



**Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados**

---

**Controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y  
Ernesto Justino Ñaupari Lino  
(Exp. 004-2011-CCO-ST/CD)  
Informe Instructivo**

---

Informe N° 016-STCCO/2012

Lima, 15 de marzo de 2012



## CONTENIDO

I. OBJETO.....	3
II. EMPRESAS INVOLUCRADAS .....	3
III. ANTECEDENTES .....	3
IV. PRETENSIONES ADMITIDAS .....	7
V. ALCANCE DEL INFORME INSTRUCTIVO .....	7
VI. POSICIONES DE LAS PARTES .....	7
VII. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS .....	10
7.1. Requerimientos de información a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI .....	10
7.2. Requerimiento de información a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI .....	10
7.3. Requerimientos de información a las partes.....	11
VIII. CUESTIONES PREVIAS .....	13
8.1. La aplicación del principio <i>non bis in idem</i> .....	13
8.2. La valoración de los medios probatorios en el procedimiento y la actividad procesal de las partes.....	15
IX. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA .....	18
9.1. Los actos de violación de normas. Normativa y criterios aplicables.....	18
9.2. Aplicación al caso materia de análisis .....	19
9.2.1. El carácter de la norma infringida.....	19
9.2.2. Sobre la decisión previa y firme de la autoridad competente .....	22
9.2.3. Análisis de la supuesta ventaja significativa ilícita obtenida.....	23
X. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN .....	28



## I. OBJETO

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

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

## II. EMPRESAS INVOLUCRADAS

### Demandante

Multimedia es una empresa privada dedicada a brindar servicios de distribución de radiodifusión por cable en las modalidades de cable inalámbrico u óptico y de difusión directa por satélite.

Multimedia es titular de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 108-93-TCC/15.17 y N° 030-96-MTC/15.17 y sus modificatorias; las mismas que fueron adecuadas al régimen de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a nivel nacional, mediante Resolución Ministerial N° 672-2008-MTC/03 de fecha 2 de septiembre de 2008.

### Demandado

El señor Ñaupari es una persona natural que estuvo dedicada a brindar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en las modalidades alámbrico u óptico.

Obtuvo la concesión para la prestación del mencionado servicio por Resolución Ministerial N° 196-2007-MTC/03, la misma que fue adecuada al régimen de concesión única en el área de todo el territorio de la República, mediante Resolución Ministerial N° 428-2008-MTC/03<sup>1</sup>.

## III. ANTECEDENTES

1. Con fecha 26 de mayo de 2011, la empresa Multimedia presentó una demanda contra el señor Ñaupari por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto tipificado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Competencia Desleal). En tal sentido, Multimedia planteó las siguientes pretensiones:

<sup>1</sup> Cabe mencionar que la concesión fue transferida a la empresa TV Cable Wanuko S.A.C. mediante Resolución N° 562-2010-MTC/03. Asimismo, por Resolución N° 265-2011-MTC/03 de 12 de abril de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones dio por resuelto el contrato de concesión única por redistribución no autorizada de señales.



**(i) Pretensión principal**

Se declare que el señor Ñaupari habría obtenido una ventaja significativa ilícita derivada de la infracción de los derechos de autor, al haber retransmitido en su parrilla de programación las señales de Cable Mágico Deportes (en adelante, CMD) y Canal N, de titularidad exclusiva de Multimedia, sin contar con autorización para ello; lo cual constituiría una infracción tipificada en el artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal.

**(ii) Pretensiones accesorias**

- Se sancione al señor Ñaupari por la comisión de los actos de competencia desleal materia de la denuncia con la máxima multa que corresponda, al amparo del artículo 52° de la Ley de Competencia Desleal.
  - Se ordene el cese inmediato de las presuntas prácticas ilegales que realiza el señor Ñaupari.
  - Se ordene la publicación de una eventual resolución sancionadora, cuyo costo deberá ser asumido por el señor Ñaupari, al amparo de lo dispuesto por el artículo 33° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.
2. Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, de fecha 18 de agosto de 2011, el Cuerpo Colegiado encargó a la Secretaría Técnica que solicite al INDECOPI, que informe si se ha interpuesto una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial contra la resolución N° 2874-2010/TPI-INDECOPI presentada por Multimedia.
  3. En cumplimiento de ello, con fecha 22 de agosto de 2011, la Secretaría Técnica remitió el Oficio N° 0158-ST/2011, solicitando a la Gerencia Legal del INDECOPI dicha información.
  4. Con Oficio N° 001-2011/GEL-INDECOPI de fecha 30 de setiembre de 2011, la Gerencia Legal del INDECOPI informó que hasta dicha fecha, no se había notificado al INDECOPI respecto a algún proceso contencioso administrativo que cuestione la Resolución N° 2784-2010/TPI-INDECOPI.
  5. Mediante Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, de 5 de octubre de 2011, el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la demanda interpuesta por Multimedia, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, conducta tipificada en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corriendo traslado al señor Ñaupari para que la absuelva en el plazo máximo de diez (10) días hábiles.
- De otro lado, se dispuso la tramitación de la controversia como una que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo II del Reglamento de Controversias.
6. El 26 de octubre de 2011, el señor Ñaupari remitió un escrito presentando sus descargos. Entre otras cosas, señaló lo siguiente: (i) que no se puede sancionar dos veces por el mismo hecho a un administrado, (ii) que no se puede estimar un perjuicio a Multimedia ni una mejora sustancial en el mercado por parte del señor Ñaupari, y (iii) que no se habría acreditado una ventaja significativa por la supuesta infracción a los derechos de autor.



7. Mediante Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL de fecha 28 de octubre de 2011, el Cuerpo Colegiado declaró saneado el procedimiento dando inicio a la etapa de investigación por un plazo de sesenta (60) días calendario computados a partir del día siguiente de notificada la resolución.
8. Conforme a lo dispuesto por el artículo 78° del Reglamento de Controversias<sup>2</sup>, el 16 de noviembre de 2011, esta Secretaría Técnica dirigió el Oficio N° 216-ST/2011 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, solicitándole la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios imperativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de actos de violación de normas para la generalidad de mercados y agentes económicos. Asimismo, se le solicitó los criterios utilizados para la evaluación de la mejor posición competitiva en el mercado obtenida por la infracción de normas y cuándo esta debe ser considerada como una ventaja significativa.
9. De acuerdo al requerimiento efectuado, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI remitió el Oficio N° 088-2011/CCD-INDECOPI del 29 de noviembre de 2011, mediante el cual informó que a la fecha no se ha presentado ante la Comisión, algún caso en el que se hubiera acreditado la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente que determine la infracción de normas imperativas, conforme a los términos del artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
10. Mediante Resolución N° 004-2011-CCO/OSIPTEL de 21 de diciembre de 2011, el Cuerpo Colegiado amplió el plazo para la etapa de investigación por sesenta (60) días calendario adicionales, contados a partir del vencimiento del plazo otorgado por Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL.
11. Con fecha 27 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica remitió a Multimedia el Oficio N° 243-ST/2011, requiriéndole información relacionada con: (i) su participación en el mercado de televisión por cable donde compite con el señor Ñaupari, (ii) el "Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión" suscrito entre Multimedia y Media Networks, (iii) el período de tiempo en el cual se transmitieron las emisiones materia de denuncia, y (iii) posibles negociaciones o acuerdos de licencia de distribución de señales mediante los cuales Multimedia autorice la transmisión de sus señales exclusivas.
12. Del mismo modo, mediante Oficio N° 249-ST/2011, de 29 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica requirió al señor Ñaupari que cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable.
13. Mediante escrito de 5 de enero de 2012, Multimedia solicitó la prórroga del plazo para cumplir con la remisión de la información requerida, a cinco días adicionales, la cual fue concedida por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 008-STCCO/2012, señalando como fecha de vencimiento del plazo el 12 de enero de 2012.

<sup>2</sup> Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas  
Art. 78° Informe de INDECOPI.- En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitara al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.



14. Con escrito de 10 de enero de 2012, Multimedia contesta los descargos presentados por el señor Ñaupari, señalando, entre otras cosas, lo siguiente: (i) Respecto a la ventaja obtenida por el señor Ñaupari, indicó que no es necesario acreditar la existencia de un daño real ocasionado a Multimedia toda vez que la ventaja significativa quedaría acreditada con el ahorro obtenido por el demandado al retransmitir ilícitamente sus señales exclusivas; y, (ii) Respecto a la presunta infracción al principio de *non bis in idem* en el procedimiento, señaló que en el procedimiento no se pretende una sanción por la infracción a la normativa de derechos de autor sino por un acto de competencia desleal producido como resultado de la violación de una norma imperativa.
15. Multimedia presentó un escrito de fecha 12 de enero de 2012 mediante el cual adjunta la información requerida exceptuando el "Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión" suscrito con Media Networks. En relación a los acuerdos de distribución de señales mediante los cuales autorizó la transmisión de sus señales exclusivas, Multimedia no adjuntó ningún contrato en la medida que actualmente no tiene ningún vínculo contractual ni negociación al respecto. Sin perjuicio de ello, adjuntó adicionalmente el contrato de licencia de distribución de señales celebrado con Cable Visión Iquitos S.R.L. en el año 2006. En su escrito, Multimedia solicitó se declare la confidencialidad de la información presentada.
16. Mediante la Resolución N° 006-2012-CCO/OSIPTEL, del 16 de enero de 2012, el Cuerpo Colegiado declaró fundada en parte la solicitud de confidencialidad presentada por Multimedia el 12 de enero de 2012, declarando confidencial únicamente la información referida al número mensual (en altas y stock) de clientes por distrito durante el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y junio de 2011, y el Contrato de licencia de distribución de señales celebrado con Cable Visión Iquitos S.R.L.
17. En la medida que el señor Ñaupari no cumplió con el requerimiento de información contenido en el Oficio N° 249-ST/2011 de 29 de diciembre de 2011; mediante Oficio N° 029-STCCO/2012 de 26 de enero de 2012, la Secretaría Técnica reiteró al señor Ñaupari que cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable en un plazo máximo de tres (3) días hábiles. A la fecha, el señor Ñaupari no ha cumplido con enviar la información requerida.
18. Mediante Oficio 069-STCCO/2012 del 13 de marzo de 2012 se solicitó a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI una copia de la Resolución 0052-2010/CDA mediante la cual se resolvió en primera instancia la denuncia presentada por Multimedia contra el señor Ñaupari por infracción a la normativa de derechos de autor por la retransmisión no autorizada de señales de radiodifusión.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Debe señalarse que mediante Oficios N° 182-ST/2011 y 226-ST/2011 de fechas 10 de octubre y 12 de diciembre de 2011, respectivamente, se solicitó a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI el envío de una copia de la resolución que sanciona, en primera instancia, al señor Ñaupari por la retransmisión ilícita de las señales exclusivas de Multimedia; sin embargo, por un error material se citó la Resolución 0051-2010/CDA, no obstante, dicho pronunciamiento no era el pertinente para el análisis de la presente controversia.



19. Con Oficio N° 056-2012/CDA-INDECOPI, de 15 de marzo de 2012, la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI nos remitió copia de la Resolución 0052-2010/CDA.

#### IV. PRETENSIONES ADMITIDAS

Mediante Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, de 05 de octubre de 2011, el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la demanda interpuesta por Multimedia, con las siguientes pretensiones:

- **Pretensión principal**

Se declare que el señor Ñaupari ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infringiendo con ello lo establecido por el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, al retransmitir por su parrilla de programación señales que son de titularidad exclusiva de Multimedia, sin contar para ello con su autorización o consentimiento, obteniendo una ventaja indiscutible y significativa en el mercado de televisión paga.

- **Pretensiones accesorias**

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

#### V. ALCANCE DEL INFORME INSTRUCTIVO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 80° del Reglamento de Controversias, mediante el presente Informe Instructivo, la Secretaría Técnica presenta el caso ante el Cuerpo Colegiado, emite opinión en relación con las conductas objeto de denuncia y, en caso de considerar que se ha comprobado la existencia de una infracción, recomienda la imposición de las sanciones a las que hubiere lugar.

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

#### VI. POSICIONES DE LAS PARTES

##### 6.1. Posición de Multimedia

En cuanto a la infracción imputada al señor Ñaupari, Multimedia ha señalado lo siguiente en su escrito de denuncia:

- El señor Ñaupari ha incumplido con observar lo señalado en el artículo 39° de la Decisión 351° de la Comunidad Andina y el artículo 140° del Decreto Legislativo N° 822 (en adelante, Ley de Derechos de Autor) referidos al



derecho exclusivo de los organismos de radiodifusión de realizar, autorizar o prohibir: (a) la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse; (b) la grabación en cualquier soporte, sonoro o audiovisual de sus emisiones, incluso la de alguna imagen aislada difundida en la emisión o transmisión; y, (c) la reproducción de sus emisiones.

- El artículo 183º de la Ley de Derechos de Autor señala que la vulneración de cualquiera de las disposiciones establecidas en la Ley de Derechos de Autor se configura como una infracción a la legislación que los protege.
- La retransmisión de las señales de CMD y Canal N se llevó a cabo por lo menos durante el periodo de abril y mayo del 2009 (el 19 de mayo de 2009 se realizó una constatación policial), que fue el consignado en el procedimiento ante INDECOPI por violación de derechos de autor y conexos de acuerdo a los medios probatorios presentados para dicho procedimiento.

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

- Con fecha 15 de diciembre de 2010, mediante Resolución N° 2784-2010/TPI-INDECOPI, la Sala de Propiedad del Tribunal del INDECOPI, les confirmó la sanción impuesta al señor Ñaupari por la Comisión de Derechos de Autor<sup>4</sup>, por vulnerar los derechos conexos de Multimedia al haber retransmitido la señal de CMD y Canal N sin autorización<sup>5</sup>.
- La Resolución N° 2784-2010/TPI-INDECOPI agotó la vía administrativa y otorgó un plazo de tres meses para interponer acción contencioso administrativa. El señor Ñaupari no apeló dicha resolución ante el Poder Judicial en el plazo otorgado.

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

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

<sup>4</sup> Cabe señalar que en primera instancia la Comisión de Derechos de Autor le impuso una multa de 8.3 UIT, la misma que fue modificada en segunda instancia, en la cual el Tribunal fijó el monto de la multa en 8,58 UIT.

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





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

## 6.2. Posición de Ñaupari

Con fecha 26 de octubre de 2011 el señor Ñaupari presentó sus descargos en relación a la denuncia de Multimedia, solicitando que se declare infundada la denuncia interpuesta por Multimedia por lo siguiente:

- Que las señales de CMD y Canal N nunca fueron transmitidas de forma continua, solo se habría acreditado dicho acto de retransmisión una sola vez y sin su autorización, por desconocimiento de la persona a cargo. En tal sentido, no se podría probar si la violación de derechos de autor fue significativa.
- Multimedia estaría realizando una apreciación personal al establecer una "ventaja significativa", más no un análisis de las posiciones de mercado para llegar a que el señor Ñaupari habría mejorado su posición competitiva. La capacidad de Multimedia es superior a cualquier otro operador, no es posible si quiera competir con esta empresa, en tal sentido, no se puede estimar algún perjuicio a Multimedia.
- No es posible llegar a determinar con las pruebas aportadas, una ventaja significativa, se debería tener en cuenta los costos que debió incurrir el infractor, lo cual se debería observar en costos reales (establecer el costo de la señal retransmitida y no el costo de toda la producción de Multimedia). Asimismo, no se puede establecer una mejora sustancial en el mercado del señor Ñaupari con las pruebas presentadas por Multimedia en el procedimiento.
- Se estaría pretendiendo sancionar una conducta que ya fue sancionada en el INDECOPI. Es decir, si bien son materias diferentes, en la realidad es una doble sanción por el mismo hecho.

## 6.3. Contestación de los descargos. Posición de Multimedia.

Con escrito de 12 de enero de 2012, Multimedia contesta los descargos presentados por el señor Ñaupari, señalando lo siguiente:

- Respecto a la ventaja significativa obtenida por el señor Ñaupari, indicó que éste no presentó medio probatorio alguno que sustente que "el hecho aislado" fue cometido de forma accidental y sin la autorización del demandado, así como tampoco se demostró que el afiche publicitario<sup>6</sup> fue promocionado sin su autorización. En tal sentido, la publicidad presentada acreditaría que el señor Ñaupari pretendió valerse de una infracción para obtener una ventaja en el mercado donde compite con Multimedia.
- De acuerdo a lo estipulado en la normativa de competencia desleal, no es necesario acreditar la existencia de un daño real ocasionado a Multimedia y los demás competidores del señor Ñaupari, sino la

<sup>6</sup> Cabe indicar que en el procedimiento ante INDECOPI, uno de los medios probatorios presentados por Multimedia fue un afiche publicitario donde se advertía que la empresa Red TV Cable Huánuco, operada por el señor Ñaupari, ofrecía a sus potenciales usuarios diversas señales, entre ellas, las de CMD y Canal N.



potencialidad del mismo. Es así que, la ventaja significativa queda acreditada con el ahorro obtenido al retransmitir sus señales exclusivas, lo cual le habría generado al señor Ñaupari de forma potencial una posición favorable en el mercado con respecto a la competencia. La intención de hacerse valer de su conducta ilícita en el mercado para favorecerse, se comprueba con el hecho de que la haya promocionado.

- En relación a la presunta infracción al principio de *non bis in idem*, el presente procedimiento no pretende la imposición de sanciones por la comisión de infracciones a los derechos de autor, sino por un acto de competencia desleal producido como resultado de la violación de una norma imperativa. El Cuerpo Colegiado tendría competencia para resolver la presente controversia, al tratarse sobre una posible sanción por la obtención de una ventaja significativa por violación de una norma imperativa y no por la sola infracción de la misma, hecho que ya fue sancionado por el INDECOPI.

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

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

Conforme a lo dispuesto por el artículo 78° del Reglamento de Controversias<sup>7</sup>, el 16 de noviembre de 2011, esta Secretaría Técnica dirigió el Oficio N° 216-ST/2011 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, solicitándole la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios imperativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de actos de violación de normas para la generalidad de mercados y agentes económicos.

Asimismo, se le solicitó los criterios para evaluar la mejor posición competitiva en el mercado obtenida por la infracción de normas y cuándo esta debe ser considerada significativa.

De acuerdo al requerimiento efectuado mediante Oficio N° 216-ST/2011, la Comisión de Fiscalización de la Competencia del INDECOPI dirigió el Oficio N° 088-2011/CCD-INDECOPI de 29 de noviembre de 2011, mediante el cual se manifiesta que a la fecha no se ha presentado ante la Comisión, algún caso en el que se hubiera acreditado la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente que determine la infracción de normas imperativas, conforme a los términos del artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

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

El 10 de octubre de 2011, mediante Oficio N° 182-ST/2011, la Secretaría Técnica solicitó a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI, la

<sup>7</sup> Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas  
Art. 78° Informe de INDECOPI.- En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.



remisión de la resolución mediante la cual se resolvió, en primera instancia, la denuncia interpuesta por Multimedia contra el señor Ñaupari por infracción a la normativa de derechos de autor por la retransmisión no autorizada de señales<sup>8</sup>. Cabe indicar que se indicó que dicha resolución correspondía a la Resolución 0051-2010/CDA-INDECOP. En atención a ello, la Comisión de Derechos de Autor remitió la Resolución 0051-2010/CDA-INDECOP mediante Oficio N° 496-2011/CDA-INDECOP de fecha 27 de diciembre de 2011.

No obstante lo anterior, de la revisión del expediente se verificó que el pronunciamiento pertinente para la evaluación de la presente controversia es el contenido en la Resolución 0052-2010/CDA-INDECOP. En tal sentido, ante un nuevo requerimiento de la Secretaría Técnica<sup>9</sup>, mediante Oficio N° 056-2012/CDA-INDECOP de fecha 15 de marzo de 2012 la Comisión de Derechos de Autor del INDECOP nos remitió la referida resolución.

### 7.3. Requerimientos de información a las partes

Mediante Oficio N° 243-ST/2011, de 27 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica requirió a Multimedia cumpla con lo siguiente:

1. Indicar la fecha del inicio de sus operaciones así como las zonas geográficas, a nivel distrital, donde compite con el señor Ñaupari.
2. Mencionar los tipos de paquetes tarifarios, indicando la tecnología utilizada en la prestación del servicio, que ofrece en las zonas indicadas en 1.
3. Reportar el número mensual de clientes por distrito, según lo señalado en 1 y 2, para el período diciembre 2008 a junio 2011 (altas).
4. Reportar el número mensual de clientes por distritos, según lo señalado en 1 y 2, para el período diciembre 2008 a junio 2011(stock).
5. Indicar el nombre de las empresas de televisión por cable que ofrecen sus servicios en las áreas geográficas señaladas en 1.
6. Remitir algún indicador de medición de la audiencia, en el cual se incluya a la señal que estaría retransmitiendo ilícitamente el señor Ñaupari, y que permita evaluar la preferencia de los consumidores de las áreas geográficas referidas.
7. Manifestar si a la fecha existe algún vínculo contractual o si mantienen negociaciones con alguna empresa prestadora del servicio de televisión por cable con el objeto de autorizarles la retransmisión de las señales de sus canales exclusivos y, de ser el caso, presentar los contratos o los documentos que corroboren dichas negociaciones, incluyendo el monto que se les cobraría a dichas empresas por dicha autorización.
8. Presentar el denominado "Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión" firmado por su representada y Media Networks así como cualquier otro documento

<sup>8</sup> Solicitud que fue reiterada mediante Oficio 226-ST/2011.

<sup>9</sup> Oficio N° 069-STCCO/2012, de fecha 13 de marzo de 2012.



que considere necesario para sustentar los costos en los que incurre Multimedia para la transmisión de sus canales exclusivos.

9. Precisar y presentar hechos de cómo dicho ahorro afectó a Multimedia en el mercado y cómo el mismo ha representado una ventaja significativa para el señor Ñaupari durante los meses que retransmitió ilícitamente las señales de CMD y Canal N.

Asimismo, mediante oficio 249-2011-CCO-ST/CCO de 29 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica requirió al señor Ñaupari cumpla con lo siguiente:

1. Indicar la fecha del inicio de sus operaciones, así como las zonas a nivel distrital donde tiene cobertura, y la tecnología utilizada en la prestación del servicio.
2. Indicar las zonas geográficas, a nivel distrital, donde compite con la empresa Telefónica Multimedia.
3. Especificar la tarifa, el número y el tipo de canales que ofrece en cada una de las zonas donde tiene cobertura.
4. Reportar el número mensual de clientes por distrito para el período diciembre 2008 a junio 2011 (Altas).
5. Reportar el número mensual de clientes por distrito para el período diciembre 2008 a junio 2011 (Stock).
6. Listar el nombre de los proveedores de las señales que son transmitidas por su empresa, así como los canales contratados con los mismos.
7. Indicar si dentro de la parrilla de canales que ofrece cuenta con (i) canales propios y/o (ii) si mantiene algún contrato de exclusividad con algún proveedor de señales. Listar cada uno de los canales.
8. Indicar el nombre de las empresas de televisión por cable con las que compite en las áreas geográficas, a nivel distrital, donde opera.

El 12 de enero de 2012, Multimedia presentó un escrito mediante el cual adjunta la información requerida exceptuando el *"Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión"* suscrito entre Multimedia y Media Networks y los acuerdos de distribución de señales mediante los cuales se sustentarían los costos de producción de sus señales exclusivas.

En relación a ello, Multimedia señaló que la remisión de tales contratos no era necesaria para el cálculo del ahorro que realizó el señor Ñaupari, siendo que además la remisión del contrato de producción y licencia celebrado con Media Networks podría afectar el derecho de confidencialidad de dicha empresa. Sin perjuicio de ello, remitió el Contrato de licencia de distribución de señales celebrado el 18 de diciembre de 2006 entre Multimedia y Cable Visión Iquitos S.R.L. en el que se autoriza la retransmisión de la señal CMD para que se pueda tomar como referencia para determinar los costos que evita incurrir el señor Ñaupari. De otro lado, Multimedia confirmó que, actualmente, no tiene vínculo contractual o negociación alguna con alguna empresa de cable para autorizar la retransmisión de sus señales exclusivas.

Cabe señalar que Multimedia solicitó la confidencialidad de la información presentada, en vista de lo cual el Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 006-2012-CCO/OSIPTEL, declaró confidencial la información referida al número mensual (en altas y stock) de clientes por distrito durante el



periodo comprendido entre diciembre de 2008 y junio de 2011, y el Contrato de licencia de distribución de señales celebrado con Cable Visión Iquitos S.R.L.

Con Oficio N° 029-ST/2012 de 26 de enero de 2012, se reiteró al señor Ñaupari que cumpla con remitir lo solicitado mediante Oficio 249-ST/2011. Cabe indicar que no cumplió con dicho requerimiento.

## VIII. CUESTIONES PREVIAS

### 8.1. La aplicación del principio *non bis in idem*

En su escrito de descargos el señor Ñaupari cuestionó la imputación efectuada en virtud al artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal, por considerar que mediante dicho tipo infractor se le pretendería volver a investigar por una conducta ya evaluada y sancionada anteriormente por el INDECOPI. En tal sentido, consideró que en aplicación del principio *non bis in idem* no correspondería que el OSIPTEL imponga una nueva sanción.

Al respecto debe indicarse que el cuestionamiento efectuado por el señor Ñaupari ha sido analizado anteriormente por autores como RIVERA<sup>10</sup> o CALDERÓN<sup>11</sup> a criterio de quienes la tipificación de las prácticas de violación de normas como contrarias a la normativa de competencia desleal podrían contravenir el principio *non bis in idem* en la medida que un mismo administrado resulta doblemente sancionado: primero por la autoridad sectorial encargada de velar por el cumplimiento de la norma imperativa y posteriormente por el INDECOPI o el OSIPTEL, por una presunta práctica de competencia desleal, lo cual a criterio de dichos autores podría representar un abuso de la potestad sancionadora del Estado.

En atención a ello, debe señalarse que el principio *non bis in idem* se encuentra recogido en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, como un principio rector de la potestad sancionadora administrativa, funcionando de esta manera como una garantía a favor del administrado a quien no se le podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho siempre que se verifique la triple identidad de: sujeto, hecho y fundamento<sup>12</sup>.

En tal sentido, en el presente caso tanto las partes del procedimiento (Multimedia y el señor Ñaupari) como el hecho material (retransmisión no autorizada de señales) resultan siendo los mismos que los verificados en el procedimiento ventilado ante INDECOPI, debiendo por tanto evaluarse si las normas infringidas responden al mismo fundamento, a fin de poder determinar si se ha verificado la triple identidad requerida en el principio *non bis in idem*.

<sup>10</sup> RIVERA, Alfonso. *Violación de normas*. En: El Derecho de la Competencia Desleal. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima. 2007. Pg. 264.

<sup>11</sup> CALDERON, Andrés. *El acto de violación de normas: Cuando lo práctico supera a lo teórico*. En: Boletín Lente Jurídico. Publicado por Asociación Civil Ius Et Veritas integrada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año I. N° 2. Lima. Pg. 44.

<sup>12</sup> En similar sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3517-2011-PHC/TC reconoció que el principio *non bis in idem* tiene dos dimensiones: una sustantiva que proscribe una doble sanción por un mismo hecho y una procesal en virtud a la cual un mismo hecho no puede ser materia de dos procesos distintos.

A fin de evaluar el fundamento de la tipificación de una infracción debe señalarse que conforme lo indica NIETO *"la concurrencia de normas sancionadoras de un mismo hecho significa que éste es sancionado por dos fundamentos o causas distintas"*<sup>13</sup> lo que al final nos permite concluir que es posible que una misma conducta lesione a más de un bien jurídico, pudiéndose de esta manera contravenir a más de una norma.

En ese orden de ideas, tenemos que la sanción impuesta por el INDECOPI responde a una contravención al Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, la cual tiene como finalidad la de proteger a los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechohabientes, de los titulares de derechos conexos al derecho de autor reconocidos en ella y de la salvaguardia del acervo cultural<sup>14</sup>. Conforme se observa dicha norma tiene por finalidad la de viabilizar la protección del derecho fundamental reconocido en la Constitución que tienen todas las personas a la libertad de creación así como a la propiedad sobre sus creaciones y productos<sup>15</sup>.

En tal sentido, es posible afirmar que la sanción impuesta por el INDECOPI por la infracción a la normativa de derechos de autor busca salvaguardar el derecho reconocido a Multimedia en tanto titular de un derecho conexo frente a una retransmisión de señal no consentida por parte del señor Naupari.

Por otro lado, en la presente controversia, nos encontramos evaluando una presunta contravención a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual tiene como finalidad la de proteger el proceso competitivo<sup>16</sup> el cual es un bien jurídico de suma relevancia toda vez que es requisito indispensable para el desarrollo de la libre iniciativa privada y la competencia leal en el mercado. En tal sentido, tenemos que conforme indica KRESALJA *"las leyes de defensa de la competencia, que tienen en nuestro caso un claro sustento constitucional, delimitan uno de los aspectos más importantes del orden público, de modo que configuran nuestro orden público económico"*<sup>17</sup>.

Asimismo debe señalarse que en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1044 se hizo referencia a los cuestionamientos efectuados al supuesto de violación de normas en relación a una posible contravención al principio *non bis in idem*, en tal sentido se señaló lo siguiente:

<sup>13</sup> NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos. Cuarta edición. Madrid. 2005. Pg. 513.

<sup>14</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 822. LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR.**

Artículo 1°.- Las disposiciones de la presente ley tienen por objeto la protección de los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechohabientes, de los titulares de derechos conexos al derecho de autor reconocidos en ella y de la salvaguardia del acervo cultural.

Esta protección se reconoce cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio del autor o titular del respectivo derecho o el lugar de la publicación o divulgación.

<sup>15</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

Artículo 2° Toda persona tiene derecho a:

(...) 8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. (...)

<sup>16</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 1°.- Finalidad de la Ley.-

La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

<sup>17</sup> KRESALJA ROSELLO, Baldo. *Perú: Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*. Publicado en: Pensamiento Constitucional. Año XII N° 12. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pgs. 28 y 29.



"Así con la definición establecida en el Decreto Legislativo, se distingue claramente la naturaleza de la infracción por violación de normas; de las infracciones declaradas por las autoridades sectoriales competentes, evitando la configuración del *non bis in idem*, ya que las autoridades sectoriales sancionarán la directa infracción a las normas que administran y mediante la declaración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se sancionará únicamente cuando dicha infracción, declarada así por la autoridad competente, haya generado una ventaja competitiva significativa en beneficio del infractor."

En tal sentido, conforme puede observarse, a fin de evitar una contravención al principio *non bis in idem* en la Ley de Competencia Desleal se consideró como un requisito de tipicidad el que la violación de normas se vea traducida en un beneficio para el agente infractor de la norma sectorial<sup>18</sup>. En caso contrario, la infracción de la norma imperativa no afectaría el proceso competitivo y por ende no sería pasible de ser sancionada.

En ese orden de ideas, podemos concluir que el supuesto de violación de normas busca reprimir aquellas conductas que afecten la posición de igualdad que debe existir entre los competidores que intervienen en el mercado respetando el marco normativo existente<sup>19</sup>, siendo por tanto que dicha conducta únicamente será punible en la medida que afecte el bien jurídico que busca tutelar: el proceso competitivo.

Por lo tanto, dado que la normativa de derecho de autor y la de competencia desleal salvaguardan intereses jurídicos diferentes y que por ende las sanciones a imponer responden a finalidades distintas, es posible concluir que en el presente caso no se ha verificado la identidad de fundamento requerida para la aplicación del principio *non bis in idem*, por lo cual lo argumentado por el señor Ñaupari en este extremo no resulta pertinente para la presente controversia.

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

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

La prueba funciona como un método esencial para poder establecer la veracidad de ciertos hechos. En sentido amplio, "probar es establecer la exactitud de una proposición cualquiera; en el sentido judicial, probar es someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra"<sup>20</sup>.

De acuerdo a las normas que rigen el proceso civil, aplicables en virtud de las normas del Reglamento de Controversias citadas anteriormente, entre los medios probatorios típicos está la declaración de parte<sup>21</sup>, referida a los hechos o

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

<sup>19</sup> KRESALJA ROSELLO, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

<sup>20</sup> Marcel Planiol y Georges Ripert: *Traité Pratique de Droit Civil français*. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1931. T. VII, § 1407, p. 743.

<sup>21</sup> **Código Procesal Civil**

Artículo 192º.- Son medios de prueba típicos:



información del que la presta o de su representado<sup>22</sup>. Las declaraciones de parte no sólo se manifiestan oralmente sino también a través de afirmaciones contenidas en las actuaciones judiciales o los escritos de las partes<sup>23</sup>.

Las declaraciones de parte toman un valor probatorio particular en el ámbito procesal administrativo, toda vez que uno de los principios generales es el principio de presunción de veracidad según el cual durante la tramitación del procedimiento se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman<sup>24</sup> y asimismo, se presume que toda la información incluida en los escritos y formularios han sido verificados por quien hace uso de ellos y que el contenido es veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario<sup>25</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado, en el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa debe aplicar el Principio de Verdad Material<sup>26</sup>. Es así que respecto a los medios probatorios en los procedimientos trilaterales administrativos, tal como es el caso de la presente controversia, *"la autoridad debe ser lo suficientemente cautelosa, para no sustituir el deber probatorio de las*

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

#### <sup>22</sup> Código Procesal Civil

Artículo 214º.- La declaración de parte se refiere a hechos o información del que la presta o de su representado. La parte debe declarar personalmente.

Excepcionalmente, tratándose de persona natural, el Juez admitirá la declaración del apoderado si considera que no se pierde su finalidad.

#### <sup>23</sup> Código Procesal Civil

Artículo 221.-

Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.

#### <sup>24</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.7 Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

#### <sup>25</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 42.- Presunción de veracidad

42.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario.

42.2 En caso de las traducciones de parte, así como los informes o constancias profesionales o técnicas presentadas como sucedáneos de documentación oficial, dicha responsabilidad alcanza solidariamente a quien los presenta y a los que los hayan expedido.

#### <sup>26</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.11 Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.





partes. Por tanto, la aplicación del principio de verdad material debe estar atenuada, al operar la presunción de igualdad entre las partes intervinientes en el procedimiento trilateral. Sin embargo, ello no implica que la autoridad administrativa ante la cual se desenvuelve el procedimiento administrativo trilateral, como entidad servicial de los intereses generales, ejerza su facultad de ordenar y producir pruebas cuando exista un interés público inherente a la resolución del procedimiento<sup>27</sup>. (El subrayado es nuestro)

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

Como se ha señalado en el punto anterior, la protección de la leal competencia en el mercado, constituiría uno de los aspectos más importantes del orden público económico; y, en tal sentido, la Secretaría Técnica ha procurado producir las pruebas necesarias para llegar a la verdad material. Es así que conforme a la naturaleza de la conducta investigada se ha requerido información diversa respecto a la participación en el mercado de Huánuco tanto de Multimedia como del señor Ñaupari en el período de la realización de la conducta denunciada.

Al respecto, cabe indicar que, los administrados en general, son responsables de entregar la información solicitada por la autoridad administrativa. En efecto, conforme a las normas pertinentes de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la administración puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones o la presentación de documentos así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba<sup>28</sup>, y, a su vez, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material<sup>29</sup>.

En el caso de la información requerida al señor Ñaupari, mediante Oficio N° 249-ST/2011 de 29 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica requirió cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable, indicando como plazo máximo para su presentación el de cinco (5) días hábiles. Dicho oficio fue debidamente notificado con fecha 3 de enero de 2012 tal y como consta en el expediente.

Vencido en exceso el plazo otorgado para la presentación de la información, la Secretaría Técnica reiteró su pedido mediante Oficio N° 029-STCCO/2012, el que fuera notificado el 28 de enero de 2012, y otorgó un plazo máximo de tres

<sup>27</sup> MARTIN TIRADO, Richard. "El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". En: Revista Derecho y Sociedad N° 17. Pgs. 221-234.

<sup>28</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 169°.- Solicitud de pruebas a los administrados

169.1 La autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba. Para el efecto se cursa el requerimiento mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento.

(...)

<sup>29</sup> Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 57°.- Suministro de información a las entidades

(...)

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



(03) días hábiles contados desde la notificación para cumplir con la entrega de la información.

Cabe indicar que el señor Ñaupari no habría cumplido con su deber de proporcionar información a la autoridad administrativa, a pesar de que en dichos requerimientos se le indicó que dicha información era necesaria para *"contar con mayores elementos de juicio que permitiesen resolver los distintos aspectos de la controversia"* y que la entrega de la misma era obligatoria. Dicha conducta procesal de la empresa denunciante debe tomarse en cuenta por el Cuerpo Colegiado al momento de resolver la presente controversia.

## IX. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

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

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

#### ***"Artículo 14.- Acto de violación de normas.-***

*14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.*

*14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:*

*a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o, (...)." (El subrayado es nuestro).*

Conforme se desprende del citado artículo, una de las modalidades de violación de normas<sup>30</sup> se produce cuando a través de la infracción de una norma imperativa se obtiene una ventaja significativa en el mercado. En relación a ello, es preciso señalar que la ley establece que debe tratarse de una "norma imperativa"<sup>31</sup>. Asimismo, para que la decisión que determina la infracción pueda ser considerada firme, ésta no puede encontrarse pendiente de ser revisada en la vía contencioso administrativa.

De acuerdo a la norma citada, la violación de normas se producirá cuando una "infracción normativa afecte de forma positiva la posición competitiva del infractor, al romper el principio de igualdad frente a otros competidores que sí cumplen con la ley"<sup>32</sup>. En tal sentido, la presente infracción busca sancionar las prácticas que

<sup>30</sup> Conforme al artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal, las otras dos modalidades son: (i) cuando la infracción esté referida a que quien estuviera obligado a contar con contratos, concesiones o títulos que se requieran para desarrollar determinada actividad empresarial y el infractor no acredite documentalmente su tenencia, y (ii) el supuesto de la actividad empresarial del estado sin cumplir con el principio de subsidiariedad.

<sup>31</sup> En palabras de Aníbal Torres, las normas imperativas son establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto a quien no le está permitido dejarlas sin efecto, ni total ni parcialmente, en sus actos privados. TORRES, Aníbal. *"Introducción al Derecho"*, Tercera Edición, 2008. Editorial IDEMSA, Lima, pg. 267-268.

<sup>32</sup> Kreslja Rosselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitirse a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.



alteren la posición de igualdad ante la ley en que deben encontrarse todos los agentes competidores en el mercado<sup>33</sup>.

## 9.2. Aplicación al caso materia de análisis

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

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

### 9.2.1. El carácter de la norma infringida

En atención al primer requisito, para que se configure el supuesto de violación de normas se deberá acreditar la violación de una norma de carácter imperativo<sup>34</sup>. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria<sup>35</sup>. Así, su distinción viene a ser encontrada en su vocación normativa: la norma quiere disponer sin admitir voluntad contraria

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

Al respecto Massaguer considera que no califican como normas jurídicas imperativas pertinentes para un supuesto de violación de normas, las referidas a los derechos de exclusiva que comprenden únicamente a dos o más partes, y que en forma alguna resultan vinculantes para la estructura de un mercado con carácter general, es decir comprometiendo a agentes más allá de los firmantes<sup>36</sup>.

Asimismo, en relación a la normativa que protege la propiedad industrial e intelectual, señala que en la medida que dichas normas impiden el acceso a terceros respecto a un bien, el reconocimiento de dicho derecho de exclusión instaaura una condición de igualdad entre todos los competidores, toda vez que deberán solicitar una autorización previa al titular del bien para su utilización. En tal sentido, nos encontraríamos frente a derechos disponibles cuya violación afecta únicamente a su titular pero no desvirtúa de ninguna manera la condición de igualdad en la que se encuentran los demás competidores<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> MASSAGUER; José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas. 1999. Pg. 432

<sup>34</sup> De no tratarse de una norma imperativa la demanda será declarada improcedente.

<sup>35</sup> Rubio Correa, Marcial (2001) *El Sistema Jurídico*. 8va. Edición, PUCP, Fondo Editorial. Pp. 110

<sup>36</sup> MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 436

<sup>37</sup> MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 437.



En similar sentido Kresalja, señala que las obligaciones emanadas de contratos (como los de radiodifusión o de exclusividad) al no afectar derechos de terceros, sino únicamente a sus titulares, no calificarían como normas imperativas cuyo incumplimiento pudiera afectar la estructura general del mercado, siendo que correspondería a los propios titulares salvaguardar su derecho frente a una eventual violación del mismo<sup>38</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado, a fin de evaluar la pertinencia de considerar a la normativa de derechos de autor como imperativa, debe también considerarse los pronunciamientos emitidos anteriormente por el OSIPTEL respecto de controversias similares, referidas al supuesto de violación de normas que involucren la contravención a la normativa de derecho de autor. En tal sentido, tenemos que en la Resolución 016-2005-CCO/OSIPTEL, recaída en el expediente 007-2004-CCO-ST/CD, el Cuerpo Colegiado determinó lo siguiente:

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

Un criterio similar ha sido recogido en las Resoluciones 011-2005-CCO/OSIPTEL<sup>39</sup>, (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), 015-2005-CCO/OSIPTEL<sup>40</sup> (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), 008-2005-CCO/OSIPTEL<sup>41</sup> (expediente 002-2005-CCO-ST/CD), en virtud a las cuales también se indicó que la retransmisión de señales sin la autorización de sus titulares configuraba una infracción a la normativa imperativa de derechos de autor.

Por otro lado, el INDECOPI, en un anterior pronunciamiento expuso las razones por las que a su criterio las normas de derecho de autor califican como imperativas. En tal sentido, en la Resolución 1573-2008/TDC-INDECOPI<sup>42</sup>, recaída en el expediente 237-2007/CCD, la Sala de Defensa de la Competencia indicó que si bien los efectos de una infracción a la normativa de derechos de autor recaen directamente en las empresas de radiodifusión, ello no impide que se configure un aprovechamiento indebido por parte de la empresa infractora, la misma que obtendría una ventaja competitiva que no es producto de una mayor eficiencia económica sino que deriva de su contravención a las normas de derecho de autor.

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



<sup>38</sup> Kreslja Rosselló, Baldo. *Op Cit.* Pg. 17.

<sup>39</sup> Ver páginas 12 a 13 de dicha resolución.

<sup>40</sup> Ver página 7 de dicha resolución.

<sup>41</sup> Ver página 12 de dicha resolución.

<sup>42</sup> Ver páginas 10 y 11.

ser analizado en los términos de la normativa de represión de la competencia desleal.

De la revisión doctrinaria y jurisprudencial efectuada puede observarse que si bien algunos autores han considerado como no imperativa a las normas de derecho de autor por salvaguardar únicamente derechos disponibles de particulares, los pronunciamientos tanto del OSIPTEL como del INDECOPI han sido uniformes en reconocer el carácter imperativo de dicha normativa, toda vez que si bien responden a intereses exclusivos de sus titulares, ello no impide que no se verifique un efecto lesivo en el mercado en general, al margen de los intereses de los titulares, siendo que tal afectación general representa el título habilitante para la aplicación de la normativa de represión de la competencia desleal a fin de tutelar el proceso competitivo.

De otro lado, debe considerarse que de acuerdo al artículo 168<sup>43</sup> del Decreto Legislativo N° 822, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI (en el presente caso, la Comisión de Derechos de Autor) es la autoridad Nacional competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos, razón por la cual la opinión del INDECOPI respecto a la naturaleza de las normas de derechos de autor y derechos conexos, resulta de especial relevancia en el presente caso.

En atención a ello, mediante Oficio N° 005-2011/SPI-INDECOPI<sup>44</sup> del 27 de junio de 2011, la Sala de Propiedad Intelectual señaló que tanto el Decreto Legislativo N° 822 como la Decisión de la Comunidad Andina N° 351 tienen carácter imperativo, fundando esta opinión en la protección constitucional de la creación intelectual (numeral 8 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú) y la obligación internacional del Gobierno Peruano de brindar protección a los derechos de autor y conexos derivados de los diversos acuerdos multilaterales.

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

En atención a ello, esta Secretaría Técnica estima pertinente considerar a la normativa de derecho de autor<sup>45</sup> infringida en el presente caso como imperativa, en atención a las resoluciones administrativas mencionadas en el presente punto, y en especial al pronunciamiento de la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, en su condición de última instancia administrativa encargada de pronunciarse respecto de la normativa de derechos de autor.

<sup>43</sup> Decreto Legislativo N° 822

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

<sup>44</sup> Información tomada del Expediente 003-2011-CCO-ST/CD, controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y T.V.S. Satelital S.A.C.

<sup>45</sup> El artículo 39° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo 822.



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

El señor Ñaupari fue sancionado con una multa impuesta mediante Resolución N° 52-2010/CDA-INDECOPI de la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI (en primera instancia fijada en 8,56 UIT) y confirmada por la Resolución N° 2783-2010/TPI-INDECOPI de la Sala de Propiedad del Tribunal del INDECOPI (modificándose la multa a 5 UIT):

- Con fecha 01 de febrero de 2010, mediante Resolución N° 52-2010/CDA-INDECOPI, la Comisión de Derechos de Autor resolvió que el señor Ñaupari infringió los derechos conexos de Multimedia al haber retransmitido las señales de CMD y Canal N sin autorización.
- La Resolución N° 2784-2010/TPI-INDECOPI, en segunda instancia, confirmó la vulneración de los derechos conexos de Multimedia por parte del señor Ñaupari. Dicha resolución agotó la vía administrativa y otorgó un plazo de tres meses para interponer acción contencioso administrativa.
- Según lo señalado por Multimedia y confirmado por la Gerencia Legal del INDECOPI, la Resolución N° 2784-2010/TPI-INDECOPI no ha sido apelada ante el Poder Judicial en el plazo otorgado.

El señor Ñaupari señaló en su escrito de descargos que, en relación al pronunciamiento del INDECOPI, solo se habría acreditado el acto de retransmisión de dichas señales una sola vez y que había sido realizado sin su autorización, por desconocimiento de la persona a cargo.

Al respecto, cabe indicar que en el presente caso, se deberán evaluar las consideraciones respecto a los hechos de la infracción de la normativa de derechos de autor considerados en el procedimiento llevado a cabo ante el INDECOPI, en la medida que es la autoridad competente ante la cual se acreditó la infracción de la norma imperativa denunciada en el presente procedimiento. Esta Secretaría Técnica es de la opinión que variar los hechos probados o distorsionar lo considerado por el INDECOPI en sus resoluciones referidas al caso en cuestión, saldría del ámbito de acción que debería tener el OSIPTEL en el presente caso (es decir, probar la supuesta ventaja significativa que se habría obtenido mediante la infracción de la normativa de derechos de autor, ya acreditada por la autoridad competente, el INDECOPI).

En tal sentido, el OSIPTEL no evaluará si la retransmisión (y su publicidad, mediante el afiche publicitario de las emisiones de los canales CMD y Canal N) fue realizada sin autorización del señor Ñaupari o si solo se efectuó una sola vez en la medida que dicha evaluación ya fue realizada por la Comisión de Derechos de Autor en el procedimiento llevado a cabo en el INDECOPI. Cabe señalar que estos hechos y el análisis realizado por el INDECOPI en su procedimiento no ha sido cuestionado por el señor Ñaupari en la vía contencioso administrativo.

Es así que, observamos que ha quedado acreditada la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determina la infracción a los derechos de autor (el INDECOPI), y que dicho pronunciamiento no se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa, hecho que no ha sido desvirtuado documentalmente por el señor Ñaupari.



- Del período de la retransmisión ilícita por parte del señor Ñaupari

Multimedia ha señalado que la retransmisión ilícita por parte del señor Ñaupari habría resultado por lo menos durante el período de abril y mayo del 2009, conforme a lo consignado en el procedimiento ante la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI.

Por su parte, observamos que el señor Ñaupari alegó que no se puede comprobar que haya transmitido de manera continuada las señales exclusivas de Multimedia y que solo se habría acreditado dicho acto de retransmisión una sola vez.

Conforme a los argumentos señalados anteriormente, cabe resaltar que los hechos probados dentro del procedimiento de INDECOPI no serán cuestionados en el procedimiento, en la medida que el presente no versa sobre la infracción a la normativa de derechos de autor. En tal sentido, el análisis de los presuntos actos desleales realizados por el señor Ñaupari se realizará a partir de los hechos de la infracción de la normativa de derechos de autor considerados en el procedimiento llevado a cabo ante el INDECOPI.

De otro lado, si bien en la Resolución N° 0052-2010/CDA-INDECOPI se señala que la denunciada retransmite, al menos desde el 19 de mayo de 2009, las señales denominadas CMD y Canal N; al realizarse el cálculo de la multa se considera el período desde el mes de mayo de 2009 (mes en que se realizó la diligencia de constatación policial) hasta el 30 de julio del 2009. Conforme a ello, para el análisis de la supuesta ventaja significativa obtenida por el señor Ñaupari se debe considerar un período de tres meses, desde mayo hasta julio del 2009.

### **9.2.3. Análisis de la supuesta ventaja significativa ilícita obtenida**

Conforme fuera indicado en los numerales precedentes, el análisis de una práctica de competencia desleal en el supuesto de violación de normas, requiere que adicionalmente a la contravención a una norma imperativa se verifique que dicha infracción se tradujo en una ventaja significativa que permita colocar en una mejor posición competitiva al agente infractor.

En tal sentido, resulta necesario determinar los criterios pertinentes para establecer que una infracción a una norma imperativa ha generado una ventaja significativa para el señor Ñaupari y, posteriormente, evaluar si dicha ventaja le ha podido generar una mejor posición competitiva en el mercado, ya que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume automáticamente ni se produce por el hecho de infringir las leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal<sup>46</sup>.

Con relación a los criterios necesarios para determinar si nos encontramos frente a una ventaja significativa, tenemos que según MASSAGUER, una ventaja competitiva es aquella que implica una mejora de la posición de mercado para el agente infractor respecto de sus competidores,

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 512/2005, de fecha 24 de junio de 2005, recaído sobre el Recurso de Casación N° 226/1999 (Página 3)



manifestándose, entre otros factores, en la posibilidad de permitirle brindar una oferta en términos más atractivos que los otros agentes de mercado<sup>47</sup>.

En similar sentido se observa que en diversos pronunciamientos<sup>48</sup> el INDECOPI ha considerado que debe entenderse como ventaja significativa a la disminución de costos de producción o de distribución de los productos o servicios que oferta el agente infractor siendo que dicha disminución de costos genera una distorsión en el proceso competitivo al colocar en una mejor posición competitiva al agente infractor respecto de aquellos que sí cumplieron la norma e internalizaron en su estructura de costos los gastos que demande el cumplimiento del marco normativo.

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

Cabe señalar que los "Lineamientos para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones"<sup>49</sup> elaborados por el OSIPTEL señalan lo siguiente:

*"(...) En lo que se refiere a la ventaja ilícita "significativa" a que se refiere la norma, OSIPTEL considera que la misma debe determinarse en términos de la disminución en sus costos o su acceso privilegiado al mercado debido a la infracción de la norma (...)"*

De la revisión efectuada, es posible concluir que tanto INDECOPI como OSIPTEL han considerado que la ventaja significativa viene determinada por el ahorro del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa, observándose que el ahorro de costos del cual se beneficia el infractor, le permite alterar las condiciones de competencia, pudiendo mejorar su posición competitiva en el mercado, como por ejemplo ofreciendo precios más bajos debido no a una eficiencia comercial sino a la infracción de una norma.

Al respecto debe precisarse que cuando una empresa ofrece un bien a un precio determinado, sin internalizar en el mismo los costos mínimos para el ofrecimiento del servicio, tal como ha sucedido en el caso del señor Ñaupari al no pagar los derechos de autor respectivos, podría estar ofertando sus servicios a un precio menor al que en realidad debería ser. De lo anterior, se obtiene como resultado que el precio ofertado no sería producto de un ahorro de costos de producción por un manejo eficiente, sino que sería obtenido a raíz de la violación de normas, observándose entonces que este precio se convierte en una señal errónea para el mercado<sup>50</sup>.

En tal sentido, un agente beneficiado indebidamente con esa ventaja competitiva podría efectivamente perjudicar a sus competidores, así como también podría ocasionar que el mercado no resulte atractivo para nuevas

<sup>47</sup> MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 439.

<sup>48</sup> En tal sentido, ver las Resoluciones 1573-2008/TDC-INDECOPI; 020-2010/CCD-INDECOPI; 064-2010/CCD-INDECOPI; 2509-2010/SC1-INDECOPI y 2552-2010/SC1-INDECOPI.

<sup>49</sup> Aprobados mediante Resolución 075-2002-CD/OSIPTEL.

<sup>50</sup> Un razonamiento similar ha sido recogido en la Resolución N° 009-2005-TSC/OSIPTEL.





empresas (competidores potenciales) lo cual resultaría lesivo para el proceso competitivo.

Cabe indicar que el señor Ñaupari ha indicado en sus alegatos que no es posible si quiera competir con Multimedia y que, en tal sentido, no se puede estimar algún perjuicio a la misma. Al respecto, corresponde precisar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal ha establecido que la condición de ilicitud de una conducta no exige un daño efectivo, sino que también es pasible de ser sancionada toda aquella conducta que resulte potencialmente lesiva al proceso competitivo<sup>51</sup>. Lo anterior, resulta acorde con la voluntad de la Ley de Competencia Desleal de salvaguardar el proceso competitivo sancionando conductas que no solo hayan ocasionado un daño efectivo o real al mercado, sino también a aquellas conductas que resultan idóneas para causarle un perjuicio.

Por los argumentos expuestos, es posible concluir que para evaluar la ventaja significativa se tomará como referencia el ahorro obtenido por la empresa infractora, el mismo que le permite brindar sus productos en el mercado a un precio que no representa la totalidad de los costos incurridos, apreciándose que dicha conducta puede afectar tanto a los competidores efectivos<sup>52</sup> como a los posibles entrantes, distorsionando de esta manera el proceso concurrencial.

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

Respecto al acceso a las señales de CMD sin autorización, Multimedia señaló que dicho canal es de las señales más reconocidas e importantes del mercado peruano. Con relación a Canal N, señaló que constituye en la actualidad el canal de noticias más importante del Perú.

Al respecto, si bien no ha quedado acreditada fehacientemente la importancia o significancia concreta de los canales CMD y Canal N en la localidad específica de Huánuco, es de conocimiento público la aceptación de los televidentes con respecto a dichos canales; con especial énfasis en el caso del canal CMD, en la medida que mediante éste se transmiten diversas actividades y eventos deportivos, en especial, de fútbol, deporte con bastante aceptación del público a nivel nacional<sup>53</sup>. Asimismo, el hecho

<sup>51</sup> Decreto Legislativo N° 1044

Artículo 7.- Condición de ilicitud.-

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial. (El subrayado es nuestro).

<sup>52</sup> En la medida que una empresa infractora puede ofrecer mejores precios debido a que no internaliza los costos de cumplir una determinada norma, esto puede traer como resultado que las empresas que sí asumen la totalidad de sus costos tengan que brindar sus servicios a un precio mayor, que puede resultar poco atractivo para los usuarios.

<sup>53</sup> En relación a ello, en informes anteriores del OSIPTEL se ha considerado que los canales exclusivos de Multimedia, entre ellos CMD y Canal N, se encuentran dentro del ranking de los 10 canales más vistos



de que el señor Ñaupari haya retransmitido ilícitamente dichas señales y que haya promocionado las mismas mediante publicidad demuestra la importancia de dichos canales (si no, el señor Ñaupari no hubiera tenido incentivos para captar y promocionar dichas señales).

De otro lado, lo que sí queda acreditado es que Multimedia, en la actualidad, no otorga ni negocia sus licencias exclusivas a ningún competidor en el mercado de cable. En tal sentido, Multimedia es quien asume los costos de la producción de sus señales exclusivas, y ninguno de sus competidores en el mercado de prestación del servicio de radiodifusión puede acceder de manera lícita a dichos contenidos.

Conforme a ello, al haber retransmitido las señales de CMD y Canal N, el señor Ñaupari ha tenido un acceso "privilegiado" que no le correspondía y que ninguno de sus competidores tiene (salvo Multimedia)<sup>54</sup>, obteniendo una ventaja respecto a estas empresas.

En relación al "ahorro", cabe indicar que el pago de derechos por las señales, en general, conforma un porcentaje importante en los costos de las empresas de televisión por cable<sup>55</sup>. Si bien, como señala el señor Ñaupari, las retransmisiones de CMD y Canal N pudieron ser solo una pequeña parte de toda su parrilla de programación y no se podría calcular exactamente el monto del supuesto "ahorro", dicha imposibilidad no descarta la posibilidad de que la conducta del señor Ñaupari pueda ser pasible de ser considerada como un acto de competencia desleal.

Conforme a ello, se observa que, en el hipotético caso que Multimedia hubiera estado otorgando licencias para la retransmisión de sus señales exclusivas en el período de la realización de la conducta del señor Ñaupari, la empresa debía adquirir dicha licencia por un costo. En tal sentido, observamos que el señor Ñaupari se habría "ahorrado" el monto que equivaldría el pagar una licencia por los tres meses desde mayo hasta julio de 2009.

Dicho presunto ahorro, haciendo un símil con los contratos presentados por Multimedia, que datan del año 2006, ascendería a, en promedio, S/. 10 730 mensuales (Diez mil setecientos treinta Nuevos Soles)<sup>56</sup>. Conforme a lo indicado en los contratos con los que cuenta esta Secretaría Técnica, Multimedia otorgaba una licencia para la transmisión de las cuatro señales exclusivas que mantenía, es decir, por CMD, Plus TV, Canal N y Visión 20 mas no por la transmisión de únicamente alguna de ellas. Según lo señalado por el señor Ñaupari en sus descargos, se debería tener en cuenta los costos reales (establecer el costo de la señal retransmitida y no el costo de toda la producción de Multimedia). Sin embargo, cabe señalar que no se otorgaba licencias por un solo canal, se licenciaba el "paquete"

en cable. Ver el documento: *Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable. Documento de Trabajo N°001-2008. Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL.*

<sup>54</sup> Al referirnos a acceso privilegiado no nos referimos a un "acceso privilegiado al mercado" si no, mas bien, al acceso a un insumo (contenidos) con cierto grado de significancia y que, salvo un competidor (quien produce o paga por la elaboración de dicho insumo), nadie puede obtener de una manera lícita.

<sup>55</sup> Dicha afirmación también se ha señalado en el documento antes citado *"Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable"*.

<sup>56</sup> El cobro mensual por la transmisión de las referidas señales ascendía US\$3600 hasta por un tope de 3000 unidades de visualización.



de los cuatro canales<sup>57</sup>, en tal sentido en este hipotético escenario el "ahorro" se habría dado respecto a este monto mensual.

Por otro lado, dado que no se cuenta con la estructura de costos del señor Ñaupari, esta Secretaría Técnica considera relevante tomar en cuenta el *porcentaje de los ingresos* que se podría haber ahorrado la empresa, en el hipotético caso que hubiese accedido lícitamente a la mencionada señal.

En ese sentido, se requirió al señor Ñaupari información diversa, entre la que se encontraba el número de usuarios y la tarifa establecida por la empresa en los referidos meses. Al respecto, la conducta procesal del señor Ñaupari no ha sido adecuada siendo que no presentó dicha información necesaria para determinar un cálculo porcentual del posible beneficio obtenido (supuesto ahorro) en relación a sus ingresos mensuales.

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

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

Por último, lo afirmado por el señor Ñaupari respecto a que no puede comprobarse una ventaja significativa en la medida que Multimedia no habría realizado un análisis de las posiciones de mercado para llegar a que el señor Ñaupari habría mejorado su posición competitiva, es preciso indicar que la Secretaría Técnica realizó requerimientos para obtener información al respecto, información que no fue remitida por el señor Ñaupari; sin perjuicio de dicha falta de información, cabe señalar que, conforme a lo señalado en líneas anteriores, para que exista la infracción a la competencia leal, no se tiene que probar un daño efectivo a la concurrencia en el mercado.

Conforme a todo lo expuesto, esta Secretaría Técnica considera que el acceso ilícito del señor Ñaupari a las señales de CMD y Canal N y el supuesto "ahorro" obtenido la colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores en el mercado de cable de la ciudad de Huánuco, en la medida que, conforme a los hechos, tuvo la potencialidad de generar un perjuicio en sus competidores. Es por ello que se concluye que habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor.

<sup>57</sup> En el presente caso donde solo se transmite dos canales (CMD y Plus TV), se podría señalar que el ahorro obtenido por el señor Ñaupari equivaldría a la mitad de lo señalado en los contratos, considerándose un monto mensual que ascendía a, en promedio, S/.5 400 nuevos soles. Sin embargo, cuando se otorgaban dichas licencias se entregaban los cuatro canales en un paquete.



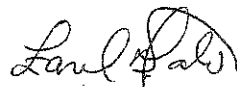
## X. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

En el presente caso la Secretaría Técnica concluye que:

- (i) La normativa de derecho de autor infringida (El artículo 39° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo 822) por el señor Ñaupari, referida a la retransmisión ilícita de señales, tiene carácter imperativo.
- (ii) Conforme a la información obtenida a la fecha, ha quedado acreditada la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determina la infracción a los derechos de autor (el INDECOPÍ), y que dicho pronunciamiento no se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa, hecho que no ha sido desvirtuado documentalmente por el señor Ñaupari.
- (iii) El señor Ñaupari habría tenido un acceso no autorizado a las señales de CMD y Canal N, y que dicho acceso le habría generado un ahorro de costos.
- (iv) Asimismo, el acceso ilícito del señor Ñaupari a las señales de CMD y Canal N y el supuesto "ahorro" obtenido lo colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores en el mercado de cable de la ciudad de Huánuco, concluyéndose que habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor.

Es por ello que esta Secretaría Técnica considera que se ha acreditado que el señor Ñaupari ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infringiendo con ello lo establecido por el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, al retransmitir por su parrilla de programación señales que son de titularidad exclusiva de Multimedia, sin contar para ello con su autorización o consentimiento, obteniendo una ventaja significativa en el mercado de televisión paga de la ciudad de Huánuco.

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



**Zaret Matos Fernández**  
Secretaria Técnica Adjunta  
de los Cuerpos Colegiados