	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 1 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	




Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados

Controversia de oficio contra el señor Yvan Martín Chanduví Bravo (Exp. 001-2015-CCO-ST/CD) Informe Instructivo

Informe Nº 015-STCCO/2015


Lima, 20 de noviembre de 2015



	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 2 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

CONTENIDO

I.	OBJETO.....	3
II.	IMPUTADO	3
III.	ANTECEDENTES.....	3
IV.	ALCANCE DEL INFORME INSTRUCTIVO.....	7
V.	DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA.....	7
5.1.	Requerimiento de información al MTC	7
5.2.	Requerimiento de información a la Secretaría Técnica de la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI	8
5.3.	Requerimiento de información a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI	9
5.4.	Requerimiento de información al señor Chanduví.....	9
5.5.	Requerimiento de información a Gol TV Latinoamérica S.A.C.	10
5.6.	Requerimiento de información a Fox Latin American Channels.....	10
5.7.	Requerimiento de información a Media Networks Latin America S.A.C.	11
VI.	POSICIÓN DEL SEÑOR CHANDUVÍ	11
VII.	CUESTIÓN PREVIA	12
7.1.	Sobre el pedido de suspensión formulado por el señor Chanduví.....	12
VIII.	ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS.....	12
8.1.	Los actos de violación de normas. Normativa y criterios aplicables.....	12
8.1.1.	Del supuesto de violación de normas de acuerdo al literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.....	14
(i)	El carácter de la norma infringida.....	14
(ii)	Sobre la decisión previa y firme de la autoridad competente.....	17
(iii)	Análisis de la supuesta ventaja significativa ilícita obtenida.....	19
8.1.2.	Del supuesto de violación de normas de acuerdo al literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.....	24
(i)	Sobre el título habilitante para brindar el servicio de difusión de radiodifusión por cable.....	25
(ii)	Respecto a la concurrencia del señor Chanduví en el mercado de distribución de radiodifusión por cable sin contar con título habilitante.....	26
(iii)	Con relación a la ventaja significativa.....	29
IX.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN.....	33

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 3 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

I. OBJETO

El presente informe instructivo tiene por objeto poner en conocimiento del Cuerpo Colegiado, el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, Secretaría Técnica), en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido contra el señor Yvan Martín Chanduví Bravo (en adelante, el señor Chanduví), por presuntas infracciones al artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal¹ (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal), en el mercado en el mercado de distribución de radiodifusión por cable.

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

II. IMPUTADO

- **El señor Chanduví**, es una persona natural con negocio, que participa del mercado de televisión por cable en la provincia de Chiclayo, quien no cuenta con concesión para brindar servicios públicos de telecomunicaciones y no está inscrito en el Registro de Comercializadores.

III. ANTECEDENTES

1. El 15 de agosto de 2013, CATV System E.I.R.L. (en adelante, CATV) denunció a “Tele Cable Monsefú” (nombre comercial del señor Chanduví) ante el Cuerpo Colegiado del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, toda vez que ofrecería canales en la ciudad de Monsefú, que solo estaría autorizado a difundir Telefónica del Perú S.A.A., tales como “Disney XD”, “GOLTV”, o “ESPN”, entre otros, a los cuales las demás empresas de la referida localidad no tienen acceso por no contar con el contrato respectivo.
2. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 002-2013-CCO/OСИPTЕL del 13 de setiembre de 2013, teniendo en cuenta que CATV no cumplió con acreditar la decisión previa y firme del INDECOPI respecto de la presunta retransmisión ilícita de señales realizada por el señor Chanduví, el Cuerpo Colegiado rechazó la denuncia presentada por dicha empresa, disponiendo el archivo de lo actuado. Asimismo,

¹ **Ley de Represión de la Competencia Desleal**

Artículo 14°.- Actos de violación de normas.-


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

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

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

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

(...)

	DOCUMENTO	N° 015-STCCO/2015 Página 4 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

ordenó que se remita a la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, lo tramitado en el expediente.

3. Por Oficio N° 151-2014/CDA-INDECOPI del 15 de julio de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión de Derecho de Autor remitió copia de la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI del 13 de marzo de 2014 recaída en el Expediente N° 002160-2013/DDA, mediante la cual, el referido Órgano, resolvió entre otros aspectos, lo siguiente²:
 - (i) Declarar fundado el procedimiento iniciado de oficio contra el señor Chanduví por infracción al Derecho de Autor y los derechos conexos por la comunicación pública de obras y producciones audiovisuales y por la retransmisión de cuarenta y cinco (45) emisiones sin contar con la respectiva autorización de los proveedores, siendo algunos de dichos canales los siguientes: “DK: DISCOVERY KID”, “DISNEY HD”, “HISTORY CHANNEL (H)” “CINECANAL: C”, “NAT GEO-WILD”, “ESPN”, “PERÚ MÁGICO”, “UTILÍSIMA”, “TL NOVELAS”, “GOLTV”, “SPACE” y “TNT”, infracciones previstas en el Decreto Legislativo 822 – Ley de Derecho de Autor;
 - (ii) Sancionar al señor Chanduví con una multa ascendente a 42.5 (Cuarenta y Dos Punto Cinco) Unidades Impositivas Tributarias (UIT);
 - (iii) Oficiar al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL la referida resolución.
4. Mediante Carta N° 045-ST/2014 remitida el 25 de julio de 2014, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia Legal del INDECOPI se sirva informar si la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI había sido materia de impugnación o se encontraba pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa.
5. Por Carta N° 765-2014/GEL-INDECOPI del 07 de agosto de 2014, el Gerente Legal de INDECOPI manifestó que no se ha interpuesto recurso de apelación alguno contra la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI y que a dicha fecha, no se habría notificado a la referida institución el inicio de algún proceso contencioso administrativo que cuestione el mencionado acto administrativo³.
6. Mediante Resolución N° 001-2015-CCO/OSIPTEL del 13 de marzo de 2015, el Cuerpo Colegiado inició un procedimiento de oficio contra el señor Chanduví por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de Televisión por Cable, conducta tipificada en el artículo 14.2° literal a) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Ello, toda vez que el señor Chanduví ha vulnerado la normativa de Derecho de Autor, conforme se evidencia de los términos de la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI, razón por la cual podría obtener una ventaja significativa en el referido mercado.

² Adicionalmente la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI dispuso lo siguiente:


“IX. RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE DERECHO DE AUTOR:

(...)

TERCERO.- PONER la presente resolución en conocimiento de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales del Perú- EGEDA PERÚ, para los fines pertinentes.


CUARTO.- ORDENAR la inscripción de la presente resolución en el Registro de Infractores a la Legislación sobre el Derecho de Autor y Derechos Conexos”.

³ Esta comunicación fue emitida con posterioridad al plazo que tenía el señor Chanduví para articular un recurso administrativo contra la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI del 13 de marzo de 2014.


	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 5 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

7. Además, en la referida resolución, se dispuso lo siguiente:

- (i) Que el procedimiento sea tramitado como una controversia que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo II – Procedimientos que involucran la comisión de infracciones del Título VII del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Controversias);
 - (ii) Agregar al expediente, el Informe N° 124-ST/2014 elaborado por la Secretaría Técnica, el cual se puso en conocimiento del señor Chanduví conjuntamente con la Resolución N° 001-2015-CCO/OSIPTEL, a fin que presente sus descargos en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, contados desde el día siguiente de notificada dicha resolución.
8. Mediante escrito del 16 de abril de 2015, el señor Chanduví se apersonó al procedimiento y fijó domicilio procesal. Asimismo, solicitó la suspensión del presente procedimiento, hasta que se resuelva su pedido de nulidad de la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI y de todo lo actuado en el Expediente N° 002160-2013/DDA, formulado ante la Comisión de Derecho de Autor el 15 de abril de 2015.
 9. Por Resolución N° 002-2015-CCO/OSIPTEL del 22 de abril de 2015, el Cuerpo Colegiado, analizó el pedido de suspensión formulado por el imputado, denegándolo. Asimismo, dispuso dar inicio a la Etapa de Investigación, a cargo de la Secretaría Técnica, por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario.
 10. Mediante Oficio N° 047-STCCO/2015 del 27 de abril de 2015, se solicitó al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), información sobre el o los títulos que habilitarían al señor Chanduví para comercializar el servicio de radiodifusión por cable.
 11. Mediante Oficio N° 20324-2015-MTC/27 recibido el 1 de junio de 2015, el MTC manifestó que el señor Chanduví no cuenta ni ha contado con concesión que lo faculte a prestar servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, señaló que el referido administrado no está inscrito en el Registro de empresas prestadoras de Valor Añadido, en el Registro de Comercializadores, ni en el Registro de Casas Comercializadoras del MTC.
 12. Por Oficio N° 066-STCCO/2015 recibido el 10 de junio de 2015, se solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Derecho de Autor que remita a este organismo, copia del cargo de notificación de la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI, así como de la resolución que la declara consentida.
 13. El 12 de junio de 2015, la Secretaría Técnica emitió el Informe Ampliatorio N° 008-STCCO/2015, por el cual, como consecuencia del oficio remitido por el MTC, recomendó al Cuerpo Colegiado ampliar la imputación formulada contra el señor Chanduví, toda vez que presuntamente estaría concurriendo en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, sin contar con título habilitante para tal efecto, infringiendo de este modo el artículo 14.2 literal b) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 6 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

14. Por Oficio Nº 067-STCCO/2015 del 12 de junio de 2015, se puso en conocimiento del Cuerpo Colegiado el referido Informe Ampliatorio.
15. Mediante Resolución Nº 003-2015-CCO/OSIPTEL del 15 de junio de 2015, el Cuerpo Colegiado, teniendo en cuenta las recomendaciones esgrimidas por la Secretaría Técnica mediante el Informe Ampliatorio Nº 008-STCCO/2015, dispuso lo siguiente:
 - (i) Ampliar la imputación formulada contra el señor Chanduví, mediante Resolución Nº 001-2015-CCO/OSIPTEL del 13 de marzo de 2015, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, conducta tipificada en el artículo 14.2 literal b) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; y,
 - (ii) Agregar al expediente el Informe Ampliatorio Nº 008-STCCO/2015, y ponerlo en conocimiento del imputado, junto con la resolución en cuestión, a efectos de que presente sus descargos.
16. Por Oficio Nº 074-STCCO/2015, en el marco de lo dispuesto en el artículo 74º del Reglamento de Controversias, la Secretaría Técnica solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de actos de violación de normas para la generalidad de mercados y agentes económicos, respecto a los criterios interpretativos utilizados para el supuesto de infracción de normas imperativas por el inciso a) y por el inciso b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
17. Por Oficio Nº 003-2015/CD1-INDECOPI, recibido el 3 de julio de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, remitió la información solicitada.
18. Mediante Resolución Nº 004-2015-CCO/OSIPTEL del 15 de julio de 2015, a raíz de la ampliación de la imputación formulada mediante Resolución Nº 003-2015-CCO/OSIPTEL, se dispuso dar inicio nuevamente a la Etapa de Investigación, a cargo de la Secretaría Técnica, por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario.
19. El 17 de julio de 2015, se recibió el Oficio Nº 0151-2015/CDA-INDECOPI, por el cual la Secretaría Técnica de la Comisión de Derecho de Autor adjuntó copia del cargo de notificación de la Resolución Nº 0158-2014/CDA-INDECOPI y de la resolución que la declaró consentida. Asimismo, informó que el pedido de nulidad planteado por el señor Chanduví ha sido puesto en conocimiento de la Sala Especializada en Propiedad Intelectual a fin de que emita un pronunciamiento sobre el particular.
20. Por Oficio Nº 101-STCCO notificado el 26 de agosto de 2015, se solicitó determinada información al señor Chanduví, con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio para la resolución del presente procedimiento.
21. Mediante Oficio Nº 104-STCCO/2015 del 25 de agosto de 2015, se requirió determinada información a la empresa Gol TV Latinoamérica S.A.C., a fin de contar con mayores elementos para resolver la controversia.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 7 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

22. Por Oficio Nº 103-STCCO/2015 del 25 de agosto de 2015, se solicitó información a la empresa Fox Latin American Channels, con la finalidad de que la Secretaría Técnica cuente con mayores elementos para analizar el presente procedimiento.
23. Mediante Oficio Nº 105-STCCO/2015 del 31 de agosto de 2015, con la finalidad de obtener mayor información sobre la presente controversia, se solicitó información a Media Networks Latin America S.A.C.
24. Con fecha 09 de setiembre de 2015, Gol TV Latinoamérica S.A.C., señaló que no es titular del canal "GOLTV" por lo que resultaba imposible proporcionar la información solicitada.
25. El 18 de setiembre de 2015, Media Networks Latin America S.A.C., remitió información con relación al Oficio Nº 105-STCCO/2015.
26. Mediante escrito de fecha 25 de setiembre de 2015 Fox Latin American Channels LLC, dio respuesta al requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica, solicitando la confidencialidad de dicha información.
27. Con fecha 02 de octubre de 2015, el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL emitió la Resolución Nº 005-2015-CCO/OSIPTEL, mediante la cual declara fundada la solicitud de confidencialidad presentada por Fox Latin American Channels LLC.

IV. ALCANCES DEL INFORME INSTRUCTIVO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 76° del Reglamento de Controversias, mediante el presente Informe Instructivo, la Secretaría Técnica emite opinión en relación a las conductas objeto de investigación y presenta el caso ante el Cuerpo Colegiado, recomendando, en caso de considerar la existencia de una infracción, la imposición de las sanciones a que hubiere lugar.

En ese sentido, por medio del presente Informe Instructivo, la Secretaría Técnica, en su calidad de órgano instructor, emite opinión respecto a las conductas analizadas en el presente procedimiento por el señor Chanduví, determinando si a su criterio, involucrarían la comisión de actos de competencia desleal.


V. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA

A efectos de determinar la posible existencia de conductas que afecten la leal competencia, se realizaron determinados requerimientos de información:

5.1. Requerimiento de información al MTC

Durante la etapa de investigación, la Secretaría Técnica revisó el portal web del MTC⁴, observando que, de acuerdo a la información ahí consignada, al 31 de diciembre de 2014, el señor Chanduví no contaba con concesión alguna o registro de comercializador para prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable.

⁴ Con fecha 21 de abril de 2015.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 8 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

Por tal motivo, a efectos de evaluar la situación del señor Chanduví en el referido mercado, se solicitó al MTC, en el ejercicio de las funciones y facultades de la Secretaría Técnica previstas en los artículos 15º literal g) y 28º del Reglamento de Controversias, remitir información sobre los títulos que habilitarían al señor Chanduví para prestar o comercializar el servicio de distribución de radiodifusión por cable. En particular, se requirió que la referida entidad, informe:


- Si el señor Chanduví contaba o ha contado con algún título, concesión o registro vigente que lo habilite a prestar el servicio de radiodifusión por cable o a comercializarlo.
- La fecha desde la que estuvo en posibilidad de prestar el referido servicio, así como la resolución que lo faculta, el acto que deja sin efecto la habilitación correspondiente y el periodo en que estuvo vigente, de ser el caso.
- El área de cobertura y/o comercialización, incluyendo el acto por el que se amplió el área de cobertura y/o comercialización otorgado inicialmente, de ser el caso.
- Cualquier comentario al respecto.

En atención al requerimiento formulado, el MTC mediante Oficio Nº 20324-2015-MTC/27, recibido el 1 de junio de 2015, manifestó que el señor Chanduví no cuenta ni ha contado con concesión que lo faculte a prestar servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, manifestó que el referido administrado no se encuentra inscrito ni en el Registro de Empresas prestadoras de Valor Añadido, ni en el Registro de Comercializadores, ni en el Registro de Casas Comercializadoras de la referida entidad.

5.2. **Requerimiento de información a la Secretaría Técnica de la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI**

Considerando que, mediante escrito del 16 de abril de 2015, el señor Chanduví solicitó la suspensión del presente procedimiento, alegando una presunta nulidad de todo lo actuado ante la Comisión de Derecho de Autor, toda vez que no le habrían sido correctamente notificados los actuados del Expediente Nº 002160-2013/DDA, incluida la Resolución Nº 0158-2014/CDA-INDECOPI; la Secretaría Técnica en el marco de su labor de instrucción, requirió a dicho organismo mediante Oficio Nº 066-STCCO/2015, recibido el 10 de junio de 2015, copia del cargo de notificación de la referida resolución, así como del acto administrativo que la declara consentida.

Mediante Oficio Nº 0151-2015/CDA-INDECOPI, recibido el 17 de julio de 2015, la Secretaría Técnica adjuntó el cargo de notificación de la Resolución Nº 0158-2014/CDA-INDECOPI. Además, adjuntó la cédula de notificación del 14 de julio de 2015 por la cual se pone en conocimiento del señor Chanduví que la Resolución Nº 0158-2014/CDA-INDECOPI se encuentra firme. Finalmente, manifestó que el pedido de nulidad planteado por el imputado, ha sido puesto en conocimiento de la Sala Especializada en Propiedad Intelectual.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 9 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

5.3. Requerimientos de información a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI

Conforme a lo dispuesto por el artículo 74º del Reglamento de Controversias, el 17 de junio de 2015, esta Secretaría Técnica dirigió el Oficio Nº 074-STCCO/2015 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, solicitándole la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, para la generalidad de mercados y agentes económicos, utilizados para el supuesto de infracción de normas imperativas por el inciso a) y por el inciso b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

De acuerdo al requerimiento efectuado, mediante Oficio Nº 003-2015/CD1-INDECOPI recibido el 3 de julio de 2015, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI presentó el informe solicitado por la Secretaría Técnica, señalando lo siguiente:


- (i) Ni la referida Comisión ni la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, a la fecha han sancionado algún supuesto por una presunta violación al literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; y,
- (ii) Respecto a los actos de violación de normas, por una infracción al inciso b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, adjuntó jurisprudencia en la cual tanto la Sala Especializada en Defensa de la Competencia como la referida Comisión, desarrollan los criterios interpretativos que vienen aplicando en dichos casos para la generalidad de mercados y agentes económicos⁵.

5.4. Requerimiento de información al señor Chanduví

Mediante Oficio Nº 101-STCCO/2015, recibido el 26 de agosto de 2015, con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio que permitan resolver el procedimiento en cuestión, se solicitó al señor Chanduví presentar la siguiente información, conforme a los formatos adjuntos en el referido oficio:

⁵ Se adjuntaron copias de las siguientes resoluciones:

- Resolución Nº 0895-2011/SC1-INDECOPI del 20 de abril de 2011.
- Resolución Nº 1035-2011/SC1-INDECOPI del 19 de mayo de 2011.
- Resolución Nº 252-2014/CCD-INDECOPI del 29 de setiembre de 2014.
- Resolución Nº 1515-2013/SDC-INDECOPI del 10 de setiembre de 2013.
- Resolución Nº 075-2013/CCD-INDECOPI del 10 de abril de 2013.
- Resolución Nº 1965-2013/SDC-INDECOPI del 21 de noviembre de 2013.
- Resolución Nº 092-2013/CCD-INDECOPI del 24 de abril de 2013.
- Resolución Nº 2250-2013/SDC-INDECOPI del 3 de diciembre de 2013.
- Resolución Nº 483-2014/SDC-INDECOPI del 22 de abril de 2014.
- Resolución Nº 123-2014/CCD-INDECOPI del 3 de junio de 2014.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 10 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

1. Las zonas geográficas a nivel distrital donde brinda el servicio de televisión por cable y la tecnología o modalidad de prestación del servicio.
2. Los paquetes, la tarifa, el número y el tipo de canales que ofrece en cada una de las zonas donde tiene cobertura.
3. El número mensual de abonados a los que ha prestado el servicio de televisión por cable desde el inicio de sus operaciones hasta julio de 2015.
4. El número de altas nuevas que registró desde el inicio de sus operaciones hasta julio de 2015, para el servicio de televisión por cable, desagregado de manera mensual.
5. El nombre de las empresas de televisión por cable con las que compite en las áreas geográficas, a nivel distrital, donde opera.

Asimismo, se le solicitó al imputado reportar sus ingresos brutos y netos obtenidos desde el inicio de sus operaciones por la prestación del servicio de televisión por cable (desagregado por mes). Cabe señalar que hasta la fecha, el señor Chanduví no ha cumplido con remitir la información solicitada.

5.5. Requerimiento de información a Gol TV Latinoamérica S.A.C.

Por Oficio Nº 104-STCCO/2015, recibido el 28 de agosto de 2015, la Secretaría Técnica solicitó a la empresa Gol TV Latinoamérica S.A.C., se sirva informar las condiciones y costos involucrados en la obtención de la licencia que ésta otorga a las empresas que brindan el servicio público de distribución de radiodifusión por cable para la retransmisión del canal GOLTV. Asimismo, se le requirió indicar el monto de la contraprestación que, en términos generales o en promedio, se fija en los contratos de licencia de distribución de señales, mediante las cuales se autoriza la retransmisión del mencionado canal.


Con fecha 9 de setiembre de 2015, Gol TV Latinoamérica S.A.C., señaló que no es titular del canal “GOLTV” por lo que le resultaba imposible proporcionar la información solicitada⁶.

5.6. Requerimiento de información a Fox Latin American Channels

Mediante Oficio Nº 103-STCCO/2015, recibido el 31 de agosto de 2015, la Secretaría Técnica solicitó a Fox Latin American Channels LLC, informar las condiciones y costos involucrados en la obtención de la autorización que ésta otorga a las empresas que brindan el servicio público de distribución de radiodifusión por cable para la retransmisión de los siguientes canales: UTILÍSIMA, CINECANAL: C y NAT GEO-WILD. Además, se requirió que indiqué el monto de la contraprestación que, en términos generales o en promedio, se fija en los contratos de licencia de distribución de señales, mediante las cuales se autoriza la retransmisión de los mencionados canales.

El 25 de setiembre de 2015, Fox Latin American Channels LLC, dio respuesta a nuestro requerimiento indicando los términos en los que otorgaba la licencia de retransmisión, solicitando que dicha información se tratada como confidencial, en

⁶ Cabe señalar que *Tenfield SA Broadcasting Corporation*, empresa matriz de GOLTV Latinoamérica y titular de la señal GOLTV no cuenta con domicilio en el país.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 11 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

vista de lo cual el Cuerpo Colegiado, mediante Resolución Nº 005-2015-CCO/OSIPTTEL, declaró confidencial la información antes referida.

5.7. Requerimiento de información a Media Networks Latin America S.A.C.

Por Oficio Nº 105-STCCO/2015, recibido el 31 de agosto de 2015, la Secretaría Técnica solicitó a Media Networks Latin America S.A.C., que informe las condiciones y costos involucrados en la obtención de la autorización que ésta otorga a las empresas que brindan el servicio público de distribución de radiodifusión por cable para la retransmisión de PERÚ MÁGICO. Asimismo, se le requirió indicar el monto de la contraprestación que, en términos generales o en promedio, se fija en los contratos de licencia de distribución de señales, mediante las cuales se autoriza la retransmisión del mencionado canal.

El 18 de setiembre de 2015, Media Networks Latin America S.A.C. manifestó que su señal PERÚ MÁGICO, se encuentra orientada al mercado internacional y dedicada a la transmisión de programación y contenidos variados íntegramente producidos y enfocados en el Perú; siendo que en la actualidad dicha señal se difunde en Estados Unidos, Chile y Venezuela.

Asimismo, la referida empresa manifestó que la contraprestación que se fija por la licencia de distribución de PERÚ MÁGICO, es establecida tomando en cuenta criterios como el número de suscriptores, el territorio y la oportunidad comercial que representa su distribución. A manera de ejemplo, citó el contrato suscrito entre dicha empresa y Directv, Inc. para la distribución de dicha señal en los Estados Unidos de América.

VI. POSICIÓN DEL SEÑOR CHANDUVÍ


Por escrito del 16 de abril de 2015, el señor Chanduví se apersonó al procedimiento y precisó su domicilio procesal.

Además, el imputado mencionó que en mérito a la notificación de la Resolución Nº 001-2015-CCO/OSIPTTEL del 13 de marzo de 2015, tomó conocimiento del procedimiento seguido bajo el Expediente Nº 002160-2013/DDA en INDECOPI, en el cual se le sancionó con una multa ascendente a 42.5 UIT.

Por tal motivo, el señor Chanduví manifestó que el 15 de abril de 2015 solicitó ante la Comisión de Derecho de Autor, la nulidad de la Resolución Nº 0158-2014/CDA-INDECOPI del 13 de marzo de 2014, así como de todo lo actuado en el Expediente Nº 002160-2013/DDA; toda vez que en el procedimiento seguido ante el INDECOPI, se ha afectado su derecho al debido procedimiento, debido a que no ha sido notificado válidamente de las actuaciones realizadas en aquél.

En tal sentido, solicitó la suspensión del presente procedimiento, hasta que el INDECOPI resuelva el pedido de nulidad planteado.

Cabe resaltar que el referido requerimiento de suspensión, fue absuelto mediante Resolución Nº 002-2015-CCO/OSIPTTEL del 22 de abril de 2015, notificada el 29 de abril de 2015, por la cual se denegó el pedido formulado por el señor Chanduví, dejando a

	DOCUMENTO	N° 015-STCCO/2015 Página 12 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

salvo su derecho de presentar un nuevo requerimiento de suspensión, de acreditarse la nulidad de la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI o de todo lo actuado en el marco del Expediente N° 002160-2013/DDA.

VII. CUESTIÓN PREVIA

7.1. Sobre el pedido de suspensión formulado por el señor Chanduví

Mediante escrito de fecha 16 de abril de 2015, el señor Chanduví solicitó la suspensión del procedimiento tramitado ante esta instancia, toda vez que presentó ante la Comisión, un pedido de nulidad de todo lo actuado bajo el Expediente N° 002160-2013/DDA. De esta forma, el señor Chanduví cuestionó la existencia de una decisión previa y firme emitida por la Comisión (Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI) que sustente el inicio del presente procedimiento.

Sobre el particular, mediante Resolución N° 002-2015-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado resolvió, entre otros aspectos, denegar el pedido de suspensión del presente procedimiento formulado por el señor Chanduví, atendiendo a que este no ha interpuesto recurso administrativo alguno contra la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI, por lo que dicho acto administrativo adquirió la calidad de firme, lo cual fue confirmado por la Gerencia Legal de INDECOPI mediante Carta N° 765-2014/GEL-INDECOPI del 07 de agosto de 2014.

No obstante, el Cuerpo Colegiado dejó a salvo el derecho del señor Chanduví de solicitar nuevamente la suspensión, de acreditarse la nulidad de la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI o todo lo actuado en el marco del Expediente N° 002160-2013/DDA. Con relación a ello, es preciso señalar que no se han acreditado nuevos hechos que brinden a este Cuerpo Colegiado elementos de juicio suficientes respecto a la nulidad de la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI.

En ese sentido, al no haberse producido un nuevo supuesto que desvirtúe la presunción de validez del referido acto administrativo que pueda afectar la tramitación del presente procedimiento, no procede su suspensión.

VIII. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS


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

De acuerdo a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización. Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia en una economía social de mercado⁷.

⁷ Ley de Represión de la Competencia Desleal

“Artículo 6.- Cláusula general.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 13 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

Una modalidad de actos desleales se encuentra establecida expresamente en el artículo 14º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, como actos de violación de normas:

“Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

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

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

- a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,*
- b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieran obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente. (...)” (Énfasis agregado).*

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”⁸. En tal sentido, la presente infracción busca sancionar las prácticas que alteren la posición de igualdad ante la ley en que deben encontrarse todos los agentes competidores en el mercado⁹.

De acuerdo a lo anterior, nos encontraremos ante un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando se presenten dos elementos concurrentes: (i) una conducta consistente en la infracción de una norma; y, (ii) un efecto real o potencial que radica en la consecución de una ventaja competitiva significativa como resultado de la infracción.

Asimismo, cabe indicar que el citado artículo regula dos modalidades del acto de violación de normas¹⁰.


Una primera modalidad se acredita cuando a través de la infracción de una norma imperativa se obtiene una ventaja significativa en el mercado, siendo dicha infracción determinada por una autoridad competente mediante resolución previa y firme. En relación a ello, es preciso señalar que la ley establece que debe

6.2.- *Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.”*

⁸ Kresalja Rosselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

⁹ MASSAGUER; José. *Op. Cit.* Pg. 432.

¹⁰ Conforme al artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal, una tercera modalidad la constituye el supuesto de la actividad empresarial del Estado sin cumplir con el principio de subsidiariedad.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 14 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

tratarse de una “norma imperativa”¹¹. 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 otro lado, la segunda modalidad se acredita cuando una persona¹² que se encuentra sujeta a cumplir con ciertos requisitos (contar con autorizaciones, contratos o títulos) que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no cumple aquellas condiciones para concurrir en el mercado. En dicho escenario, la realización de esta actividad económica sin cumplir con dichos requisitos, también constituiría un acto de competencia desleal en la medida que el agente infractor no incurre en los costos requeridos para adecuar su actividad a los parámetros establecidos por la norma vigente, por lo que a través de ésta concurrencia ilícita obtendría una ventaja significativa en el mercado en el que participa.

Cabe precisar que en el presente procedimiento, esta Secretaría Técnica ha imputado al señor Chanduví, la comisión de actos de violación de normas, correspondientes a los dos supuestos antes señalados, esto es, (i) por la presunta obtención de una ventaja significativa ilícita derivada de la infracción de una norma imperativa determinada por una autoridad competente mediante resolución previa y firme; y, (ii) por la presunta obtención de una ventaja significativa ilícita derivada de concurrir en el mercado sin contar con título que lo habilite para tal efecto.

En tal sentido, a continuación se analizará cada una de las imputaciones antes señaladas.


8.1.1. Del supuesto de violación de normas de acuerdo al literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal

Conforme se desprende de la descripción de los actos de violación de normas, para acreditar la comisión de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas de acuerdo a lo dispuesto en el literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se necesita lo siguiente:

- (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.

¹¹ 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.

¹² Entiéndase por “persona” a todos los supuestos calificados en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1044.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 15 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

(i) 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 imperativo¹³. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria¹⁴. 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 firmantes¹⁵.

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 instaura 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 competidores¹⁶.

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 mismo¹⁷.

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:


¹³ De no tratarse de una norma imperativa la demanda será declarada improcedente.

¹⁴ Rubio Correa, Marcial (2001) El Sistema Jurídico. 8va. Edición, PUCP, Fondo Editorial. Pp. 110

¹⁵ MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 436

¹⁶ Ídem. Pg. 437.

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

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 16 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

“(…) 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/OSIPTEL¹⁸ (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), 015-2005-CCO/OSIPTEL¹⁹ (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), 008-2005-CCO/OSIPTEL²⁰ (expediente 002-2005-CCO-ST/CD), 011-2011-CCO/OSIPTEL²¹ (expediente 003-2011-CCO-ST/CD), 008-2011-CCO/OSIPTEL²² (expediente 004-2011-CCO-ST/CD), 006-2014-CCO/OSIPTEL (expediente 004-2013-CCO-ST/CD)²³ y N° 008-2015-CCO/OSIPTEL (expediente 005-2014-CCO-ST/CD)²⁴ en virtud a las cuales también se indicó que la retransmisión de señales sin la autorización de sus titulares configuraba una infracción a la normativa imperativa de derechos de autor.

Por otro lado, el INDECOPI, en un pronunciamiento anterior expuso las razones por las que a su criterio las normas de derecho de autor califican como imperativas. En tal sentido, en la Resolución 1573-2008/TDC-INDECOPI²⁵, recaída en el expediente 237-2007/CCD, la Sala de Defensa de la Competencia indicó que si bien los efectos de una infracción a la normativa de derechos de autor recaen directamente en las empresas de radiodifusión, ello no impide que se configure un aprovechamiento indebido por parte de la empresa infractora, la misma que obtendría una ventaja competitiva que no es producto de una mayor eficiencia económica sino que deriva de su contravención a las normas de derecho de autor.

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

De la revisión doctrinaria y jurisprudencial efectuada puede observarse que si bien algunos autores han considerado como no imperativa a las normas de derecho de autor por salvaguardar únicamente derechos disponibles de particulares, los pronunciamientos tanto del OSIPTEL como del INDECOPI han sido uniformes en reconocer el carácter imperativo de dicha normativa, toda vez que si bien responden a intereses exclusivos de sus titulares, ello no impide que no se

¹⁸ Ver páginas 12 a 13 de dicha resolución.

¹⁹ Ver página 7 de dicha resolución.

²⁰ Ver página 12 de dicha resolución.


²¹ Ver página 20 de dicha resolución.

²² Ver páginas 14 a 15 de dicha resolución.

²³ Ver página 11 de dicha resolución.

²⁴ Ver página 24 de dicha resolución.

²⁵ Ver páginas 10 y 11 de dicha resolución.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 17 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

verifique un efecto lesivo en el mercado en general, al margen de los intereses de los titulares, siendo que tal afectación general habilita 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 168²⁶ del Decreto Legislativo Nº 822, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI (en el presente caso, la Comisión de Derecho 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 Nº 005-2011/SPI-INDECOPI²⁷ del 27 de junio de 2011, la Sala de Propiedad Intelectual señaló que tanto **el Decreto Legislativo Nº 822 como la Decisión de la Comunidad Andina Nº 351 tienen carácter imperativo**, fundando esta opinión en la protección constitucional de la creación intelectual (numeral 8 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú) y la obligación internacional del Gobierno Peruano de brindar protección a los derechos de autor y conexos derivados de los diversos acuerdos multinacionales.

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

En atención a ello, este Cuerpo Colegiado estima pertinente considerar a la normativa de derecho de autor²⁸ 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.

(ii) **Sobre la decisión previa y firme de la autoridad competente**

El señor Chanduví fue sancionado con una multa impuesta mediante Resolución Nº 0158-2014/CDA-INDECOPI por la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI (fijada en 42.5 UIT)


- Con fecha 13 de marzo de 2014, mediante Resolución Nº 0158-2014/CDA-INDECOPI, la Comisión de Derecho de Autor resolvió sancionar al señor Chanduví por infracción al Derecho de Autor y los derechos conexos por la

²⁶ **Decreto Legislativo Nº 822 – Ley de Derecho de Autor**

“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.”

²⁷ Información tomada del Expediente 003-2011-CCO-ST/CD, controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y T.V.S. Satelital S.A.C.

²⁸ El artículo 39º de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140º literal a) del Decreto Legislativo 822.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 18 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

comunicación pública de obras y producciones audiovisuales y por la retransmisión de cuarenta y cinco (45) emisiones sin contar con la respectiva autorización de los proveedores, siendo algunos de dichos canales los siguientes: “DK: DISCOVERY KID”, “DISNEY HD”, “HISTORY CHANNEL (H)” “CINECANAL: C”, “NAT GEO-WILD”, “ESPN”, “PERÚ MÁGICO”, “UTILÍSIMA”, “TL NOVELAS”, “GOLTV”, “SPACE” y “TNT”, infracciones previstas en el artículo 140 literal a) y en el artículo 37 del Decreto Legislativo 822 – Ley de Derecho de Autor²⁹.

- Según lo señalado por la Gerencia Legal del INDECOPI, la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI, no ha sido materia de impugnación a través de un recurso de apelación, no encontrándose tampoco pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa.

Cabe mencionar, como se indicó previamente, que el señor Chanduví solicitó en su escrito de contestación, la suspensión del procedimiento tramitado ante esta instancia, toda vez que ha presentado ante la Comisión, un pedido de nulidad de todo lo actuado bajo el Expediente N° 002160-2013/DDA, lo cual constituye un cuestionamiento a la existencia de una decisión previa y firme emitida por la Comisión (Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI) que sustente el inicio del presente procedimiento. Con relación a ello, nos remitimos a lo señalado en el punto 7.1 del presente informe.

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.

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

Conforme a los argumentos señalados anteriormente, cabe resaltar que los hechos probados dentro del procedimiento de INDECOPI no serán cuestionados en este 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 Chanduví se realizará a partir de los hechos correspondientes a la infracción de la normativa de derechos de autor y conexos, considerados y sancionados en el procedimiento llevado a cabo ante el INDECOPI.

Al respecto, si bien en la Resolución N° 0158-2014/CDA-INDECOPI no se señala expresamente el periodo durante el cual se habría producido la infracción,

²⁹ **Decreto Legislativo N° 822 – Ley de Derecho de Autor**


“Artículo 140.- Los organismos de radiodifusión tienen el derecho exclusivo 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.

c. La reproducción de sus emisiones.

Asimismo, los organismos de radiodifusión tendrán derecho a obtener una remuneración equitativa por la comunicación pública de sus emisiones o transmisiones de radiodifusión, cuando se efectúe en lugares a los que el público acceda mediante el pago de un derecho de admisión o entrada.”

	DOCUMENTO	N° 015-STCCO/2015 Página 19 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

anteriores pronunciamientos del INDECOPI³⁰ han considerado como fecha de inicio de la conducta, la fecha de la respectiva constatación notarial que acredita la infracción, siendo además que en dichos casos, se consideró para el cálculo de la multa el periodo comprendido entre dicha fecha y la presentación de la respectiva denuncia, salvo que existiera otro medio probatorio de fecha posterior que acredite que la conducta cesó. Cabe indicar que, en anteriores pronunciamientos³¹, también el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL ha considerado el mismo periodo utilizado por el INDECOPI, dado que, como hemos señalado, no corresponde al OSIPTEL variar los hechos acreditados por el INDECOPI.

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

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

Asimismo, es preciso tener en consideración que el procedimiento seguido ante el INDECOPI fue iniciado de oficio por la Administración. En ese sentido, consideramos que a diferencia de los casos iniciados por denuncia de parte, en los cuales se ha tomado como referencia la fecha de presentación de la denuncia, en este caso debe considerarse la fecha de la resolución que da inicio al procedimiento por la autoridad competente. Similar criterio fue recogido en un pronunciamiento anterior del Cuerpo Colegiado del OSIPTEL³².

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

Conforme a ello, para el análisis de la supuesta ventaja significativa obtenida por el señor Chanduví se debe considerar un periodo de seis meses.

(iii) 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

³⁰ Véase la Resolución N° 0532-2011/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente N° 00909-2011/DDA, la Resolución N° 0204-2011/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente N° 002370-2010/DDA y la Resolución N° 0350-2012/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente N° 00228-2012/DDA.

³¹ Véase la Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL, controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y Cable Visión Comunicaciones S.A.C. (Expediente 005-2013-CCO-ST/CD)

³² Véase la Resolución N° 008-2015-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 005-2014-CCO-ST/CD.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 20 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

significativa para el señor Chanduví 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 desleal³³.

Con relación a los criterios necesarios para determinar si nos encontramos frente a una ventaja significativa, tenemos que según MASSAGUER, una ventaja competitiva es aquella que implica una mejora de la posición de mercado para el agente infractor respecto de sus competidores, manifestándose, entre otros factores, en la posibilidad de permitirle brindar una oferta en términos más atractivos que los otros agentes de mercado³⁴.

En similar sentido se observa que en diversos pronunciamientos³⁵ 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 la Competencia Desleal se ha señalado que la infracción a la norma imperativa será considerada desleal, únicamente, cuando genere una ventaja significativa. Para ello, se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

Cabe señalar que los “Lineamientos para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones”³⁶ 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.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo Español Nº 512/2005, de fecha 24 de junio de 2005, recaído sobre el Recurso de Casación Nº 226/1999 (Página 3)

³⁴ MASSAGUER; José. José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas.1999. Pg. 439.

³⁵ En tal sentido, véase las resoluciones 1573-2008/TDC-INDECOPI; 020-2010/CCD-INDECOPI; 064-2010/CCD-INDECOPI; 2509-2010/SC1-INDECOPI; 2552-2010/SC1-INDECOPI; 120-2011/CCD-INDECOPI; 170-2011/CCD-INDECOPI; 107-2012-CCD-INDECOPI; 3412-2012/SDC-INDECOPI; 3541-2012/SDC-INDECOPI; y 477-2013/SDC-INDECOPI.

³⁶ Aprobados mediante Resolución 075-2002-CD/OSIPTEL.

	DOCUMENTO	N° 015-STCCO/2015 Página 21 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

Al respecto, debe precisarse que cuando una empresa ofrece un bien a un precio determinado, sin internalizar en el mismo los costos mínimos para el ofrecimiento del servicio, podría estar ofertando sus servicios a un precio menor al que en realidad debería ser. De lo anterior, se obtiene como resultado que el precio ofertado no sería producto de un ahorro de costos de producción por un manejo eficiente, sino que sería obtenido a raíz de la violación de normas, observándose entonces que este precio se convierte en una señal errónea para el mercado³⁷.

En tal sentido, un agente beneficiado indebidamente con esa ventaja competitiva podría efectivamente perjudicar a sus competidores, así como también podría ocasionar que el mercado no resulte atractivo para nuevas empresas (competidores potenciales), lo cual resultaría lesivo para el proceso competitivo.

Al respecto, de acuerdo a lo señalado por el INDECOPI, el señor Chanduví retransmitió ilícitamente un total de 45 señales televisivas. Asimismo, de acuerdo a la documentación remitida por la empresa CATV en su escrito de denuncia, en el marco del Expediente N° 008-2013-CCO-ST/CD y que fuera analizada por esta Secretaría Técnica en el Informe N° 008-STCCO/2015³⁸, la tarifa que dicho agente cobraba ascendía a S/.30.00.

En atención a lo anterior, esta Secretaría Técnica considera que se deben evaluar los siguientes hechos: (i) que el señor Chanduví habría tenido un acceso no autorizado a 45 señales de transmisión, y (ii) que dicho acceso le habría generado un evidente ahorro de costos. Corresponde evaluar si dicho acceso y el ahorro de costos se traduce en una ventaja significativa para el señor Chanduví en términos de lo establecido en la normativa de competencia desleal.

En relación al “ahorro”, cabe indicar que el pago de derechos por las señales, en general, conforma un porcentaje importante en los costos de las empresas de televisión por cable³⁹. En ese sentido, la retransmisión de la totalidad de la parrilla de programación de una empresa del servicio de distribución de radiodifusión por cable sin pagar dichos derechos, constituye claramente un ahorro importante de costos.


En tal sentido, observamos que el señor Chanduví habría “ahorrado” el monto que equivaldría el pagar la licencia por 45 señales de programación durante los seis meses en el que se habría realizado la infracción administrativa (desde julio de 2013 hasta diciembre de 2013). Asimismo, también constituye un ahorro para el señor Chanduví, el haber dejado de pagar el monto correspondiente, durante el mismo periodo, a la sociedad de gestión colectiva encargada de representar los derechos de propiedad intelectual de los productores de obras y producciones audiovisuales.

Con relación a las señales retransmitidas por el señor Chanduví, es preciso señalar que si bien el acta de constatación notarial de fecha 13 de julio de 2013 señala que el señor Chanduví retransmitía 45 señales de programación, solo identifica 12

³⁷ Un razonamiento similar ha sido recogido en la Resolución N° 009-2005-TSC/OSIPTEL.

³⁸ Véase folio 112.

³⁹ Dicha afirmación se ha señalado en el documento: “Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable. Documento de Trabajo N° 001-2008. Gerencia de Relaciones Empresariales – OSIPTEL”.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 22 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

señales con nombre propio. Ello, sumado a las dificultades de identificar a los proveedores de la totalidad de dichas señales, genera que esta Secretaría Técnica cuente solo con información relacionada a las siguientes señales: “CINECANAL”, “NAT GEO WILD”, “UTILISIMA” (ahora “MUNDO FOX”) y “PERÚ MÁGICO”.

Cabe precisar que la información con la que cuenta esta Secretaría Técnica corresponde a la información remitida por los respectivos proveedores de señales.

De la revisión de dicha información, podemos señalar que algunas de estas señales han venido siendo comercializadas en paquetes que incluyen señales con las que no cuenta el señor Chanduví. Con relación a ello, debe indicarse que pronunciamientos anteriores de los Cuerpos Colegiados⁴⁰, han considerado el precio del paquete para calcular el ahorro, dado que los contratos por paquete de señales, demostrarían que es política de los proveedores de diversas señales, comercializar las mismas en forma empaquetada.

Adicionalmente es preciso señalar que de la información con que cuenta la Secretaría Técnica puede observarse que las tarifas establecidas por los proveedores de señales varían dependiendo de la cantidad de usuarios, disponiéndose además en el contrato un número mínimo de usuarios garantizados para determinado periodo.

Al respecto, presentamos un resumen de la información remitida por Fox Latin American Channels:


Señales retransmitidas ilícitamente por el señor Chanduví	Monto total que habría debido pagar el señor Chanduví (Anual)	Monto promedio por canal que habría debido pagar el señor Chanduví (Anual)
CINECANAL, NAT GEO WILD, UTILISIMA (ahora MUNDO FOX).	[CONFIDENCIAL](*) Mediante Resolución Nº 005-2015-CCO/OSIPTEL	[CONFIDENCIAL](**) Mediante Resolución Nº 005-2015-CCO/OSIPTEL

(*) Para el cálculo de este monto se ha considerado el precio del paquete en el que están incluidos estos canales, el cual incluye ocho señales adicionales. Se ha considerado el precio para el mínimo de abonados garantizados establecidos por el titular del paquete de señales.

(**) Para el cálculo de este promedio, se ha considerado como número de señales retransmitidas, 11, atendiendo a que, de acuerdo a la información del titular del paquete de señales, este es el número de señales que genera el monto a pagar de [CONFIDENCIAL].

Cabe indicar que en lo que respecta a “PERÚ MÁGICO”, Media Networks Latin America S.A.C., titular de dicha señal, ha señalado que esta solo se comercializa en el mercado internacional, siendo que la información de la contraprestación que nos fuera remitida corresponde específicamente al mercado de Estados Unidos.

⁴⁰ Véase la Resolución Nº 006-2014-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente Nº 003-2013-CCO-ST/CD, la Resolución Nº 006-2014-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente Nº 004-2013-CCO-ST/CD, la Resolución Nº 006-2014-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente Nº 005-2013-CCO-ST/CD y la Resolución Nº 008-2015-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente Nº 005-2014-CCO/OSIPTEL.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 23 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

Asimismo, de la grabación obrante a fojas 122 del presente expediente⁴¹, se aprecia que la identificación de solo algunas señales en el acta de constatación notarial de fecha 13 de julio de 2013, obedece entre otros aspectos, al interés del solicitante de la constatación, en virtud de ser canales importantes en la preferencia de los usuarios, los cuales normalmente son los más costosos.

En ese sentido, considerar solo la información de las cuatro señales antes detalladas para el cálculo del ahorro promedio por canal del cual se habría beneficiado el señor Chanduví, podría implicar una sobrestimación del monto ahorrado por canal.

Con relación a lo anterior, podemos mencionar que en una anterior controversia⁴², en la cual también se requería calcular el ahorro generado por la falta de pago a los proveedores de señales, se contó con información de un número mayor de señales, siendo que en dicha oportunidad se verificó que las autorizaciones de retransmisión de algunos canales, como los nacionales de señal abierta, no generaban el pago de una contraprestación mensual. Precisamente, en la grabación antes señalada, se puede apreciar entre los canales que retransmitía el señor Chanduví, algunos de señal abierta. A manera de referencia, debe indicarse que en aquel procedimiento se estableció, como monto del ahorro promedio anual por canal la suma de S/. 5,374.91.

De otro lado, es preciso considerar que, cualquiera sea el monto que se considere como ahorro anual promedio por canal, el señor Chanduví ha retransmitido 45 señales, siendo que, como hemos señalado anteriormente, deberían considerarse además los canales incluidos en el paquete que contiene los efectivamente retransmitidos, esto es, debe considerarse que debió haber pagado por la retransmisión de 53 señales. Asimismo, es preciso señalar que en caso el señor Chanduví contara con una cantidad de usuarios mayor al número mínimo garantizado que se ha utilizado en el cálculo antes detallado, el monto ahorrado por dicho concepto se incrementaría.

De otro lado, en lo que respecta al monto dejado de pagar a la sociedad de gestión colectiva encargada de representar los derechos de propiedad intelectual de los productores de obras y producciones audiovisuales (Egeda), tenemos que Egeda ha publicado las tarifas que ha establecido por dicho concepto en diarios de circulación nacional⁴³, así como en su página web. Al respecto, a continuación citamos el texto pertinente de la publicación realizada por Egeda respecto a sus tarifas:

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


Concepto: Acto de Comunicación Pública

La tarifa mensual aplicable de 50 centavos de dólar americano (US \$ 0,50) o su equivalente en moneda nacional al día del vencimiento de la obligación, por cada emisión y/o transmisión retransmitida (canal

⁴¹ Correspondiente a la constatación notarial de fecha 13 de julio de 2013.

⁴² Véase la Resolución N° 008-2015-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N 005-2014-CCO-ST/CD.

⁴³ Cabe agregar que también se ha hecho mención a estas tarifas en el Expediente N° 005-2014-CCO-ST/CD, en el cual la propia Egeda remitió copias de las publicaciones en distintos diarios respecto a dichas tarifas.

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 24 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

retransmitido) multiplicado por la cantidad de usuarios, abonados, viviendas o negocios conectados a la red de distribución, con el límite máximo de cobro de seis canales retransmitidos lo que hace un cobro máximo mensual por abonado, vivienda, negocio o receptor conectado a la red distribución de tres dólares americanos (US \$ 3.00) o su equivalente en moneda nacional al día del vencimiento de la obligación.”

En tal sentido, el señor Chanduví también se habría ahorrado, durante el periodo de retrasmisión ilícita, un monto mensual ascendente a US\$ 3.00, multiplicado por su cantidad de abonados.

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


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

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

En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que el acceso a las 45 señales y el consiguiente ahorro de costos obtenido conllevan una ventaja para el señor Chanduví y es pasible de generar un perjuicio a otras potenciales y reales competidoras en el mercado en que esta participa. Es por ello que se concluye que el señor Chanduví habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor, incurriendo en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

8.1.2. Del supuesto de violación de normas de acuerdo al literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal

En atención a lo señalado en la descripción de los actos de violación de normas, para determinar que se ha incurrido en el supuesto de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas de acuerdo a lo dispuesto en el literal b) del artículo 14.2 de la Ley de represión de la Competencia Desleal, se analizará (i) el título habilitante que resulta exigible para prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable; (ii) si el señor Chanduví efectivamente habría concurrido en el mercado antes señalado sin contar con título habilitante; y

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 25 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

(iii) si dicha posible infracción ha generado una ventaja significativa para el infractor.

(i) Sobre el título habilitante para brindar el servicio de difusión de radiodifusión por cable

Con relación a este punto, es preciso señalar que de acuerdo al Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), el servicio de distribución de radiodifusión por cable, constituye un servicio público de difusión⁴⁴. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, Ley de Telecomunicaciones), para la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, se requiere de concesión⁴⁵.

De otro lado, resulta pertinente señalar que la concurrencia en el mercado del servicio de distribución de radiodifusión por cable, además de realizarse por empresas concesionarias, puede también realizarse por comercializadores del referido servicio. Al respecto, debe indicarse que el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, define la comercialización como *“la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compra tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros al por menor”*.

Con relación a los comercializadores, el propio Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones establece que estos se encuentran obligados a inscribirse en el Registro de Comercializadores⁴⁶, salvo que se haya establecido alguna excepción. En ese sentido, la regla general establece que los comercializadores de servicios públicos de telecomunicaciones requieren de un registro como título habilitante, específicamente, el Registro de Comercializadores.

Atendiendo a lo antes expuesto, para concurrir en el mercado del servicio de distribución de radiodifusión por cable, se requiere obligatoriamente que las empresas operadoras de dicho servicio cuenten con el título habilitante respectivo, pudiendo ser este la concesión, en caso presten directamente el servicio o el registro de comercializadores, en caso lo revendan.

⁴⁴ **Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones**

“Artículo 94.- Clasificación

Los servicios públicos de difusión pueden ser:


1. *De distribución de radiodifusión por cable, en las modalidades de:*
 - a) *Cable alámbrico u óptico.*
 - b) *Sistema de distribución multicanal multipunto (MMDS)*
 - c) *Difusión directa por satélite. (...)*

⁴⁵ **Ley de Telecomunicaciones**

“Artículo 22.- Para prestar servicios públicos de difusión se requiere de concesión. (...)

⁴⁶ **“Artículo 138.- Comercialización o reventa**

1. *Se entiende por comercialización o reventa a la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compra tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros al por menor. Los revendedores o comercializadores deberán registrarse en el Registro de Comercializadores, salvo las excepciones que establezca el MTC. (...)*

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 27 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

Cabe señalar que, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones⁴⁷, el servicio de circuito cerrado de televisión constituye un servicio privado de difusión, es decir, un servicio establecido por una persona natural o jurídica para satisfacer sus propias necesidades de difusión dentro de un área delimitada⁴⁸, el cual no se encuentra bajo el ámbito de competencia del OSIPTTEL. Sin embargo, de una revisión del contenido del referido contrato se advierte que la naturaleza de este es la de un contrato para la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable. Cabe señalar que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley de Telecomunicaciones, los servicios privados no pueden ser brindados a terceros⁴⁹.

No obstante lo anterior, en el referido contrato puede observarse en la cláusula primera que el servicio se ofrece a terceros y su objeto es la transmisión de señales de programación:

PRIMERO: TELECABLE MONSEFU, se compromete a brindar el Servicio de Circuito cerrado de Televisión por Cable, con programas de entretenimiento y cultura, siendo propietario de los Equipos y Cables de instalación domiciliaria.

Asimismo, se observa que el señor Chanduví cobra una contraprestación a cambio de brindar el servicio, de acuerdo a lo señalado en la cláusula segunda:

SEGUNDO: TELECABLE MONSEFU, percibirá del abonado la suma de S/. 15.=- Nuevos Soles, como derecho de instalación, correspondiendo por abonado la conexión a (01) Un Televisor a la red de distribución y S/. 30.=- Nuevos Soles como cuota Mensual; cancelando el ABONADO estos montos en la Oficina o a un Representante autorizado por la Empresa en horario de 8:30 a 1:00 y de 3:00 a 7:00.

Atendiendo a ello, resulta claro que el servicio ofrecido por el señor Chanduví corresponde a un servicio público, dado que el mismo se encuentra a disposición

⁴⁷ Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones

“Artículo 98.- Servicio de circuito cerrado de televisión

El servicio de circuito cerrado de televisión es un servicio privado de difusión, que consiste en la transmisión de señales en banda base de televisión a través de medios físicos u ondas radioeléctricas, cuando el caso lo requiera, utilizando bandas exclusivas para el transporte de la señal. Si para este servicio se requiere utilizar potencias superiores a diez milivatios (10mW) en antena (potencia efectiva irradiada), es preciso obtener autorización para el uso del espectro radioeléctrico.”

⁴⁸ Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones


“Artículo 97.- Definición

Llámenese servicio privado de difusión al servicio establecido por una persona natural o jurídica para satisfacer sus propias necesidades de difusión dentro de un área delimitada.”

⁴⁹ Ley de Telecomunicaciones

“Artículo 41.- Serán considerados servicios privados de telecomunicaciones aquellos servicios que han sido establecidos por una persona natural o jurídica para satisfacer sus propias necesidades de comunicación, dentro del territorio nacional. Estos servicios no pueden ser brindados a terceros, salvo que se trate del suministro de servicios de valor añadido para el cumplimiento de su objeto social.

Para efectos de su clasificación como servicios privados se considerará como una misma persona a los miembros, filiales y subsidiarios de una misma persona jurídica que funcionen como un conjunto económico. Estos servicios no pueden ser brindados a terceros.” (El subrayado es agregado).

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 29 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

periodo de la infracción, la fecha de inicio del procedimiento de oficio por parte del INDECOPÍ (diciembre de 2013), de acuerdo a los criterios que dicha entidad ha establecido para el cálculo de las multas por la vulneración al Derecho de Autor y derechos conexos.

De acuerdo a lo anterior, en la medida que para dicho supuesto de violación de normas se ha considerado que el señor Chanduví retrasmirió ilícitamente señales de televisión hasta diciembre de 2013, esta Secretaría Técnica considera pertinente tomar también como referencia dicha fecha a efectos de establecer el fin del periodo de la conducta desleal por violación de normas de acuerdo al literal b) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En consecuencia, el periodo de concurrencia ilícita en el mercado por parte del señor Chanduví sería el comprendido entre mayo de 2013 y diciembre de 2013, es decir, ocho (8) meses.

De otro lado, como señalamos anteriormente, resulta importante determinar el título habilitante que le era exigible al señor Chanduví durante dicho periodo, ello en la medida que el costo evitado sería distinto, dependiendo de si debía contar con una concesión o con un registro.

Al respecto, es pertinente mencionar que en la cláusula primera del “Contrato Privado de Instalación de Circuito Cerrado de Televisión” suscrito por el señor Chanduví y el señor xxxxx xxxxxx, cuyo contenido ha sido incluido en la presente resolución, se puede apreciar que Telecable Monsefú (nombre comercial bajo el cual concurría el señor Chanduví) es propietario de los equipos y cables de instalación domiciliaria. Asimismo, en la cláusula octava se hace referencia a las instalaciones internas y externas del abonado, como aquellas que deben ser custodiadas por este a efectos de detectar manipulaciones en el referido cable.

En ese sentido, dado que por definición, los comercializadores puros (comercializadores no concesionarios)⁵², no pueden instalar infraestructura propia, las afirmaciones contenidas en el contrato antes mencionado, constituyen un indicativo de que el señor Chanduví prestaba directamente el servicio.


Ello, sumado al hecho que resulta poco probable que un concesionario legalmente constituido celebre un acuerdo de comercialización con una persona que no cuenta previamente con inscripción en el registro de comercializadores administrado por el MTC, permite concluir a esta Secretaría Técnica que el título exigible al señor Chanduví durante el periodo de la infracción es la concesión.

(iii) Con relación a la ventaja significativa

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

⁵² “**Artículo 139.- Comercializadores puros**

Son comercializadores puros aquellos que no construyen infraestructura en telecomunicaciones ni cuentan con concesión; para tal efecto, deben inscribirse en el registro de comercializadores a cargo del Ministerio. Previo al inicio de sus actividades de comercialización deberán obtener el correspondiente certificado. (...)”

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 30 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

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

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

Sobre el particular, la exposición de motivos de la Ley de Represión de la Competencia Desleal indica:


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

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

En concordancia con la exposición de motivos citada, la acreditación de la ventaja significativa en el caso de la concurrencia en el mercado sin título habilitante es de tipo objetiva. Es decir, basta con comprobarse la no tenencia del título que permite desarrollar determinada actividad para que estemos ante una conducta desleal. En concreto, se deberá acreditar si es que el agente económico cuenta o no con un título que le habilite para brindar el servicio de distribución de radiodifusión por cable. Sólo después de haberse comprobado la no tenencia del referido título, corresponderá aplicar una sanción al agente infractor.

Esta misma postura fue recogida recientemente en la Resolución Nº 483-2014/SDC-INDECOPI (Expediente Nº 252-2014/CCD), en la cual se indicó lo siguiente:

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

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 31 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

establecidos en la norma sectorial que debe reunir un agente económico que pretenda operar en el mercado en observancia de la ley. Estos requisitos involucran costos que son ahorrados por el infractor y asumidos por otros agentes competidores.

Así, la ventaja significativa representa el ahorro del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa, observándose que el ahorro de costos del cual se beneficia le permite alterar las condiciones de competencia, al mejorar su posición en el mercado, la cual no obedece a su eficiencia o mayor competitividad, esto es, y por citar dos ejemplos, a precios menores o mejor calidad, sino a la infracción de una norma imperativa.”

Asimismo, en anteriores controversias tramitadas por los Cuerpos Colegiados mediante Expediente Nº 002-2013-CCO-ST/CD⁵³ y Expediente Nº 004-2014-CCO-ST/CD⁵⁴, similares al presente caso, el Cuerpo Colegiado adoptó esta misma posición, señalando que la corroboración de la *ventaja significativa* era del tipo objetivo (*per se*).

No obstante ello, esta Secretaría Técnica considera adecuado hacer mención de algunos de los costos que son ahorrados por los agentes que brindan de forma informal el servicio de distribución de radiodifusión por cable, los cuales, adicionalmente a los ingresos percibidos durante la concurrencia ilícita, forman parte de la *ventaja significativa*.

Así, el agente que concurre en el mercado de distribución de radiodifusión por cable sin contar con título habilitante, no estaría internalizando, principalmente, los siguientes costos: (i) el aporte por supervisión correspondiente al OSIPTEL por ser un operador de servicios públicos de telecomunicaciones⁵⁵; (ii) el aporte correspondiente a FITEI; (iii) la tasa de explotación comercial del servicio; (iv) otros relacionados con el trámite de la obtención del título respectivo; y, (v) aquellos derivados del cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas del sector (v. gr. normas de protección a usuarios, de calidad mínima en la prestación del servicio, entre otras).

Respecto al aporte por el Servicio de Supervisión al OSIPTEL, éste ha sido establecido en 0.5% de los ingresos brutos anuales de las empresas operadoras y se paga de forma mensual. Cabe indicar que, este costo correspondería sólo en el caso que la prestación del servicio de distribución por cable se realice en mérito a una concesión, dado que aquellos agentes que concurren en dicho mercado en

⁵³ Véase la Resolución Nº 007-2014-CCO/OSIPTEL.

⁵⁴ Véase la Resolución Nº 004-2015-CCO/OSIPTEL.

⁵⁵ **Artículo 10º de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley Nº 27332.**


“Artículo 10.- Aporte por regulación

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

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

Artículo 65º.- Pago a cuenta de Aportes

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

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 32 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

mérito a un registro de comercializador, no se encuentran afectos al pago de este aporte.

De otro lado, los aportes al FTEL corresponden al 1% del monto total de los ingresos brutos facturados y percibidos por las empresas operadoras⁵⁶. Cabe destacar que este aporte se aplica a las empresas operadoras del servicio de distribución de radiodifusión por cable recién a partir de enero de 2013 y de forma mensual⁵⁷. Al igual que en el caso anterior, los comercializadores del servicio no se encuentran obligados a este pago.

Con relación a la tasa de explotación pagada al MTC corresponde al pago de una tasa anual de 0.5% de los ingresos brutos de las empresas operadoras⁵⁸. Este cobro también es exigible a los concesionarios, mas no a los comercializadores.

En cuanto a los costos relacionados al trámite del título habilitante, es preciso señalar que, en el caso el título habilitante requerido sea una concesión, estos estarán conformados por el pago de un derecho de concesión realizado por única vez por un monto ascendente al 0.25% de la inversión a realizar durante el primer año, la elaboración de la carta fianza del 15% de la inversión inicial, la elaboración del Perfil del proyecto técnico, los costos en los que incurría la empresa en el proceso de tramitación y obtención de la documentación. En el caso de que el título habilitante requerido fuera un registro, solo este último componente resultaría exigible al agente infractor.

⁵⁶ **Artículo 238° y 239° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. Nº 020-2007-MTC.**

“Artículo 238.- Aportes al FTEL

Constituyen recursos del FTEL:

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

“Artículo 239.- Pagos a cuenta

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


⁵⁷ La segunda disposición complementaria final de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, publicada el 20 de julio de 2012, modificó el artículo 12° de del TUO de la Ley General de Telecomunicaciones, incluyendo como nuevos aportantes a los operadores del servicio de distribución de radiodifusión por cable. Asimismo, el Decreto Supremo Nº 019-2012-MTC, publicado el 30 de diciembre de 2012, modificó el TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo Nº 020-2007-MTC, estableciendo el porcentaje de los ingresos que debían pagar estos nuevos aportantes.

⁵⁸ **Artículo 229° y 230° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. Nº 020-2007-MTC.**

“Artículo 229°.- Tasa por explotación comercial del servicio

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

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

	DOCUMENTO	Nº 015-STCCO/2015 Página 33 de 33
	INFORME INSTRUCTIVO	

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, es preciso señalar que el ahorro de dichos costos solo podría ser considerado para aquellos agentes que nunca obtuvieron título habilitante, toda vez que en el caso que hayan regularizado su situación, ya habrían asumido los costos relacionados al trámite del título habilitante.

Existen, de otro lado, costos relacionados al cumplimiento de las obligaciones establecidas en las normas del sector. Así por ejemplo, podemos mencionar como los más importantes, aquellos derivados del cumplimiento del marco normativo de protección a usuarios, el cual resulta aplicable tanto para empresas concesionarias como para empresas comercializadoras. Así por ejemplo, deben cumplir con habilitar un número de información y asistencia, tramitar reclamos de sus usuarios, cumplir con calidad mínima de prestación del servicio, entre otras obligaciones.

IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los argumentos anteriormente expuestos, esta Secretaría Técnica considera que se ha acreditado que el señor Chanduví (i) ha obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor y derechos conexos, al retransmitir por su parrilla de programación señales de televisión, sin contar para ello con la autorización o consentimiento de sus respectivos titulares; y (ii) concurrió ilícitamente en el mercado, al no contar con título que lo habilite a prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable durante el periodo comprendido entre mayo y diciembre de 2013, obteniendo también con ello una ventaja significativa.

En tal sentido, esta Secretaría Técnica recomienda al Cuerpo Colegiado declarar fundada la denuncia de oficio contra el señor Chanduví y lo sancione por las infracciones a los incisos a) y b) del artículo 14.2 del Decreto Legislativo N° 1044 Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Zaret Matos Fernández
Secretaría Técnica Adjunta de los
Cuerpos Colegiados