltda., Cable Laser S.A.C., TV Cable Chanchamayo S.R.L., Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., así como de otras empresas de telecomunicaciones; referida al monto de los ingresos y aportes declarados para el pago de aportes al OSIPTEL; conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Se declara **INFUNDADO** el procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra Radiodifusión TV Sucre E.I.R.L., TV Cable S.A.C., Félix Sabino De la Cruz Ferrer, y Multimedia Digital S.R.L. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

De otro lado, se declara **FUNDADO** el procedimiento de oficio iniciado contra Procomtel Sucre S.C.R.Ltda, imponiéndosele una multa de 70 UIT por la comisión de una infracción muy grave; Cable Laser S.A.C., imponiéndosele una multa de 23 UIT por la comisión de una infracción grave; Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, imponiéndosele una multa de 35 UIT por la comisión de una infracción grave; TV Cable Chanchamayo S.R.L y Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., imponiéndosele a esta última una multa de 16 UIT, por la comisión de una infracción grave; TV Cable Segura Prado S.A.C., imponiéndosele una multa de 26 UIT por la comisión de una infracción grave; Cable Zofri S.C.R.Ltda., imponiéndosele una multa de 13 UIT por la comisión de una infracción muy grave; y, los señores Crescencio Orozco Moreyra, Omar Gallardo Ríos, y Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez, imponiéndoseles una amonestación; por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Se resuelve archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Roberto Castillo La Madrid por lo expuesto en la parte considerativa de la presente resolución.

Adicionalmente, se ORDENA a Procomtel Sucre S.C.R.Ltda, Cable Laser S.A.C., Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, TV Cable Chanchamayo S.R.L, Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., TV Cable Segura Prado S.A.C., Cable Zofri S.C.R.Ltda., Crescencio Orozco Moreyra, Omar Gallardo Ríos y Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez, en calidad de medida correctiva el cese de la conducta de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en un plazo no mayor a quince (15) días calendario, y en consecuencia, se abstengan de prestar servicios de distribución de radiodifusión por cable, sin contar con concesión vigente.

El Cuerpo Colegiado (en adelante, CCO) a cargo del procedimiento de oficio contra Radiodifusión TV Sucre E.I.R.L., Procomtel Sucre S.C.R.Ltda., Crescencio Orozco Moreyra, Cable Laser S.A.C., TV Cable S.A.C., Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Omar Gallardo Ríos, TV Cable Segura Prado S.A.C., Félix Sabino De la Cruz Ferrer, TV Cable Chanchamayo S.R.L., Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez, Roberto Castillo La Madrid ("Cable América"), Cable Zofri S.C.R.Ltda. y Multimedia Digital S.R.L. (en adelante, Las Investigadas), por la presunta comisión de actos de competencia desleal en el mercado de distribución de radiodifusión por cable (en adelante, televisión por cable).

VISTO:

El Expediente N° 002-2013-CCO-ST/CD.

CONSIDERANDO:

I. IMPUTADOS

Radiodifusión TV Sucre E.I.R.L. (en adelante, TV Sucre) es una empresa privada constituida en el Perú, la cual no cuenta con concesión para brindar servicios públicos de telecomunicaciones.

Procomtel Sucre S.C.R.Ltda. (en adelante, Procomtel) es una empresa privada constituida en el Perú, la cual no tiene concesión para brindar servicios públicos de telecomunicaciones.

Crescencio Orozco Moreyra (en adelante, señor Orozco) , de nacionalidad peruana e identificado con Documento Nacional de Identidad N° 08518361, ostenta el cargo de Gerente General en la empresa TV Sucre y fue Gerente General de Procomtel hasta el 22 de octubre de 2012. El señor Orozco obtuvo concesión única para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio peruano a través de la Resolución Ministerial N° 278-2012-MTC/03 de fecha 4 de junio de 2012.

Cable Laser S.A.C. (en adelante, Cable Laser) es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 403-2009-MTC/03, del 3 de junio de 2009, se le otorgó concesión para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio peruano, estableciéndose como primer servicio a prestar, el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico. Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 279-2011-MTC/03, publicada el 21 de abril de 2011, se declaró resuelta la referida concesión.

TV Cable S.A.C. (en adelante, TV Cable) es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante las Resoluciones Ministeriales N° 178-97-MTC/15.03 de fecha 06

de mayo de 1997 y N° 225-97-MTC/15.03 de fecha 30 de mayo de 1997 se le otorgaron concesiones para brindar el servicio de televisión por cable en la ciudad de Puno, provincia de Puno; y, en la ciudad de Juliaca, provincia de San Román, pertenecientes al departamento de Puno.

Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (en adelante, Telecableplus) es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 758-2008-MTC/03 de fecha 10 de octubre de 2008 obtuvo concesión única para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio de la República del Perú. Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 093-2012-MTC/03 del 21 de febrero de 2012 (publicada el 24 de febrero de 2012), se declara resuelto de pleno derecho al 6 de enero de 2010 el referido contrato de concesión.

Omar Gallardo Ríos (en adelante, señor Gallardo), de nacionalidad peruana e identificado con Documento Nacional de Identidad N° 27289056, es dependiente de Telecableplus y presta a su vez el servicio de televisión por cable en el departamento de Pasco.

TV Cable Segura Prado S.A.C. (en adelante, Segura Prado) es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 059-2004-MTC/03 de fecha 2 de febrero de 2004 se otorgó la concesión para explotar el servicio de Televisión por Cable en los distritos de Huancayo, El Tambo y Chilca de la provincia de Huancayo, Junín. Mediante Resolución Ministerial N° 305-2011-MTC/03, de fecha 3 de mayo de 2011 (publicado el 8 de mayo de 2011), se canceló la referida concesión precisando que la resolución del contrato operó de pleno derecho al 1 de mayo de 2006.

Félix Sabino De la Cruz Ferrer (en adelante, señor De la Cruz), de nacionalidad peruana, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 20093550, prestó – como persona natural– el servicio de televisión por cable en el departamento de Junín. El señor De la Cruz contaba con Resolución Ministerial N° 666-2004-MTC/03 de fecha 3 de setiembre de 2004 para la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, en el área que comprende las provincias de Chupaca y Concepción del departamento de Junín. Mediante la Resolución Ministerial N° 639-2011-MTC/03 se declara que ha quedado resuelto de pleno derecho con fecha 12 de noviembre de 2005 la referida concesión.

TV Cable Chanchamayo S.R.L. (en adelante, TV Chanchamayo) es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Viceministerial N° 562-2002-MTC/15.03, de fecha 16 de agosto de 2002, se aprobó la transferencia de la concesión otorgada a Jennifer Sigarrostegui Peñafiel por Resolución Ministerial N° 519-98-MTC/15.03 para la prestación del servicio de televisión por cable a favor de TV Chanchamayo en las ciudades de San Ramón y La Merced, provincia de Chanchamayo, Departamento de Junín. Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 553-2011-MTC/03, de fecha 26 de julio de 2011 (publicada 30 de julio de 2011), se declaró resuelta la referida concesión desde el 1 de mayo de 2005.

Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L. (en adelante, Tele Chanchamayo) es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 010-2013-MTC/03, de fecha 08 de enero de 2013, se le otorgó concesión única para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio del Perú, estableciéndose como primer servicio a prestar, el servicio de televisión por cable. No obstante, mediante Resolución N° 582-2013-MTC/03, de fecha 18 de setiembre de 2013, en un mismo acto (i) al no cumplirse con suscribir el contrato de

concesión en el plazo previsto, se declaró sin efecto de pleno derecho la Resolución N° 010-2013-MTC/03; y, (ii) se le otorgó nuevamente una concesión única a Tele Chanchamayo para prestar los servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio del Perú.

Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez (en adelante, señor Sigarrostegui), de nacionalidad peruana e identificado con Documento Nacional de Identidad N° 01111726, es el Gerente General de TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo.

Roberto Castillo La Madrid (“Cable América”) (en adelante, señor Castillo), de nacionalidad peruana e identificado con Documento Nacional de Identidad N° 20969013, prestó el servicio de televisión por cable en el departamento de Junín. El señor Castillo contaba con concesión otorgada por Resolución Ministerial N° 499-98-MTC/15.03 de fecha 04 de diciembre de 1998 a persona natural para brindar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la ciudad de Mazamari, provincia de Satipo y departamento de Junín, la cual fue resuelta mediante la Resolución Ministerial N° 446-2002-MTC/15.03 de fecha 31 de julio de 2002, publicada el 3 de agosto de 2002.

Cable Zofri S.C.R.Ltda. (en adelante, Cable Zofri) es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 295-95-MTC/15.04, de fecha 04 de julio de 1995 obtuvo concesión para la explotación del servicio de televisión por cable en determinados distritos de Moquegua. Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 052-99-MTC/15.03 de fecha 10 de febrero de 1999 obtuvo la concesión para la explotación del servicio de televisión por cable en la ciudad de Mollendo en Arequipa, la misma que fue ampliada a otros distritos de Arequipa mediante Resolución Ministerial 403-2007-MTC/03 de fecha 25 de julio de 2007. Posteriormente, mediante Resolución Ministerial N° 224-2011-MTC/03, con fecha de publicación 01 de abril de 2011, se declara resuelta la referida concesión.

Multimedia Digital S.R.L. (en adelante, Multimedia Digital) es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 521-2009-MTC/03, de fecha 21 de julio de 2009, le fue otorgada una concesión para prestar servicios públicos de telecomunicaciones en todo el territorio del Perú, estableciéndose como primer servicio a prestar, el servicio de televisión por cable.

II. ANTECEDENTES

1. En el marco de la función de seguimiento de los distintos mercados de servicios públicos de telecomunicaciones para la detección de conductas de competencia desleal y al ser una de las particularidades del mercado de televisión por cable ser parcialmente informal, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO) identificó indicios de agentes económicos que estarían incurriendo en el mercado sin contar con concesión y en consecuencia, estarían incurriendo en la infracción del artículo 14 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD).
2. Mediante Memorandos N° 471-GOD/2012 y N° 703-GOD/2012 de fechas 06 de junio y 10 de agosto de 2012, respectivamente, la Gerencia de Oficinas Desconcentradas (en adelante, GOD) remitió a la STCCO información recopilada durante los meses de abril a agosto del año 2012 con relación a las empresas que prestan servicios de televisión por cable, en sus respectivas áreas de supervisión.

3. En relación a ello, de una revisión de la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), particularmente del listado de empresas concesionarias del servicio de televisión por cable y de las empresas que cuentan con concesiones únicas y adecuaciones a la concesión única de servicios públicos de televisión por cable¹; así como, del listado de resoluciones mediante las cuales se resuelve la concesión a diversas empresas operadoras²; la STCCO encontró diversas empresas que se encontrarían operando a nivel nacional sin contar con el título habilitante respectivo.
4. Conforme a ello y a fin de corroborar dicha información, mediante Cartas N° 022-ST/2012 y N° 027-ST/2012, de fecha 22 de agosto y 27 de setiembre de 2012, respectivamente, se requirió al MTC que corrobore si las empresas identificadas tendrían un contrato de concesión vigente en virtud del cual operar. En respuesta a dichos requerimientos, mediante Oficios N° 27959-2012-MTC/27 y N° 33566-2012-MTC/27, recibidos de fecha 05 de setiembre y 22 de octubre de 2012, respectivamente, el MTC remitió la información solicitada.

Entre los agentes que podrían estar concurriendo en el mercado sin título habilitante se encontraron a Radiodifusión TV Sucre E.I.R.L., Fidel Castro Loaiza, Víctor Clodoaldo Ricardo Olivera Tupa, Cable Laser S.A.C., AFM Cable TV Universal S.A.C., TV Cable S.A.C., Telecableplus E.I.R.L., TV Cable Segura Prado S.A.C., Félix Sabino De la Cruz Ferrer, TV Cable Chanchamayo S.R.L., Roberto Castillo La Madrid ("Cable América") y Cable Zofri S.C.R.Ltda.

5. Conforme a sus funciones de órgano instructor, la STCCO emitió, con fecha 04 de febrero de 2013, el Informe N° 005-STCCO-2013 "Investigación Preliminar de Oficio: Presuntos actos de competencia desleal en el mercado de distribución de radiodifusión por cable" (en adelante, Informe Preliminar). De acuerdo a este documento, las conductas cuestionadas consistirían en concurrir en el mercado de televisión por cable sin contar con una concesión de telecomunicaciones, debiendo ser evaluadas como presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto previsto en el artículo 14° de la LRCD.

El Informe Preliminar señaló lo siguiente:

- Las empresas investigadas se encuentran ofreciendo y prestando efectivamente el servicio de televisión por cable.
- Las empresas investigadas no contarían con un contrato de concesión vigente, requisito para poder prestar válidamente el servicio de televisión por cable.
- Al no contar con un contrato de concesión vigente, las empresas investigadas no se encontrarían habilitadas para prestar el servicio de televisión por cable y, de esta forma, estarían concurriendo ilícitamente en el mercado.
- Asimismo, el supuesto incumplimiento de este requisito principal tendría como consecuencia que las empresas investigadas no estén incurriendo en los costos requeridos para adecuar su actividad económica a los parámetros establecidos por la normativa sectorial vigente (por ejemplo: el

¹ Información actualizada al 31 de diciembre de 2012. Al respecto, ver los siguientes enlaces respectivamente:

- <https://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/concesiones/cable.htm>
- <https://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/concesiones/CncsnsUncls-Adccns.htm>

² Información actualizada al 31 de diciembre de 2012. Al respecto, ver el siguiente enlace:

- <http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/concesion/concesiones/CncsnsCnclids.htm>

pago de tasas al OSIPTEL y al MTC, los requerimientos de información periódicos y particulares del MTC y el OSIPTEL, entre otros), costos en los que sí incurren sus competidores.

6. Con fecha 04 de marzo de 2013, mediante Resolución N° 001-2013-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado dispuso el inicio del procedimiento de oficio contra TV Sucre, Fidel Castro Loaiza, Víctor Clodoaldo Ricardo Olivera Tupa, Cable Laser, AFM Cable TV Universal S.A.C., TV Cable, Telecableplus, Segura Prado, el señor De la Cruz, TV Chanchamayo, el señor Castillo y Cable Zofri por la presunta comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, prevista en el artículo 14° de la LRCD, toda vez que dichos administrados estarían prestando el servicio de televisión por cable, pese a no contar con la concesión otorgada por el MTC, conforme se requiere obligatoriamente. Asimismo, se dispuso la incorporación del Informe Preliminar al expediente, poniendo dicho documento, conjuntamente con la resolución, en conocimiento de los imputados en dicha resolución, a fin de que presenten sus descargos en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles.
7. Mediante escritos de fechas 21 y 25 de marzo de 2013, TV Cable y Cable Zofri presentaron sus descargos respectivamente. Asimismo, mediante carta de fecha 29 de marzo de 2013, el señor Gallardo manifestó que no mantenía vínculo alguno con la empresa Telecableplus.
8. Mediante escritos de fechas 03, 04 y 12 de abril de 2013; TV Chanchamayo, Cable Laser y Segura Prado presentaron sus descargos respectivamente.
9. Con fecha 04 de junio de 2013, mediante Resolución N° 002-2013-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado dispuso la incorporación al expediente del Informe N° 016-STCCO/2013 –que solicita a la GOD distintos medios de prueba y acciones de supervisión– y las actas de supervisión levantadas en virtud del referido informe, así como la inclusión de la empresa Procomtel en el procedimiento, en calidad de imputada³.
10. Con escritos de fechas 13 y 21 de junio de 2013, Crescencio Orozco –en su calidad de presunto Gerente General de Procomtel– y Procomtel, respectivamente, presentaron sus descargos.
11. Mediante Resolución N° 003-2013-CCO/OSIPTEL, de fecha 06 de setiembre de 2013, como acto de saneamiento procesal, se excluyó del procedimiento a los

³ Entre las comunicaciones que remiten las actas de supervisión, se pueden mencionar las siguientes:

- Informe N° 020-S.DZV/MOQ/GOD/2013, de la Oficina Desconcentrada de Moquegua, de fecha 15 de abril de 2013.
- Memorándum N° 291-GFS/2013, de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, de fecha 30 de abril de 2013.
- Informe N° 022-S.DZV/MOQ/GOD/2013, de la Oficina Desconcentrada de Moquegua, de fecha 06 de mayo de 2013.
- Memorándums N° 309-GFS/2013 y 314-GFS/2013, de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, de fecha 10 de mayo de 2013.
- Memorándum N° 321-GFS/2013, de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, de fecha 13 de mayo de 2013.
- Memorándum, N° 324-GFS/2013, de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, de fecha 14 de mayo de 2013.
- Memorándum N° 337-GFS/2013, de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, de fecha 16 de mayo de 2013.
- Memorándum N° 341-GFS/2013, de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, de fecha 17 de mayo de 2013.

investigados AFM Cable TV Universal S.A.C., Fidel Castro Loaiza y Víctor Clodoaldo Ricardo Olivera Tupa; y, se dio inicio a la Etapa de Investigación.

12. Mediante escrito de fecha 16 de setiembre de 2013, TV Sucre presentó sus descargos.
13. Mediante Resolución N° 004-2013-CCO/OSIPTEL, de fecha 18 de diciembre 2013, el Cuerpo Colegiado resolvió incluir en el procedimiento a Multimedia Digital S.R.L., Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez, Omar Gallardo Ríos y Crescencio Orozco Moreyra, otorgándoles un plazo de quince (15) días hábiles para presentar sus descargos.
14. Mediante escrito de fecha 03 de enero de 2014, el señor Orozco presentó sus descargos.
15. Con fecha 06 de enero de 2013, Cable Zofri presenta un escrito complementario. Por su parte, Multimedia Digital presenta su escrito de descargos mediante el cual interpone recurso de reconsideración contra la Resolución N° 004-2013-CCO/OSIPTEL.
16. Con fecha 07 de enero de 2014, Tele Chanchamayo presenta su escrito de descargos.
17. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 005-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 13 de enero de 2014, el CCO declara improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por Multimedia Digital.
18. Con excepción de los señores Castillo, Gallardo, De la Cruz y Telecableplus; Las Investigadas presentaron sus descargos contradiciendo las investigaciones del Informe Preliminar.
19. Mediante escrito presentado con fecha 17 de marzo de 2014, el Señor Orozco solicitó se declare el silencio administrativo positivo resolviéndose a su favor la presente controversia al haber transcurrido 48 días hábiles desde que presentó su escrito de descargos sin haber obtenido respuesta. Al respecto, con fecha 21 de marzo de 2014 se emitió el oficio N° 047-STCCO/2014 por el cual se absuelve la solicitud hecha por el administrado indicándosele que el presente procedimiento de oficio se tramita de conformidad con el Reglamento General del OSIPTEL.
20. Con fecha 01 de abril de 2014, la STCCO emite el Informe Instructivo N° 024-STCCO/2014 (en adelante, Informe Instructivo), en el cual se recomienda declarar infundada la denuncia contra TV Cable, el señor De la Cruz y TV Sucre, así como declarar fundada la denuncia contra Procomtel, el señor Orozco, Cable Laser, Telecableplus, el señor Gallardo, TV Chanchamayo, Tele Chanchamayo, el señor Sigarrostegui, Segura Prado, Cable Zofri, Multimedia Digital y el señor Castillo por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, enunciado en el artículo 14 de la LRCD; por lo que corresponde la imposición de una sanción bajo los parámetros establecidos en el artículo 52 de la LRCD.
21. Con fecha 24 de abril de 2014, Procomtel presenta su escrito de descargos contra el Informe Instructivo.
22. Con fecha 29 de abril de 2014, los administrados Segura Prado, Multimedia Digital, Cable Zofri, Tele Chanchamayo, TV Chanchamayo y el señor Sigarrostegui presentaron sus descargos contra el Informe Instructivo.

23. Procomtel señaló en su escrito presentado con fecha de 2 de junio de 2014 que no podía entregar la información financiera que le fuere requerida por la STCCO mediante oficio N° 105-STCCO/2014, dado que dicha información se encontraba en poder del Sr. Crescencio Orozco.

III. IMPUTACIONES DEL INFORME INSTRUCTIVO

Conforme a lo desarrollado en el Informe Instructivo, luego de una evaluación de las investigaciones realizadas durante la tramitación del procedimiento, la STCCO determinó lo siguiente respecto de los imputados:

Respecto a TV Cable: Se corroboró que TV Cable cuenta con concesión para brindar el servicio de televisión por cable y que el motivo de su no aparición en el registro del MTC se debió a un cambio de su razón social (de T.V. Cable S.A. a T.V. Cable S.A.C.). En ese sentido, la STCCO corroboró que TV Cable concurre lícitamente en el mercado de televisión por cable y por consiguiente, recomendó declarar infundada la imputación en su contra.

Respecto al señor De la Cruz: La STCCO constató que el señor De la Cruz no brindó el servicio de televisión por cable luego que su concesión fuese resuelta. Por esta razón, la STCCO recomendó declarar infundada la imputación en contra del señor De la Cruz al no haber concurrido ilícitamente en el mercado de televisión por cable.

Respecto a TV Sucre: De las investigaciones realizadas, la STCCO pudo constatar que TV Sucre no llegó a brindar el servicio de televisión por cable y en consecuencia, recomendó declarar infundada la imputación en su contra.

Respecto a Procomtel: La STCCO determinó que Procomtel concurrió de forma ilícita en el mercado de televisión por cable y recomendó declarar fundada la imputación en su contra por las siguientes razones:

- *Sobre la tenencia de una concesión:* De las declaraciones recogidas en la entrevista de fecha 01 de julio de 2013 de quien habría sido el Gerente General de Procomtel hasta el 22 de octubre de 2012 –el señor Orozco–⁴, de las actas de supervisión y del registro de concesiones del MTC se observa que Procomtel nunca ostentó concesión para brindar el servicio de televisión por cable.

⁴ Se copia extracto de la entrevista de fecha 01 de julio de 2013:

“(…)

Rodrigo López (miembro de la STCCO): Y la concesión con la que operaron el servicio de televisión por cable, ¿estaba a nombre de quién?

El señor Orozco: No, nunca hemos tenido este... nunca hemos tenido lo que se llama...

Rodrigo López y Zaret Matos (miembros de la STCCO): Concesión.

El señor Orozco: Concesión... digamos.

“(…)

El señor Orozco: Sí. Entonces siempre mi preocupación era justo digamos de que debemos regularizar... pero yo decía para qué... y algunas fechas que ha pasado que transportes y comunicaciones [sic] decía no es de Radio Sucre y como Radio Sucre tiene licencia entonces siempre ha ido cubriendo ese vacío.

Israel Coello (miembro de la STCCO): Claro, tiene licencia para radio.

El señor Orozco: Entonces cuando yo le decía que... no, me dijo, Orozco es el que quiere digamos hacer eso porque él va a hacer su, como se llama... con su concesión va a lograr [sic] como tiene empresas, como tiene radio, entonces va a... entonces, la idea... un poco de envidia por cosas que no han querido nunca, ¿no? Entonces, tal es el caso que últimamente me buscan ya no como gerente, desde luego, sino como socio –yo no he renunciado como socio, sino como gerente–... para hacer este... que vamos a desactivar hasta ver la forma digamos de regularizar los documentos y vamos a desactivar (...).”

- *Sobre la prestación de servicio de televisión por cable:* De las declaraciones del dependiente de Procomtel, el señor Vladimir Suarez Atahua –recogida en el acta de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013– Procomtel ha brindado el servicio de Televisión por Cable desde el año 2008 contando con los equipos e infraestructura para hacerlo⁵. No obstante, de las declaraciones recogidas por el ex Gerente General, el señor Orozco, en la entrevista de fecha 01 de julio de 2013⁶, se menciona que Procomtel habría brindado el servicio de Televisión por Cable desde el año 2005.

En virtud del principio de presunción de veracidad (artículo IV, numeral 1.7 de la Ley 27444)⁷, la STCCO señaló que Procomtel habría brindado el servicio de televisión por cable desde el año 2008.

- *Sobre la continuación del servicio:* En la acción de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013, el dependiente de Procomtel señaló que se brindó el servicio de televisión por cable desde el año 2008 hasta abril de 2013⁸. Adicionalmente, se apreció un acta de acuerdo, de fecha 08 de mayo de 2013, suscrita por los socios de Procomtel, en la que se decide desactivar el servicio de televisión por cable⁹. En consecuencia, en virtud del principio de presunción de veracidad antes indicado, la STCCO consideró que Procomtel brindó hasta abril de 2013.

⁵ Se copia extracto de acta de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013:

“El representante de PROCOTEL SUCRE respondió lo siguiente:

La empresa brinda el servicio desde el 2008 y según manifiesta el representante se brindó el servicio hasta abril del 2013. Actualmente no cuenta con abonados activos y cuenta con recibos (boleta de venta) hasta el mes de abril”.

⁶ Se copia extracto de la entrevista de fecha 01 de julio de 2013:

(...)

Rodrigo López (miembro de la STCCO): Y, ¿en qué año empezó Procomtel a brindar el servicio de televisión por cable?

El señor Orozco: En el año 2000-2001 más o menos...

Rodrigo López: En el año 2001...

El señor Orozco: Pero entonces con contábamos desde luego con lo que es telecable, ¿no? Era otro rubro, que es telefonía.

Israel Coello (miembro de la STCCO): ¿Y más o menos cuándo fue que empezó a prestar telecable?

El señor Orozco: Más o menos habrá comenzado el año 2005 más o menos.

(...)

⁷ LPAG

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.

⁸ En cuanto al fin de las operaciones, si bien no se puede afirmar a ciencia cierta que el servicio continua hasta la actualidad, sí se llegó a comprobar mediante boletas de venta que se brindó el servicio hasta abril del año 2013, tal como consta en el acta de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013.

⁹ En cuanto a la continuación del servicio, de las declaraciones recogidas por el señor Orozco, en la entrevista de fecha 01 de julio de 2013, Procomtel habría brindado el servicio de televisión por cable desde el año 2005 hasta, cuando menos, la fecha de la entrevista. Por otro lado, de las declaraciones del dependiente de Procomtel –recogida en el acta de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013–, se indica que Procomtel habría brindado el servicio de televisión por cable desde el año 2008 hasta abril de 2013.

En consecuencia, en virtud del principio de presunción de veracidad antes indicado, este Cuerpo Colegiado acoge la precisión del Informe Instructivo y considerará que Procomtel brindó el servicio desde el año 2008 hasta abril de 2013.

Por estas razones, para la STCCO se habría demostrado que Procomtel habría concurrido ilícitamente en el mercado de televisión por cable desde el año 2008 hasta, por lo menos, el 08 de abril de 2013.

Respecto al señor Orozco: La STCCO consideró que le sería imputable al señor Orozco la concurrencia ilícita de Procomtel desde la fecha en que brindó el servicio de televisión por cable (año 2008) hasta el 22 de octubre de 2012¹⁰ (fecha en la que renunció a dicho cargo de dirección). Asimismo, el señor Orozco reconoció que durante el periodo de su dirección como Gerente General, Procomtel nunca contó con una concesión. Por estas razones, la STCCO recomendó declarar fundada la denuncia en contra de este administrado en su calidad de gestor o unidad de decisión de la actividad comercial de Procomtel.

Respecto a Cable Laser: De las propias declaraciones del administrado, se habría constatado que Cable Laser concurrió ilícitamente en el mercado de televisión por cable desde el 15 de abril de 2011 (fecha en que le fue resuelta la concesión) hasta, por lo menos, el 04 de abril de 2013¹¹.

Respecto a Segura Prado: La STCCO corroboró que mediante Resoluciones Ministeriales 305-2011-MTC/03 y 481-2011-MTC/03 se señala el 01 de mayo de 2006 como fecha en la que operó la resolución de pleno derecho. No obstante, de las propias declaraciones de Segura Prado, en su escrito de fecha 12 de abril de 2013, se observa que es recién con la Resolución Ministerial 481-2011-MTC/03, de fecha 08 de julio de 2011, que Segura Prado dejó de brindar el servicio de televisión por cable.

En consecuencia, la STCCO concluye que Segura Prado habría brindado ilícitamente el servicio de televisión por cable desde el 01 de mayo de 2006 (fecha de resolución de pleno derecho de la concesión) hasta el 08 de julio de 2011 (fecha de resolución ministerial que resuelve recurso de reconsideración) y recomienda declarar fundada la imputación en su contra.

Respecto a Telecableplus: De las investigaciones se concluyó que Telecableplus concurrió ilícitamente en el mercado de televisión por cable desde el 06 de enero de 2010 (fecha en que surtió efectos la resolución de pleno derecho, tal como consta en la Resolución Ministerial 093-2012-MTC/03) hasta, por lo menos, el 03 de mayo de 2013 (fecha que consta en acta de juez de paz letrado). Por lo expuesto, la STCCO recomendó declarar fundada la imputación en contra de Telecableplus.

¹⁰ Carta notarial de fecha 22 de octubre de 2012, por el cual el Sr. Orozco presenta su renuncia al cargo de Gerente General de Procomtel. Sin embargo, en esa misma carta, el sr. Crescencio señaló que dejó de ejercer el cargo hace muchos años habiéndose nombrado como nuevo Gerente General al Sr. Dionisio Quintana.

¹¹ Se copia fragmento del escrito de Cable Laser, de fecha 04 de abril de 2013:

7. *Con relación a la continuación del servicio, debemos recordar que el Contrato de Concesión en el numeral 20.02 de la Cláusula Vigésima, contempla la continuación del servicio, como un medio de defensa del interés de los usuarios (...) aún cuando la Concesión se haya extinguido, se resuelva el Contrato de Concesión (...).*

8. *En caso mi representada, en la eventualidad que al termino [sic] del proceso contencioso y el agotamiento de los recursos accesorios que la Ley le franquea para su defensa, el resultado fuera desfavorable, se vería en la situación descrita en el párrafo anterior, es decir deberá tomar las medidas necesarias, en protección de los usuarios del servicio, considerando que todos son familias de escasos recursos que no podrían pagar las tarifas de las empresas que podían operar en esa zona de Lima (Telefónica S.A.A. o DirecTV) (...).* (Subrayado agregado)

Respecto al señor Gallardo: La STCCO observó durante la investigación que el señor Gallardo ostentaría una alta participación en la dirección de la empresa Telecableplus y que se estaría beneficiando de manera directa de la actividad comercial de dicha empresa por lo cual tendría incentivos sobre el éxito de las conductas de competencia desleal. En ese sentido, la STCCO recomendó declarar fundada la imputación en contra del señor Gallardo.

Respecto a TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo: La STCCO habría corroborado que el administrado concurrió ilícitamente en el mercado de televisión por cable desde el 01 de mayo de 2005 hasta setiembre de 2013.

Respecto al señor Sigarrostegui: La STCCO habría comprobado que el señor Sigarrostegui, en su calidad de Gerente General de TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo, tuvo una participación activa en la comisión de la infracción de sus representadas. Por estas razones, la STCCO recomendó declarar fundada la denuncia en contra de este administrado.

Respecto a Cable Zofri y Multimedia Digital: De acuerdo a las investigaciones de la STCCO, los administrados habrían concurrido sin concesión vigente en el mercado de televisión por cable desde el 01 de mayo de 2005 (fecha en que surten efectos la resolución de su concesión) hasta, por lo menos, el mes de junio de 2010.

Por otro lado, la STCCO indicó que habría demostrado, según declaración de parte¹², que Cable Zofri cambió de razón social a Multimedia Digital S.R.L. (y en consecuencia, no serían personas jurídicas distintas), a lo cual se sumarían los siguientes factores : (i) Multimedia Digital utiliza el mismo nombre comercial (“Cable Club”) con el que se distinguía Cable Zofri; (ii) Multimedia Digital opera en el mismo local donde funcionaba Cable Zofri; (iii) Multimedia Digital utiliza los equipos con los cuales Cable Zofri brindaba el servicio de Televisión por Cable¹³; y (iv) Multimedia Digital ostentó, durante el periodo de concurrencia ilícita en el mercado, el mismo Gerente General de Cable Zofri, el señor Julio Antonio Luis Gonzales Reinoso.

Por estas razones, la STCCO recomendó que Multimedia Digital (antes, Cable Zofri) habría infringido el artículo 14 de la LRCD y en consecuencia, debería declararse fundada la imputación en contra de dicho administrado.

Respecto al señor Castillo: La STCCO habría corroborado por las propias declaraciones del administrado que este habría concurrido ilícitamente en el mercado de televisión por cable desde el 31 de julio de 2002 (fecha en que fue resuelta su concesión, mediante Resolución Ministerial 446-2002-NTC/15.03) hasta el 18 de marzo de 2005 (fecha hasta la cual siguió operando). En consecuencia, la STCCO recomendó declarar fundada la imputación en contra del señor Castillo, por brindar el servicio de televisión por cable de forma irregular bajo el nombre comercial “Cable América”.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

A continuación se presentan los argumentos de defensa que han expuestos los administrados a lo largo del procedimiento.

¹² Declaración recogida en acta de supervisión de fecha 12 de abril de 2013.

¹³ Hecho probado mediante Informes N° 4382-2011-MTC/29.02 y 1832-2012-MTC/29.02.

4.1. Posición de TVSUCRE

Mediante escrito de fecha 25 de marzo de 2013, TV Sucre indicó que a dicha fecha no brindaba el servicio de televisión por cable en tanto tenía programada como fecha de inicio de operaciones el mes de junio de 2013.

Posteriormente, con fecha 13 de junio de 2013, TV Sucre indicó que inició sus operaciones en mayo de 2013 pero solo respecto al servicio de radiodifusión sonora (servicio para el cual indicó tener título habilitante).

4.2. Posición de Procomtel

Mediante escrito de descargos de fecha 21 de junio de 2013 y de las declaraciones recogidas de las actas de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013, Procomtel ha sostenido su posición en los siguientes términos:

- Que a mayo de 2013, Procomtel no contaba con abonados activos y que cuenta con boletas de venta hasta el mes de abril de 2013.
- Que se está tramitando la obtención de una concesión para brindar el servicio de televisión por cable a nombre de Procomtel en tanto se cuenta con los equipos para brindar dicho servicio.
- Que Aparicio Dionisio Quintana Zevallos, Juan Salcedo Orosco y Ciriano Salcedo Mendoza (participantes de la empresa Procomtel), no tienen ninguna relación con la empresa TV Sucre.
- Que el actual Gerente General de Procomtel es Crescencio Orozco Moreyra, tal como consta en registros públicos.
- Que Aparicio Dionisio Quintana Zevallos, Juan Salcedo Orosco y Ciriano Salcedo Mendoza (participantes de Procomtel) indican que desconocían que esta empresa brindaba el servicio de televisión por cable sin contar con una concesión en tanto sus actividades se centraban en la ciudad de Lima.
- Que se indica que al haber actuado el Gerente General en contra del artículo 287 de la Ley N° 26887 – Ley General de Sociedades (en adelante, LGS)¹⁴, este acto bastaría para atribuirle responsabilidad exclusiva a esta persona en el marco del presente procedimiento administrativo.
- Que se indica que la denuncia penal, por delito de administración fraudulenta¹⁵, planteada por los referidos participantes de Procomtel es prueba que el Gerente General habría actuado sin el conocimiento de estos.

¹⁴ **LGS**

Artículo 287.- Administración: gerentes

“Los gerentes no pueden dedicarse por cuenta propia o ajena, al mismo género de negocios que constituye el objeto de la sociedad”.

¹⁵ **Código Penal**

Artículo 198.- Administración fraudulenta

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que ejerciendo funciones de administración o representación de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.
2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica.
3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.
4. Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.
5. Fragar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 24 de abril de 2014, Procomtel presente sus descargos contra el Informe Instructivo, en los que señaló lo siguiente:

- Que el procedimiento se inició contra TV Sucre, persona jurídica distinta a Procomtel.
- En virtud de lo expuesto en Registros Públicos, el actual Gerente General de Procomtel es el señor Orozco.
- Que la renuncia del señor Orozco al cargo de Gerente General no habría surtido efectos aun en virtud de los Estatutos Sociales de Procomtel en tanto dicha renuncia debe ser aceptada por la sociedad e inscrita en los registros públicos.
- Que todos los actos de gestión y dirección realizados por el señor Orozco se realizaron en desconocimiento de los demás socios de Procomtel.
- Que los actos del Gerente General, el señor Orozco, no deben de generar responsabilidad administrativa frente a Procomtel.
- Que la concurrencia de Procomtel en el mercado de televisión por cable sin contar con concesión no debe de generar responsabilidad frente a los socios de dichas empresa.

Mediante escrito de fecha 02 de junio de 2014, Procomtel señaló lo siguiente:

- De los documentos inscritos en Registros Públicos, consta indubitadamente que el cargo de Gerente General actual de Procomtel recae en el señor Crescencio Orozco.

Al ser el señor Crescencio Orozco el actual Gerente General de Procomtel, es él quien mantiene en su poder toda la documentación referida a la empresa, entre ellos los balances generales solicitados por la STCCO mediante oficio N° 105-STCCO/2014¹⁶.

4.3. Posición del señor Orozco

Mediante escrito de fecha 03 de enero de 2014, el señor Orozco presentó los siguientes argumentos en su escrito de descargos:

- Que TV Sucre nunca ha operado. En ese sentido, no se podría alegar en contra de esta empresa un acto de competencia desleal por no haber concurrido en el mercado de Televisión por Cable.
- Que en el acta de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013 se manifestó que el señor Orozco prestó el servicio de Televisión por Cable hasta el mes de abril de 2013 en virtud de la concesión que se otorgó a nombre del señor Orozco, mediante Resolución Ministerial N° 278-2012-MTC/03 de fecha 04 de junio de 2012. Asimismo, en dicha acción de supervisión se pudo corroborar que el imputado no continuaba brindando el servicio de Televisión por Cable.

-
6. Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo y otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la inexistencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.
 7. Asumir indebidamente préstamos para la persona jurídica.
 8. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.

¹⁶ Además, se indicó que el domicilio donde se viene notificando a PROCOMTEL (Av. La Paz N° 584, Miraflores) es utilizado únicamente para recibir comunicaciones de carácter oficial, no constituyendo la residencia habitual de la empresa (donde se desarrollan las actividades y se mantienen los documentos del negocio), la cual estaría ubicada en Jr. Huáscar N° 667, Queroqamba.

- Que al no haberse aportado un medio de prueba que demuestre un acto de competencia desleal desplegado por señor Orozco –en virtud de la explotación del servicio de Televisión por Cable facultado por la Resolución Ministerial N° 278-2012/03–, se deberá declarar infundada la imputación del presente procedimiento.

Mediante escrito de fecha 16 de setiembre de 2013, el señor Orozco agregó que:

- A la fecha aún no se habían instalado los equipos de su representada Radiodifusión TV Sucre EIRL, y que, probablemente, nunca se instalen.
- Es socio de Procomtel Sucre S.C.R.Ltda. pero que no tiene participación alguna en esta desde el año 2009. Además señalo que tampoco es Gerente General de la mencionada empresa, y que sobre este asunto hay un proceso judicial abierto al estarse utilizando su nombre de manera indebida.

4.4. Posición de Cable Laser

Mediante escrito de fecha 04 de abril de 2013, Cable Laser manifestó lo siguiente:

- Si bien la Resolución Ministerial N° 279-2011-MTC/03 declaró resuelta la concesión de Cable Laser y agotó la vía administrativa, se ha presentado una demanda contencioso administrativa, cuya causa aún no ha sido resuelta.
- Los cuerpos legales establecen que las sanciones se consideran consentidas y aplicables al finalizar los procedimientos o luego de transcurrido el periodo para la presentación de impugnaciones.
- Al no haberse culminado la fase contencioso administrativa, Cable Laser estaría ejerciendo su “derecho de expectativa” del resultado de la impugnación y por tanto no se puede considerar como un acto firme la resolución de la concesión.
- La cláusula vigésima, numeral 20.02, del contrato de concesión de Cable Laser contempla la continuación del servicio como medio de defensa del interés de los usuarios, llegando a permitir que se establezcan medidas que garanticen el servicio aun cuando la concesión se haya extinguido, resuelto o cancelado su registro respectivo.
- Solicita que la STCCO se abstenga de iniciar cualquier procedimiento sancionador hasta que el Poder Judicial de por agotada la vía contencioso administrativa.

4.5. Posición de TV Cable

Mediante escrito de fecha 21 de marzo de 2013, TV Cable indicó que cuenta con una concesión para brindar el servicio de televisión por cable por lo cual no estaría incurriendo en la infracción imputada.

4.6. Posición del señor Gallardo

Mediante escrito de fecha 29 de marzo de 2013, el señor Gallardo manifestó lo siguiente: “(...) quiero decirle que mi persona no labora en esta empresa [*refiriéndose a Telecableplus*], no conozco la dirección que se detalla y en la actualidad no soy ni representante, ni tengo vínculo alguno con dicha Institución (...)”.

4.7 Posición de Segura Prado

Mediante escrito de descargos de fecha 12 de abril de 2013, la empresa presentó los siguientes argumentos:

- Mediante Resolución Ministerial 305-2011-MTC/03, de fecha 03 de mayo de 2011, se declaró resuelta de pleno derecho la concesión de Segura Prado.
- Se interpuso recurso de reconsideración contra la referida resolución ministerial, el cual fue resuelto mediante Resolución Ministerial N° 481-2011-MTC/03, declarando infundado dicho recurso y de esta manera, agotando la vía administrativa.
- Conforme a lo resuelto por el MTC, Segura Prado dejó de brindar el servicio de Televisión por Cable, tal como consta en el “Acta de Inspección Técnica N° 00016-2010/2011”, de fecha 15 de agosto de 2011, realizada por Nilton Mela Bazalar, funcionario responsable del MTC.
- Que Segura Prado cumplió con acatar lo resuelto por el MTC y a la fecha no brinda el servicio de Televisión por Cable, por lo que no podría participar ilícitamente en el mercado.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 29 de abril de 2014, Segura Prado presentó sus descargos contra el Informe Instructivo en los siguientes términos:

- Que en tanto la “ventaja significativa” implica un ahorro de costos y una consecuente ventaja competitiva ajena a la eficiencia económica de quien incurre en la infracción, cabe indicar que la Resolución Ministerial 305-2001-MTC/03 reconoce expresamente que Segura Prado cumplió con pagar las tasas correspondientes aunque dicho pago no fue en el plazo indicado. Además, se cumplió con el pago de todos los costos, derechos y tasas correspondientes para la obtención de la concesión, así como todas las tasas que surgen como obligación del contrato; razón por la cual nunca se obtuvo una mejora o ventaja significativa en el mercado.
- Que el Informe Instructivo no considera que el contrato de concesión suscrito es de ejecución continuada y no de ejecución instantánea. Así, en los contratos de ejecución continuada no es posible destruir las prestaciones ejecutadas (es decir, es físicamente imposible que el deudor devuelva al acreedor la prestación o prestaciones continuadas ejecutadas). Por esta razón la resolución de los contratos de tracto sucesivo o de ejecución continuada surten efecto *ex nunc* (es decir, desde el hecho jurídico hacia el futuro y no hacia el pasado).
- Respecto a los efectos de la Resolución Ministerial 305-2001-MTC/03, esta indica que la resolución de la concesión se produce de pleno derecho. En ese sentido, el artículo 1430 del Código Civil señala que “la resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria”. En consecuencia, se debe entender que la fecha en que la Resolución Ministerial 305-2011-MTC/03 surte efectos es desde que esta queda firme; es decir, el 08 de julio de 2011, con la Resolución Ministerial 481-2011-MTC/03, mediante la cual se resuelve declarando infundado el recurso de reconsideración de Segura Prado.
- Que la resolución de un contrato de concesión es una sanción administrativa y en consecuencia, la determinación de la resolución de la concesión debe seguir el curso regular de un procedimiento sancionador. En ese sentido, la resolución de una concesión debe sujetarse al artículo 237, inciso 2, de la LPAG, el cual establece que la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

- Que en tanto la LRCD entró en vigencia en el año 2008, no es posible que la imputación de las conductas de competencia desleal este enmarcada en el lapso del 01 de mayo de 2006 al mes de junio de 2011.

4.8. Posición del señor De la Cruz

En la acción de supervisión de fecha 06 de mayo de 2013, realizada por José Luis Maldonado Cervantes, funcionario representante de OSIPTEL, el señor De la Cruz manifestó que si bien obtuvo concesión mediante Resolución Ministerial N° 666-2004-MTC/03, no se llegó a prestar el servicio de Televisión por Cable por problemas en la tramitación de licencias municipales y gestión de contratos de alquiler de postes con una empresa de electricidad. En ese sentido, mediante Resolución Ministerial N° 639-2011-MTC/03, el MTC resolvió la referida concesión por no haber iniciado operaciones en la fecha indicada por el señor De la Cruz.

4.9. Posición de TV Chanchamayo

Mediante escrito de descargos de fecha 03 de abril de 2013, se plantearon los siguientes argumentos de defensa:

- Mediante Resolución Viceministerial N° 562-2002-MTC/15.03, de fecha 16 de agosto de 2002, el MTC aprueba la transferencia de la concesión otorgada a Jennifer Sigarrostegui Peñafiel por Resolución Ministerial N° 519-98-MTC/15.03 para la prestación del servicio de Televisión por Cable en favor de TV Chanchamayo.
- Mediante Resolución Ministerial N° 553-2011-MTC/03 del 26 de julio del 2011 se declara resuelta la concesión de TV Chanchamayo, decisión que es impugnada mediante recurso de reconsideración.
- Que a la fecha de 03 de abril de 2013 no se ha resuelto el recurso de reconsideración interpuesto, por tanto no se habría agotado la vía administrativa.
- Que a la fecha no se opera pero que sí se llegó a contar con concesión.
- Que, no obstante el resultado del recurso impugnatorio, se indica que al momento de operar TV Chanchamayo sí contaba con concesión.

Por otro lado, mediante acta de supervisión de fecha 25 de abril de 2013, realizado por José Luis Maldonado Cervantes, funcionario representante de OSIPTEL, se recogen las siguientes afirmaciones del Administrador de TV Chanchamayo:

- TV Chanchamayo cambió su razón social a Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L.
- Actualmente "Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L." viene brindando el servicio de Televisión por Cable en virtud de la concesión otorgada mediante Resolución Ministerial N° 010-2013-MTC/03 de fecha 08 de enero de 2013.
- No obstante el MTC resolvió la concesión de TV Chanchamayo mediante Resolución Ministerial 553-2011-MTC/03 de fecha 26 de julio de 2011, TV Chanchamayo siguió brindando el servicio de televisión por cable de manera ininterrumpida.

Finalmente, mediante escrito de fecha 22 de abril de 2014, TV Chanchamayo presentó sus descargos contra el Informe Instructivo en los siguientes términos:

- El Informe Instructivo no tuvo en consideración que si bien le fue resuelta la concesión a TV Chanchamayo, esta continuó pagando los derechos por la

explotación del servicio de televisión por cable. En consecuencia, no se habría configurado una “ventaja significativa” al no existir ahorro de costos.

- Que el Informe Instructivo debe diferenciar los agentes que tuvieron concesión y les fue resuelta pero siguieron realizando los pagos respectivos de (i) los agentes que tuvieron concesión y les fue resuelta pero no realizaron ningún pago y (ii) los agentes que nunca tuvieron concesión y tampoco realizaron pagos. En ese sentido, de determinarse una infracción, valorar estos elementos a fin de estimar una infracción de tipo leve.

4.10. Posición de Tele Chanchamayo

Mediante escrito de descargos presentado el 07 de enero de 2014, presentó sus argumentos de defensa, los mismos que señalaron lo siguiente:

- Que el numeral 2 del artículo 14 de la LRCD establece que la infracción quedará acreditada cuando el agente concurrente obligado a contar con concesión no acredite documentalmente su tenencia. Sin embargo, Tele Chanchamayo sí ostenta concesión otorgada mediante Resolución Viceministerial N° 010-2013-MTC/03, de fecha 08 de enero de 2013, y Resolución Ministerial N° 582-2013-MTC/03, de fecha 18 de setiembre de 2013.
- Que Tele Chanchamayo, para empezar a operar, obtuvo concesión mediante las resoluciones antes mencionadas. En ese sentido, no se habría configurado la infracción del artículo 14 de la LRCD.
- Que no existe norma alguna que prohíba que un accionista sea gerente de una empresa. Por lo mismo es irrelevante que el señor Sigarrostegui haya sido gerente de la empresa TV Chanchamayo.

Mediante escrito de fecha 28 de abril de 2004, Tele Chanchamayo presentó sus descargos frente al Informe Instructivo, en el que se señaló lo siguiente:

- El Informe Instructivo no tuvo en cuenta que Tele Chanchamayo sí tiene una concesión vigente y que en consecuencia, se han cumplido con los pagos respectivos por la explotación del servicio de televisión por cable.
- Que el Informe Instructivo debe diferenciar los agentes que tuvieron concesión y les fue resuelta pero siguieron realizando los pagos respectivos de (i) los agentes que tuvieron concesión y les fue resuelta pero no realizaron ningún pago y (ii) los agentes que nunca tuvieron concesión y tampoco realizaron pagos. En ese sentido, de determinarse una infracción, valorar estos elementos a fin de estimar una infracción de tipo leve. Existiendo

4.11. Posición del señor Sigarrostegui

Mediante escrito de fecha 28 de abril de 2014, presentó los siguientes descargos frente al Informe Instructivo:

- Que la STCCO no tomó en cuenta que el cambio de razón social de su empresa (Tele Chanchamayo) obedeció a razones de índole familiar respecto de los socios de TV Chanchamayo¹⁷.

¹⁷ En el fundamento 2 de su escrito de descargos el señor Sigarrostegui mencionó que se constituyó una nueva empresa (Tele Chanchamayo); sin embargo, en el fundamento 4 del mismo escrito señaló que se hizo un cambio de razón social. Al respecto, la STCCO pudo verificar en la partida registral de la empresa Tele Chanchamayo que ésta se trataba de una nueva empresa; es decir, no se produjo un cambio de razón social de TV Chanchamayo a Tele Chanchamayo.

- Que al tener TV Chanchamayo otros accionistas, esto dificultaba la rapidez en la toma de decisiones de la empresa, por lo cual se vio en la necesidad de constituir la empresa individual de responsabilidad limitada Tele Chanchamayo.
- Si bien la concesión de Tele Chanchamayo fue resuelta, se continuó con los pagos al MTC y a Osiptel. En ese sentido, no se configuró una “ventaja significativa” en el tenor del artículo 14 de la LRCD.
- La conducta de TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo debe ser analizada y distinguida en relación a otras empresas que no solo no tenían concesión en ningún momento sino que tampoco pagaban sus derechos. En consecuencia, en todo caso la sanción de las representadas debería ser el de una infracción leve. Y no de un simple cambio

4.12. Posición del señor Castillo

En la acción de supervisión realizada por José Luis Maldonado Cervantes, funcionario representante de OSIPTEL, el día 26 de abril de 2013, se recogieron las siguientes afirmaciones del señor Castillo:

- Le fue otorgada una concesión a título de persona natural mediante Resolución Ministerial N° 499-98-MTC/15.03 de fecha 04 de diciembre de 1998, mediante la cual brindó el servicio de Televisión por Cable bajo el nombre comercial de “Cable América”.
- Con fecha 31 de julio de 2002 el MTC resolvió su concesión mediante Resolución Ministerial N° 446-2002-MTC/15.03, no obstante siguió brindando el servicio de Televisión por Cable hasta noviembre de 2005, fecha en la que mediante Resolución Ministerial N° 593-2005-MTC/03, de fecha 01 de setiembre de 2005, el MTC otorgó concesión a su hija Chris Laura Castillo, quien tomó como nombre comercial el de “Inversiones América y Cable América”.
- Chris Laura Castillo (hija del señor Castillo) continuó brindando el servicio de Televisión por Cable hasta los últimos meses de 2012, fecha en la que el MTC también le resolvió su concesión mediante Resolución Ministerial N° 444-2012-MTC/03, de fecha 15 de agosto de 2012.

4.13. Posición de Cable Zofri

Mediante escritos de fecha 25 de marzo, 28 de octubre de 2013 y 06 de enero de 2014 y mediante la acción de supervisión realizada por Dennis Zegarra Valdivia, funcionario representante de OSIPTEL, de fecha 12 de abril de 2013, Cable Zofri presentó los siguientes argumentos de defensa:

- Niega que haya brindado ilícitamente el servicio de televisión por cable en tanto es una empresa formal que cuenta con concesión para explotar dicho servicio. Asimismo, en el acta de supervisión de fecha 12 de abril de 2013, indicó que Cable Zofri inició operaciones desde el año 1995 hasta junio del año 2010 mientras que Multimedia Digital empezó a operar desde el 04 de junio de 2010.
- Mediante Resolución Ministerial N° 224-2011-MTC/03 se resolvió el contrato de concesión de Cable Zofri, resolución que posteriormente es confirmada por Resolución Ministerial N° 341-2011-MTC/03 al declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Cable Zofri.
- Al considerar injusta la resolución de la concesión, se interpuso demanda contenciosa administrativa solicitando la nulidad de las referidas resoluciones ministeriales, causa seguida en el Expediente N° 04387-2011-0-1801-JR-CA-01 en el cuarto juzgado permanente de Lima.

- En ese sentido, al no haber culminado la vía contenciosa administrativa, aun no se puede hacer efectiva la resolución de la concesión de Cable Zofri.
- No obstante de contar con una concesión vigente, la decisión del MTC ha generado que Cable Zofri pierda abonados y que no pueda operar debidamente habiendo dejado de operar el 26 de abril del 2011¹⁸.

Mediante escrito de fecha 29 de abril de 2014, Cable Zofri presentó sus descargos contra el Informe Instructivo en el siguiente sentido:

- Que la empresa Cable Zofri es una empresa formal que cuenta con todas las autorizaciones necesarias para operar y brindar los servicios de televisión por cable.
- Que al haber un proceso contencioso administrativo pendiente, aun no se puede hacer efectiva la resolución de la concesión de Cable Zofri.
- Que al existir un proceso contencioso administrativo cuya materia esta vinculada en el fondo del presente procedimiento administrativo, Osiptel tiene la obligación de abstenerse de pronunciarse al respecto.
- Que pese a contar con una concesión vigente en virtud del proceso contencioso administrativo, Cable Zofri dejó de operar desde el 26 de abril de 2011.

4.14. Posición de Multimedia Digital

Mediante escrito de descargos de fecha 06 de enero de 2014 señaló lo siguiente:

- Que se resolvió incluir a Multimedia Digital señalando como única razón el tener el mismo Gerente General que la empresa Cable Zofri, el señor Luis Gonzales Reinoso.
- Que la responsabilidad de las personas jurídicas se limita a las obligaciones que estas tengan de forma independiente y de manera diferenciada las unas de las otras.
- Que el hecho que una persona represente a varias empresas no quiere decir que todas las empresas tengan que responder solidariamente.
- Que si el motivo principal para incluir a Multimedia Digital es tener al mismo Gerente General de Cable Zofri, cabe precisar que el mismo falleció el 24 de julio de 2013.

Mediante escrito de fecha 29 de abril de 2014, Multimedia Digital presentó sus descargos contra el Informe Instructivo en el siguiente sentido:

- Que se considera que Multimedia Digital habría incurrido en prácticas de competencia desleal en virtud de compartir el mismo Gerente General (Luis Gonzales Reinoso) con Cable Zofri, a pesar que se ha probado que dicho señor ha fallecido el 24 de julio de 2013.
- Que el Informe Instructivo señala que en tanto Cable Zofri no tendría concesión, Multimedia Digital también incurriría en dicha infracción pese a contar con un título habilitante vigente otorgado mediante Resolución Ministerial 521-2009-MTC/03.
- Que Multimedia Digital ha iniciado su existencia recién a partir de su inscripción en el Registro de Personas Jurídicas de la ciudad de Ilo, diferenciándose de

¹⁸ Cabe tener en cuenta la contradicción en la que incurrió el administrado en tanto mediante acta de supervisión, de fecha 12 de abril de 2013, indicó que operó hasta junio del año 210, mientras que en su escrito de fecha 28 de octubre de 2013 indicó que Cable Zofri operó hasta el 26 de abril de 2011.

sus miembros y representantes conforme lo establece los artículos 77 y 78 del Código Civil.

V. CUESTIONES PREVIAS

5.1. El concepto de grupo económico y las conductas de Las Investigadas

El artículo 5 de la LRCD establece el criterio de primacía de la realidad¹⁹, en virtud del cual la autoridad deberá de hacer primar la naturaleza de las conductas, haciendo énfasis en las situaciones y relaciones económicas que se desarrollen en la realidad²⁰ al margen de las formas que revistan estas conductas. Así, en la exposición de motivos de la LRCD se menciona lo siguiente sobre este criterio: “(...) la agencia de competencia debe indagar acerca de la verdadera naturaleza de las cosas, independientemente de lo que puedan indicar los documentos o contratos, en aplicación del principio de verdad material que debe guiar la actuación de la autoridad administrativa. La autoridad de competencia, al analizar las transacciones y actuaciones realizadas por los agentes económicos, deberá dar prioridad en su análisis a los efectos económicos de dichas transacciones y no tanto a las formas jurídicas utilizadas por aquellos, pues éstas pueden pretender ocultar su verdadera naturaleza”. En ese sentido, en el presente procedimiento la autoridad de competencia deberá de prestar especial atención a la verdadera naturaleza de las de las conductas y relaciones económicas que se observen entre Las Investigadas.

A lo largo de la investigación se ha observado que, entre Las Investigadas, existe un grupo de empresas que guardan relación entre sí al ostentar un mismo Gerente General. Dicha relación o vinculación económica es conocida en los procedimientos de libre y leal competencia con el nombre de “grupo económico”. Esta figura, recogida en la Resolución SBS N° 445-2000 – Norma sobre vinculación y grupo económico²¹ y utilizada en procedimientos de libre y leal competencia²², sirve para poder analizar la naturaleza de las conductas desplegadas por los agentes investigados. Así, la

¹⁹ LRCD

Artículo 5.- Primacía de la realidad

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

²⁰ Se observa este mismo criterio o principio en otras áreas del Derecho de la Competencia, como en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1034, que tutela la libre competencia; y, en el artículo 8 de la Ley N° 29571, que regula las relaciones de consumo.

²¹ Resolución SBS N° 445-2000 – Aprueban normas esenciales sobre vinculación y grupo económico

Artículo 4.- Existe relación de propiedad cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa e indirecta una persona representa el 4% o más de las acciones o participación con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta.

Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:

(...)

e) Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.

²² A modo de ejemplo, en materia de competencia desleal revisar las resoluciones N° 2549-2010/SC1-INDECOPI y 3134-2010/SC1-INDECOPI y en materia de libre competencia, revisar las resoluciones N° 012-2013-CCO/OSIPTEL (Expediente N° 006-2011) y 1351-2011/SC1-INDECOPI.

consideración de la posible existencia de grupos económicos en virtud del criterio de primacía de la realidad, permite analizar si las conductas de determinados agentes representan hechos aislados o si éstas responden a un mismo núcleo de interés y dirección en la infracción de la normativa de leal competencia.

Con la aplicación de este concepto en los procedimientos que defienden la libre y leal competencia, el proceso competitivo se ve tutelado desde estos puntos: (i) la autoridad administrativa puede analizar de manera más exacta el comportamiento de un agente económico más allá de la figura societaria, nombre comercial o razón social que utilice para afectar el proceso competitivo; (ii) se elevan los desincentivos de los agentes infractores para generar prácticas que busquen ocultar una infracción o simular una concurrencia lícita en el mercado; y, (iii) se evita que los agentes infractores recurran a una práctica lícita (o una cobertura legal), como la creación de diversas personas jurídicas, para continuar con la realización de prácticas infractoras (práctica encubierta).

En el Informe Instructivo la STCCO consideró evaluar la conducta de determinados imputados como la de un grupo económico en la medida que compartirían o compartieron un mismo Gerente General en un espacio de tiempo determinado. En virtud de ello, se presentó en el Informe Instructivo el siguiente cuadro en el que se exponen 3 grupos económicos, sus vinculadas y los elementos vinculantes de los mismos:

	Vinculadas	Elemento vinculante
Grupo Económico 1	TV Sucre	Señor Orozco (Gerente General)
	Procomtel	
Grupo Económico 2	TV Chanchamayo	Señor Sigarrostegui (Gerente General)
	Tele Chanchamayo	
Grupo Económico 3	Cable Zofri	Luis Gonzales Reinoso (Gerente General) ²³
	Multimedia Digital	

Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera adecuada la aproximación del Informe Instructivo en analizar las conductas de estos agentes económicos como las de un grupo económico, en aquellos casos en que lo amerite (como los mostrados en el cuadro anterior) y según la naturaleza de sus vinculaciones económicas, de conformidad con la Resolución SBS N° 445-2000 antes citada. No obstante, se debe precisar que la sola existencia de un grupo económico no debe presumir la culpabilidad administrativa de las vinculadas. En ese sentido, la culpabilidad administrativa deberá ser analizada caso por caso a fin de evaluar si responden a una lógica económica independiente al comportamiento de su vinculada (la eventual empresa infractora) o si responden a una misma práctica infractora.

5.2. Reserva de la información relacionada a las empresas

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.²⁴

²³ No se incluyó al referido Gerente General dentro de la lista de imputados, por imposibilidad material y jurídica, dado que el señor Gonzales falleció en el transcurso de la tramitación del presente expediente. No obstante, este hecho no debilita la imputación en tanto la presencia del señor Gonzales en el cargo de Gerente General se dio dentro del periodo de la comisión de las infracciones imputadas.

²⁴ Artículo 31° del Reglamento General para la Solución de Controversias entre Empresas y artículo 5° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Información Confidencial del OSIPTEL.

Al respecto, el artículo 2° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Información Confidencial del OSIPTEL (en adelante, TUO del Reglamento de Confidencialidad) en concordancia con el artículo 17° del Texto Único de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública establece que tendrán el carácter de confidencialidad, entre otras, lo relacionado con la información protegida por el secreto bancario, **tributario**, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política, y los demás por la legislación pertinente.

Asimismo, el artículo 11° del TUO del Reglamento de Confidencialidad establece que la información elaborada por el OSIPTEL o la suministrada por terceros, que revele información confidencial de las empresas, recibirá el trato aplicado a la información confidencial o restringida, dependiendo de la calificación de la información que sirvió de fuente.

Sobre el particular, se requirió información a la Gerencia de Administración y Finanzas (GAF)²⁵ sobre los montos mensuales y anuales de los aportes por supervisión de las Investigadas, así como los ingresos que formaban parte de su base imponible, respecto al período de la comisión del ilícito. Ello a fin de conocer los ingresos obtenidos por parte de estas empresas con motivo de la prestación de servicios de televisión de paga sin contar con concesión (y así estimar las ganancias ilícitas producto de esta práctica desleal). Cabe indicar que también se solicitó a la GAF dicha información respecto a otras empresas de televisión por cable, a fin de realizar estimaciones promedio en caso las empresas Investigadas no hubieran presentado sus Declaraciones Juradas al OSIPTEL con motivo del pago de aportes.

Al respecto, la GAF remitió a la STCCO dicha información mediante correos electrónicos de fechas 25²⁶ y 30 de mayo del 2014²⁷, precisando que dicha información es confidencial porque se encuentra protegida por la Reserva Tributaria. Al respecto, este Cuerpo Colegiado debe otorgar a dicha información sobre ingresos y aportes el mismo tratamiento de reserva aplicado por la GAF, en aplicación del artículo 11° de TUO del Reglamento de Confidencialidad. En efecto, se observa que el Código 106 de la Lista Enunciativa de Información Pública y Confidencial, aprobada mediante Resolución 053-2004-CD-OSIPTEL, establece que la información sobre el monto de los Aportes al OSIPTEL debe ser considerada como confidencial en la medida que se encuentra protegida por el secreto tributario²⁸. Por ende, la información contenida en los correos de fechas 25 y 30 de mayo remitidos por la GAF para el presente procedimiento, debe ser declarada como confidencial.

²⁵ Mediante correos de fecha 23 y 27 de mayo de 2014, enviados por funcionarios de la STCCO a funcionarios de la GAF.

²⁶ Se recibió información referida a ingresos y aportes de todas las empresas de telecomunicaciones que presentaron Declaraciones Juradas por aportes para el año 2013.

²⁷ Se recibió información referida a ingresos y aportes de las empresas Cable Zofri (del año 2005 al 2010) y Cable Laser (del año 2010 al 2012).

²⁸ Código 106 de la Lista Enunciativa de Información Pública y Confidencial, aprobada mediante Resolución 053-2004-CD-OSIPTEL.

La información sobre el monto mensual y anual del Aporte por Regulación que efectúan las empresas operadoras bajo el ámbito del OSIPTEL 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 sobre ello.

De otro lado, de la información presentada por las Investigadas, este Cuerpo Colegiado observa que, mediante su escrito de descargos presentado el 29 de abril de 2014, TV Chanchamayo ha presentado Declaraciones Juradas y Recibos de Pago por aportes al OSIPTEL, correspondientes al período 2005-2013. Asimismo, mediante su escrito de descargos presentado el 29 de abril de 2014, Tele Chanchamayo ha remitido Declaraciones Juradas y Recibos de Pago por aportes al OSIPTEL, correspondientes a los años 2013 y 2014. Al respecto, estos documentos contienen información protegida por el secreto tributario, por los argumentos expuestos en el párrafo precedente; por consiguiente, corresponde declarar como confidencial la referida información y otorgarle el tratamiento reservado correspondiente.

VI. ANALISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

En la resolución que da inicio al presente procedimiento, este Cuerpo Colegiado estableció que el acto constitutivo de la presunta infracción en la que habrían incurrido Las Investigadas consistiría en prestar servicios públicos de telecomunicaciones sin contar con una concesión vigente; mediante lo cual las referidas empresas podrían estar perjudicando a sus competidores en el mercado de televisión por cable y reduciendo el bienestar de los usuarios finales.

En ese sentido, se procederá a determinar si Las Investigadas han prestado el servicio de televisión por cable sin contar con una concesión vigente, generando así una ventaja competitiva propia del acto de competencia desleal por violación de normas.

6.1. La Competencia Desleal en la modalidad de Violación de Normas

El artículo 14.1 de la LRCD establece que constituye acto de competencia desleal por violación de normas el valerse de una ventaja significativa lograda a través de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de una norma imperativa²⁹.

Conforme a ello, para que se configure la infracción citada deben de presentarse los siguientes requisitos en forma concurrente:

- a) Que se acredite la infracción de una norma imperativa; y,
- b) Que dicha infracción le genere al agente una ventaja significativa en el mercado en que concurre.

²⁹ LRCD

Artículo 14.- Actos 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,

b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren

obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

En relación a la acreditación de la infracción de una norma imperativa, el artículo 14.2. de la LRCD establece dos supuestos. El primer supuesto, requiere una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique la infracción. El segundo supuesto, imputado a Las Investigadas en el presente procedimiento, se relaciona con el hecho de que el agente económico concurrente, que debería contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieran obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. Respecto a este supuesto, la omisión, negativa o imposibilidad de exhibir o entregar las referidas autorizaciones, licencias o contratos, evidencia la existencia de la infracción del ordenamiento que exige contar con éstas.

Al ser las conductas investigadas en el presente expediente relativas a la oferta del servicio de televisión por cable sin contar con el título habilitante (concesión) para concurrir lícitamente en dicho mercado, será aplicable el literal b) del artículo 14.2 de la LRCD. Al respecto, la norma imperativa que obliga la tenencia de una concesión (actual y vigente) para prestar el servicio de televisión por cable es el artículo 121° del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC – TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones³⁰.

Finalmente, cabe indicar que, en virtud del artículo 51 de la LRCD, el plazo de prescripción de las infracciones recogidas en dicho cuerpo normativo es de 5 años. En ese sentido, en el caso de infracciones continuadas –como las investigadas en el presente procedimiento–, el cómputo del plazo se contará desde que la conducta investigada hubiese cesado.

6.2. Aplicación al caso materia de análisis

Debido a la naturaleza de los hechos investigados se propone evaluar, de forma preliminar, la ventaja significativa que pueden generar los casos en los cuales una empresa que este obligada a contar con autorizaciones, permisos, títulos habilitantes, preste un servicio sin contar con los mismos.

6.2.1. Sobre la ventaja significativa

El artículo 14 de la LRCD señala lo siguiente:

“Artículo 14.-Actos 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:

(...)

b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente”. (Subrayado agregado)

³⁰ TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 121.- Régimen de concesión

Los servidores portadores, finales y de difusión de carácter público, se prestan bajo el régimen de concesión, la cual se otorga previo cumplimiento de los requisitos y trámites que establecen la Ley del Reglamento y se perfecciona por contrato escrito aprobado por el Titular del Ministerio. (Subrayado agregado)

Como se puede observar, el acto de violación de normas presenta dos elementos: (i) una conducta consistente en la infracción de una norma; y, (ii) un efecto real o potencial que radica en la consecución de una ventaja competitiva significativa como resultado de la infracción.

En ese sentido, para que el Cuerpo Colegiado pueda declarar una conducta de violación de normas como desleal y en consecuencia sancionarla, deberá evaluar si es que ésta le genera una ventaja significativa (es decir, si es que le produce una mejora significativamente en su posición competitiva).

Respecto a la definición de la *ventaja significativa*, ésta se entiende como todo aquel concepto que genera en el infractor una mejor posición competitiva. Entre dichos conceptos se tiene tanto (i) a los ingresos percibidos durante la concurrencia ilícita en el mercado como (ii) al ahorro de costos como resultado del incumplimiento de una norma imperativa, lo cual le genera una ventaja significativa frente a sus competidores que no responde a su eficiencia económica y crea una situación de ruptura de condiciones de igualdad entre los agentes participantes en un mercado determinado.

Sobre este tema, la exposición de motivos de la LRCD indica:

“(...) la realización de una actividad económica, sin los respectivos contratos o títulos, constituye un acto de competencia desleal cuando el agente infractor decide no incurrir en los costos requeridos para adecuar su actividad a los parámetros establecidos por las normas vigentes, situación que lo coloca en ventaja significativa respecto de los agentes que sí incurren en dichos costos.

Debe considerarse que, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, queda claro que la concurrencia en el mercado sin contar con los contratos o títulos respectivos, constituye un acto típicamente desleal, ya que otorga una ventaja económica a un agente determinado en perjuicio directo de los demás concurrentes en el mercado. En tal sentido, para determinar la deslealtad de dicha práctica bastará con verificar si el agente investigado cuenta con las autorizaciones respectivas para realizar su actividad económica. (...) En este punto, vale destacar que el Decreto Legislativo ha tenido como una de sus líneas matrices, el combate de la informalidad en las actividades económicas, la misma que impacta negativamente en los agentes del mercado que ajustan su actividad al ordenamiento vigente y dificulta el desarrollo de un sistema económico eficiente”. (Subrayado agregado)

En concordancia con la exposición de motivos citada, la acreditación de la ventaja significativa es de tipo objetiva. Es decir, basta con comprobarse la no tenencia del título habilitante (es decir, que nunca contó con el referido título o que el mismo no se encuentra vigente) que permite desarrollar determinada actividad para que estemos ante una conducta desleal. En concreto, se deberá acreditar si es que el agente económico “X” cuenta o no con una concesión que le habilite para brindar el servicio de televisión por cable. Solo después de haberse comprobado la no tenencia de la concesión, corresponderá aplicar una sanción al agente infractor.

Esta misma postura fue recogida recientemente en la Resolución N° 3541-2012/SDC-INDECOPI (Expediente N° 061-2011/CCD), en la cual se indicó lo siguiente:

“(...) según la Exposición de Motivos, el agente económico que no incurre en los costos requeridos para contar con el título habilitante y, en consecuencia, opera en el mercado sin la autorización respectiva obtiene una ventaja significativa per se. Es decir, es la concurrencia misma en el mercado la que representa una ventaja significativa para el agente infractor, lo que permite presumir el incumplimiento de los requisitos establecidos en la norma sectorial que debe reunir un agente económico que pretenda

operar en el mercado en observancia de la ley. Estos requisitos involucran costos que son ahorrados por el infractor y asumidos por otros agentes competidores.

Así, la ventaja significativa representa el ahorro del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa, observándose que el ahorro de costos del cual se beneficia le permite alterar las condiciones de competencia, al mejorar su posición competitiva en el mercado, como por ejemplo ofreciendo previos más baratos que no se debe a una eficiencia comercial, sino a la infracción de una norma imperativa.

Dicha situación genera una ruptura de las condiciones de igualdad que deben prevalecer en la lucha concurrencial que se realiza en el mercado puesto que la conducta infractora logra una ventaja para el infractor que no obedece a su eficiencia o mayor competitividad, esto es, a precios menores o mejor calidad, sino al incumplimiento de la ley". (Subrayado agregado)

No obstante que se ha indicado que la corroboración de la *ventaja significativa* es del tipo objetivo (*per se*) en estos casos, este Cuerpo Colegiado considera adecuado, para una correcta tutela del debido procedimiento y motivación en favor de Las Investigadas, sustentar cuáles son en específico los costos que son ahorrados por los agentes que brindan de forma informal el servicio de televisión por cable.

El agente que concurre en el mercado sin contar con concesión no estaría internalizando los siguientes costos: (i) el aporte correspondiente al OSIPTEL por ser un operador de servicios públicos de telecomunicaciones; (ii) el aporte correspondiente al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones – FITEL³¹ (iii) las metas de expansión y crecimiento que le impone el MTC en su contrato de concesión año a año; y, (iv) el cumplir con la calidad mínima en la prestación del servicio.

Sin perjuicio de ello y como se ha señalado anteriormente, sólo se deberán acreditar los hechos de la infracción a la norma imperativa (concurrir en el mercado sin concesión) para que esta STCCO recomiende que el Cuerpo Colegiado determine en su resolución final que alguna de Las Investigadas ha incurrido en la infracción al artículo 14 de la LRCD.

VII. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

A efectos de realizar un correcto análisis de los puntos controvertidos en el presente caso, este Cuerpo Colegiado deberá determinar si Las Investigadas concurrieron ilícitamente en el mercado de televisión por cable para así declarar la existencia de una “ventaja significativa” producto de la no tenencia del respectivo título habilitante. A continuación se procede a analizar la conducta de cada uno de los imputados y sus argumentos expuestos a lo largo del procedimiento:

7.1. TV Cable

Producto de las indagaciones preliminares ejecutadas en el mes de abril de 2012, las Oficinas Desconcentradas del OSIPTEL le comunicaron a la STCCO que TV Cable estaría brindando de forma irregular el servicio de televisión por cable en los departamentos de Arequipa y Puno, luego de que la STCCO hizo una primera búsqueda en el registro de concesiones del MTC³², no encontró ninguna concesión otorgada a nombre de “TV Cable S.A.C.”.

³¹ Desde el año 2012, con la entrada en vigencia de la Ley N° 29904 – Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, se pone incluye en la obligación de aportes al FITEL a los operadores de televisión por cable.

³² La búsqueda fue realizada el día 03 de setiembre de 2012.

No obstante lo indicado, de lo expuesto en los descargos de TV Cable, así como de las acciones de supervisión realizadas por Jorge Luis Murillo Herrera, funcionario representante de OSIPTEL, en “Calle Mercaderes 212, Int. 503 – Arequipa” el día 11 de abril de 2013; y de las acciones de supervisión realizadas por Jasmany Poma Palma, funcionario responsable de OSIPTEL, en “Jirón Lambayeque 190 – Puno”, los días 12 de abril y 06 de mayo de 2013; y en “Jirón San Román 340, San Román – Puno”, el día 15 de abril; se pudo observar que el referido administrado (i) sí cuenta con concesión vigente para brindar el servicio de televisión por cable³³ y (ii) se encuentra brindando el servicio de televisión por cable en las ciudades de Puno y Juliaca.

En ese sentido se observó que la imputada cambió su razón social de “TV Cable S.A.” (Razón social con la cual el MTC le otorgó las concesiones) a “TV Cable S.A.C.” en el año 2009. Por ese motivo, en la búsqueda inicial que realizó la STCCO en el registro del MTC, a fin de corroborar la información suministrada por las Oficinas Desconcentradas del OSIPTEL, no figuró concesión alguna otorgada a nombre de “TV Cable S.A.C.”.

En consecuencia, este Cuerpo Colegiado considera que TV Cable estaría habiendo lícitamente en el mercado de televisión por cable y por consiguiente se deberá declarar infundada la imputación en su contra en el presente procedimiento.

7.2. Señor De la Cruz

En el marco de las indagaciones preliminares, la Oficina Desconcentrada de Junín le comunicó a la STCCO que el señor De la Cruz estaría brindando el servicio de televisión por cable en Junín.

Producto de estas primeras indagaciones, con fecha 03 de setiembre de 2012, la STCCO realizó una búsqueda en el registro de concesiones del MTC a fin de cruzar información con lo comunicado con la Oficina Desconcentrada de Junín del OSIPTEL. Como consecuencia de dicha búsqueda, se corroboró que la concesión del señor De la Cruz fue resuelta en el año 2011.

No obstante, de acuerdo a lo señalado en el acta de la supervisión realizada por José Luis Maldonado, funcionario representante de OSIPTEL, con fecha 06 de mayo de 2013, se observó que el señor De la Cruz no brindó el servicio de televisión por cable pese a contar con concesión hasta el año 2011³⁴ (siendo este motivo por el cual el MTC resolvió su concesión mediante Resolución Ministerial N° 639-2011-MTC/03). Asimismo, mediante la supervisión de fecha 06 de mayo de 2013, la STCCO constató que el administrado no brinda el servicio de televisión por cable en la actualidad.

Por estas razones, este Cuerpo Colegiado considera que el señor De la Cruz no habría infringido el artículo 14 de la LRCD y en consecuencia, deberá declararse infundada la imputación en su contra.

³³ Concesiones otorgadas a nombre de la empresa “T.V. Cable S.A.”, mediante Resoluciones Ministeriales N° 178-97-MTC/15.03 y 225-97-MTC/15.03.

³⁴ Concesión otorgada mediante Resolución Ministerial N° 666-2004-MTC/03 de fecha 3 de setiembre de 2004.

7.3. TV Sucre

Como consecuencia de las indagaciones preliminares, la STCCO fue alertada por la Oficina Desconcentrada de Ayacucho de OSIPTEL que la empresa TV Sucre estaría brindando el servicio de televisión por cable.

En ese sentido, la STCCO realizó el 03 de setiembre de 2012 una búsqueda en el registro de concesiones del MTC en el cual no figuró ninguna concesión otorgada a nombre de TV Sucre.

No obstante, de lo manifestado en los descargos de TV Sucre y de las acciones de supervisión efectuadas por Juan Carlos Villalobos Linares, funcionario responsable de OSIPTEL, en “Pasaje Las Azucenas N° 3808-38010, Los Olivos – Lima”, el 16 de mayo de 2013; y, en “Calle Laurel Rosa N° 247, Surquillo – Lima”, el 22 de abril de 2013, se observó que TV Sucre no brindó el servicio de televisión por cable y en consecuencia, no concurrió de forma ilícita en dicho mercado.

Por esta razón, corresponderá declararse infundada la imputación en contra de TV Sucre.

7.4. Procomtel

7.4.1. Análisis de los argumentos de defensa

Antes de analizar la conducta de Procomtel, este Cuerpo Colegiado considera adecuado antes analizar los argumentos de defensa de este administrado.

- La renuncia del señor Orozco no habría surtido efectos

A decir de Procomtel, la renuncia del señor Orozco al cargo de Gerente General de Procomtel no habría surtido efectos en tanto no se había seguido el procedimiento señalado en el estatuto social de la empresa (aceptación de la renuncia por parte de la sociedad y su respectiva inscripción en Registros Públicos)³⁵. No obstante, debe señalarse que el procedimiento societario que regula la administración interna de Procomtel, no es vinculante a la LRCD, la cual determinará la responsabilidad administrativa en virtud de la primacía de la realidad³⁶ y de una evaluación si en los hechos el señor Orozco continúa dirigiendo Procomtel o no.

- La responsabilidad de Procomtel por los actos del señor Orozco

Procomtel ha señalado que no debería verse afectado por quien ella considera como su Gerente General a la fecha, el señor Orozco. Cabe señalar que el artículo 3, numeral 2 de la LRCD, señala “las personas naturales que actúan en nombre de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, por encargo de éstas, les genera con sus actos responsabilidad sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación”

³⁵ Cabe señalarse que Procomtel no presentó el estatuto social de Procomtel que respaldase dicha afirmación.

³⁶ LRCD

Artículo 5.- Primacía de la realidad

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. (...)

civil” (Subrayado agregado). En ese sentido, se observa que los actos del señor Orozco dentro de su función de Gerente General de Procomtel le habrían generado responsabilidad administrativa a la sociedad por haberse beneficiado por la concurrencia ilícita en el mercado de televisión por cable, siendo indiferente para la materia de este procedimiento si es que los demás accionistas conocían de este hecho o no.

- La responsabilidad de los demás accionistas de Procomtel

El señor Aparicio Dionisio Quintana Zevallos, identificado con DNI N° 07770735, en su calidad de accionista de Procomtel, indicó no tener responsabilidad administrativa por la infracción del artículo 14 de la LRCD en tanto habría desconocido sobre la concurrencia ilícita de Procomtel. Al respecto, debe señalarse que al no haber sido imputado en el presente procedimiento, este Cuerpo Colegiado no puede pronunciarse sobre la responsabilidad de este accionista (sin que esto signifique que su no imputación signifique una ausencia de responsabilidad).

7.4.2. Análisis de la conducta

Conforme al resultado de las investigaciones expuestas en el Informe Instructivo, y observando así el registro de concesiones del MTC, la acción de supervisión realizada por Franco Mendoza Yañe el 14 de mayo de 2013 en “Jr. Huáscar 667, Sucre – Ayacucho”, la entrevista llevada a cabo con el señor Orozco el 01 de julio de 2013 y los escritos presentados por los señores Crescencio Orozco Moreyra, Aparicio Dionisio Quintana Cevallos y Ciriano Salcedo Mendoza (miembros de Procomtel), este Cuerpo Colegiado observa lo siguiente de Procomtel:

- Respecto a la tenencia de una concesión

De las declaraciones recogidas en la entrevista de fecha 01 de julio de 2013 sostenida con el señor Orozco, quien ejerció de facto el cargo de Gerente General de Procomtel hasta el 22 de octubre de 2012³⁷, de las actas de supervisión y del registro de concesiones del MTC se observa que Procomtel nunca ostentó concesión para brindar el servicio de televisión por cable.

³⁷ Se copia extracto de la entrevista de fecha 01 de julio de 2013:

“(…)

Rodrigo López (miembro de la STCCO): Y la concesión con la que operaron el servicio de televisión por cable, ¿estaba a nombre de quién?

El señor Orozco: No, nunca hemos tenido este... nunca hemos tenido lo que se llama...

Rodrigo López y Zaret Matos (miembros de la STCCO): Concesión.

El señor Orozco: Concesión... digamos.

“(…)

El señor Orozco: Sí. Entonces siempre mi preocupación era justo digamos de que debemos regularizar... pero yo decía para qué... y algunas fechas que ha pasado que transportes y comunicaciones decía no es de Radio Sucre y como Radio Sucre tiene licencia entonces siempre ha ido cubriendo ese vacío.

Israel Coello (miembro de la STCCO): Claro, tiene licencia para radio.

El señor Orozco: Entonces cuando yo le decía que... no, me dijo, Orozco es el que quiere digamos hacer eso porque él va a hacer su, como se llama... con su concesión va a lograr como tiene empresas, como tiene radio, entonces va a... entonces, la idea... un poco de envidia por cosas que no han querido nunca, ¿no? Entonces, tal es el caso que últimamente me buscan ya no como gerente, desde luego, sino como socio –yo no he renunciado como socio, sino como gerente–... para hacer este... que vamos a desactivar hasta ver la forma digamos de regularizar los documentos y vamos a desactivar (...).”

- Respecto a la prestación de servicio de televisión por cable

De las declaraciones recogidas en el acta de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013³⁸, el dependiente de Procomtel, el señor Vladimir Suarez Atahua– señaló que Procomtel habría brindado el servicio de televisión por cable desde el año 2008³⁹. No obstante, de las declaraciones recogidas del ex Gerente General, el señor Orozco, en la entrevista de fecha 01 de julio de 2013⁴⁰, se menciona que Procomtel habría brindado el servicio de televisión por cable desde el año 2005.

A pesar de que la STCCO determinó como fecha de inicio de operaciones el año 2008, este CCO considera que la fecha señalada por el entonces Gerente General de Procomtel, el señor Orozco, es la que debería tomarse en cuenta, ya que al existir dos versiones sobre la fecha de inicio de operaciones, debería prevalecer lo manifestado por quien reconoció haber ocupado el puesto de Gerente General de la empresa; es decir, por quien tuvo a cargo la dirección y representación de la empresa durante esos años. Al respecto, la misma empresa ha reconocido en varias ocasiones al señor Orozco como Gerente General de Procomtel, manifestando incluso que lo es en la actualidad.

Por lo tanto, Procomtel habría brindado el servicio de televisión por cable desde el año 2005.

- Respecto a la continuación del servicio

De las declaraciones recogidas del ex Gerente General de Procomtel, el señor Orozco, en la entrevista de fecha 01 de julio de 2013, menciona que Procomtel habría brindado el servicio de televisión por cable desde el año 2005. En la acción de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013, el dependiente de Procomtel señaló que se brindó el servicio de televisión por cable hasta abril de 2013. Adicionalmente, se apreció un acta de acuerdo, de fecha 08 de mayo de 2013, suscrita por los socios de Procomtel, en la que se decide desactivar el servicio de televisión por cable. Por ello, el Informe

³⁸ Se copia extracto de acta de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013:

“El representante de PROCOTEL SUCRE respondió lo siguiente:

La empresa brinda el servicio desde el 2008 y según manifiesta el representante se brindó el servicio hasta abril del 2013. Actualmente no cuenta con abonados activos y cuenta con recibos (boleto de venta) hasta el mes de abril”.

³⁹ Este CCO recoge lo mencionado por la STCCO en el Informe Instructivo, en lo referido a la aplicación del principio de veracidad al existir dos versiones sobre la fecha de inicio de operaciones. Una expuesta por el entonces Gerente General, el señor Orozco (donde se indica como fecha de inicio el año 2005) y otra versión expuesta por un dependiente del mismo administrado (fecha en la que se indica el año 2008 como fecha de inicio de operaciones).

⁴⁰ Se copia extracto de la entrevista de fecha 01 de julio de 2013:

(...)

Rodrigo López (miembro de la STCCO): Y, ¿en qué año empezó Procomtel a brindar el servicio de televisión por cable?

El señor Orozco: En el año 2000-2001 más o menos...

Rodrigo López: En el año 2001...

El señor Orozco: Pero entonces no contábamos desde luego con lo que es telecable, ¿no? Era otro rubro, que es telefonía.

Israel Coello (miembro de la STCCO): ¿Y más o menos cuándo comenzó a prestar telecable?

El señor Orozco: Más o menos habrá comenzado el año 2005 más o menos.

(...)

Instructivo indica que se habría demostrado que Procomtel brindó el servicio de televisión por cable desde el año 2008 hasta, por lo menos, el 08 de abril de 2013⁴¹.

Adicionalmente, se copia una de las boletas de venta de Procomtel emitida con fecha 28 de abril de 2013, con la cual se evidencia que la empresa Procomtel estaría prestando el servicio de televisión por cable, por lo menos hasta abril de 2013:

PRODUCCIONES, COMERCIALIZACIÓN
Y TELECOMUNICACIONES
PROCOMTEL - SUCRE - S.C.R.L.TDA.

RUC. 20452237289
BOLETA DE VENTA
002-Nº 03691

Oficina en Lima:
Av. La Paz 584, Teléfono 445 4506, Miraflores - Lima.
Oficina en Sucre:
Jr. Francisco 667 - Quercuani
Celular: 966 532250 / 925181477
RPM: 80162250

Señor (es): Alexis Antezana Doc. Ident. _____

Dirección: _____

CANT.	DESCRIPCIÓN	P. UNIT.	IMPORTE
082	MES DE CABLE	25.00	25.00
		TOTAL S/	25.00

USUARIO _____

CANCELADO

(Boleta extraída del acta de supervisión de fecha 14.05.13)

Al respecto, este Cuerpo Colegiado concuerda con la STCCO en señalar abril de 2013, como fecha de fin del servicio de televisión por cable⁴²; sin embargo, considera que debe fijarse como fecha de inicio de operaciones la señalada por el ex Gerente General de Procomtel, por las razones ya expuestas.

En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que se habría configurado la infracción al artículo 14 de la LRCD y en consecuencia, se deberá declarar fundada la imputación en contra de Procomtel por concurrir ilícitamente en el mercado desde el año 2005 hasta, por lo menos, abril de 2013 inclusive.

7.5. El señor Orozco

Mediante la resolución N° 004-2013-CCO/OSIPTEL, de fecha 18 de diciembre de 2013, este CCO decidió incluir en el presente procedimiento en calidad de imputado a quien hubiera ejercido el cargo de Gerente General de Procomtel, el señor Orozco, al tomar conocimiento de una presunta participación directa durante un espacio de tiempo en la infracción del artículo 14 de la LRCD.

⁴¹ La STCCO tomo en cuenta las declaraciones del dependiente de Procomtel –recogidas en el acta de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013–, en las que se observa que Procomtel brindó el servicio de Televisión por Cable desde el año 2008 hasta abril de 2013. Por ello, en virtud del principio de presunción de veracidad antes indicado, la STCCO consideró que Procomtel brindó el servicio desde el año 2008 hasta abril de 2013.

⁴² Esto se concluye de las declaraciones del dependiente de Procomtel, recogidas en el acta de supervisión de fecha 14 de mayo de 2013, y de la boleta emitida con fecha 28 de abril de 2013. El acuerdo de fecha 08 de mayo de 2013, por el cual los socios deciden desactivar la empresa no hace mas que demostrar el fin de la prestación del servicio de televisión por cable, al haberse acordado además de desactivar el servicio, desmontar y almacenar los equipos, así como proceder a la suspensión del RUC.

Comprobada la concurrencia ilícita de Procomtel, cabe indicar que la STCCO corroboró la injerencia del señor Orozco en la conducta de competencia desleal, en su calidad de Gerente General, y por declaraciones propias, como consta en el Expediente. Al respecto, si bien la STCCO ha señalado que la dirección de la actividad comercial de Procomtel fue ejercida por el señor Orozco hasta el 22 de octubre de 2012 (cuando presenta su renuncia por carta), este Cuerpo Colegiado observa que, con anterioridad había sido destituido de dicho cargo por la Junta de Accionistas⁴³ y que este hecho lo indica el Señor Orozco en la carta mediante la cual presenta su renuncia en el 2012. En relación a esta sucesión de hechos, este Cuerpo Colegiado conviene considerar lo más beneficioso para el Señor Orozco y tomar la fecha del 28 de marzo de 2010 como el fin de período de su conducta en el presente caso. En efecto, este Cuerpo Colegiado considerará que la conducta fue desplegada con conocimiento del señor Orozco, quien dirigió la actividad comercial de Procomtel desde el 2005⁴⁴ hasta, por lo menos el 28 de marzo de 2010 (fecha en la que fue destituido del cargo como consta en el Libro de Actas N° 1 de Procomtel).

En consecuencia, a fin de que se emita una decisión que pueda disuadir al agente infractor de incurrir nuevamente en la conducta y en especial en casos de agentes económicos que han operado por largo tiempo de manera informal, la STCCO consideró pertinente imputar responsabilidad de la infracción administrativa tanto a Procomtel como al señor Orozco, por ser el gestor de dicha conducta.

Al respecto, cabe señalar que la sanción de una persona natural busca que, al realizar determinada conducta, considere las consecuencias en el mercado de su conducta y no pretenda protegerse en la ficción de la persona jurídica. En otras palabras, busca que las personas naturales también sean responsables por sus decisiones y actos. Cabe recordar que toda persona jurídica implica una ficción, pues no tiene existencia propia en la realidad. En ese sentido, las decisiones y actos que se adoptan y llevan a cabo al interior de una persona jurídica son realizadas, en la práctica, por las personas naturales que integran sus órganos directivos y gerenciales.

Por lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que se debe imputar al señor Orozco la concurrencia ilícita de Procomtel desde el 2005 (año en el que se empieza a brindar el servicio de televisión por cable) hasta el 28 de marzo de 2010 y en consecuencia, declararse fundada la imputación en su contra.

7.6. Cable Laser

La defensa de Cable Laser se ha basado en dos argumentos: (i) Respecto a la no tenencia de un título habilitante para concurrir en el mercado de televisión por cable, indica que aún tendría su concesión vigente en tanto existiría un proceso contencioso administrativo pendiente respecto a la resolución de su título habilitante; y, (ii) en

⁴³ Del Acta de Junta General de Accionistas de fecha 28 de marzo de 2010, la cual se encuentra en el Libro de Actas N° 1 de Procomtel, consta el acuerdo por el cual se aprobó la destitución del cargo de Gerente General al Sr. Orozco (además de suspenderle el ejercicio de sus derechos como socio), procediéndose a nombrar como nuevo Gerente General al Sr. Dionisio Quintana Zevallos. A su vez, de la revisión del estatuto de la empresa, inscrito en Registros Públicos, el cual señala que “los Gerentes pueden ser separados de su cargo por acuerdo adoptado con el voto favorable de los socios que representen la mayoría del capital social”, lo cual se infiere de la revisión de la mencionada acta de Junta General de Accionistas.

⁴⁴ Si bien en el año 2002 se inscribe en Registros Públicos el nombramiento del Sr. Orozco como Gerente General de Procomtel (cabe señalar que de la revisión de la partida registral de la empresa, se indica en su estatuto que el cargo de Gerente es de duración indefinida), es desde el año 2005, según declaraciones del propio Sr. Orozco, que Procomtel empezó a iniciar sus operaciones comerciales en el mercado de televisión por cable, tal y como se ha considerado en el análisis referido a la conducta de Procomtel.

cuanto a la continuación de la prestación del servicio, indica que tendría la facultad de continuar prestándolo en estricto cumplimiento de su contrato de concesión.

Dicho esto, Cable Laser estaría cuestionando la ejecutividad del acto administrativo que declaró resuelta su concesión (en estricto, la Resolución Ministerial N° 279-2011-MTC/03 de fecha 15 de abril de 2011 y publicada el 21 de abril de 2011) en tanto estaría pendiente de resolverse la causa en la vía contencioso administrativa.

Cabe indicar que según el artículo 192 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) “Los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley” (Subrayado agregado). Así, se entiende que la ejecutividad de todo acto administrativo es la regla en el Derecho Administrativo salvo las excepciones mencionadas en dicho artículo⁴⁵. Por consiguiente, el acto administrativo que declara resuelta la concesión le es oponible al administrado, sin que la ejecutividad de dicho acto administrativo se vea suspendida por la impugnación de la referida decisión (en el presente caso, la Resolución Ministerial N° 279-2011-MTC/03)⁴⁶. No obstante, de lo manifestado por Cable Laser en su defensa –o de las investigaciones realizadas por la STCCO– no se desprende ninguna de las excepciones indicadas en el referido artículo.

A pesar del carácter ejecutivo –y por ende, de obligatorio cumplimiento– del acto que declara resuelta la concesión de Cable Laser⁴⁷, el administrado ha argumentado un supuesto de excepción no previsto en el artículo 192 de la LPAG: A decir de Cable Laser, la cláusula vigésima, numeral 2, de su contrato de concesión la habilitaría a continuar con la prestación del servicio de televisión por cable a pesar de haber sido resuelto. Sin embargo, al observarse la referida cláusula en el modelo de contrato de concesión para el servicio del MTC se desprende que la referida facultad no es propia

⁴⁵ Respecto a la ejecutividad del acto administrativo, en el fundamento 44 del Expediente N° 0015-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: “La ejecutividad del acto administrativo está referida al atributo de eficacia, obligatoriedad, exigibilidad, así como al deber de cumplimiento que todo acto regularmente emitido conlleva a partir de su notificación; está vinculada a la validez del acto administrativo”.

Asimismo, a nivel doctrinario, Morón ha indicado:

“La denominada ejecutividad del acto administrativo alude al común atributo de todo acto administrativo de ser eficaz, vinculante o exigible, por contener una decisión declaratoria o una certificación de la autoridad pública. En este sentido, la ejecutividad equivale a la aptitud que poseen los actos administrativos –como cualquier acto de autoridad– para producir frente a terceros las consecuencias de toda clase que conforme a su naturaleza deben producir, dando nacimiento, modificando, extinguiendo, interpretando, o consolidando la situación jurídica o derechos de los administrados. Por su naturaleza este atributo resulta suficiente para garantizar el cumplimiento de las denominadas decisiones administrativas (...) tales como: i) Los actos desprovistos de realización operativa, en los que per se producen efectos jurídicos inmediatos, tales como los actos administrativos declarativos, los actos conformadores (licencias, autorizaciones), los actos certificadores (certificado de supervivencia o domicilio) o los actos registrales (partida de nacimiento o defunción) (...)”⁴⁵(Subrayado agregado) [Cita extraída de la página 550 de Juan Carlos Morón, “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, 9ª edición del año 2011]

⁴⁶ LPAG

Artículo 216.- Suspensión de la ejecución

216.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado. (...)

⁴⁷ Sobre la noción de obligatorio cumplimiento de las decisiones del MTC que extinguen derechos de títulos habilitantes (como las que declaran resueltas las concesiones) ver las Resoluciones N° 170-2011/CCD-INDECOPI y 3541-2012/SDC-INDECOPI. En dichos caso, INDECOPI sancionó al administrado por haber concurrido en el mercado de radiodifusión a pesar de tener pendiente una decisión en la vía contencioso administrativa.

del concesionario (Cable Laser) sino que es una facultad discrecional del concedente (MTC):

20.02 EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN, RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, CANCELACIÓN DEL REGISTRO Y CONTINUACIÓN DEL SERVICIO

En caso de extinción o resolución del presente Contrato o cancelación de EL REGISTRO conforme con lo establecido por las cláusulas décimo séptima, décimo octava y vigésima, EL MINISTERIO, en defensa del interés de los USUARIOS, podrá establecer unilateralmente medidas temporales que garanticen la continuación del(de los) SERVICIO(S) REGISTRADO(S), las mismas que EL CONCESIONARIO se compromete a cumplir.

(Extracto de modelo de contrato de concesión del MTC)

En ese sentido, y al no haberse probado la ejecución de dicha facultad por parte del MTC, no sería cierto que Cable Laser ostentase la facultad de continuar concurriendo lícitamente en el mercado de televisión por cable.

Respecto a la continuación de la prestación del servicio de televisión por cable, se observa que el administrado no ha negado la continuación del mismo. Por el contrario, de las afirmaciones de Cable Laser, esta afirma que continúa brindando el servicio. Adicionalmente, señala que de presentarse un escenario adverso en el cual la vía contencioso administrativa le fuese desfavorable, Cable Laser estaría facultado a continuar prestando el servicio.

A continuación se copia un extracto del escrito de descargos, de fecha 04 de abril de 2013, presentado por Cable Laser:

7.- Con relación a la continuación del servicio, debemos recordar que el Contrato de Concesión en el numeral 20.02 de la Clausula Vigésima, **contempla la continuación del servicio, como un medio de defensa del interés de los usuarios**, llegando a permitir que se establezcan medidas que garanticen el servicio prestado por la Concesionaria, mediante un compromiso de cumplimiento, **aún cuando** la Concesión se haya extinguido, **se resuelva el Contrato de Concesión** o se cancele el Registro.

8.- En el caso de mi representada, en la eventualidad que **al termino del proceso contencioso** y el agotamiento de los recursos accesorios que la Ley le franquea para su defensa, **el resultado fuera desfavorable, se vería en la situación descrita en el párrafo anterior, es decir deberá tomar las medidas necesarias, en protección de los usuarios del servicio**, considerando que todos son familias de escasos recursos que no podrían pagar las tarifas de las empresas que podían operar en esa zona de Lima (Telefónica S.A.A. o DirecTV) ya que es conocido que estas empresas tiene tarifas exorbitantes y CABLE LASER S.A.C., les ofrece una tarifa reducida de carácter social.

(Extracto de escrito de descargos de Cable Laser)

Por los fundamentos de hecho y derecho expuestos, este Cuerpo Colegiado considera que Cable Laser ha infringido el artículo 14 de la LRCD por concurrir ilícitamente en el mercado del servicio de televisión por cable desde el 15 de abril de 2011⁴⁸ hasta, por

⁴⁸ **Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones – Decreto Supremo N° 013-93-TCC**

Artículo 137.- Causales de resolución del contrato

(...)

10. La redistribución parcial o total, a través del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, de la señal o programación proveniente de otro concesionario del mismo servicio, siempre que dicha redistribución no haya sido materia de acuerdo escrito entre ambos concesionarios. (...)

El contrato de concesión podrá establecer un procedimiento especial para la resolución. Para los casos de los numerales 5, 6 y 8 la resolución opera de pleno derecho, sin perjuicio de su formalización mediante la resolución correspondiente.

lo menos, el 04 de abril de 2013. Por tanto, corresponderá declarar fundada la imputación en contra de Cable Laser.

7.6. Segura Prado

7.6.1. Análisis de los argumentos de defensa

Antes de evaluar la conducta de Segura Prado, este Cuerpo Colegiado considera pertinente analizar los argumentos de defensa expuestos por el administrado:

- **Conformación de la ventaja significativa**

Segura Prado ha señalado que no se habría configurado una “ventaja significativa” en tanto, como reconoce la Resolución Ministerial N°305-2011-MTC/03, se llegaron a pagar las tasas correspondientes a los años 2004, 2005 y 2006. En ese sentido, Segura Prado comprende que sería falso que esta se hubiese beneficiado de un ahorro de costos y por ende no habría obtenido una mejor posición competitiva con respecto a sus competidores que concurrían lícitamente en el mercado de televisión por cable.

Al respecto, debe señalarse que en las conductas de violación de normas en las que se necesita un título habilitante para concurrir en un mercado determinado, la ventaja significativa y su consecuente mejora en la posición competitiva no se obtiene únicamente por el ahorro de los costos inherentes a dicho título sino también por los ingresos percibidos por la concurrencia ilícita (en tanto son ingresos percibidos con la infracción de una norma).

En consecuencia, si bien Segura Prado cumplió con pagar tasas, no son los únicos conceptos por los cuales el administrado obtuvo una mejor posición competitiva en el mercado por lo cual debe ser descartada la hipótesis de Segura Prado⁴⁹.

- **Efectos de la resolución del contrato de concesión**

El administrado ha señalado que la resolución del contrato de concesión tiene efectos *ex nunc* (es decir, desde determinado hecho jurídico hacia el futuro) y en consecuencia, esta debe surtir efectos desde que la Resolución Ministerial N° 305-2011-MTC/03 quedó firme.

Al respecto, este Cuerpo Colegiado debe señalar que, tal como establece la Resolución Ministerial N° 481-2011-MTC/03, la resolución del contrato de concesión operó desde el 1 de mayo de 2006, cómputo de plazo regulado por el numeral 5 del artículo 144 del Decreto Supremo N° 027-2004-MTC – Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

Asimismo, sobre el carácter de la declaración de resolución del contrato de concesión, la propia Resolución Ministerial N° 481-2011-MTC/03 señala lo siguiente: “Que, es el caso que, en tanto la causal de resolución de contrato operó de pleno derecho, la Resolución Ministerial No. 305-2011-MTC/03 resulta meramente declarativa señalando

⁴⁹ Además de lo ya señalado, si bien Segura Prado menciona en sus descargos que cumplió con pagar todas las tasas, costos y derechos que genera una concesión, nunca detalla a que otros gastos se refiere ni presenta documentos -diferentes a la Resolución Ministerial N° 305-2011-MTC/03 que se refiere solo a las tasas anuales que debe abonar al MTC- que acrediten que realmente haya cumplido de forma oportuna con todas las obligaciones que genera el obtener una concesión y mantenerla (teniendo en cuenta que existen otras obligaciones pago distintas a las tasas del MTC)

que el incumplimiento de dos (02) años del pago de la tasa del 2004 y 2005 se configuró el 1 de mayo de 2006”.

Por estas consideraciones, se debe descartar la hipótesis expuesta por Segura Prado sobre el efecto *ex nunc* de la resolución del contrato de concesión.

- La naturaleza jurídica de la resolución de un contrato de concesión

Segura Prado ha señalado que la resolución de un contrato de concesión tiene la naturaleza jurídica de una sanción administrativa y por ende, los efectos de dicho acto sancionador deben estar sujetos al artículo 237, numeral 2, de la LPAG, el cual dice: “La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva”.

Este Cuerpo Colegiado debe advertir que la resolución de un contrato de concesión no es una sanción administrativa sino un remedio contractual cuya regulación esta prevista en el propio contrato de concesión y cuya fuente de habilitación de la actuación administrativa se encuentra en el numeral 5 del artículo 144 del Decreto Supremo N° 027-2004-MTC – Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.

Sin perjuicio que se haya explicado que la resolución del contrato de concesión no es una sanción administrativa, el Cuerpo Colegiado advierte que la cita del artículo 237, numeral 2, de la LPAG no es pertinente en tanto la “resolución” de la cual se trata en dicho artículo no se refiere al remedio contractual por el cual se extingue los efectos de una concesión sino a una de las formas en las que la Administración manifiesta su voluntad (ejemplo: Resolución del Cuerpo Colegiado, Resolución del Tribunal de Solución de Controversias, Resolución Ministerial, etc.). En cuanto al momento en que la resolución de la concesión le es oponible (y por ende, de obligatorio cumplimiento) a Segura Prado, el Cuerpo Colegiado ratifica lo dicho en el análisis de la ejecutividad del acto administrativo desarrollada en el análisis de la conducta de Cable Laser.

- Aplicación de la norma en el tiempo en infracciones continuadas

Segura Prado ha señalado que el periodo de imputación de la infracción (del 1 de mayo de 2006 al mes de junio de 2011) no sería el adecuado en tanto la norma de aplicación de la sanción administrativa (LRCD) habría entrado en vigencia en el año 2008.

Al respecto, este Cuerpo Colegiado debe señalar que el supuesto de violación de normas por concurrir ilícitamente en un mercado (informalidad) es el de una infracción continuada, en tanto la comisión del ilícito se confirma de forma constante por la sola permanencia en el mercado sin contar con concesión. Es decir, si un agente económico es informal (si no tiene concesión vigente), la conducta de competencia desleal por violación de normas se confirmaría día a día hasta que (i) el agente económico deje de brindar el servicio o (ii) el agente económico obtenga una concesión.

En ese sentido, en los casos de infracciones continuadas, la doctrina ha señalado que ante una sucesión de normas en el tiempo que regulan el mismo supuesto de hecho, se debe aplicar la consecuencia jurídica (la sanción) vigente al momento de la determinación de la infracción por la autoridad administrativa⁵⁰.

⁵⁰ Ver: VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador. En: “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje

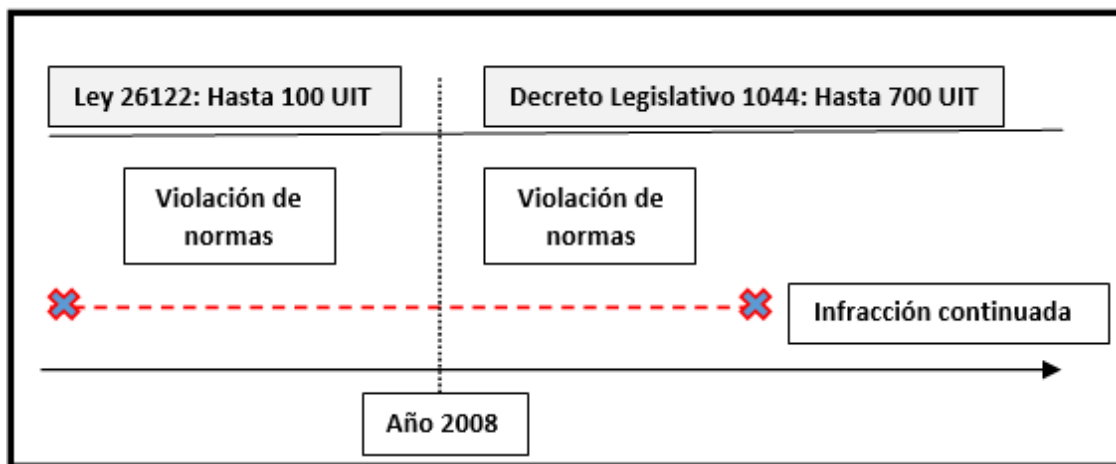
Al respecto, en el Expediente N° 00705-2010-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente respecto a la aplicación de las normas en infracciones continuadas:

3. El artículo 139° inciso 11, de la Constitución garantiza la aplicación de la norma más favorable en materia penal cuando exista un conflicto de normas. Habrá conflicto de normas en el tiempo cuando una sucesión temporal de normas señale consecuencias distintas para el mismo hecho punible. (...) El conflicto temporal se da entre la norma vigente al momento de la comisión del delito y un norma posterior que, en caso de ser más favorable, se aplica retroactivamente.

4. El Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente N.° 0901-2003-PHC/TC que: “Cuando haya más de una norma vigente al momento de la comisión del delito, por tratarse, por ejemplo, de un delito continuado, se aplicará como norma vigente al momento de la comisión del delito, la última norma vigente durante su comisión. Esto es así porque la norma vigente al momento de la comisión del delito se aplica de manera inmediata”. Lo señalado es de aplicación al caso de autos pues se trata de un delito continuado que fue cometido durante la vigencia de dos normas penales con consecuencias jurídicas distintas: el Código Penal de 1991 y el Decreto Legislativo N.° 813. Tal como se ha establecido en los fundamentos precedentes, no se trata de un conflicto de normas en el tiempo, por lo que no es amparable la aplicación del artículo 139°, inciso 11 de la Constitución Política del Perú

(Subrayado agregado)

Para el caso en específico, a pesar que la concurrencia ilícita de Segura Prado haya empezado en el período de vigencia de la norma anterior (Ley N° 26122), la infracción continuada se extendió hasta el periodo de vigencia de la LRCD, confirmando el supuesto de hecho de la norma hasta una fecha posterior al 2008 (año en que entró en vigencia la LRCD).



(Elaboración del Cuerpo Colegiado)

Tal como se observa en el gráfico, el conflicto normativo aducido por Segura Prado no existiría en tanto se trata de un mismo supuesto de hecho cuya configuración de la infracción se aplica de manera inmediata dentro del ámbito del Decreto Legislativo 1044, por ser el momento en el que se detecta el ilícito.

7.6.2. Análisis de la conducta

Como consecuencia de lo comunicado por las Oficinas Desconcentradas del OSIPTEL, en el marco de las indagaciones preliminares ejecutadas por la STCCO, se tuvo conocimiento que la empresa Segura Prado estaría concurriendo de forma ilícita en el mercado de televisión por cable.

El 03 de setiembre de 2012, la STCCO realizó una búsqueda en el registro de concesiones del MTC con lo cual se llegó a corroborar que la concesión de la empresa Segura Prado fue resuelta de pleno derecho al 1 de mayo de 2006 mediante Resolución Ministerial N° 305-2011-MTC/03, de fecha 03 de mayo de 2011. En dicha resolución se indica que Segura Prado “pagó las tasas correspondiente a los años 2004, 2005 y 2006 con fecha 29 de marzo de 2008, verificándose que la concesionaria ha incumplido con el pago oportuno de la referida obligación”. En consecuencia, al haberse cumplido la causal de resolución de pleno derecho del entonces numeral 5 del artículo 144 del Decreto Supremo N° 027-2004-MTC – Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (hoy numeral 5 del artículo 137° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones – Decreto Supremo No. 020-2007-MTC), por incumplirse el pago de la tasa durante 2 años calendario consecutivos, la concesión de Segura Prado habría quedado resuelta desde el 1 de mayo de 2006⁵¹.

Respecto a la continuación de la explotación del servicio de televisión por cable de manera ilícita, en el escrito de Cable Segura de fecha 12 de abril de 2013, la administrada indicó:

“La empresa que represento interpuso el recurso de reconsideración contra la Resolución Ministerial mencionada, el cual fue resuelto mediante Resolución Ministerial N° 481-2001-MTC/03, de fecha 08 de julio de 2011, por el cual se declaró infundado el recurso de reconsideración, agotando de esta manera la vía administrativa.

Ante tal situación y respetuosos de las resoluciones emanadas, inmediatamente se dejó de prestar el servicio público de distribución de radio difusión por cable, conforme acredito con la copia legalizada del “Acta de Inspección Técnica N° 000116-2010/2011 (...)” (Subrayado agregado)

En ese sentido, pese a que la resolución que declaró resuelta la concesión tenía el carácter ejecutivo y le era oponible a Segura Prado, ésta manifiesta haber brindado el servicio de televisión por cable, al menos, hasta el mes de junio de 2011 inclusive.

En consecuencia, luego de corroborar la no continuación de la explotación del servicio mediante el acta de supervisión de fecha 11 de abril de 2013, este Cuerpo Colegiado considera que Segura Prado brindó el servicio de televisión por cable sin concesión desde el 01 de mayo de 2006 hasta, por lo menos, el mes de junio de 2011 inclusive⁵² y por consiguiente, deberá declararse fundada la imputación en su contra.

⁵¹ Fecha de resolución de concesión que se deja constancia en la Resolución Ministerial N° 481-2011-MTC/03, que resuelve el recurso de reconsideración de Segura Prado.

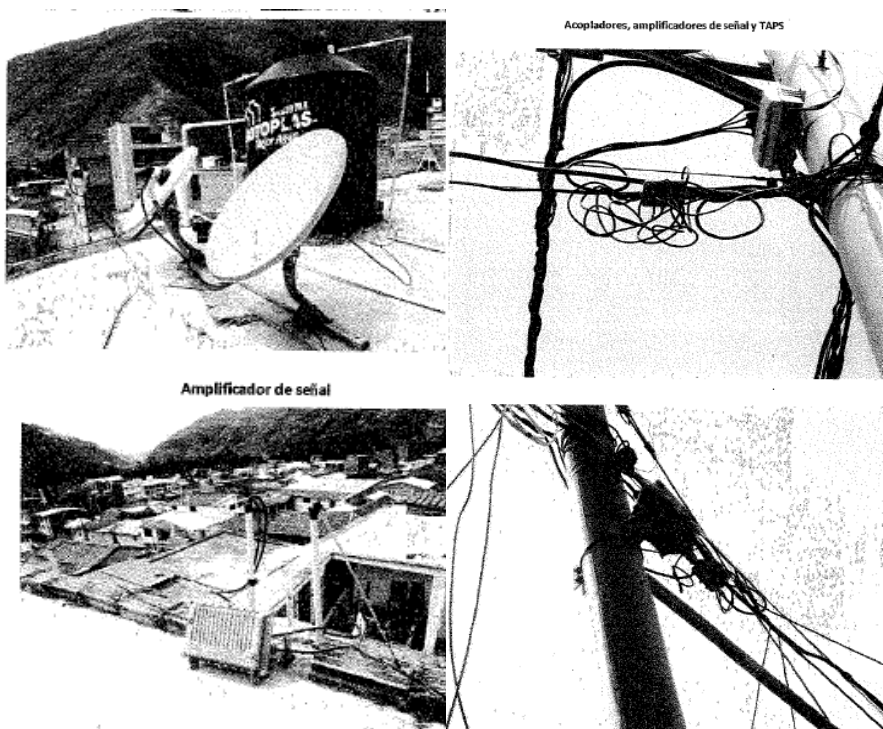
⁵² En agosto de 2011, el MTC hace una inspección a la empresa Segura Prado, concluyendo que la empresa no presta el servicio y no cuenta con equipos para hacerlo. Asimismo, en el acta de supervisión de fecha 11 de abril de 2013, a cargo de OSIPTEL, el supervisor manifiesta que no existe cabecera ni planta externa, además de que la empresa ya no cuenta con el alquiler de la oficina en el Jr. Ancash.

7.7. Telecableplus

De las acciones de supervisión realizadas por Kevin Huamán Montes, funcionario responsable de OSIPTEL, el 03 de mayo de 2013, en “Jirón Gonzales Prada S/N, Paucartambo – Pasco” y en el “Jirón Leoncio Prado S/N, Paucartambo – Pasco”, se observó que pese a que la Resolución Ministerial N° 093-2012-MTC/03, de fecha 21 de febrero de 2012, declaró resuelta de pleno derecho la concesión de Telecableplus desde el 06 de enero de 2010, esta continuó brindando el servicio de televisión por cable, tal como consta en el acta de fecha 03 de mayo de 2013.

La continuación del servicio ha sido acreditada mediante (i) la declaración de los propios abonados de Telecableplus; (ii) mediante las boletas de venta entregadas por los propios abonados de Telecableplus al supervisor de OSIPTEL (boletas que datan de setiembre 2012 y abril de 2013); y (iii) la verificación de la instalación de diversos equipos propios del servicio de televisión por cable (antenas parabólicas, amplificador de señal, acopladores, TAPS, cabeceras, etc.) ubicados en la azotea de la vivienda ubicada en Jr. Leoncio Prado S/N, Pasco.

A continuación se copian algunos medios de prueba obtenidos por el supervisor de OSIPTEL en las acciones de supervisión realizadas a Telecableplus:



(Fotografías extraídas de acta de supervisión de fecha 03.05.13)

ANEXO N° 05
CONSTANCIA DE UNA AUTORIDAD DEL DISTRITO RESPECTO A LA
VERIFICACIÓN DE LA CONTINUIDAD DE OPERACIONES DEL SERVICIO DE
RADIODIFUSIÓN POR CABLE DE LA EMPRESA TELECABLE PLUS E.I.R.L. EN EL
DISTRITO DE PAUCARTAMBO

REGIÓN	PROVINCIA	DISTRITO
PASCO	PASCO	PAUCARTAMBO

Siendo las 13:15 horas del día 03 de mayo de 2013, por medio de la presente, el suscrito, Gabriel Vega Galván, en mi condición de Juez de Paz, del distrito de Paucartambo, dejo constancia que en nuestro distrito, la empresa TELECABLE PLUS E.I.R.L presta el servicio de radiodifusión por cable.

COMENTARIOS ADICIONALES:

También se verificó la existencia de la cabecera de la empresa Telecable Plus E.I.R.L. en la azotea de la vivienda, ubicada en el Jr. L. Prado S/N, donde se pudo constatar también la existencia de antenas y elementos de transmisión

Gabriel Vega Galván

NOMBRE DE LA AUTORIDAD

07347365

DNI



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PASCO

Gabriel Vega Galván
 JUEZ DE PAZ
 DISTRITO DE PAUCARTAMBO - PASCO

FIRMA Y SELLO

(Constancia de continuidad extraída de acta de supervisión de fecha 03.05.13)

NOTIFICACION DE PAGO

Codigo de Cliente

535

Nombre: EGOAVIL YAREQUE DEMETRIO
Direccion: AV. CERRO DE PASCO Nº 253 - GRIFO EBE

Periodo de Consumo:

SETIEMBRE

Cargo Fijo Mensual

20.00

Tarifa Promocional

20.00

Deuda Anterior

-

Ultimo dia de Pago

30.09.2012

Fecha de Corte

02.10.2012

Periodo Promocional

Del 20 al 30 de cada Mes

TOTAL MES

S/.

20.00

Telefonos de Atencion al Usuario: 971191912 RPM #242422 Claro 963723325

TVCABLE

NOTIFICACION DE PAGO

No valido Credito Fiscal

Codigo de Cliente

665

Nombre: VEGA GARCIA HERMELINDA - HOTEL LUJAN
Direccion: JR. MARIANO MELGAR S/N.

Periodo de Consumo:

ABRIL

Cargo Fijo Mensual

50.00

Costo por anexos

-

Deuda anterior

-

Ultimo dia de Pago

28.04.13

Fecha de Corte

30.04.13

Periodo Promocional

Del 20 al 30 de cada Mes

TOTAL MES

S/.

50.00

(Boletas extraídas de acta de supervisión de fecha 03.05.13)

RUC N°
10272890566 a
nombre del señor
Gallardo

Si bien en las boletas se puede leer frases como “CATV”, “Telecable”, “Global Soluciones” o “TVCABLE” y en las mismas se muestra un número de RUC que no tiene como titular a Telecableplus, dichas aparentes discrepancias quedan desvirtuadas por la propia práctica comercial del imputado: (i) Los clientes reconocen al señor Gallardo como representante de Telecableplus y no de otra empresa; y, (ii) son los mismos clientes que antes pagaban los servicios de televisión por cable a Telecableplus, cuando esta operaba en su local en Jirón Gonzales Prada, los que reconocen los servicios que presta el señor Gallardo como los propios de Telecableplus.

Respecto a la relación de Telecableplus y el señor Gallardo se puede observar que este último es, por lo menos, dependiente de la empresa en virtud de las siguientes afirmaciones:

- En la supervisión realizada en el Jirón Gonzales Prada S/N (antiguo local comercial de Telecableplus), el entrevistado indicó que (i) Telecableplus ya no funcionaba en esa dirección dado que el señor Gallardo dejó de alquilar el local; y, (ii) que era el señor Gallardo quien efectuaba los pagos por el alquiler.
- En la supervisión realizada en el Jirón Leoncio Prado S/N, los abonados manifestaron que (i) el señor Gallardo es la persona que realiza las instalaciones del servicio y que cobra por él; (ii) el pago del servicio de Televisión por Cable lo hacían anteriormente en la oficina de Telecableplus que se encontraba en el Jirón Gonzales Prada S/N.

En ese sentido, en virtud del numeral 2 del artículo 2 de la LRCD⁵³, las acciones del señor Gallardo habrían generado responsabilidad frente a Telecableplus al haber actuado en su nombre y/o por encargo de esta.

En conclusión, este Cuerpo Colegiado considera que ha quedado acreditada la infracción del artículo 14 de la LRCD por parte de Telecableplus y en consecuencia deberá declararse fundada la imputación en su contra por concurrir ilícitamente en el mercado de televisión por cable desde el 06 de enero de 2010 hasta, por lo menos, mayo de 2013⁵⁴.

7.8. El señor Gallardo

Finalmente, se observa que en las boletas de venta que entrega Telecableplus figura el número de R.U.C. 10272890566, perteneciente al señor Gallardo. En ese sentido, se comprueba que el señor Gallardo es una persona con alta participación en la conducta investigada en cuanto a su ejecución⁵⁵ y que se estaría beneficiando personalmente por la actividad de Telecableplus (no existe lógica económica en que alguien se impute ante la autoridad tributaria una renta inexistente o un ingreso ajeno que no repercuta en los hechos en su capacidad contributiva). En ese sentido, en aplicación del criterio de primacía de la realidad, se puede afirmar que el señor Gallardo es el principal gestor de las actividades de Telecableplus y que el mismo

⁵³ LRCD

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo (...)

2.2. Las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, con sus actos generan responsabilidad en éstas, sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.

⁵⁴ Mes en el que se realizó la constancia por parte del juez de paz Gabriel Vega Galván.

⁵⁵ Se considera comprobado este hecho en virtud de las manifestaciones de los abonados y del número de R.U.C. que figura en las boletas de venta de Telecableplus.

tiene incentivos sobre el éxito de dichas conductas al beneficiarse directamente por estas⁵⁶.

En consecuencia, en aplicación del principio de razonabilidad y a fin de desincentivar las infracciones tanto de la persona jurídica que desarrolla la actividad económica como de quien las dirige, este Cuerpo Colegiado encuentra al señor Gallardo responsable de la infracción del artículo 14 de la LRCD en virtud del artículo 3, numeral 1⁵⁷, debiendo declararse fundada la imputación en su contra.

No obstante lo expuesto, cabe señalar que incluso considerando el comportamiento del señor Gallardo de forma aislada a la de Telecableplus (es decir, si no fuese un dependiente o no se beneficiase de la actividad de esta empresa) se habría confirmado también la concurrencia ilícita por parte del señor Gallardo (como agente económico) en el mercado de televisión por cable al no contar con concesión. En conclusión, este Cuerpo Colegiado considera que se deberá declarar fundada la imputación en contra del señor Gallardo.

7.9. TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo (grupo económico)

7.9.1. Análisis de los argumentos de defensa

- Conformación de la ventaja significativa

TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo señalaron que el Informe Instructivo no consideró que estas continuaron pagando los derechos de explotación del servicio de televisión por cable a pesar que sus concesiones fueron resueltas⁵⁸. En consecuencia, al corresponder la “ventaja significativa” al ahorro de costos, ya no se habría configurado la infracción administrativa.

Al respecto, de la revisión de la Resolución Ministerial N°553-2011-MTC/03 de fecha 26 de julio de 2011, esta indica que de acuerdo a lo señalado en la Hoja Informativa N° 020-2007-MTC del 3 de marzo de 2009, la concesionaria pagó la tasa correspondiente a los años 2003 y 2004 con fecha de mayo de 2006 y 7 de noviembre de 2005, respectivamente, habiéndose verificado que en ambos casos, la concesionaria ha incumplido con el pago oportuno de la referida obligación. Es así que se concluyó que al 1 de mayo de 2005, la empresa TV Chanchamayo, incurrió en causal de resolución de pleno derecho del contrato de concesión al haberse comprobado que incumplió el pago de la tasa mencionada durante 2 años calendarios consecutivos.

⁵⁶ No obstante lo expuesto, cabe señalar que incluso considerando un supuesto en el que el comportamiento del señor Gallardo de forma aislada a la de Telecableplus (es decir, si no fuese un dependiente o no se beneficiase de la actividad de esta empresa), podría constatarse la concurrencia ilícita por parte del señor Gallardo (como agente económico) en el mercado de televisión por cable al no contar con concesión y prestar el servicio por su propia cuenta.

⁵⁷ LRCD

Artículo 3.- Ámbito de aplicación subjetivo

2.1. La presente Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados o agremiados realicen actividad económica en el mercado. En el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gerentes.

⁵⁸ Ambas empresas aseguran haber cumplido con las siguientes obligaciones derivadas de la concesión: El derecho por concesión conforme al art. 55 del D.S. N° 013-93-TCC, TUO de la Ley de Telecomunicaciones, el pago por explotación Comercial de la tasa anual, conforme al D.S. N° 013-93-TCC, TUO de la Ley de Telecomunicaciones y el aporte mensual a OSIPTEL.

Además del pago no oportuno, este Cuerpo Colegiado toma en cuenta que de manera similar a lo que se señaló en el análisis de la empresa Segura Prado, en este caso si bien la empresa ha adjuntado recibos y declaraciones que demostrarían los pagos hechos a OSIPTEL y al MTC⁵⁹, hay otros costos q se estarían ahorrando como los pagos a FITEL. En consecuencia, si bien TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo en el supuesto de haber cumplido con pagar todas obligaciones correspondientes a la obtención y explotación de una concesión, (dado que han mencionado y acreditado el pago de solo algunas de ellas, subsistiendo otras obligaciones que no han sido tomadas en cuenta, lo cual será explicado de forma mas amplia al momento de determinar la sanción), esto no basta para concluir que no se ha generado una “ventaja significativa”, dado que el administrado obtuvo una mejor posición competitiva en el mercado al percibir ingresos por la concurrencia ilícita.

Al respecto, como ya se señaló en el análisis de argumentos de Segura Prado, este Cuerpo Colegiado considera que sí se habría configurado la infracción al obtenerse una mejor posición competitiva no solo por el ahorro de costos del pago de explotación del servicio sino también por los ingresos percibidos por la concurrencia ilícita.

- Atenuación en la conducta

Los administrados han indicado que se debe considerar los distintos escenarios de infracción de la norma: (i) El agente económico que tuvo concesión en un primer momento y luego le fue resuelta su concesión pero siguió pagando; (ii) el agente económico que tuvo concesión en un primer momento y luego le fue resuelta y no continuó pagando los derechos de explotación (ahorro de costos); y, (iii) el agente económico que nunca tuvo concesión y concurrió ilícitamente en el mercado de televisión por cable y en consecuencia, nunca pagó los derechos de explotación (ahorro de costos). En ese sentido, los administrados señalan que de encontrarse responsabilidad en su actuación, la autoridad deberá considerar que su conducta corresponde cuando menos (en comparación a los dos últimos escenarios), una infracción leve.

Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que es atendible, en parte, la graduación expuesta por los administrados frente a la gravedad del impacto de la infracción en el proceso competitivo. En consecuencia, dichos escenarios serán tomados en la determinación de la multa, como corresponda.

7.9.2. Análisis de la conducta

TV Chanchamayo indica que desde el 16 de agosto de 2002 (Resolución Viceministerial N° 562-2002-MTC/15.03, que otorga concesión a TV Chanchamayo) hasta agosto de 2011 (Resolución Ministerial N° 553-2011-MTC/03, que declara resuelto el contrato de concesión de TV Chanchamayo) estaba habilitado por su concesión para concurrir lícitamente en el mercado de televisión por cable. Adicionalmente, indica que a pesar de haberse declarado resuelta su concesión, dicha declaración aun no le era oponible en tanto estaba pendiente la decisión administrativa que resolviese su recurso de reconsideración y agote la vía administrativa.

⁵⁹ Respecto al pago de las tasas de explotación anual, la empresa TV Chanchamayo presento los recibos de pago de los años 2000, 2001, 2002 (fraccionamiento) 2003, 2004, 2005, 2006. Mientras que sobre los pagos mensuales a OSIPTEL, la misma empresa presentó declaraciones juradas de pago y recibos de los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013.

La empresa Tele Chanchamayo sólo presento declaraciones juradas de pago y recibos de marzo 2013 a enero 2014 en relación a las obligaciones de pagos mensuales a OSIPTEL.

Al respecto, por los mismos argumentos planteados respecto a la ejecutividad del acto administrativo (ver fundamentación contra el imputado Cable Laser), este Cuerpo Colegiado considera que la resolución ministerial que declara resuelta la concesión le fue oponible a TV Chanchamayo desde que la misma fue declarada por la Resolución Ministerial N° 553-2011-MTC/03, la misma que surtió efectos de pleno derecho a partir del 1 de mayo de 2005. Sin perjuicio de lo expuesto, se observa que mediante Resolución Ministerial N° 738-2011-MTC/03, de fecha 12 de octubre de 2011, el MTC resolvió declarar infundado su recurso de reconsideración, por lo cual es falso que aún no haya culminado la vía administrativa.

Respecto a la continuación del servicio de televisión por cable en tiempo posterior a la resolución de la concesión, se ha confirmado que el administrado continuó operando tal como consta en las boletas de venta recabadas en las actas de supervisión de fecha 24 y 25 de abril de 2013. A continuación se copia una de las boletas:

TVCABLE CHANCHAMAYO
crecemos juntos

Día Mes Año
03 10 12

S/. 30.00

N° 002 0000188

Villa Municipal N° 105 - San Ramón
Fono queja: 331598

RECIBO DE COBRANZAS

Recibí del Sr. (a): Sigarrós, Francisco Sandoval

El importe de: Trece 00.00 nuevos soles

por concepto de: cable 24 de Octubre 2012

Cobrador Cliente Caja

Nota: Este recibo no es un comprobante de pago, por lo tanto, sirvase canjearlo por una boleta o factura en la oficina correspondiente y dentro del mes.

USUARIO

(Boleta extraída de acta de supervisión de fecha 24.04.13)

Adicionalmente, el administrado ha indicado que posteriormente se constituyó la empresa "Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L." (Cuyo Gerente General es el mismo que el de TV Chanchamayo, el señor Sigarróstegui), manteniendo su oficina comercial en calle Municipal N° 105 y la cabecera en la calle Las Cafetos N° 181.

Al respecto, de una revisión del registro de concesiones del MTC, se observa que mediante Resolución Ministerial N° 010-2013-MTC/03, notificada el 10 de enero de 2013, se le otorgó concesión a Tele Chanchamayo para prestar el servicio de televisión por cable y posteriormente, mediante Resolución Ministerial N° 582-2013-MTC/03, de fecha 18 de setiembre de 2013, se declaró sin efecto la referida resolución al haberse verificado que la empresa no suscribió el contrato de concesión, otorgándosele una nueva concesión. Por lo tanto, al no haberse firmado el contrato de concesión en el plazo de 60 días hábiles, computados desde la publicación de la resolución (12 de enero de 2013), la concesión de Tele Chanchamayo quedó sin efecto de pleno derecho desde su incumplimiento, con lo cual Tele Chanchamayo operó sin concesión desde abril de 2013 hasta setiembre de 2013, fecha en la que se le otorgó una nueva concesión.

No obstante, de las propias declaraciones del administrador de Tele Chanchamayo, se pudo comprobar que la misma brindó el servicio antes de obtener una concesión, tal como consta a continuación:

El representante de TV CABLE CHANCHAMAYO respondió lo siguiente:

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones revalidó el contrato de concesión (no precisa fecha, ni Resolución ministerial) a la empresa TV CABLE CHANCHAMAYO; sin embargo la prestación del servicio de radio difusión por cable continuo ininterrumpidamente hasta la fecha, cambiando la Razón Social a TELE CABLE CHANCHAMAYO E.J.R.L.

(Fragmento recogido del acta de fecha 25.04.13)

Al respecto, cabe resaltar que este Cuerpo Colegiado considera a ambas empresas vinculadas como parte de un grupo económico al compartir como Gerente General al señor Sigarrostegui (Revisar el considerando 5.1. referido a los Grupos Económicos en el presente caso). Por tal, la concurrencia ilícita de las empresas Tele Chanchamayo y TV Chanchamayo debe considerarse como una actuación del grupo económico, que siguió prestando los servicios de televisión por cable sin concesión de manera “ininterrumpida”.

Por los argumentos de hecho y derecho expuestos, este Cuerpo Colegiado considera que se ha comprobado la infracción al artículo 14 de la LRCD por parte de las empresas TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo por la concurrencia ilícita en el mercado de televisión por cable desde el 01 de mayo de 2005 hasta setiembre de 2013. En ese sentido, deberá declarar fundadas las imputaciones en contra de TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo, debiéndose sancionar a esta última.

7.10 El señor Sigarrostegui

Finalmente, por los mismos argumentos expuestos en el análisis de la conducta del señor Orozco, y adicionalmente, este Cuerpo Colegiado observa que, para este caso, al ser ambas empresas parte de un mismo grupo económico (al compartir un mismo Gerente General)⁶⁰ y en consecuencia sus actos obedecen a un mismo núcleo de interés, la sanción a imponerse debe ser tal que desincentive a quien ejerce el control de dicho grupo económico al margen de la persona jurídica que utilice para desplegar determinada estrategia comercial⁶¹.

⁶⁰ **Resolución SBS N° 445-2000 – Aprueban normas esenciales sobre vinculación y grupo económico**

Artículo 4.- Existe relación de propiedad cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa e indirecta una persona representa el 4% o más de las acciones o participación con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta.

Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:
(...)

e) Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.

⁶¹ Generar sanciones que disuadan la conducta infractora y la infracción misma no reporte mayores beneficios que la sanción es una obligación de la Administración, de acuerdo al artículo 230, numeral 3, de la LPAG.

En ese sentido, se debe declarar al señor Sigarrostegui como responsable también de la infracción administrativa en virtud de los argumentos expuestos y del artículo 3, numeral 1, y del artículo 5 de la LRCD⁶² y en consecuencia, se deberá declarar fundada la imputación en su contra.

7.11 Cable Zofri

Cable Zofri señala que se debe considerar que su concesión aún está vigente en tanto existe un proceso contencioso administrativo pendiente para determinar la validez del acto administrativo que resolvió su concesión así como del que declaró infundado su recurso de consideración. Al respecto, por los mismos argumentos planteados sobre a la ejecutividad del acto administrativo (ver fundamentación contra el imputado Cable Laser), este Cuerpo Colegiado considera que la Resolución Ministerial N° 224-2011-MTC/03 que declara resuelta de pleno derecho su concesión desde el 01 de mayo de 2005 hasta junio de 2010 (fecha que indica Cable Zofri en la que dejó de brindar el servicio de televisión por cable), le es claramente oponible.

Por las razones expuestas, este Cuerpo Colegiado considera que Cable Zofri habría infringido el artículo 14 de la LRCD y en consecuencia debería declararse fundada la imputación en su contra por concurrir ilícitamente en el mercado de televisión por Cable desde el 01 de mayo de 2005 hasta, por lo menos, junio de 2010.

7.12. Multimedia Digital

Multimedia Digital ha señalado que no pudo haber cometido la infracción del artículo 14 de la LRCD en tanto siempre ostentó una concesión, otorgada mediante Resolución Ministerial N° 521-2009-MTC/03, para concurrir lícitamente. Asimismo, indica que el único factor para vincularla con la actuación de Cable Zofri es haber ostentado el mismo Gerente General (el señor Luis Gonzales Reinoso), pese a que dicha persona falleció el 24 de julio de 2013.

Al respecto, si bien la STCCO en su Informe Instructivo consideró que Multimedia Digital habría realizado la conducta infractora bajo análisis; este Cuerpo Colegiado, como ya ha señalado, considera que la sola existencia de un grupo económico (que Multimedia Digital y Cable Zofri hayan ostentado el mismo Gerente General durante la comisión de la infracción por parte de esta última) no debe presumir la culpabilidad de las vinculadas. Así, la culpabilidad administrativa deberá ser analizada caso por caso a fin de evaluar si la conducta de Cable Zofri responde a una lógica económica independiente al comportamiento de su vinculada (Multimedia Digital) o si responden a una misma práctica infractora.

En ese sentido, de lo visto en el expediente, se observa que Multimedia Digital no ha infringido la normativa sectorial (pago por la explotación del servicio, por ejemplo) y

⁶² LRCD

Artículo 3.- Ámbito de aplicación subjetivo

3.1. La presente Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados o agremiados realicen actividad económica en el mercado. En el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gestores.

Artículo 5.- Primacía de la realidad

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan o desarrollen o establezcan en la realidad (...).

que desde que concurrió en el mercado contó con una concesión (no ha habido una transición de informalidad). En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que Multimedia Digital ha actuado con corrección en el mercado y por consiguiente, se deberá declarar infundada la imputación en su contra.

7.13 Señor Castillo

El administrado manifestó que obtuvo concesión mediante Resolución Ministerial N° 499-98-MTC/15.03 de fecha 04 de diciembre de 1998 –fecha desde la cual empezó a brindar el servicio de televisión por cable – y que la misma le fue resuelta el 31 de julio de 2002, mediante Resolución Ministerial N° 446-2002-MTC/15.03. No obstante, indica que continuó operando hasta el 18 de marzo de 2005, fecha en la que el MTC comprobó el desacato de su decisión.

Al respecto, si bien el presente procedimiento administrativo sancionador contra el señor Castillo se inició en el 2013 con motivo de la información producto de las acciones realizadas por la GOD⁶³ y considerando que se trataba de una infracción continuada; se observa que en la etapa de investigación no se pudo encontrar mayores elementos de juicio que indiquen que el señor Castillo continuó operando y/o beneficiándose de forma ilícita de la prestación del servicio de televisión por cable con una fecha posterior a la del 18 de marzo de 2005. Asimismo, se observa que, pese a la cantidad de años transcurridos luego de cometida la infracción⁶⁴, el señor Castillo no habría cuestionado la prescripción de la misma.

7.13.1. Respecto a la declaración de oficio de la prescripción en el marco de un procedimiento administrativo sancionador

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia constitucional, se indica que la potestad punitiva del Estado se manifiesta en dos vertientes: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. En ese sentido, al presentar las dos ramas un mismo tipo de razonamiento en cuanto al ejercicio del poder punitivo (y la limitación de este), comparten a su vez criterios y principios en cuanto a su ejecución y procedimiento (por ejemplo: principio de razonabilidad, proporcionalidad, legalidad, entre otros)⁶⁵. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha planteado que “(...) las sanciones administrativas, disciplinarias o de naturaleza análoga son, como las penales, una

⁶³ Mediante Memorandos N° 471-GOD/2012 y N° 703-GOD/2012 de fechas 06 de junio y 10 de agosto de 2012, respectivamente, la Gerencia de Oficinas Desconcentradas informó a la STCCO que entre los agentes que prestaban el servicio de televisión por cable se encontraba el señor Castillo.

⁶⁴ **D.L. No. 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal**, de fecha 29 de octubre de 1992 Artículo 30.- Las acciones por competencia desleal prescriben a los dos (02) años, contados desde la fecha en que cesó la realización del acto.

Cabe indicar que el D.L. 26122 tuvo vigencia hasta el año 2008 que entra en vigencia la LRCD (norma vigente la cual señala que el plazo de prescripción de las infracciones a la leal competencia es de 5 años, como se ha señalado anteriormente). Es decir, en marzo de 2005, fecha en la que el señor Castillo habría cesado de prestar el servicio de televisión por cable, aún se encontraba vigente dicha ley especial.

⁶⁵ Según Verónica Vergara y Hugo Gomes: “La potestad administrativa sancionadora y la potestad punitiva de los jueces penales forman parte de un genérico *ius puniendi* del Estado que se subdivide en esas dos manifestaciones. No existe una relación de subordinación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, sino una relación de coexistencia, en la que el segundo se nutre del primero dada la existencia de situaciones circunstanciales y técnicas que hacen necesaria la utilización de los instrumentos de los que dispone el Derecho Penal” En: “Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante”. Fondo Editorial de la UPC: Lima, 2009. pp. 404-405.

expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas (...)”⁶⁶.

No obstante, debe comprenderse que la aplicación de los principios y criterios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador no se da solo por pertenecer a una misma raíz (el *Ius Puniendi*) sino porque comparten una misma lógica en cuanto a la limitación de la potestad punitiva del Estado y al nivel de tutela de los derechos de todo imputado en el marco de un procedimiento sancionador. En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha indicado que “(...) la aplicación de los principios del Derecho Penal al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador no se justifica por el reconocimiento del Derecho Penal como su rama matriz, sino porque aquellos son lineamientos generales de un único *ius puniendi* del Estado”⁶⁷.

Dicho esto, cabe preguntarse: ¿qué limitación comprende la prescripción y cuál es su relación con los derechos fundamentales dentro de un proceso punitivo? Como se ha dicho, la autoridad que aplica la potestad punitiva debe siempre procurar ejercer su función proporcionalmente a fin de cautelar los derechos fundamentales de quien es imputado. Dentro de esa gama de derechos fundamentales que goza todo administrado sujeto a la potestad sancionadora esta el derecho fundamental a un plazo razonable, y dentro de este, el derecho a la prescripción (extintiva). La prescripción extintiva como tal significa una limitación al ejercicio de la potestad sancionadora que trae consigo la liberación de responsabilidad del agente de la eventual infracción que le pudo ser atribuida.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la prescripción ostenta una protección de nivel constitucional contra el ejercicio del poder punitivo lo cual obliga a la Administración a prestar especial tutela a este derecho en el marco de un procedimiento sancionador: “(...) este Colegiado ha señalado que la prescripción de la acción penal goza de relevancia constitucional, en tanto se encuentra vinculada al contenido del plazo razonable del proceso”⁶⁸. En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha determinado, en el marco de un proceso penal, que no sería congruente con la tutela de derechos fundamentales que una autoridad continúe un proceso punitivo cuando la pena (en mérito de la cual se abre un proceso) ya habría prescrito: “(...) resulta lesivo a los principios de economía y celeridad procesal, vinculados al derecho al debido proceso, que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando esta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos”⁶⁹.

En tanto es deber de toda autoridad administrativa tutelar los derechos fundamentales (es un deber positivo, en cuanto a la promoción de los mismos y un deber negativo, en cuanto a la limitación en su actuación) de los administrados, limitar la declaración de oficio de la prescripción generaría una dilación indebida la cual afectaría el derecho

⁶⁶ Referencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tomada del fundamento 2 de la sentencia del 8 de agosto de 2012, en el proceso de hábeas corpus tramitado en el expediente N° 00156-2012-PHC/TC.

⁶⁷ Consulta Jurídica N° 007-2013-JUS/DNAJ, del 26 de marzo del 2013, página 6.

⁶⁸ Fundamento 2, de la sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de octubre de 2011, Exp. 03711-2011-PHC/TC.

⁶⁹ Numeral 10 de la sentencia del Tribunal Constitucional, del expediente N° 1805-2005-HC/TC.

fundamental al debido proceso. Así, consideramos que la Administración puede invocar la prescripción de oficio en virtud del principio de legalidad.

En consecuencia, este Cuerpo Colegiado considera que la Administración puede (y debe) aplicar por analogía el mismo criterio que se utiliza en el Derecho Penal para declarar la prescripción de oficio en tanto la misma no genera una limitación en la esfera de derechos del administrado sino que se refuerza la tutela de los mismos. Pues, como bien señala la doctrina: “Frente al vacío normativo que pueda ofrecer al ordenamiento penal sancionatorio no existe la posibilidad de acudir a la analogía en perjuicio del administrado, lo cual no es óbice para que pueda operar a su favor (*in bonam partem*) mediante la extensión de normas que se refieren a circunstancias desincriminatorias, atenuantes o causales de extinción de las penas”⁷⁰. (Subrayado agregado)

Por otro lado, la prescripción esta relacionada a la competencia de la autoridad administrativa para sancionar una posible infracción. De este modo, tras verificarse transcurrido el plazo de prescripción que señala la ley, la autoridad administrativa ya no tendría la facultad de aplicar una sanción válida al haberse extinguido la responsabilidad del administrado.

En el caso del señor Castillo, al estar frente a una infracción continuada el cómputo del plazo deberá contarse desde que la conducta investigada hubiese cesado; es decir, desde el 18 de marzo de 2005 (en la medida que en la etapa de investigación no se han encontrado mayores pruebas de que haya continuado brindando el servicio de televisión por cable sin concesión). En atención a ello, considerando que el D.L. No. 26122 era la norma vigente durante el tiempo en el que se desplegó la conducta infractora (desde el 31 de julio de 2002- fecha en el que se resolvió la concesión- hasta el 18 de marzo de 2005 –fecha en la que habría dejado de operar), el tiempo de prescripción es de dos años.

Por lo tanto, al tomar como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción el 18 de marzo de 2005, la potestad sancionadora de la autoridad administrativa habría prescrito el 18 de marzo de 2007; es decir, antes de iniciarse el presente procedimiento administrativo sancionador.

Por las razones expuestas, considerando que la STCCO no pudo encontrar mayores elementos de juicio que indiquen que el señor Castillo continuó operando y/o beneficiándose de forma ilícita de la prestación del servicio de televisión por cable con una fecha posterior a la del 18 de marzo de 2005, este Cuerpo Colegiado considera aplicar la prescripción de oficio para el caso del Señor Castillo en tanto han pasado más de dos (2) años de cometida la infracción, correspondiendo archivar el presente procedimiento administrativo sancionador en contra del señor Castillo.

VIII. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN Y LA PERTINENCIA DE IMPONER MEDIDA CORRECTIVA

En atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución, se ha evidenciado que, Procomtel Sucre S.C.R.Ltda., Crescencio Orozco Moreyra, Cable Laser S.A.C., Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Omar Gallardo Ríos, TV Cable Chanchamayo S.R.L., Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez, Cable Zofri S.R.L., TV Cable Segura Prado S.A.C. y Roberto

⁷⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. 10º Ed. Bs.As.: La Ley, 2011. p.260

Castillo La Madrid, habrían cometido actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, prevista en el artículo 14° de la LRCD, toda vez que dichos administrados habrían concurrido ilícitamente en el mercado de distribución de radiodifusión por cable al prestar dicho servicio en períodos específicos sin contar con concesión vigente, obteniendo así ventajas ante sus competidoras. Por su parte, se ha evidenciado que Multimedia Digital S.R.L. no ha realizado los actos de competencia desleal bajo análisis.

En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera sancionar a Procomtel Sucre S.C.R.Ltda., Crescencio Orozco Moreyra, Cable Laser S.A.C., Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Omar Gallardo Ríos, Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez, TV Cable Segura Prado S.A.C. y Cable Zofri S.R.L. Sin embargo, no se considera acoger la propuesta de la Secretaría Técnica en relación a imponer una sanción a Multimedia Digital S.R.L. –en la medida que no habría concurrido ilícitamente en el mercado de televisión por cable-, ni a Roberto Castillo La Madrid, -en la medida que se ha declarado la prescripción de oficio.

A continuación se procederá a evaluar: i) la gravedad de la infracción; (ii) la graduación de la sanción; y, ii) las medidas correctivas que deben ser tomadas a fin de que la práctica no siga causando efectos en el mercado. Los referidos aspectos serán desarrollados a continuación:

8.1. 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 LRCD⁷¹.

Al respecto, el artículo 52.1 de la LRCD 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 correctivas⁷².

⁷¹ El artículo 26.1 de la Ley N° 27336 señala lo siguiente:

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

⁷² 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,

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

En relación a los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción, el artículo 53º de la LRCD establece que la autoridad podrá tomar en consideración diversos criterios (entre otros que se considere adecuado adoptar dependiendo del caso en concreto), tales como:

- 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 participan del proceso competitivo y sobre los consumidores y usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

Asimismo, cabe indicar que este Cuerpo Colegiado realizará todo este análisis conforme al principio de razonabilidad⁷³, 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 ventajosa 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.

8.2. Graduación de la sanción a las empresas operadoras

Para lograr el desincentivo que se persigue con la imposición de sanciones, este Cuerpo Colegiado considera necesario que las sanciones impuestas por la comisión de una infracción sean iguales o mayores que el beneficio esperado al realizar dicha infracción. El **beneficio ilícito** puede ser definido como aquellos ingresos percibidos por el agente infractor que no hubieran sido percibidos si es que no se producía una contravención al ordenamiento⁷⁴. El cálculo del beneficio ilícito es la base para determinar la imposición de la sanción en los procesos relacionados a infracciones a la normativa de competencia, ello a fin de que la multa consiga los fines de desincentivo a que se realice o repita la conducta infractora.

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.

⁷³ 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. (...)

⁷⁴ Resolución Nº 0371-2011/SC1-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

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) el beneficio ilícito y (ii) la probabilidad de detección. De una combinación de estos dos factores se obtendrá el monto base de la multa. Cabe indicar que, en el presente caso, para el cálculo de la multa se han considerado los principales factores que se han podido identificar en la conducta a sancionarse.

Como se ha indicado, el cálculo de la multa parte por la estimación del beneficio ilícito, el cual resulta de las ganancias operativas que han obtenido las empresas sancionadas en el periodo en el que operaron sin concesión, periodo en cual no debieron concurrir en el mercado de televisión de paga. Cabe indicar que para determinar el beneficio ilícito, se debe utilizar las ganancias operativas más no los ingresos totales, en estricto cumplimiento del Principio de razonabilidad⁷⁵. En efecto, la finalidad de imponer una sanción, conforme a su función disuasiva, es lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general; en ese sentido, este Cuerpo Colegiado debe hacer lo estrictamente necesario para que se cumpla dicha finalidad. Así, se ha creído conveniente considerar las ganancias y no los ingresos debido a que el beneficio obtenido por las empresas está constituido en estricto por las ganancias que logra realizar en el mercado, no por los ingresos, ya que estos no se destinan en su integridad en beneficio de la empresa, sino que se destinan también a cubrir los costos de operación, si los hubiera.

Asimismo, como parte del beneficio ilícito se estima también la ventaja significativa lograda por algunas empresas al no haber obtenido una concesión para operar (ventaja obtenida por un ahorro de costos). Se considerarán tres costos importantes en los que las empresas no incurrieron al operar sin contar con una concesión: Aportes por supervisión al OSIPTEL, tasa de explotación al MTC, y los aportes al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL).

Posteriormente, será necesario considerar la probabilidad de detección de la conducta, que se ha creído conveniente distinguir según si la empresa nunca obtuvo una concesión o si esta le fue cancelada.

⁷⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

(...)

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

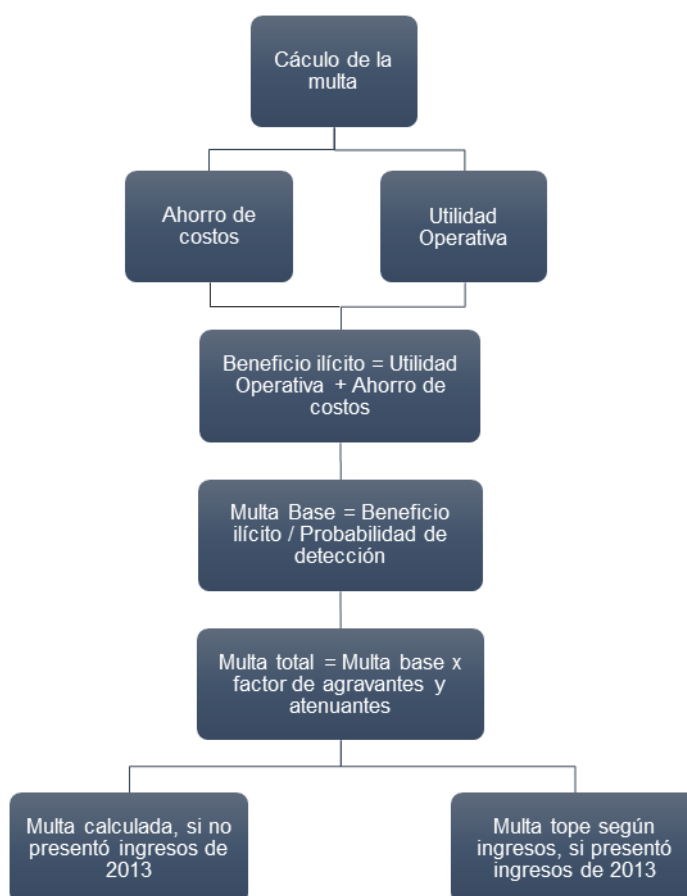
Bajo esta lógica económica, el cálculo de la multa base óptima se realiza de la siguiente forma:

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{probabilidad de detección}}$$

El artículo 53 del DL 1044 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 el DL 1044 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



8.2.1. Beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción

El cálculo del beneficio ilícito es la base para determinar la imposición de la sanción en los procesos relacionados a infracciones a la normativa de competencia, ello a fin de que la multa consiga los fines de desincentivo a que se realice o repita la conducta infractora (y que se cumpla a su vez con el precepto de que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas).

Como ya se ha señalado líneas arriba, en este caso, el beneficio ilícito obtenido por las empresas infractoras se calculará en dos partes. Una parte del beneficio ilícito provendrá de las utilidades operativas obtenidas por operar sin concesión. En este caso en particular, parte del beneficio ilícito que habrían obtenido las empresas infractoras corresponde al total de las ganancias operativas derivadas de la provisión del servicio de televisión de paga, ya que una empresa que no tiene la autorización del estado para brindar servicios públicos de telecomunicaciones no debe concurrir en el mercado y por lo tanto no debe obtener ganancias operativas derivadas de la línea de negocio no autorizada. Así, todas ganancias operativas obtenidas por las empresas infractoras son ilícitos.

El otro concepto considerado para el cálculo del beneficio ilícito es el de la ventaja significativa, que en este caso se asume básicamente como los costos que las empresas infractoras se ahorraron por operar sin concesión.

A continuación se procede a calcular los beneficios ilícitos obtenidos por las empresas infractoras.

a. Ganancias operativas

Para el cálculo de las ganancias operativas se utiliza la información disponible para cada empresa. Así, el cálculo realizado incorpora diversos elementos, siendo el primero de ellos la duración de la conducta ilícita, medida en el número de meses o años en los que se ha comprobado que la empresa concurrió en el mercado de televisión de paga de manera ilícita. Esta información es presentada en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1: Tiempo de operación sin concesión, en meses y años por empresa

Empresa	Operación sin concesión			
	Inició	Terminó	Número de meses	Número aproximado de años
Procomtel Sucre S.C.R.Ltda.	Enero de 2005	Abril de 2013	101	8
Cable Laser S.A.C.	15 de abril de 2011	04 de abril de 2013	24	2
Telecableplus E.I.R.L.	Junio de 2010	Mayo de 2013	41	3
Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L.	Mayo de 2005	Septiembre de 2013	102	8
Cable Zofri S.R.L.	Mayo de 2005	Junio de 2010	63	5
TV Cable Segura Prado	Mayo 2006	Junio de 2011	63	5

Así, las ganancias ilícitas obtenidas por las empresas infractoras serán aquellas obtenidas durante el periodo de tiempo en el cual se ha comprobado que operaron sin concesión. Sin embargo, dado que no se ha podido contar con información de las utilidades operativas por la provisión de servicios de televisión paga de las empresas arriba señaladas, es necesario realizar una estimación de dicha variable con la información disponible, o a través de parámetros que permitan aproximarse a los beneficios ilícitos que habrían obtenido las empresas infractoras.

El punto de partida para estimar las ganancias ilícitas serán los ingresos por la comercialización de servicios de televisión de paga sin contar con concesión. Los ingresos permitirán, considerando un margen de utilidad operativa adecuado, calcular las ganancias ilícitamente obtenidas por las empresas infractoras. El cálculo de los ingresos y las utilidades operativas se hará según la información de la que se disponga para cada empresa.

En el caso de Cable Zofri, se ha podido contar con sus ingresos a través de las Declaraciones Juradas presentadas al OSIPTEL con motivo del pago de los aportes por supervisión al organismo regulador. Cabe destacar que parte de la información se ha obtenido de la propia empresa operadora en este procedimiento.

En el siguiente cuadro se observan los ingresos de Cable Zofri entre los años 2005 y 2010, años entre los cuales esta empresa operó sin concesión. Los ingresos ilícitos que habría obtenido Cable Zofri corresponden a la totalidad de los ingresos de los años 2006 a 2009, así como los equivalentes a los ingresos obtenidos por entre mayo y diciembre de 2005 y enero y junio de 2010, como proporción de los ingresos totales de cada uno de esos años. Así, los ingresos ilícitos de Cable Zofri en el periodo en que operó sin concesión fueron de S/. 15 111 094.

Cuadro N° 2: Cálculo de ingresos ilícitos obtenidos durante la operación sin concesión de Cable Zofri*

Año	Ingresos anuales	Ingresos ilícitos
2005	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2006	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2007	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2008	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2009	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2010	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Total	S/. 17 331 771	S/. 15 111 094

* La información de los ingresos de 2009 y 2010 ha sido remitida por la propia empresa en este procedimiento a través de sus estados de ganancias y pérdidas. La información de 2005 a 2008 corresponde a las declaraciones juradas enviadas al OSIPTEL con motivo del pago de aportes por supervisión.

Para Cable Laser se obtuvieron los ingresos también a partir de sus Declaraciones Juradas presentadas al OSIPTEL. Los ingresos que se obtuvieron fueron para los años 2010, 2011 y 2012, por lo que los ingresos totales del año 2013 debieron proyectarse usando las tasas decrecimiento de los años anteriores y la disminución que se observó en las mismas.⁷⁶ Luego, siguiendo la misma metodología que se siguió para Cable Zofri, se consideró que todos los ingresos que obtuvo Cable Laser el año 2012 fueron ilícitos. Asimismo, se obtuvo el ingreso ilícito proporcional al número de meses de los años 2011 y 2013 en que Cable Laser actuó como empresa sin concesión. Estos ingresos ilícitos se muestran en el siguiente cuadro, y en total sumaron S/. 303 358:

Cuadro N° 3: Cálculo de ingresos ilícitos obtenidos durante la operación sin concesión de Cable Laser

Año	Ingresos	Ingresos ilícitos
2010	[CONFIDENCIAL]	
2011	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2012	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
2013*	[CONFIDENCIAL]	[CONFIDENCIAL]
Total	S/. 506 350	S/. 303 358

* Ingresos estimados
Elaboración: ST - OSIPTEL

Para el cálculo de los ingresos de las empresas TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo se cuenta con información reportada por estas empresas sobre sus ingresos mensuales en el marco del pago de aportes al OSIPTEL. En este caso se consideran los ingresos obtenidos por ambas empresas, ya que son un grupo económico y ambas incurrieron en el ilícito de violación de normas, en el periodo de mayo de 2005 a septiembre de 2013. Así, de acuerdo a lo reportado por las empresas, se observa que todos los ingresos obtenidos ilícitamente por ellas alcanza un monto de S/. 3 179 765.

⁷⁶ La tasa de crecimiento de los ingresos de Cable Laser entre el 2010 y el 2011 fue de 316%, mientras que entre los años 2011 y 2012 dicha tasa fue de 62%. De esta manera, se observa que la tasa de crecimiento de los ingresos de Cable Laser entre los años 2011 y 2012 fue la quinta parte de la tasa de crecimiento de los ingresos de esta empresa entre los años 2010 y 2011. Por ello, se consideró que la tasa de crecimiento de los ingresos de Cable Laser entre los años 2012 y 2013 también fue la quinta parte de la tasa de crecimiento de los años 2011 y 2012, lo cual sería 12%. Así, se estimó que los ingresos totales de Cable Laser en el año 2013 fueron S/. 196 746, que representa un incremento de 12% con respecto a los ingresos de S/. 175 384 que Cable Laser obtuvo en el 2012.

Cuadro N° 4: Cálculo de ingresos ilícitos obtenidos durante la operación sin concesión de TV Chanchamayo y Tele Chanchamayo

Año	Ingresos ilícitos
2005 ^{1,2}	[CONFIDENCIAL]
2006 ²	[CONFIDENCIAL]
2007 ²	[CONFIDENCIAL]
2008	[CONFIDENCIAL]
2009	[CONFIDENCIAL]
2010	[CONFIDENCIAL]
2011	[CONFIDENCIAL]
2012	[CONFIDENCIAL]
2013 ³	[CONFIDENCIAL]
Total	S/. 3 179 765

¹ Se considera de mayo a diciembre de 2005.

² Se han estimado los ingresos para los meses de mayo y junio de 2005, agosto de 2006 y diciembre de 2007, en los cuales no se ha presentado la información correspondiente. Se consideró que los ingresos de los meses de mayo y junio de 2005 correspondían al promedio de los ingresos de julio y agosto de 2005. Para el año 2006 se consideró que los ingresos de agosto correspondían al promedio de los ingresos de julio y septiembre de dicho año. Finalmente, se consideró que los ingresos de diciembre de 2007 corresponden al promedio de los ingresos de noviembre de 2007 y enero de 2008.

³ Se considera de enero a septiembre de 2013 ya que solo hasta dicho mes operó sin concesión.

Para el resto de empresas no se obtuvo información por lo que fue necesario realizar estimaciones de los ingresos que habrían obtenido, ello en base al promedio de los ingresos que tuvieron una muestra de empresas que operan en los departamentos donde prestan sus servicios las empresas infractoras. Cabe destacar que la información de los ingresos de las empresas operadoras que se utilizarán para construir un aproximado de los ingresos de las empresas infractoras proviene de las Declaraciones Juradas que se han presentado al OSIPTEL para el año 2013

Así, en primer lugar se determinó los departamentos donde operan las empresas a sancionar para las que no se obtuvo información, las cuales se muestran a continuación:

Empresa	Departamento
Procomtel Sucre S.C.R.Ltda.	Ayacucho
Telecableplus E.I.R.L.	Pasco
TV Cable Segura Prado	Junín

Luego, se identificaron las empresas de la base de datos de declaraciones juradas según el departamento en el que operan. Sin embargo, para evitar la sobre estimación de los ingresos promedio en primer lugar se descartó a las empresas más grandes que operan a nivel nacional (Telefónica del Perú S.A.A., Telefónica Multimedia S.A.C., América Móvil Perú S.A.C y Directv Perú S.R.L.). Luego, se descartó del promedio al 25% de las empresas con ingresos más altos en de cada departamento. Así, el promedio de ingresos por departamento se muestra en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 5: Ingresos promedio por departamento para el año 2013

Junín		Ayacucho		Pasco	
Empresa	Ingresos	Empresa	Ingresos	Empresa	Ingresos
[CONFIDENCIAL]	S/. 14,000	[CONFIDENCIAL]	S/. 1,045	[CONFIDENCIAL]	S/. 78,917
[CONFIDENCIAL]	S/. 35,598	[CONFIDENCIAL]	S/. 76,337	[CONFIDENCIAL]	S/. 105,946
[CONFIDENCIAL]	S/. 58,982	[CONFIDENCIAL]	S/. 144,955	[CONFIDENCIAL]	S/. 265,831
[CONFIDENCIAL]	S/. 73,196	[CONFIDENCIAL]	S/. 235,884	[CONFIDENCIAL]	S/. 310,223
[CONFIDENCIAL]	S/. 117,452	-	-	-	-
[CONFIDENCIAL]	S/. 123,485				
[CONFIDENCIAL]	S/. 205,838				
[CONFIDENCIAL]	S/. 212,499				
[CONFIDENCIAL]	S/. 227,525				
[CONFIDENCIAL]	S/. 261,148				
[CONFIDENCIAL]	S/. 489,757				
[CONFIDENCIAL]	S/. 934,951				
[CONFIDENCIAL]	S/. 1,464,692				
Promedio (75%)	S/. 132,972	Promedio (75%)	S/. 74,112	Promedio (75%)	S/. 150,231

De esta manera, se imputan los ingresos promedio obtenidos en el cuadro anterior como los ingresos totales en el año 2013 de cada una de las empresas infractoras según el departamento en el que operan:

Ingresos totales estimados para el año 2013

Empresa	Ingresos totales
Procomtel Sucre S.C.R.Ltda. (Ayacucho)	S/. 74 112
Telecableplus E.I.R.L. (Pasco)	S/. 150 231
TV Cable Segura Prado (Junín)	S/. 132 972

Sin embargo, será necesario estimar los ingresos que las empresas obtuvieron para el periodo previo al año 2013 en el cual operaron sin concesión. Así, debido a que no se cuenta con información de ingresos para periodos previos al 2013 se debe hacer una estimación de los ingresos promedio de cada departamento para los años anteriores al 2013. Una aproximación a la evolución de los ingresos promedio por departamento se puede obtener a partir del crecimiento que ha tenido cada mercado en cuanto al número total de abonados de cada departamento.⁷⁷

Así, para los departamentos de Ayacucho, Junín y Pasco, se calcula la tasa de crecimiento que tuvo el número de abonados durante el periodo en el que las empresas actuaron sin concesión, y esta tasa se aplica para estimar los ingresos totales anuales partiendo de los ingresos promedio obtenidos para el año 2013. Cabe destacar que aquí también se calculan los ingresos ilícitos de forma proporcional al número de meses en los cuales las empresas operadoras actuaron sin concesión en cada año

En el siguiente cuadro se muestra esta estimación de los ingresos ilícitos que se asume obtuvo Procomtel, en base a los ingresos promedio de las empresas operadoras de Ayacucho, y al crecimiento del número total de abonados de este departamento. Así, se asume que en total Procomtel habría obtenido S/. 295 236 durante el tiempo que operó en el mercado de forma ilícita.

Cuadro N° 6: Cálculo de los ingresos ilícitos obtenidos por la empresa Procomtel (Ayacucho)

Año	Abonados		Ingresos	
	Número	Tasa de crecimiento	Totales	Ilícitos
2005	2 719	15%	S/. 18 747	S/. 18 747
2006	2 750	1%	S/. 18 961	S/. 18 961
2007	2 935	7%	S/. 20 236	S/. 20 236
2008	3 180	8%	S/. 21 926	S/. 21 926
2009	3 994	26%	S/. 27 538	S/. 27 538
2010	4 773	20%	S/. 32 909	S/. 32 909
2011	9 437	98%	S/. 65 066	S/. 65 066
2012	9 449	0%	S/. 65 149	S/. 65 149
2013	10 749	14%	S/. 74 112	S/. 24 704
Total	-	-	S/. 344 644	S/. 295 236

Para Telecableplus se realiza el mismo procedimiento en base a la información del departamento de Pasco, siendo los ingresos ilícitos imputados a esta empresa operadora unos S/. 454 956, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

⁷⁷ La información del crecimiento del número de abonados para cada departamento se obtiene de la información entregada por las empresas operadoras en el marco de la normativa de entrega de información periódica, aprobada mediante Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias. Esta información está disponible en la página web del OSIPTTEL: http://www.osiptel.gob.pe/WebsiteAjax/WebFormgeneral/sector/wfrm_Consulta_Informacion_Estadisticas.aspx?CodInfo=13474&CodSubCat=864&TituloInformacion=7.%20Indicadores%20de%20Televisi%c3%b3n%20de%20Paga&DescripcionInformacion= (Última visita: 24/06/2014)

Cuadro N° 7: Cálculo de los ingresos ilícitos obtenidos por la empresa Telecableplus (Pasco)

Año	Abonados		Ingresos	
	Número	Tasa de crecimiento	Totales	Ilícitos
2010	3 361		S/. 105 545	S/. 105 252
2011	5 105	52%	S/. 160 312	S/. 160 312
2012	4 051	-21%	S/. 127 213	S/. 127 213
2013	4 784	18%	S/. 150 231	S/. 62 179
Total	-	-	S/. 543 301	S/. 454 956

Finalmente, para la empresa Segura Prado también se realiza el mismo procedimiento con la información del departamento de Junín, dando como resultado ingresos ilícitos de S/. 342 246:

Cuadro N° 8: Cálculo de los ingresos ilícitos obtenidos por la empresa Segura Prado (Junín)

Año	Abonados		Ingresos	
	Número	Tasa de crecimiento	Totales	Ilícitos
2006	7 919	13%	S/. 35 922	S/. 24 347
2007	10 185	29%	S/. 46 201	S/. 46 201
2008	11 322	11%	S/. 51 358	S/. 51 358
2009	16 909	49%	S/. 76 701	S/. 76 701
2010	18 505	9%	S/. 83 941	S/. 83 941
2011	26 321	42%	S/. 119 396	S/. 59 698
2012	26 568	1%	S/. 120 516	-
2013	29 314	10%	S/. 132 972	-
Total	-	-	S/. 698 737	S/. 342 246

Luego de haber obtenido los ingresos ilícitos de las empresas a sancionar deben estimarse los beneficios ilícitos. Dado que no se dispone de las utilidades operativas de las empresas infractoras, ni de un margen de utilidad operativa representativo para las empresas de los departamentos en las que estas operan, se ha optado por tomar el margen de utilidad calculado por el Tribunal de Solución de Controversias en la segunda instancia del Expediente N° 006-2011-CCO-ST/LC.⁷⁸ Dicho margen de utilidad operativa es de 25%⁷⁹. Este margen de utilidad operativa se utiliza para calcular las ganancias ilícitas obtenidas por las empresas infractoras durante todo el periodo en el cual operaron sin concesión. La única excepción es el caso de Cable

⁷⁸ Ver Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del Expediente N° 006-2011-CCO-ST/LC.

⁷⁹ De acuerdo a lo señalado en la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del Expediente N° 006-2011-CCO-ST/LC, el margen de utilidad de 25% calculado corresponde al promedio del margen de utilidad operativa de un grupo de empresas operadoras del servicio de televisión por cable que operan en provincias y distritos del interior del país, y que, en cumplimiento de la Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, han reportado al OSIPTEL sus estados financieros al 2011. Las empresas de las cuales se tomó la información financiera fueron: Vip Channel SAC, Red Intercable Perú SAC, Cable Visión Moro y Cable Visión San Jacinto.

Zofri en los años 2009 y 2010, ya que esta empresa brindó información para dichos años, en los que tenía márgenes de utilidad operativa de -5.1% y 7.3%, respectivamente.⁸⁰

La ganancia ilícita resulta de aplicar la siguiente fórmula:

Fórmula para el cálculo de la ganancia ilícita

$$G_{ilícita} = Ingresos \times MUO$$

Donde:

$G_{ilícita}$ = Ganancia ilícita de la empresa infractora

$Ingresos$ = Ingresos ilícitos de la empresa infractora

MUO = Margen de utilidad operativa calculado como al porcentaje de la utilidad operativa sobre los ingresos operativos.

De esta manera las ganancias ilícitas calculadas para cada una de las empresas infractoras se muestran en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 9: Ganancias ilícitas de las empresas infractoras

Empresa	Ingresos ilícitos	Ganancias ilícitas
Cable Zofri S.R.L.	S/. 15 111 094	S/. 2 773 800
Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L.	S/. 3 179 765	S/. 794 941
Telecableplus E.I.R.L.	S/. 454 956	S/. 113 739
TV Cable Segura Prado	S/. 342 246	S/. 85 561
Cable Laser S.A.C.	S/. 303 358	S/. 75 839
Procomtel Sucre S.C.R.Ltda.	S/. 295 236	S/. 73 809

b. Ahorro de costos

Los costos que se han ahorrado las empresas infractores son básicamente aquellos relacionados con los pagos de aportes al FTEL⁸¹, los aportes por el Servicio de Supervisión al OSIPTEL⁸² y la Tasa de explotación comercial del servicio al MTC⁸³.

⁸⁰ Para los años 2005, 2006, 2007 y 2008 se considera que el margen de ganancia de Cable Zofri fue también de 25%.

⁸¹ **Artículo 238° y 239° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. N° 020-2007-MTC.**

Artículo 238.- Aportes al FTEL

Constituyen recursos del FTEL:

1. El uno (1%) por ciento de los ingresos facturados y percibidos por la prestación de servicios portadores, de servicios finales de carácter público, del servicio público de distribución de radiodifusión por cable y del servicio público de valor añadido de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet), incluidos los ingresos por corresponsalías y/o liquidación de tráficos internacionales; deducidos los cargos de interconexión, el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal. (...).

Artículo 239.- Pagos a cuenta

Las personas naturales o jurídicas habilitadas a prestar los servicios públicos de telecomunicaciones señalados en el numeral 1 del artículo 238, abonarán con carácter de pago a cuenta del aporte que en definitiva les corresponda abonar por concepto del derecho especial, cuotas mensuales equivalentes al uno por ciento (1%) de sus ingresos brutos facturados y percibidos durante el mes anterior. (...).

Los aportes por el Servicio de Supervisión al OSIPTEL corresponden al 0.5% de los ingresos brutos de las empresas operadoras, y se pagan de forma mensual. En tal sentido, para el cálculo del ahorro de costos por este concepto, se considera como base imponible los ingresos mensuales que obtuvieron las empresas operadoras durante el periodo en el cual estuvieron sin concesión.

Las empresas de las que se ha acreditado el pago de estos aportes son Cable Zofri y Tele Chanchamayo. En el caso de Cable Zofri, de la base de datos del OSIPTEL se observa que ha pagado la totalidad de sus aportes entre el año 2005 y el 2010, por lo

⁸² **Artículo 10º de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332.**

Artículo 10.- Aporte por regulación

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

Artículo del 65º del Reglamento del OSIPTEL, aprobado por D.S. 008-2001-PCM.

Artículo 65º.- Pago a cuenta de Aportes

Las empresas operadoras abonarán directamente a OSIPTEL con carácter de pago a cuenta del monto que en definitiva les corresponde abonar por Aporte por Regulación, también llamado Aporte de Supervisión, cuotas mensuales equivalente al medio por ciento (0,5%).

⁸³ **Artículo 55º del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. Nº 013-93-TCC.**

Artículo 55.- Las concesiones y autorizaciones están sujetas al pago de un derecho por única vez. La explotación comercial de los servicios está sujeta al pago de una tasa anual. En ambos casos los montos serán fijados en el reglamento. En caso de otorgamiento de concesiones y autorizaciones por concurso público el monto de este derecho será definido de acuerdo a las bases en función a la mejor oferta.

Artículo 229º y 230º del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. Nº 020-2007-MTC.

Artículo 229º.- Tasa por explotación comercial del servicio

Los titulares de concesiones pagarán por concepto de la explotación comercial de los servicios de telecomunicaciones, una tasa anual equivalente a medio por ciento (0,5%) de sus ingresos brutos facturados y percibidos anualmente.

En el caso de servicios públicos de telecomunicaciones y para los fines de esta tasa, forma parte de la base de cálculo, los ingresos provenientes de las liquidaciones entre empresas por el tráfico internacional de entrada y salida del país (...).

Artículo 230º.- Pagos a cuenta

Los titulares de concesiones a que se refiere el artículo anterior, abonarán con carácter de pago a cuenta de la tasa que en definitiva les corresponda abonar por la explotación comercial del servicio, cuotas mensuales equivalentes al porcentaje fijado en el artículo anterior aplicado sobre los ingresos brutos percibidos durante el mes inmediato anterior al pago. En el mes de abril de cada año se efectuará la liquidación final, debiéndose abonar la cuota de regularización respectiva. Si quedara saldo a favor del contribuyente, podrá aplicarlo a los respectivos pagos a cuenta de los meses siguientes o alternativamente podrá hacer uso de los mecanismos que determine oportunamente el Ministerio.

Conjuntamente con el pago a cuenta mensual, las empresas presentarán al Ministerio una declaración jurada en el formato que éste apruebe, la misma que estará sujeta a verificación posterior por parte del personal autorizado por el Ministerio.

La declaración jurada y el pago correspondiente, se efectuarán dentro de los diez (10) días calendario del mes siguiente al que corresponda el pago a cuenta.

El incumplimiento de los pagos a cuenta y del pago de regularización correspondiente en los plazos establecidos, dará lugar a la aplicación por cada mes de retraso y de manera acumulativa, de la tasa de interés moratorio (TIM), la cual será del quince por ciento (15%) de la tasa activa del mercado promedio mensual en moneda nacional (TAMN) que publique la Superintendencia de Banca y Seguros el último día hábil del mes anterior.

cual no se considera que haya obtenido esta ventaja significativa con respecto a estos aportes. En relación a Tele Chanchamayo, la empresa remitió a la Secretaría Técnica los comprobantes de los pagos de sus aportes al OSIPTEL, entre los años 2005 y 2014; sin embargo, no se observaron los comprobantes para los meses de mayo y junio de 2005, agosto de 2006 y diciembre de 2007, por lo que se calcula un ahorro de costos, derivado del no pago de los aportes al OSIPTEL, solo en base a los ingresos estimados para estos meses.

De otro lado, la tasa de explotación pagada al MTC corresponde también al 0.5% de los ingresos brutos de las empresas operadoras, este pago sin embargo, es anual. En ese sentido, para el cálculo de los costos respecto a este concepto no se consideran los meses del último año en el que las empresas operaron sin concesión, considerándose únicamente los años previos en los que fue ilegal. Por ejemplo, Procomtel operó sin concesión entre enero de 2005 y abril de 2013, así para esta empresa se calcula el pago por tasa de explotación en base a los ingresos de los años 2005 a 2012. Cabe destacar que Tele Chanchamayo presentó sus recibos de pago al MTC de los años 2000, 2001, 2002 (fraccionamiento) 2003, 2004, 2005, 2006 y 2007, por lo cual solo se calcula el ahorro de los costos derivados del no pago al MTC entre el año 2008 y el 2012.

Los aportes al FITEC corresponden al 1% del monto total mensual de los ingresos brutos facturados y percibidos por las empresas operadoras. Cabe descartar que este aporte se aplica a las empresas de televisión de paga recién a partir de enero de 2013 y de forma mensual.⁸⁴ Así, el cálculo de este costo se realiza para las empresas que estuvieron operando sin concesión en los meses que incluyen a enero de 2013 en adelante.

En el caso de los otros costos, estos solo se consideran para Procomtel, que nunca tuvo concesión. Esta categoría de otros costos busca capturar básicamente costos ahorrados por Procomtel al nunca haber obtenido una concesión, como por ejemplo el pago por derecho de concesión de 0.25% de la inversión a realizar durante el primer año, los costos en los que incurría la empresa en el proceso de tramitación, obtención de documentación, la elaboración de la carta fianza del 15% de la inversión inicial, la elaboración del Perfil del proyecto técnico. Todos estos costos se asumen como aquellos en los que la empresa debió incurrir para obtener la concesión, pero que se ahorró al no obtener dicha autorización. Cabe destacar que estos costos no constituyen pagos al MTC.

Así, los costos ahorrados por las empresas operadoras se muestran en el siguiente cuadro:

⁸⁴ El Decreto Supremo N° 019-2012-MTC, publicado el 30 de diciembre de 2012, que modifica el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, incluyó como nuevos aportantes a los prestadores del servicio público de distribución de radiodifusión por cable.

Cuadro N° 10: Costos ahorrados por las empresas infractoras

Empresa	Ahorro de costos			
	Aportes OSIPTEL	Tasa de explotación	Aportes FITEI	Costos ahorrados por no haber obtenido nunca una concesión
Procomtel Sucre S.C.R.Ltda.	S/. 1 476	S/. 1 353	S/. 247	S/. 2 952
Cable Laser S.A.C.	S/. 257	S/. 1 418	S/. 513	
Telecableplus E.I.R.L.	S/. 2 275	S/. 1 965	S/. 622	
Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L.	S/. 428	S/. 10 219	S/. 5 395	
Cable Zofri S.R.L.		S/. 74 559		
TV Cable Segura Prado	S/. 1 711	S/. 1 471		

De esta manera, el beneficio ilícito que habrían obtenido estas empresas operadoras se resume en el siguiente cuadro, y está constituido por las ganancias ilícitas y por el ahorro de costos:

Cuadro N° 11: Beneficio ilícito obtenido por las empresas infractoras

Empresa	Beneficio ilícito
Procomtel Sucre S.C.R.Ltda.	S/. 79 837
Cable Laser S.A.C.	S/. 78 027
Telecableplus E.I.R.L.	S/. 118 601
Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L.	S/. 810 982
Cable Zofri S.R.L.	S/. 2 848 358
TV Cable Segura Prado	S/. 88 743

8.2.2. La probabilidad de detección de la infracción

Como se señaló precedentemente, para lograr el adecuado desincentivo, la multa a imponerse por la realización de una conducta infractora debe considerar además del beneficio ilícito esperado, la **probabilidad de detección**. Al respecto, para los casos que una infracción sea muy difícil de detectar, se deberá asumir un porcentaje bajo de probabilidad (a fin de que la multa sea mayor para abarcar todas las veces que el agente pudo cometer la conducta y no ser detectado). De otro lado, si la conducta infractora es de mediana o fácil detección le corresponderá un porcentaje mayor.

Para este procedimiento se ha considerado que existen dos probabilidades de detección, que se resumen a continuación:

Nunca tuvo concesión	30%
Concesión cancelada	90%

Tal como se observa, se asume una probabilidad de detección del 30% en el caso de que una empresa nunca haya tenido concesión, mientras que en el caso de las empresas a las que se les canceló la concesión se asume una probabilidad de detección de 90%.

La probabilidad de detección de una empresa que nunca tuvo concesión es más baja debido a que estas empresas normalmente operan con un mayor grado de clandestinidad, y no se promocionan a gran escala (en relación a sus zonas de operación), precisamente por su grado de informalidad. Asimismo, este tipo de empresas operan normalmente en zonas más alejadas de las zonas urbanas donde se les podría ubicar más fácilmente. La probabilidad de detección no es más cercana a cero debido a que en cierta medida, al ser empresas que brindan servicios de telecomunicaciones, con infraestructura física (utilizando cable físico), se podría detectar su existencia.

De otro lado, la probabilidad de detección de las empresas con concesión cancelada es más alta y cercana a uno debido a que al existir una resolución ministerial que cancela la concesión, y al ser empresas que ya pueden haber estado en conocimiento del OSIPTEL y del MTC, se considera que la probabilidad de detectarlas es alta.

8.2.3. Determinación de la sanción a imponer

A fin de determinar la sanción a imponer en el presente caso para todos los que han sido encontrados responsables en el presente caso, utilizaremos la fórmula antes señalada ($Multa\ Base = \frac{Beneficio\ ilícito}{probabilidad\ de\ detección}$) para calcular inicialmente los montos base de las multas de cada una de las empresas infractoras.

Luego, este Cuerpo Colegiado ha considerado establecer un atenuante muy importante para la imposición de la sanción y la determinación de la gravedad de la violación a la norma. En ese sentido, se considera que el haber formalizado las actividades de la empresa infractora, a través de la obtención de una concesión, constituye un atenuante muy importante, por el cual se considera que la multa debe ser reducida en un 50%. En este caso, la única empresa que obtuvo una concesión luego de haber operado sin ella fue Tele Chanchamayo (considerándose el grupo económico), por lo cual a esta empresa se le reduce la multa en 50%.

Cuadro N° 12: Cálculo de la multa total

Empresa	Beneficio ilícito	Multa Base = Beneficio ilícito/ probabilidad de detección	Multa total en soles (considerando atenuante)	Multa total en UIT
Procomtel Sucre S.C.R.Ltda.	S/. 79 837	S/. 266 124	S/. 266 124	70
Cable Laser S.A.C.	S/. 78 027	S/. 86 697	S/. 86 697	23
Telecableplus E.I.R.L.	S/. 118 601	S/. 131 779	S/. 131 779	35
Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L.	S/. 810 982	S/. 901 092	S/. 450 546	119
Cable Zofri S.R.L.	S/. 2 848 358	S/. 3 164 843	S/. 3 164 843	833
TV Cable Segura Prado	S/. 88 743	S/. 98 604	S/. 98 604	26

Ahora corresponde calificar el tipo de infracción, estableciéndose si esta es Leve, Grave o Muy Grave. En este caso, se considera que la modalidad de acto desleal consistente en operar sin concesión no puede ser considerada como una falta leve de ninguna manera. En ese sentido, para el presente caso, según las circunstancias propias de cada empresa se determinará si la empresa ha cometido una infracción grave o muy grave.

La explicación a que no se considere en ningún caso que operar sin concesión es una falta leve se debe a que, la concesión es un título habilitante fundamental para operar en un mercado. En ese sentido, esta autorización constituye un importante instrumento para regular un mercado tan complejo y de alta informalidad como el mercado de televisión de paga. El no contar con concesión implica que una empresa no debería prestar servicios, ya que no será supervisada ni cumplirá con las normas que rigen este mercado. El impacto de la operación sin concesión, lo que equivale a operar informalmente, es alto, ya que al no estar sujetas a supervisión las empresas no cumplirían parámetros de calidad, y los usuarios no tienen a quien recurrir en caso tengan un problema con ellas. Asimismo, la informalidad de las operaciones podría conllevar a que las empresas no paguen impuestos o que realicen actividades de retransmisión ilegal de señales.⁸⁵ Por todo ello, se considera que la operación sin concesión no puede constituir una infracción leve.

A continuación se establecen los criterios a tener en cuenta para determinar si para cada empresa la infracción cometida es grave o muy grave, según los hechos que se observen. Los criterios adoptados son algunos de los señalados en el artículo 53º de la LRCD, según la información que se tiene disponible y su aplicabilidad al presente caso. Cabe destacar que solo se toman en cuenta aquellos criterios que marcan diferencias entre las empresas, es decir, aquellos que no se presentan en todos los casos. Así, se consideran como agravantes que las empresas hayan operado más de 60 meses (5 años) sin concesión, que hayan obtenido más de S/. 100 mil como beneficio ilícito, y que nunca hayan tenido concesión. De otro lado, el único atenuante que se considera es que se haya verificado que la empresa obtuvo una concesión

⁸⁵ Cabe destacar que este tipo de conductas no se han analizado en este procedimiento.

luego de haber concurrido ilegalmente en el mercado. Se considera como falta Muy Grave que se contabilicen dos agravantes para una empresa. Asimismo, se considera que un atenuante anula un agravante. Es decir, que si una empresa tiene dos agravantes y un atenuante finalmente solo se considerará que existe un agravante.

En ese sentido, se concluye que Procomtel y Cable Zofri han incurrido en una falta muy grave, ya que se observan dos agravantes para cada una. De otro lado, se considera que las infracciones de Cable Laser, Telecableplus y Segura Prado son Graves, ya que se contabiliza solo un agravante para estas empresas. Finalmente, para Tele Chanchamayo se considera como infracción Grave, ya que si bien se contabilizan dos agravantes, se observa un atenuante.

Cuadro N° 13: Calificación de la infracción por empresa

Empresa	Agravantes			Atenuantes	Calificación
	La infracción duró más de 60 meses	Beneficio ilícito de más de S/. 100 mil	Nunca tuvo concesión	Corrigió la conducta	
Procomtel Sucre S.C.R.Ltda.	X		X		Muy Grave
Cable Laser S.A.C.					Grave
Telecableplus E.I.R.L.		X			Grave
Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L.	X	X		✓	Grave
Cable Zofri S.R.L.	X	X			Muy Grave
TV Cable Segura Prado	X				Grave

Finalmente, en los casos en que se cuenta con la información de ingresos brutos del ejercicio anterior, se considerará la capacidad económica del infractor, aplicándose un tope máximo para la multa final a ser impuesta (un porcentaje de los ingresos brutos conforme a lo señalado en el artículo 52 del DL 1044, de acuerdo a la gravedad de la infracción). Para el presente caso, dado que Tele Chanchamayo y Cable Zofri han presentado sus ingresos del año 2013, debe observarse si la multa calculada sobre pasa los límites impuestos por el DL 1044 de acuerdo a la gravedad de la infracción. Para el resto de empresas no se considera dichos topes, ya que no han presentado la información correspondiente.

De acuerdo a la información obtenida para Cable Zofri y Tele Chanchamayo, se observa que las multas calculadas superan los topes correspondientes al 10% de sus ingresos percibidos correspondientes al año 2013. En ese sentido, se ha decidido aplicar a Cable Zofri una multa de 13 UIT y a Tele Chanchamayo una multa de 16 UIT. En ambos casos las multas no superan los topes ya señalados.

Así, las multas a imponerse a las empresas consideradas como infractores a las leyes de protección de la leal competencia en el presente procedimiento son las siguientes:

Cuadro N° 14: Multas a imponer

Empresa	UIT
Procomtel Sucre S.C.R.Ltda.	70
Cable Laser S.A.C.	23
Telecableplus E.I.R.L.	35
Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L.	16
Cable Zofri S.R.L.	13
TV Cable Segura Prado	26

8.2.4. Determinación de la sanción de los gerentes y gestores de Las Investigadas

La sanción de una persona natural busca que, al realizar determinada conducta, considere las consecuencias que puede generar y no pretenda protegerse en la ficción de la persona jurídica. En otras palabras, busca que las personas naturales también sean responsables por sus decisiones y actos. Cabe recordar que toda persona jurídica implica una ficción, pues no tiene existencia propia en la realidad. En ese sentido, las decisiones y actos que se adoptan y llevan a cabo al interior de una persona jurídica son realizadas, en la práctica, por las personas naturales que integran sus órganos directivos y gerenciales.

Así, la sanción de las personas naturales que participan en los órganos directivos o gerenciales de una empresa o asociación y que adoptan la decisión de llevar a cabo una conducta calificada como anticompetitiva, permite desincentivar eficazmente la adopción de este tipo de conductas⁸⁶.

La sanción de una persona natural debe guardar directa relación con su responsabilidad en la toma de decisiones al interior del agente que participó en la infracción administrativa. Aquellas personas naturales que tuvieron cargos de mayor jerarquía al interior de sus empresas deben ser objeto de mayores sanciones pecuniarias, toda vez que, cuando una persona ocupa un mayor nivel jerárquico dentro de una persona jurídica (i) tiene mayor acceso a información de la organización; (ii) puede tener mejor conocimiento de los efectos de sus decisiones; y, (iii) tiene mayor capacidad de influencia para decidir la adopción de una determinada conducta.

⁸⁶ “(...) en muchas jurisdicciones, las agencias o las cortes pueden también multar a las personas naturales, es decir, al individuo específico que cometió la infracción, adicionalmente a la multa para la empresa. La lógica detrás de estos sistemas es que la sola imposición de sanciones a la empresa no puede asegurar un desincentivo adecuado. (...) Las sanciones impuestas en individuos puede por lo tanto complementar las multas impuestas en corporaciones/empresas y mejorar el desincentivo”. Traducción libre de: “(...) in several jurisdictions, agencies or courts can also fine natural persons, i.e. the specific individual who committed the infringement in addition to fining the undertaking. The logic behind these systems is that the imposition of sanctions only on the undertaking cannot ensure adequate deterrence. (...) Sanctions imposed on individuals can therefore complement fines imposed on corporations/undertakings and enhance deterrence”. OECD. Cartels: Sanctions against individuals. Policy Roundtables, 2003, p. 16.

En el presente caso, los señores Crescencio Orozco Moreyra, Omar Gallardo Ríos y Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez participaron en la adopción de las prácticas de violación de normas. En tal sentido, con la finalidad de desincentivar de manera efectiva la participación de los señores Crescencio Orozco Moreyra, Omar Gallardo Ríos y Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez, así como de otros gerentes/gestores, en la realización de conductas de similar naturaleza, este Cuerpo Colegiado considera que debe imponerse una sanción. Sin perjuicio de ello, este Cuerpo Colegiado considera la imposición de una amonestación a cada uno de ellos, como sanción que permita dar señales a los mercados de telecomunicaciones que disuadan la gestación de decisiones destinadas a concurrir ilícitamente en el mercado.

8.3. Sobre la medida correctiva

El marco normativo vigente faculta al OSIPTEL a aplicar medidas correctivas en las materias que son de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre leal competencia⁸⁷, a fin de poder revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas detectadas⁸⁸. Por su parte, el inciso a) del artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁸⁹, establece que la autoridad puede ordenar la cesación del acto, con la finalidad de restablecer la leal competencia en el mercado.

En el presente caso, ha quedado acreditado que Procomtel Sucre S.C.R.Ltda., Crescencio Orozco Moreyra, Cable Laser S.A.C., Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Omar Gallardo Ríos, TV Cable Chanchamayo S.R.L., Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez, TV Cable Segura Prado S.A.C. y Cable Zofri S.R.L. han incurrido en actos de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, y, por ende, este Cuerpo Colegiado ha determinado la imposición de las sanciones respectivas, conforme a lo desarrollado en el punto anterior. La conducta infractora ha sido la de prestar servicios de televisión por cable, en determinados períodos, sin contar con concesión vigente, por lo que la posibilidad de que se preste el servicio en otra oportunidad sin el título habilitante (se siga prestando o se vuelva a prestar, dependiendo del caso en específico), justifica

⁸⁷ Decreto Supremo 013-93-TCC. Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones:

Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras.

Artículo 77°.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público dependiente directamente del Presidente de la República, con autonomía administrativa, económica, financiera, cuyas funciones fundamentales son las siguientes: (...) 9. Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas. (énfasis agregado).

⁸⁸ En tal sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 1963-2006-PA/TC reconoció la importancia de las referidas medidas correctivas toda vez que permiten la cesación de la conducta infractora y de esta manera se detiene el perjuicio causado al mercado y a los competidores.

⁸⁹ Decreto Legislativo 1044

Artículo 55°.- Medidas correctivas

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

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

que se ordene una medida correctiva destinada a evitar que la conducta infractora se siga repitiendo en el futuro.

Esta medida correctiva consistente en el cese de la conducta de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, deberá hacerse efectiva en un plazo no mayor a quince (15) días calendario, contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución; caso contrario, el incumplimiento de esta medida será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTel, Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTel.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar como **CONFIDENCIAL** la información referida al monto de los ingresos y aportes declarados para el pago de aportes al OSIPTel, de las empresas Cable Zofri S.C.R.Ltda, Cable Laser S.A.C., TV Cable Chanchamayo S.R.L., Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., así como de otras empresas de telecomunicaciones; conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Declarar **INFUNDADO** el procedimiento de oficio iniciado contra Radiodifusión TV Sucre E.I.R.L., TV Cable S.A.C., Félix Sabino De la Cruz Ferrer, y Multimedia Digital S.R.L. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Tercero.- Declarar **FUNDADO** el procedimiento de oficio iniciado contra Procomtel Sucre S.C.R.Ltda., Crescencio Orozco Moreyra, Cable Laser S.A.C., Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Omar Gallardo Ríos, TV Cable Chanchamayo S.R.L., Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez, TV Cable Segura Prado S.A.C., y Cable Zofri S.C.R.Ltda. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Cuarto.- Archivar el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Roberto Castillo La Madrid, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Quinto.- SANCIONAR a las siguientes empresas infractoras, de la siguiente manera:

- (i) Procomtel Sucre S.C.R.Ltda.: 70 UIT por la comisión de una infracción muy grave,
- (ii) Cable Laser S.A.C.: 23 UIT por la comisión de una infracción grave.
- (iii) Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada: 35 UIT por la comisión de una infracción grave.
- (iv) Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L.: 16 UIT por la comisión de una infracción grave.
- (v) TV Cable Segura Prado S.A.C.: 26 UIT por la comisión de una infracción grave.
- (vi) Cable Zofri S.C.R.Ltda.: 13 UIT por la comisión de una infracción muy grave.

Artículo Sexto.- SANCIONAR a los señores Crescencio Orozco Moreyra, Omar Gallardo Ríos y Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez con una Amonestación, en virtud de los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Séptimo.- Ordenar a Procomtel Sucre S.C.R.Ltda., Cable Laser S.A.C., Telecableplus Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, TV Cable Chanchamayo S.R.L., Tele Cable Chanchamayo E.I.R.L., TV Cable Segura Prado S.A.C., Cable Zofri S.C.R.Ltda., Crescencio Orozco Moreyra, Omar Gallardo Ríos y Carlos Alfonso Sigarrostegui Chávez, en calidad de **medida correctiva** el cese de la conducta de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, y en consecuencia, se abstengan de prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable, sin contar con concesión vigente.

Esta medida correctiva deberá ser cumplida en un plazo no mayor a quince (15) días calendario, contados a partir del día siguiente de notificada la presente resolución; caso contrario, el incumplimiento de esta medida será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Rafael Munte Schwarz, Daniel Schmerler Vainstein y Lorena Alcázar Valdivia.