

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 009-2007-CCO/OSIPTEL

Lima, 12 de marzo de 2007

EXPEDIENTE	005-2006-CCO-ST/CD
MATERIA	COMPETENCIA DESLEAL
ADMINISTRADOS	Casagrande Televisión S.A.C. José Emilio Minchán Novoa

SUMILLA: Se declara IMPROCEDENTE en todos sus extremos la demanda presentada por Casagrande Televisión S.A.C. contra el señor José Emilio Minchán Novoa.

Se dispone remitir copia de los actuados del presente expediente a la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, para que evalúe la existencia de posibles infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Casagrande Televisión S.A.C. (en adelante, CASAGRANDE) y el señor José Emilio Minchán Novoa (en adelante, el señor Minchán) por supuestos actos de competencia desleal en el mercado de la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable.

VISTO:

El Expediente N° 005-2006-CCO-ST/CD.

CONSIDERANDO:**I. EMPRESAS INVOLUCRADAS****Demandante**

CASAGRANDE es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 110-97-MTC/15.17 de fecha 3 de marzo de 1997, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable) en los distritos de Chocope, Ascope, Chicama, Provincia de Ascope, y el distrito de Guadalupe, Provincia de Pacasmayo, Departamento de La Libertad.

Demandada

El señor Minchán mediante Resolución Ministerial N° 901-2005-MTC/03 de fecha 30 de noviembre de 2005, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de televisión por cable en distrito de Casagrande, Provincia de Ascope, Departamento de La Libertad.

II. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito presentado con fecha 8 de junio de 2006 CASAGRANDE demandó al señor Minchán – en su calidad de propietario de la empresa de Cable

Time's -, por supuestos actos de competencia desleal en el mercado de la prestación del servicio de televisión por cable.

2. Mediante Resolución N° 001-2006-CCO/OSIPTEL del 21 de junio de 2006 se requirió a CASAGRANDE precisar los alcances de su demanda. Ello, debido a que conforme a lo advertido por el Cuerpo Colegiado, de la lectura del escrito presentado por CASAGRANDE con fecha 8 de junio de 2006, no quedaba claro si dicha empresa estaba denunciando, adicionalmente, presuntas infracciones referidas a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, conductas anticompetitivas relativas a la realización de una campaña de precios depredadores y posibles infracciones derivadas del uso de equipos *Direct Tv*, lo cual no guardaba relación con lo señalado en el petitorio de su demanda.
3. CASAGRANDE, mediante escrito presentado el 10 de julio de 2006, precisó los alcances de su demanda¹. Conforme a ello, las pretensiones de su demanda son las siguientes:
 - Se califique la conducta del señor Minchán como consistente en la recepción y transmisión de canales de televisión nacionales y extranjeros, infringiendo las normas sobre derechos de autor, como infractora de las normas de competencia desleal.
 - Se ordene el cierre del establecimiento de la empresa del señor Minchán.
 - Se imponga la máxima sanción posible al señor Minchán.
4. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 002-2006-CCO/OSIPTEL del 14 de julio de 2006 se:
 - Admitió a trámite la demanda planteada por CASAGRANDE contra el señor Minchán en el extremo referido a que se declare que éste ha incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificados en el artículo 17º Texto Único Ordenado de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI (en adelante, Ley de Competencia Desleal) constituidos por la difusión de señales de canales de cable infringiendo las normas sobre derechos de autor al no contar con las autorizaciones o licencias para ello y obteniendo una ventaja significativa respecto de sus competidores.
 - Declaró improcedente la demanda presentada por CASAGRANDE en el extremo referido a la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño².

¹ De acuerdo con lo señalado por dicha empresa, las conductas denunciadas que estarían siendo cometidas por el señor Minchán serían:

- Actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas al recepcionar y transmitir señales de canales nacionales e internacionales sin contar con las autorizaciones o licencias otorgadas por sus propietarios, obteniendo una ventaja significativa respecto de CASAGRANDE y vulnerando las normas sobre los derechos de autor. Las señales materia de denuncia son ATV, AMERICA, DISCOVERY KIDS, DISCOVERY CHANNEL, DE PELÍCULA, ESPN y TNT.
- Actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, consistentes en ofrecer 30 canales de televisión por cable a un precio de S/. 15.00 nuevos soles mensuales "(...) engañando a la población del Área de su Concesión, puesto que no cuenta con las respectivas licencias para difundir las señales que ofrece".

² Al respecto, el Cuerpo Colegiado señaló lo siguiente:

"De lo manifestado por CASAGRANDE y de la revisión de las pruebas presentadas por esta empresa, no se han encontrado elementos de juicio o indicios que hagan posible calificar las conductas del señor Minchán como actos de engaño."

- Denegó la solicitud de CASAGRANDE referida al cierre del establecimiento de la empresa del señor José Emilio Minchán, toda vez que dicha medida no constituye un acto que pueda ser ordenado por el Cuerpo Colegiado.
 - Ordenó la realización de inspecciones en el local del demandado y en los domicilios de abonados de los servicios de cable que presta el señor Minchán, a fin de verificar la realización de los actos de competencia desleal denunciados.
4. El señor Minchán, mediante escrito presentado con fecha 2 de agosto de 2006, contestó la demanda interpuesta por CASAGRANDE.
 5. Mediante Resolución N° 003-2006-CCO/OSIPTEL del 9 de agosto de 2006, se requirió al señor Minchán para que precise los alcances de su escrito de contestación de la demanda.
 6. Mediante escrito presentado el 25 de agosto de 2006, el señor Minchán cumplió con aclarar y precisar los alcances de su contestación de la demanda.
 7. Por Resolución N° 004-2006-CCO/OSIPTEL del 31 de agosto de 2006, se tuvo por presentada la contestación de la demanda, se declaró saneado el procedimiento y se dio inicio a la etapa de investigación.

III. DEMANDA

Posición de CASAGRANDE

CASAGRANDE ha señalado lo siguiente en su demanda:

1. Respecto de los actos de violación de normas de derechos de autor, CASAGRANDE ha solicitado que se *“(...) califique la conducta de Don José Emilio Minchán Novoa (...) como infractora de las normas de competencia desleal consistente en la recepción y transmisión de los canales de televisión nacional y extranjero [sic] (...) infringiendo las normas sobre derechos de autor”*. Ello, en atención a que el señor Minchán se encontraría transmitiendo las señales de ATV, AMERICA, DISCOVERY KIDS, DISCOVERY CHANNEL, DE PELÍCULA, ESPN y TNT sin contar con las licencias y/o autorizaciones correspondientes³.
2. Con relación a la ventaja significativa que habría sido obtenida por el señor Minchán mediante la infracción a las normas sobre los derechos de autor,

Así, no se ha evidenciado (i) la posible existencia de información mediante la cual el señor Minchán difunda entre sus abonados o potenciales usuarios que cuenta con las licencias o autorizaciones para transmitir las señales de cable que integran su programación; y (ii) que dicha información -falsa, incorrecta o insuficiente- sea capaz de inducir a error sobre las características y/o ventajas que tiene la prestación ofrecida por el denunciado”.

³ Sobre el particular, CASAGRANDE ha manifestado que para la recepción y transmisión de las referidas señales, el señor Minchán -además de utilizar equipos DirecTV-, estaría utilizando a “seudo abonados” que contratan los servicios de la empresa DIREC TV para que luego de la instalación del servicio retransmitan las señales mediante *“(...) una extensión de cable coaxial hacia la cabecera del cable denunciado [la empresa del señor Minchán] quien con un modulador transmite a sus abonados las señales de diversos canales de televisión nacionales y extranjeros que se encuentran codificados”*. Ver página 3 del escrito presentado por CASAGRANDE con fecha 10 de julio de 2006.

CASAGRANDE indicó que el demandado se ahorraría un monto promedio mensual ascendente a US\$ 4,500.00 dólares americanos, correspondiente a los pagos por los derechos de cada una de las señales que transmitía⁴.

Posición del señor Minchán

El señor Minchán ha señalado lo siguiente en su contestación de la demanda:

1. Respecto de los canales denunciados por CASAGRANDE, indica que *“(...) por motivos de problemas de negociación, operatividad y de prueba se han sacado del aire los canales siguientes: (...) 2.- DISCOVERY KIDS (INFANTIL), 3.- ESPN (DEPORTIVO), 4.- DISCOVERY CHANNEL, 5.- TNT”*.⁵
2. De otro lado, el señor Minchán ha señalado que los canales que transmite su empresa son de “señal libre”, por lo que resultaba *“(...) imposible atender contra las normas intelectuales que protegen el Derecho de Autor (...)”*.⁶

IV. INFORME INSTRUCTIVO

En el Informe Instructivo, emitido el 11 de enero de 2007, la Secretaría Técnica llegó a las siguientes conclusiones:

- Teniendo en cuenta el cambio de criterio de INDECOPI, la opinión de un importante sector de la doctrina y la experiencia de los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL en la tramitación de las controversias sobre actos de violación de normas, debe evaluarse la conveniencia de aplicar el criterio conforme al cual para determinar con certeza la existencia de infracciones en los casos en que las normas infringidas no son supervisadas por los Cuerpos Colegiados, debe existir un pronunciamiento firme y previo de la autoridad competente y especializada en la verificación del cumplimiento de las normas. En tal sentido, debe entenderse por pronunciamiento firme aquel que agote las instancias administrativas.

⁴ La demandante indicó que *“(...) al difundirse las señales de televisión violándose las normas sobre Derechos de Autor al no contar con las autorizaciones y licencias para ello, obtiene una ventaja que es significativa, pues multipliquemos un pago mensual en promedio de US.\$ 500.00 DÓLARES AMERICANOS por los derechos de cada señal y por las nueve (9) que difunde ilegalmente, obtendremos que su ahorro en costos operativos, asciende en promedio mensual a la suma de US.\$ 4,500.00 DÓLARES AMERICANOS y que en un simple año de operatividad arrojaría la significativa suma de US.\$ 54,000.00 DÓLARES AMERICANOS en promedio, agregando a ello las evasiones tributarias y laborales que soslaya.”* Ver página 6 del escrito presentado por CASAGRANDE con fecha 10 de julio de 2006.

⁵ Ver páginas 2 y 3 del escrito presentado por el señor Minchán con fecha 2 de agosto de 2006.

⁶ De acuerdo con lo señalado por el señor Minchán los canales que transmite su empresa Cable Time's son los siguientes: AD VENIR - Canal 2 (Bolivia), GLOBAL VISIÓN Canal 3 (Perú), PANAMERICANA TELEVISIÓN – Canal 4 (Perú), PERÚ MÁGICO – Canal 5 (Deportivo); ATV – Canal 6 (Perú), AMERICA TV – Canal 7 (Perú), ANTENA 21 – Canal 8 (Perú), TNP – Canal 9 (Perú), Canal 10 (Nicaragua), MTV – Canal 11 (Argentina), CADENA 74 – Canal 12 (Honduras), Canal 11 y 13 (Puerto Rico), CABLE TIME'S – Canal 14 (Películas), TV TV – Canal 15 (Puerto Rico), TELESUR – Canal 16 (Argentina), CANAL 4 – Canal 17 (Variado), SPORT MAX – Canal 18, SUPER SHOW – Canal 19 (Argentina), CANAL 6 COOPERATIVA – Canal 20 (Argentina), FILM & ART – Canal 21 (Argentina), SUPERLAND – Canal 22 (Argentina), TELEFURUTO – Canal 23 (Paraguay), TPR – Canal 24 (Argentina), TELEMUNDO – Canal 25 (Puerto Rico), UNIVISIÓN – Canal 28 (Puerto Rico), ANTENA LATINA – Canal 29 (Honduras) y, GLOBOVISIÓN – Canal 30 (Venezuela).

Asimismo, el señor Minchán indicó que era falso que: (i) su empresa se encontraba transmitiendo señales de los canales que la empresa DIRECTV transmitía; y, (ii) que los señores Genoveva Seminario y Carlos de la Cruz - supuestos abonados de la empresa DIRECTV- le suministraban las señales de los canales de cable de la empresa DIRECTV para que su empresa retransmita a sus abonados dichas señales de manera fraudulenta. Ver páginas 3 y 6 del escrito presentado por el señor Minchán con fecha 24 de agosto de 2006.

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

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

Por tanto, esta Secretaría Técnica considera que resulta necesario contar previamente con el pronunciamiento respectivo del órgano encargado de sancionar las infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor a efectos de determinar la existencia de las infracciones denunciadas por CASAGRANDE.

En ese sentido se considera conveniente disponer la remisión de los actuados en el presente expediente a la ODA del INDECOPI, para que evalúe las presuntas infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor denunciadas.

V. ALEGATOS:

Mediante escrito con fecha de recepción 5 de febrero de 2007 complementado mediante escrito con fecha de recepción 15 de febrero de 2007, CASAGRANDE formuló sus alegatos respecto del Informe Instructivo elaborado por la Secretaría Técnica señalando, entre otros argumentos, lo siguiente:

- Rechazó la conclusión emitida por la Secretaría Técnica mediante la cual se considera la pertinencia de un pronunciamiento firme y previo del INDECOPI antes de la emisión de la Resolución Final de OSIPTEL, puesto que ello atenta contra el debido proceso.
- Indicó que lo prudente en este tipo de casos es solicitar la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda y no esperar que se concluya otro procedimiento, pues ello atentaría contra los principios de economía y celeridad al no conceder a su empresa justicia inmediata y oportuna⁷.
- En sus alegatos, el señor Minchán habría aceptado estar infringiendo la norma sobre derechos de autor al haber transmitido señales sin las autorizaciones correspondientes. Asimismo, indicó que el denunciado no demostró tener la autorización de los propietarios de dichas señales.
- El denunciado ha obtenido una ventaja significativa competitiva pues el pago de los derechos para la transmisión de señales de cable constituía un elemento fundamental e imprescindible para la prestación de este servicio.

Mediante escrito con fecha de recepción 2 de febrero de 2007, el señor Minchán formuló sus alegatos respecto del Informe Instructivo elaborado por la Secretaría Técnica, señalando -entre otros argumentos- lo siguiente:

⁷ Asimismo, CASAGRANDE señaló que la administración no podía ejecutar actos que dilaten innecesariamente el presente procedimiento máxime sino estaba permitido por ley.

- Las señales de DISCOVERY KIDS, DISCOVERY CHANNEL y TNT – verificadas en la inspección realizada por la Gerencia de Fiscalización - fueron excluidas oportunamente por su empresa de la programación diaria debido a razones de negociación, operatividad y de prueba. De otro lado indicó que las señales de ATV y AMERICA eran de señal abierta, lo cual significaba que no se necesita licencia alguna por parte de sus titulares para la retransmisión de las mismas.
- Indicó que su empresa no había incurrido en actos de competencia desleal “(...) *tan sólo por el hecho de haber omitido cumplir con la normativa que regula el derecho de autor, máxime si se tiene en cuenta que no toda violación a una norma legal significa existir (sic) competencia desleal dado que no se configura los elementos como son la ventaja competitiva sobre nuestro competidor (...)*”⁸.

VI. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

6.1. Conductas denunciadas

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

- (i) Si el señor Minchán habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, mediante la difusión de señales de canales de televisión por cable vulnerando la Ley sobre el Derecho de Autor al no contar con las autorizaciones o licencias para ello, y obteniendo una ventaja competitiva significativa respecto de sus competidores.

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

6.2.1 La definición de la práctica

El artículo 17° de la Ley de Competencia Desleal establece que constituye un acto de competencia desleal por violación de normas, el valerse de una ventaja competitiva ilícita y significativa lograda a través de la infracción de una norma⁹. Conforme a ello, para que se configure la infracción citada deben concurrir los siguientes requisitos:

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

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

⁸ Ver página 4 del escrito de alegatos presentado por el señor Minchán.

⁹ LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEY N° 26122:

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

Los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones¹⁰ (en adelante, los Lineamientos), han previsto que para determinar si se ha producido la infracción de una norma, OSIPTEL constatará la infracción directamente, a través de la Gerencia de Fiscalización, cuando le corresponda controlar su cumplimiento, de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma respectiva, sin que dicha opinión sea requisito de admisibilidad de las demandas.

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

De otro lado, de acuerdo con lo establecido en el numeral 114^o de los Lineamientos de Apertura de Mercado de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, del 5 de agosto de 1998¹¹, los Lineamientos que OSIPTEL puede dictar en materia de libre y leal competencia, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino que son referenciales, y resumen los principios de aplicación general que viene aplicando dicho organismo en materia de solución de controversias entre empresas.

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

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

Mediante Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI de fecha 22 de setiembre de 2004, INDECOPI emitió un precedente de observancia obligatoria que modificó el criterio descrito en el acápite 7.2.2, estableciendo que *“la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas requiere una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada”*. INDECOPI sustentó este nuevo criterio sobre la base de los principios de legalidad de la potestad sancionadora y de la estabilidad de la competencia, conforme a los cuales es la autoridad legalmente competente quien deberá determinar de manera previa la existencia de una infracción del marco legal sujeto a supervisión¹².

¹⁰ Aprobados mediante Resolución N° 075-2002-CD/OSIPTEL, publicada con fecha 12 de diciembre de 2002.

¹¹ **LINEAMIENTOS DE POLÍTICAS DE APERTURA DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES:**

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

¹² Dicho precedente ha sido modificado mediante Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI de fecha 18 de mayo de 2005 en lo concerniente a la definición de competencia prohibida.

Dicho criterio ha sido aceptado por un importante sector de la doctrina. Así, por ejemplo, Kresalja señala que este nuevo criterio guarda lógica pues INDECOPI *“no puede ni debe inmiscuirse en cada sector de los negocios para saber si se cumple o no con la normativa aplicable.”*¹³

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

En tal sentido, la Secretaría Técnica apuntó que en caso de actos de violación de normas en los mercados de telecomunicaciones, o en otros mercados que se encuentran fuera del ámbito de las competencias de los Cuerpos Colegiados, se requiere -por lo general- una verificación casi siempre de carácter técnico sobre la existencia de los hechos denunciados y, adicionalmente, un análisis jurídico respecto de si tales hechos constituyen infracciones al marco legal vigente.

Al respecto, la Secretaría Técnica indicó que si bien es cierto OSIPTEL puede solicitar la opinión del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda, la eventual demora o la falta de respuesta por parte del organismo competente que absuelve los requerimientos efectuados por el OSIPTEL puede ocasionar que los Cuerpos Colegiados resuelvan la controversia sin contar con la opinión técnica del organismo competente.

Tal como expresó la Secretaría Técnica, lo señalado anteriormente ha llevado a que en determinados casos, la Secretaría Técnica y los Cuerpos Colegiados, hayan tenido que analizar y evaluar las normas sectoriales a efectos de establecer si existían infracciones al marco sectorial vigente, para poder así determinar, posteriormente, si ello generaba una ventaja significativa para el infractor¹⁴.

En esta línea de ideas, la Secretaría Técnica sostuvo que los Cuerpos Colegiados que han tramitado controversias similares a la presente, han determinado la existencia de infracciones a normas sectoriales sobre la base de

¹³ No obstante, el autor señala ciertos reparos a la eficiencia de las autoridades encargadas de supervisar las normas sectoriales. Al respecto ver: Kresalja Roselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsele a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas), en: Thémis, Revista de Derecho, Edición N° 50, 2005.

¹⁴ Sobre el particular, en la controversia tramitada bajo Expediente N° 005-2005-CCO/CD (controversia entre las empresas Corporación Peruana de Imagen Satelital S.R.L. y Producciones Cable Mar S.A.C.), la Secretaría Técnica elaboró su Informe Instructivo (Informe N° 007-ST/2005) en relación con las presuntas infracciones a la Ley de Telecomunicaciones cometidas por Cable Mar S.A.C. Asimismo, en la controversia tramitada bajo Expediente N° 009-2005-CCO/CD, (controversia entre las empresas CABLE VISIÓN y TELEVISIÓN SATELITAL) la Secretaría Técnica elaboró su Informe Instructivo (Informe N° 009-ST/2005) sin contar con los pronunciamientos de la Oficina de Derechos de Autor y de la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI, ni con el pronunciamiento del MTC, en relación con las presuntas infracciones a Ley sobre el Derecho de Autor, y a la Ley de Telecomunicaciones cometidas por TELEVISIÓN SATELITAL. Cabe señalar que dichos informes instructivos se elaboraron teniendo en consideración las posiciones tanto del INDECOPI como del MTC -sobre las infracciones denunciadas- informadas con ocasión de controversias similares que fueron tramitadas con anterioridad por la Secretaría Técnica.

un análisis complejo¹⁵; en aplicación del criterio establecido por los Lineamientos, tales órganos podrían verse en la necesidad de tener que determinar la existencia de infracciones incluso más complejas, como son -por ejemplo- las infracciones a las normas tributarias¹⁶, en los cuales la intervención de la entidad encargada de supervisar el cumplimiento de dichas normas resulta decisiva.

En tal sentido, la Secretaría Técnica ha indicado que conforme a lo señalado en anteriores oportunidades¹⁷, considera que lo más conveniente, a efectos de determinar con certeza la existencia de infracciones en los casos en que las normas infringidas no son supervisadas por los Cuerpos Colegiados, es que dicha determinación sea realizada de manera firme y previa por la autoridad competente y especializada en la verificación del cumplimiento de las normas. Ello, puesto que dichas autoridades son las que cuentan con todas las atribuciones legales y herramientas técnicas y conceptuales para efectuar la mencionada verificación, derivadas de la potestad sancionadora que les ha sido otorgada y en virtud de los principios de legalidad y competencia.¹⁸

Al respecto, cabe indicar que los Cuerpos Colegiados encargados de tramitar las controversias seguidas en el Expediente N° 013-2005 (Televisora TLS Chapén S.A.C. contra la señora Enélida Cabanillas) y en el Expediente N° 001-2006 (José Mariñas Guzmán contra J & L Telecable 23 E.I.R.L.) aplicaron el criterio expuesto por la Secretaría Técnica en líneas precedentes¹⁹.

¹⁵ Sobre el particular, a manera de ejemplo, para determinar la existencia de los actos de violación a las normas sobre el derecho de autor, la Secretaría Técnica y el Cuerpo Colegiado han necesitado requerir y evaluar la siguiente información:

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

¹⁶ Tal como lo ha señalado la Secretaría Técnica, en dichos casos la definición de la existencia de la infracción debe hacerse en función de normas cuya aplicación exige un alto nivel de especialización en temas tributarios, contables y financieros puesto que su determinación implica de manera general: (i) evaluar la declaración jurada presentada por la empresa a la administración tributaria; (ii) determinar si el impuesto retenido y abonado a la administración es el que efectivamente corresponde, considerando la posible existencia de deudas pasadas o acumuladas, refinanciadas o fraccionadas o solicitudes por consolidación de deudas; y, (iii) de ser el caso, podrían determinarse atrasos o inexactitudes de la información presentadas, pudiéndose emitir resoluciones de multa.

¹⁷ Ver Informe Instructivo N° 002-ST-2006 (correspondiente a la controversia seguida entre Televisora TLS Chapén S.A.C. y la señora Enélida Cabanillas - Expediente N° 013-2005) e, Informe N° 003-2006 (correspondiente a la controversia seguida entre José Mariñas Guzmán y J & L Telecable 23 E.I.R.L. - Expediente N° 001-2006).

¹⁸ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.**

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

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

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

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

¹⁹ Ver Resoluciones N° 011 -2006-CCO/OSIPTEL del 20 de setiembre de 2006 (Expediente N° 013-2005) y N° 008 - 2006-CCO/OSIPTEL del 29 de setiembre de 2006 (Expediente N° 001-2006).

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

Asimismo, debe resaltarse que la importancia de contar con un pronunciamiento firme y previo respecto de la existencia de la infracción que habría generado la ventaja significativa, surge también por la necesidad de evitar la generación de fallos contradictorios dentro del sistema legal, con los consiguientes perjuicios a la seguridad jurídica que ello ocasionaría²⁰.

En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera que debe aplicarse el nuevo criterio conforme al cual, en los casos en que las normas infringidas no son supervisadas por los Cuerpos Colegiados, lo más conveniente es que éstos sólo se avoquen al conocimiento de controversias sobre actos de violación de normas una vez que exista un pronunciamiento previo y firme de la autoridad competente, emitida dentro del procedimiento administrativo en el cual el supuesto infractor haya tenido todos los medios de defensa y garantías procesales a su alcance²¹.

En consecuencia, de acuerdo con lo señalado previamente, para la verificación de la existencia de infracciones con ocasión de la tramitación de una controversia por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, en los casos de infracciones de normas cuya supervisión de cumplimiento se encuentra a cargo de organismos distintos de los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL, se requerirá de un pronunciamiento previo y firme del órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda. En tal sentido, debe entenderse por pronunciamiento firme aquel que agote las instancias administrativas²².

²⁰ Sobre el particular, en aplicación del criterio seguido por los Lineamientos, sería posible que un Cuerpo Colegiado determine la existencia de una infracción a una norma y a partir de ello concluya que existe también una ventaja competitiva significativa obtenida por el infractor y que – finalmente - se haya impuesto una multa a éste por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Sin embargo, es posible que la entidad encargada de la supervisión de la norma, luego de resuelto el caso ante OSIPTEL, determine que tal infracción nunca existió. En tal sentido, el fallo del Cuerpo Colegiado a pesar de no sancionar la infracción de la norma, sino la ventaja significativa obtenida a partir de dicha infracción, habría impuesto una multa por actos de violación de normas sobre una infracción inexistente.

²¹ Sobre el particular, los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de la autoridad que supervisa el cumplimiento de la norma infringida otorgan todas las garantías y medios impugnatorios para que el denunciado ejerza su derecho de defensa y de esta manera resulte posible determinar con certeza la verdad material de los casos sometidos a su consideración.

²² Cabe indicar que las resoluciones administrativas que agotan las instancias administrativas, otorgan un alto grado de certidumbre sobre la existencia de infracciones al haber sido emitidas dentro de procedimientos administrativos en los que el infractor ha tenido a su alcance medios de defensa y luego de un análisis detallado por parte de la autoridad competente. Ello permite a los Cuerpos Colegiados contar con los elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre la existencia de infracciones en los casos de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

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

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

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

El artículo 37° de la Ley sobre el Derecho de Autor - Decreto Legislativo N° 822, establece que es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor²³.

Adicionalmente, el artículo 183° de dicha ley, señala que la vulneración de cualquiera de las disposiciones establecidas en la misma se configura como una infracción a la legislación que protege los derechos de autor²⁴.

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

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

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

En tal sentido, para efectuar el análisis correspondiente a la ventaja ilícita supuestamente obtenida por el señor Minchán, se requiere un pronunciamiento previo y firme de la ODA, respecto de si dicha empresa ha infringido la Ley sobre el Derecho de Autor mediante la transmisión de señales de canales de televisión por cable, sin las autorizaciones correspondientes²⁵.

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

²³ **LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR, Artículo 37°.-** Siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor.

²⁴ **LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR, Artículo 183°.-** Se considera infracción la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en la presente ley.

²⁵ En este caso, dichas señales serían: FOX SPORTS, DISCOVERY CHANNEL, HBO, ESPN, HALLMARK, ANIMAL PLANET, y NICKELODEON.

En sus alegatos, CASAGRANDE ha señalado que el pronunciamiento firme y previo del INDECOPI antes de la emisión de la Resolución Final por parte de OSIPTEL, atenta contra su derecho al debido proceso y contra los principios de economía y celeridad. Asimismo, indicó que lo prudente en este tipo de casos es solicitar la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda y no esperar que se concluya otro procedimiento.

Sobre el particular, es oportuno señalar que con relación a la adopción del criterio expuesto, a nivel doctrinario se han formulado reparos al requerimiento de pronunciamiento firme y previo por cuestionamientos a la celeridad o eficiencia de las autoridades encargadas de determinar si ha existido una vulneración a una norma sectorial. Al respecto, debe recordarse que en virtud de las facultades de OSIPTEL para supervisar la leal competencia, éste no puede introducirse en cada sector de la economía para fiscalizar si se cumple o no con la normativa sectorial respectiva²⁶; en este sentido, debe entenderse claramente que los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL sólo pueden imponer sanciones si, como resultado de una infracción comprobada, se ha generado una ventaja significativa para el infractor; razón por la que este tipo de críticas no restan validez a la coherencia lógica y sistemática del criterio acogido en la presente resolución.

En consecuencia, el pronunciamiento firme y previo del INDECOPI resulta necesario a efectos de determinar con certeza la verdad material en el presente caso y asegurar el debido proceso para ambas partes, tanto para el denunciante como para el presunto infractor.

En efecto, este Cuerpo Colegiado considera que deben establecerse las condiciones adecuadas para que las controversias puedan tramitarse de la manera más célere posible pero sin perder de vista que su objetivo fundamental es establecer la verdad material de los casos sometidos a consideración de los Cuerpos Colegiados.

En ese sentido, corresponde desestimar los alegatos esgrimidos por CASAGRANDE en este extremo.

Conforme a lo anterior, este Cuerpo Colegiado estima conveniente remitir copia de los actuados en el presente expediente a la ODA, para que evalúe la existencia de posibles infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor denunciadas por CASAGRANDE.

Sin perjuicio de lo anteriormente indicado, conviene precisar que en caso la ODA determinara de manera firme la existencia de infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor, al margen de las sanciones que INDECOPI pueda imponer por dicha conducta, CASAGRANDE tiene expedito su derecho de recurrir a OSIPTEL solicitando se proceda a analizar la existencia de infracción por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, es decir, que se proceda a realizar el análisis y verificación de la ventaja competitiva derivada de la infracción de las normas a los derechos de autor.

²⁶ Al respecto ver: Kresalja Roselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitírsete a ti. (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas), en: Thémis, Revista de Derecho, Edición N° 50, 2005.

Así, de acreditarse esta infracción contenida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, OSIPTEL procederá con la imposición de las sanciones correspondientes.

En tal sentido, en tanto no se cuente con el pronunciamiento definitivo de parte de la ODA del INDECOPI, este Cuerpo Colegiado no puede avocarse al conocimiento de la infracción denunciada por CASAGRANDE por lo que corresponde declarar IMPROCEDENTE la demanda presentada, conforme a lo expuesto.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar IMPROCEDENTE la demanda interpuesta por Casagrande Televisión S.A.C. contra el señor José Emilio Minchán Novoa por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17º del Texto Único Ordenado de la Ley sobre de Represión de la Competencia Desleal aprobado por el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, por las infracciones a la Ley sobre Derechos de Autor, de acuerdo a los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

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

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado: Víctor Revilla Calvo y José Rodríguez González.