



Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados

Controversia entre Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L y HHBB Televisión S.A.C. (Exp. 005-2014-CCO-ST/CD) Informe Instructivo

Informe Nº 006-STCCO/2015

Lima, 19 de marzo de 2015



CONTENIDO

I.	OBJETO	3
II.	EMPRESAS INVOLUCRADAS	3
III.	ANTECEDENTES	3
IV.	DE LA PRETENSIÓN ADMITIDA.....	7
V.	ALCANCE DEL INFORME INSTRUCTIVO	7
VI.	POSICIONES DE LAS PARTES	7
VII.	DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA ADJUNTA DE LOS CUERPOS COLEGIADOS.....	8
7.1.	Requerimiento de información a la Gerencia Legal del INDECOPI	8
7.2.	Requerimiento de información a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI.....	9
7.3.	Requerimientos de información a las partes	9
7.4.	Requerimientos de información a otras empresas	11
VIII.	CUESTIONES PREVIAS	12
8.1.	Respecto a la nulidad de la resolución de inicio y de todo lo actuado alegada por HHBB	12
8.2.	La actividad procesal de las partes.....	12
IX.	ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA	17
9.1.	Los actos de violación de normas. Normativa y criterios aplicables	17
9.2.	Aplicación al caso materia de análisis.....	188
9.2.1.	El carácter de la norma infringida	18
9.2.2.	Sobre la decisión previa y firme de la autoridad competente.....	21
9.2.3.	Análisis de la supuesta ventaja significativa ilícita obtenida	23
X.	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN	28

I. OBJETO

El presente informe instructivo tiene por objeto poner en conocimiento al Cuerpo Colegiado, el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO o Secretaría Técnica), en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido por Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L. (en adelante, DEVAOS) contra HHBB Televisión S.A.C. (en adelante, HHBB), por la presunta comisión de actos de competencia desleal en el mercado de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

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

II. EMPRESAS INVOLUCRADAS

Denunciante

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

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

Denunciado

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

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

III. ANTECEDENTES

1. Con fecha 28 de agosto de 2014, la empresa DEVAOS presentó una denuncia contra HHBB por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto tipificado en el artículo 14º la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Competencia Desleal). En tal sentido, DEVAOS planteó lo siguiente:

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

- Se declare que HHBB ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas infringiendo lo establecido en el artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal, a través de la retrasmisión por su parrilla de programación de ciertas señales, sin contar para ello con la autorización o consentimiento de los titulares, obteniendo una ventaja significativa en el mercado de televisión por cable.
- 2. Mediante Resolución N° 113-2014-CD/OSIPTEL de fecha 04 de setiembre de 2014 el Consejo Directivo del OSIPTEL designó un Cuerpo Colegiado para resolver la controversia entre DEVAOS y HHBB por la presunta realización de actos de competencia desleal en el mercado de radiodifusión por cable.
- 3. Con fecha 08 de setiembre de 2014, mediante Resolución N° 001-2014-CCO/OSIPTEL (en adelante, Resolución de Inicio), el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la denuncia interpuesta por DEVAOS, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, conducta tipificada en el artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal, corriendo traslado a HHBB para que la absuelva en el plazo máximo de quince (15) días hábiles.

Asimismo, el Cuerpo Colegiado ordenó incorporar al expediente la Carta 046-ST/2014 emitida por la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados del OSIPTEL y la Carta N° 765-2014/GEL-INDECOPI de la Gerencia Legal del INDECOPI; y, además, se dispuso la tramitación de la controversia como una que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo II del Título VII del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Controversias).
- 4. Mediante Carta 046-ST/2014 de fecha 24 de julio de 2014, la Secretaría Técnica solicitó al INDECOPI, que informe si se ha interpuesto una demanda contencioso administrativa ante el Poder Judicial contra la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI.
- 5. Con fecha 07 de agosto de 2014, mediante Carta N° 765-2014/GEL-INDECOPI la Gerencia Legal del INDECOPI informó que hasta dicha fecha, no se había notificado al INDECOPI respecto a algún proceso contencioso administrativo que cuestione la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI.
- 6. Mediante Oficio N° 199-STCCO/2014 de fecha 10 de setiembre de 2014, se corrió traslado de la denuncia a HHBB².
- 7. El 10 de octubre de 2014, HHBB contestó la denuncia presentada por DEVAOS. Entre otras cosas, señaló lo siguiente: (i) Que la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI y todo lo actuado en el Expediente N° 02166-2013/DDA no les ha sido notificado por lo que no han podido ejercer su derecho de legítima defensa, (ii) Que la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI y la Resolución N° 001-2014-

² Cabe señalar que por un error respecto al domicilio de HHBB, la notificación a esta empresa se realizó en un segundo intento, con fecha 02 de octubre de 2014.

CCO/OSIPTEL, carecen de validez al haber generado vicios administrativos, (iii) INDECOPI, está incurriendo en flagrante abuso y vulneración de derechos, debiendo el Cuerpo Colegiado de OSIPTEL devolver los actuados hasta que sea subsanada la omisión, (iv) existen vicios que acarrearán la nulidad de todo lo actuado en la presente controversia.

8. Mediante Resolución Nº 002-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de octubre de 2014, el Cuerpo Colegiado resolvió tener por presentado y poner en conocimiento de DEVAOS el escrito de contestación de la denuncia de HHBB, y dar inicio a la etapa de investigación por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, computados a partir del día siguiente de notificada la resolución. Asimismo, el Cuerpo Colegiado consideró que respecto a lo señalado por HHBB sobre la existencia de posibles vicios que acarrearían la nulidad de todo lo actuado en el procedimiento, la misma será materia de evaluación y decisión al momento de expedirse la resolución final.
9. A través del escrito Nº 02-2014 de fecha 23 de octubre de 2014 HHBB solicitó la nulidad de la Resolución Nº 002-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de octubre de 2014, reiterando la existencia de vicios que acarrearán la nulidad de todo lo actuado. Agregó, que con fecha 10 de octubre de 2014 presentó un escrito de nulidad, sin embargo, el Cuerpo Colegiado ha omitido pronunciarse validando así las graves irregularidades, atentando contra los principios de legalidad, debido proceso e imparcialidad.
10. Mediante Resolución Nº 003-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 29 de octubre de 2014, el Cuerpo Colegiado resolvió agregar al expediente el escrito de HHBB de fecha 23 de octubre de 2014, a efectos de tenerlo presente al momento de resolver. Asimismo, dispuso poner en conocimiento de DEVAOS el mencionado escrito.
11. Conforme a lo dispuesto por el artículo 74º del Reglamento de Controversias, el 11 de noviembre de 2014, esta Secretaría Técnica dirigió el Oficio Nº 235-STCCO/2014 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, solicitándole la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios imperativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de actos de violación de normas para la generalidad de mercados y agentes económicos, en particular, respecto a los criterios interpretativos utilizados para el supuesto de infracción de normas imperativas por el inciso a) del artículo 14.2 de la Ley de Competencia Desleal.
12. De acuerdo al requerimiento efectuado, con fecha 13 de noviembre de 2014 la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI remitió el Oficio Nº 112-2014/CCD-INDECOPI, mediante el cual informó, entre otros aspectos, que a la fecha no se ha presentado ante la Comisión, algún caso en el que se hubiera acreditado la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente que determine la infracción de normas imperativas, conforme a los términos del artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal.
13. Con fecha 24 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica remitió a HHBB el Oficio Nº 240-STCCO/2014, requiriéndole información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable.

	DOCUMENTO	N° 006-STCCO/2015 Página 6 de 29
---	-----------	-------------------------------------

14. Del mismo modo, mediante Oficio N° 241-STCCO/2014, de fecha 24 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica requirió a DEVAOS que cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable.
15. Mediante oficios remitidos por la Secretaría Técnica a diversas empresas proveedoras de señales³ se solicitó información referida a las condiciones y costos involucrados en la obtención de autorizaciones para la retransmisión de sus señales y el monto de la contraprestación que se fija en los contratos de licencia de distribución de señales.
16. Asimismo, a través del Oficio N° 252-STCCO/2014 de fecha 01 de diciembre de 2014, se requirió información a la Entidad de Gestión para los Productores Audiovisuales – EGEDA (en adelante, EGEDA) sobre las condiciones y costos involucrados en la obtención de la licencia para la retransmisión por cable de obras y producciones audiovisuales, así como de las tarifas mensuales.

El 18 de diciembre de 2014, el Cuerpo Colegiado a través de la Resolución N° 004-2014-CCO/OSIPTEL declaró fundada la solicitud de confidencialidad presentada por Fox Latin American Channel LLC, respecto a la información contenida en el escrito de fecha 15 de diciembre de 2014 presentada por dicha empresa.
17. Mediante escritos de fecha 22 y 29 de diciembre de 2014, DEVAOS presentó la información requerida mediante el Oficio N° 241-STCCO/2014.
18. El Cuerpo Colegiado, mediante Resolución N° 005-2015-CCO/OSIPTEL del 09 de enero de 2015, declaró de oficio, como confidencial, en atención a su contenido alguno de los documentos presentados por DEVAOS en su escrito de fecha 22 de diciembre de 2014.
19. El 13 de enero de 2015, mediante carta S/N EGEDA respondió al requerimiento de información realizado por esta Secretaría Técnica a través del Oficio N° 252-STCCO/2014. Mediante escritos recibidos con fecha 26 de enero de 2015 y 09 de febrero de 2015, DEVAOS cumplió con el requerimiento de información efectuado por esta Secretaría Técnica a través de los oficios N° 009-STCCO/2015 y N° 017-STCCO/2015.
20. El 04 de febrero de 2015, HHBB interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 005-2015-CCO/OSIPTEL.
21. A través del Oficio N° 031-STCCO/2015 de fecha 06 de marzo de 2015, el Cuerpo Colegiado solicitó a la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI copia de los cargos de notificación de la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI.
22. Mediante Resolución N° 006-2015-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo de 2015, el Cuerpo Colegiado resolvió el recurso de reconsideración presentado por HHBB declarándolo Infundado. Cabe mencionar que dicho recurso se ha venido

³ El detalle de los oficios cursados a las empresas proveedoras de señales será desarrollado en el punto 7.4.

tramitando en cuerda separada, siendo que a la fecha, HHBB se encuentra dentro del plazo para interponer un recurso de apelación, de considerarlo conveniente.

IV. DE LA PRETENSIÓN ADMITIDA

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

V. ALCANCE DEL INFORME INSTRUCTIVO

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

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

VI. POSICIONES DE LAS PARTES

6.1. Posición de DEVAOS

DEVAOS ha señalado lo siguiente en su escrito de denuncia:

- HHBB ha retransmitido ilegalmente por su parrilla de programación ciertas señales, sin contar para ello con la autorización o consentimiento de los titulares.
- De acuerdo al Acta de Constatación Notarial de fecha 14 de febrero de 2013, HHBB viene retransmitiendo ciertas señales, sin contar con autorización.
- Con fecha 26 de julio de 2012, mediante Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI, la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, sancionó a HHBB por infracción al Derecho de Autor y los derechos conexos por la comunicación pública de obras y producciones audiovisuales y por la retransmisión de ciertas señales sin autorización⁴.
- Asimismo, contra la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI, no se ha interpuesto recurso de apelación, por lo que se agotó la vía administrativa.

⁴ En particular, el artículo 39° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140° del Decreto Legislativo N° 822.

	DOCUMENTO	N° 006-STCCO/2015 Página 8 de 29
---	-----------	-------------------------------------

- HHBB viene beneficiándose indebidamente, toda vez que la retransmisión no autorizada, ofrecida a menor precio, constituye un menoscabo evidente al principio de libre competencia.
- Es considerado desleal el valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes, agravándose este hecho cuando se trata de derechos protegidos por la legislación de Derechos de Autor.

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

6.2. Posición de HHBB

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

- Que la Resolución N° 199-2014/CDA-INDECOPI y todo lo actuado en el Expediente N° 02166-2013/DDA no le ha sido notificado, generando una grave omisión, por lo que no ha podido ejercer su derecho de legítima defensa.
- Que el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL debe rechazar y devolver los actuados al INDECOPI hasta que sea subsanada la omisión.
- Que no se ha tomado en cuenta lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, la notificación inexistente y/o defectuosa configura causal de nulidad.
- Que la existencia de vicios acarrearán la nulidad de todo lo actuado en la presente controversia.

Asimismo, con fecha 23 de octubre de 2014, HHBB presentó nuevamente un escrito solicitando nulidad e indicando:

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

VII. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA ADJUNTA DE LOS CUERPOS COLEGIADOS

7.1. Requerimiento de información a la Gerencia Legal de INDECOPI

A través de Oficio N° 145-2014-CDA-INDECOPI, recibido el 14 de julio de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI remitió al OSIPTEL, la Resolución N° 0199-2014/CDA-INDECOPI recaída en el

	DOCUMENTO	Nº 006-STCCO/2015 Página 9 de 29
---	-----------	-------------------------------------

Expediente N° 002166-2013/DDA, en cumplimiento de lo establecido en dicha resolución.

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

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

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

Conforme a lo dispuesto por el artículo 74° del Reglamento de Controversias⁵, el 11 de noviembre de 2014, esta Secretaría Técnica dirigió el Oficio N° 235-STCCO/2014 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, solicitándole la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios imperativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de actos de violación de normas, con relación al supuesto regulado en el inciso a) del artículo 14.2 del Decreto Legislativo N° 1044.

De acuerdo al requerimiento efectuado mediante Oficio N° 235-STCCO/2014, con fecha 13 de noviembre de 2014, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI remitió el Oficio N° 112-2014/CCD-INDECOPI, mediante el cual manifiesta, entre otros aspectos, que a la fecha no se ha presentado ante la Comisión, algún caso en el que se hubiera acreditado la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente que determine la infracción de normas imperativas, conforme a los términos del artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal.

7.3. Requerimientos de información a las partes

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

1. Indicar las zonas geográficas a nivel distrital donde brinda el servicio de televisión por cable y la tecnología o modalidad de prestación del servicio.
2. Indicar las zonas geográficas, a nivel distrital, donde compite con la empresa Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L.
3. Especificar los paquetes, la tarifa, el número y el tipo de canales que ofrece en cada una de las zonas donde tiene cobertura.

⁵ **Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas**

“Art. 74° Informe de INDECOPI.- En las controversias relativas al incumplimiento de obligaciones relacionadas con la libre y leal competencia, la Secretaría Técnica solicitará al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que vienen aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.”

	DOCUMENTO	Nº 006-STCCO/2015 Página 10 de 29
---	-----------	--------------------------------------

4. Reportar el número mensual de abonados a los que ha prestado el servicio de televisión por cable durante el año 2013.
5. Reportar el número de altas nuevas que registró su empresa en el año 2013 para el servicio de televisión por cable, desagregado de manera mensual.
6. Indicar el nombre de las empresas de televisión por cable con las que compite en las áreas geográficas, a nivel distrital, donde opera.
7. Reportar sus ingresos brutos y netos obtenidos en el año 2013 por la prestación del servicio de televisión por cable (desagregado por mes), y el estado de ganancias y pérdidas de la empresa correspondiente al año 2013.

Con Oficio N° 266-ST/2014 de 29 de diciembre de 2014, se reiteró a HHBB que cumpla con remitir lo solicitado mediante Oficio N° 240-ST/2014. Cabe indicar que hasta la fecha no ha cumplido con dicho requerimiento.

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

1. Indicar las zonas geográficas a nivel distrital donde brinda el servicio de televisión por cable y la tecnología o modalidad de prestación del servicio.
2. Indicar las zonas geográficas, a nivel distrital, donde compite con la empresa HHBB Televisión S.A.C.
3. Especificar los paquetes, la tarifa, el número y el tipo de canales que ofrece en cada una de las zonas donde tiene cobertura.
4. Reportar el número mensual de abonados a los que ha prestado el servicio de televisión por cable durante el año 2013.
5. Reportar el número de altas nuevas que registró su empresa en el año 2013 para el servicio de televisión por cable, desagregado de manera mensual.
6. Indicar el nombre de las empresas de televisión por cable con las que compite en las áreas geográficas, a nivel distrital, donde opera.
7. Reportar sus ingresos brutos y netos obtenidos en el año 2013 por la prestación del servicio de televisión por cable (desagregado por mes), y el estado de ganancias y pérdidas de la empresa correspondiente al año 2013.

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

Cabe señalar que, mediante Resolución N° 005-2014-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró de oficio como confidencial, en atención a su contenido, la información presentada por DEVAOS, el 22 de diciembre de 2014, referida a: 1. Autorizaciones otorgadas a DEVAOS por la Asociación Cultural Bethel, la Fundación ICTUS-TeleAmiga Internacional y China Central Televisión (CCTV) para la retransmisión de las señales de los canales Bethel Televisión, TeleAmiga, y CCTV-Español, respectivamente, 2. Acuerdos de afiliación suscritos por DEVAOS y (i) Fox Latin American Channel, LLC para la

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

Con fecha 29 de diciembre de 2014, DEVAOS complementó la información remitida el 22 de diciembre de 2014, siendo que la Secretaría Técnica solicitó la aclaración de dicha información, mediante Oficio N° 009-STCCO/2015 de fecha 19 de enero de 2015.

Ante ello, con fecha 26 de enero DEVAOS remitió un escrito indicando que no correspondía atender el requerimiento de información que se le hiciera mediante Oficio N° 241-STCCO/2014 y que, debido a ello, tampoco se habría atendido la solicitud de aclaración realizada mediante Oficio N° 009-STCCO/2015.

Mediante Oficio N° 017-STCCO/2015, la STCCO, reiteró el requerimiento de aclaración a DEVAOS, indicándole entre otros aspectos, que de acuerdo al artículo 22° del Reglamento de Controversias, en cualquier estado del procedimiento, la Secretaría Técnica puede solicitar a las partes la aclaración de sus escritos, la precisión de sus argumentos, o la presentación de información adicional.

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

7.4. Requerimiento de información a otras empresas

De otro lado, el 24 de noviembre de 2014, se remitieron oficios a algunas empresas proveedoras de señales de televisión⁶ solicitándoles nos informen

⁶ Oficio 242-STCCO/2014 de fecha 24 de noviembre de 2014 dirigido a EGEDA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. CUESTIONES PREVIAS

8.1 Respetto a la nulidad de la resolución de inicio y de todo lo actuado alegada por HHBB

Mediante escrito de fecha 10 de octubre de 2014, HHBB alega la existencia de vicios que acarrearían la nulidad de todo lo actuado en la presente controversia, por una supuesta violación al debido procedimiento.

De acuerdo a HHBB, dichos vicios consistirían en la falta de notificación por parte del INDECOPI respecto del procedimiento tramitado con expediente N° 002166-2013/DDA. Por tal motivo, según HHBB correspondería declarar la nulidad de todo lo actuado, incluso lo tramitado por el INDECOPI.

Mediante Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de octubre de 2014, el Cuerpo Colegiado resolvió, entre otros aspectos, tener por presentado el escrito de HHBB, indicándose que el cuestionamiento hecho por HHBB sería

	DOCUMENTO	N° 006-STCCO/2015 Página 13 de 29
---	-----------	--------------------------------------

materia de evaluación y decisión en la oportunidad en que deba expedirse la resolución que ponga fin al procedimiento.

Con escrito de fecha 23 de octubre de 2014, HHBB presentó nulidad contra la Resolución N° 002-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 15 de octubre de 2014, reiterando la existencia de vicios que acarrearían la nulidad de todo lo actuado, señalando, entre otros aspectos, lo siguiente:

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

En atención a dicho escrito, el Cuerpo Colegiado emitió la Resolución N° 003-2014-CCO/OSIPTEL de fecha 29 de octubre de 2014, mediante la cual resolvió agregar al expediente el escrito de fecha 23 de octubre de 2014.

Cabe indicar que en la mencionada Resolución, el Cuerpo Colegiado señaló que dado que el escrito de HHBB de fecha 10 de octubre de 2014, mediante el cual alega la existencia de vicios que acarrearían la nulidad de todo lo actuado, no ha sido dirigido contra un acto que se encuentre dentro de los supuestos señalados como actos impugnables en el numeral 2 del artículo 206° de la LPAG, dichas alegaciones serían evaluadas en el acto que ponga fin al procedimiento en primera instancia.

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

En atención a lo antes expuesto, esta Secretaría Técnica considera pertinente analizar las alegaciones de HHBB en ambos escritos antes señalados, las cuales se encuentran referidas principalmente a si los presuntos defectos en la tramitación y notificación del Expediente N° 002166-2013/DDA tramitado por la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, acarrearía la nulidad de todo lo actuado en el presente procedimiento, siendo que HHBB ha solicitado al Cuerpo Colegiado declarar la nulidad, incluso de lo actuado por el INDECOPI.

Con relación a lo anterior, es preciso señalar que el Cuerpo Colegiado sólo tiene competencia para revisar lo actuado en el presente procedimiento, razón por la cual, en ningún caso corresponde evaluar una eventual nulidad de lo actuado por otra autoridad administrativa, en este caso, por el INDECOPI, específicamente, la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI.

	DOCUMENTO	N° 006-STCCO/2015 Página 14 de 29
---	-----------	--------------------------------------

En tal sentido, en caso HHBB, tal como señala, hubiera visto afectado sus derechos debido a defectos en la tramitación del procedimiento seguido por el INDECOPI, le correspondería recurrir a la vía pertinente a efectos que se ampare su pretensión de nulidad de lo actuado por el INDECOPI⁷.

Asimismo, para que dicha pretensión de HHBB pudiera tener algún efecto en el presente procedimiento, correspondería a dicha empresa acreditar, por lo menos, que se viene tramitando el procedimiento respectivo a efectos de que se declare la nulidad de lo actuado por el INDECOPI, sin embargo, HHBB no ha remitido documento alguno que acredite lo antes indicado.

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

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

En consecuencia, en atención a lo antes señalado, esta Secretaría Técnica considera que corresponde denegar el pedido de HHBB de nulidad de la resolución de inicio del presente procedimiento y de todo lo actuado.

8.2 La actividad procesal de las partes

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

La prueba funciona como un método esencial para poder establecer la veracidad de ciertos hechos. En sentido amplio, *“probar es establecer la exactitud de una proposición cualquiera; en el sentido judicial, probar es someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra”*¹⁰.

De acuerdo a las normas que rigen el proceso civil, aplicables en virtud de las normas del Reglamento de Controversias citadas anteriormente, entre los

⁷ Así, el artículo 11 de la Ley 27444 señala que la nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto, por lo cual sería el Tribunal de INDECOPI correspondiente el competente para conocer la nulidad de todo lo actuado en el Expediente N° 002166-2013/DDA y no el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL como lo pretende HHBB.

⁸ Ver folio 75.

⁹ Directiva referida a la notificación de actos administrativos.

¹⁰ Marcel Planiol y Georges Ripert: *Traité Pratique de Droit Civil français*. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1931. T. VII, § 1407, p. 743.

medios probatorios típicos está la declaración de parte¹¹, referida a los hechos o información del que la presta o de su representado¹². Las declaraciones de parte no sólo se manifiestan oralmente sino también a través de afirmaciones contenidas en las actuaciones judiciales o los escritos de las partes¹³.

Las declaraciones de parte toman un valor probatorio particular en el ámbito procesal administrativo, toda vez que uno de los principios generales es el principio de presunción de veracidad según el cual durante la tramitación del procedimiento se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman¹⁴ y asimismo, se presume que toda la información incluida en los escritos y formularios han sido verificados por quien hace uso de ellos y que el contenido es veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario¹⁵.

Sin perjuicio de lo señalado, en el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa debe aplicar el Principio de Verdad Material¹⁶. Es así

¹¹ **Código Procesal Civil**

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

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

¹² **Código Procesal Civil**

“Artículo 214º.- La declaración de parte se refiere a hechos o información del que la presta o de su representado. La parte debe declarar personalmente. Excepcionalmente, tratándose de persona natural, el Juez admitirá la declaración del apoderado si considera que no se pierde su finalidad.”

¹³ **Código Procesal Civil**

“Artículo 221.-

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

¹⁴ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

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

¹⁵ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 42.- Presunción de veracidad

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

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

¹⁶ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

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

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una

que respecto a los medios probatorios en los procedimientos trilaterales administrativos, tal como es el caso de la presente controversia, *“la autoridad debe ser lo suficientemente cautelosa, para no sustituir el deber probatorio de las partes. Por tanto, la aplicación del principio de verdad material debe estar atenuada, al operar la presunción de igualdad entre las partes intervinientes en el procedimiento trilateral. Sin embargo, ello no implica que la autoridad administrativa ante la cual se desenvuelve el procedimiento administrativo trilateral, como entidad servicial de los intereses generales, ejerza su facultad de ordenar y producir pruebas cuando exista un interés público inherente a la resolución del procedimiento”¹⁷. (El subrayado es nuestro)*

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

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

Al respecto, cabe indicar que, los administrados en general, son responsables de entregar la información solicitada por la autoridad administrativa. En efecto, conforme a las normas pertinentes de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la administración puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones o la presentación de documentos así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba¹⁸; y, a su vez, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material¹⁹.

En el caso de la información requerida a HHBB, mediante Oficio Nº 240-STCCO/2014 de 24 de noviembre de 2014, la Secretaría Técnica requirió cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado

sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.”

¹⁷ MARTIN TIRADO, Richard. “El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: Revista Derecho y Sociedad Nº 17. Pgs. 221-234.

¹⁸ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

“Artículo 169º.- Solicitud de pruebas a los administrados

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

(...)”

¹⁹ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

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

(...)”

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

	DOCUMENTO	Nº 006-STCCO/2015 Página 17 de 29
---	-----------	--------------------------------------

de televisión por cable, indicando como plazo máximo para su presentación el de diez (10) días hábiles. Dicho oficio fue debidamente notificado con fecha 26 de noviembre de 2014 tal y como consta en el expediente.

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

Cabe indicar que HHBB no habría cumplido con su deber de proporcionar información a la autoridad administrativa, a pesar de que en dichos requerimientos se le indicó que dicha información era necesaria para *“contar con mayores elementos de juicio que permitiesen resolver los distintos aspectos de la controversia”*. Teniendo en consideración la importancia del cumplimiento adecuado y oportuno del requerimiento de información formulado por esta Secretaría Técnica, ésta es de la opinión que atendiendo a las comunicaciones antes referidas, HHBB no tuvo una esperada correcta disposición de colaborar con las investigaciones realizadas en la etapa de investigación del presente procedimiento, por lo cual dicha conducta procesal de la empresa denunciada debe tomarse en cuenta por el Cuerpo Colegiado al momento de resolver la presente controversia.

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

En cumplimiento a ello, mediante escritos de fecha 22 y 29 de diciembre de 2014, así como mediante la aclaración de fecha 09 de febrero de 2015, DEVAOS entregó a la Secretaría Técnica la información solicitada. En tal sentido, conforme a lo señalado anteriormente, DEVAOS ha cumplido con su deber de proporcionar información a la autoridad administrativa, con lo cual no ha incurrido en falta alguna.

IX. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

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

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

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

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

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

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

Conforme se desprende del citado artículo, una de las modalidades de violación de normas²⁰ se produce cuando a través de la infracción de una norma imperativa se obtiene una ventaja significativa en el mercado. En relación a ello, es preciso señalar que la ley establece que debe tratarse de una "norma imperativa"²¹. Asimismo, para que la decisión que determina la infracción pueda ser considerada firme, ésta no puede encontrarse pendiente de ser revisada en la vía contencioso administrativa.

De acuerdo a la norma citada, la violación de normas se producirá cuando una "infracción normativa afecte de forma positiva la posición competitiva del infractor, al romper el principio de igualdad frente a otros competidores que sí cumplen con la ley"²². 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 mercado²³.

9.2. Aplicación al caso materia de análisis

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

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

9.2.1. El carácter de la norma infringida

En atención al primer requisito, para que se configure el supuesto de violación de normas se deberá acreditar la violación de una norma de carácter imperativo²⁴. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente

²⁰ Conforme al artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal, las otras dos modalidades son: (i) cuando la infracción esté referida a que quien estuviera obligado a contar con contratos, concesiones o títulos que se requieran para desarrollar determinada actividad empresarial y el infractor no acredite documentalmente su tenencia, y (ii) el supuesto de la actividad empresarial del estado sin cumplir con el principio de subsidiariedad.

²¹ 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.

²² 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.

²³ MASSAGUER; José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas.1999. Pg. 432

²⁴ De no tratarse de una norma imperativa la demanda será declarada improcedente.

	DOCUMENTO	Nº 006-STCCO/2015 Página 19 de 29
---	-----------	--------------------------------------

cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria²⁵. 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 firmantes²⁶.

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 competidores²⁷.

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 mismo²⁸.

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 OSIPTTEL 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/OSIPTTEL, recaída en el expediente 007-2004-CCO-ST/CD, el Cuerpo Colegiado determinó lo siguiente:

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

²⁵ Rubio Correa, Marcial (2001) El Sistema Jurídico. 8va. Edición, PUCP, Fondo Editorial. Pp. 110

²⁶ MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 436

²⁷ ídem. Pg. 437.

²⁸ Kresalja Rosselló, Baldo. Op Cit. Pg. 17.

Un criterio similar ha sido recogido en las Resoluciones 011-2005-CCO/OSIPTEL²⁹ (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), 015-2005-CCO/OSIPTEL³⁰ (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), 008-2005-CCO/OSIPTEL³¹ (expediente 002-2005-CCO-ST/CD), 011-2011-CCO/OSIPTEL³² (expediente 003-2011-CCO-ST/CD) y 008-2011-CCO/OSIPTEL³³ (expediente 004-2011-CCO-ST/CD), en virtud a las cuales también se indicó que la retransmisión de señales sin la autorización de sus titulares configuraba una infracción a la normativa **imperativa** de derechos de autor.

Por otro lado, el INDECOPI, en un pronunciamiento anterior expuso las razones por las que a su criterio las normas de derecho de autor califican como imperativas. En tal sentido, en la Resolución 1573-2008/TDC-INDECOPI³⁴, recaída en el expediente 237-2007/CCD, la Sala de Defensa de la Competencia indicó que si bien los efectos de una infracción a la normativa de derechos de autor recaen directamente en las empresas de radiodifusión, ello no impide que se configure un aprovechamiento indebido por parte de la empresa infractora, la misma que obtendría una ventaja competitiva que no es producto de una mayor eficiencia económica sino que deriva de su contravención a las normas de derecho de autor.

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

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

De otro lado, debe considerarse que de acuerdo al artículo 168³⁵ del Decreto Legislativo Nº 822, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI (en el presente caso, la Comisión de Derechos de Autor) es la autoridad Nacional

²⁹ Ver páginas 12 a 13 de dicha resolución.

³⁰ Ver página 7 de dicha resolución.

³¹ Ver página 12 de dicha resolución.

³² Ver página 20 de dicha resolución.

³³ Ver páginas 14 a 15 de dicha resolución.

³⁴ Ver páginas 10 y 11.

³⁵ **Decreto Legislativo Nº 822**

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

	DOCUMENTO	Nº 006-STCCO/2015 Página 21 de 29
---	-----------	--------------------------------------

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-INDECOPI³⁶ 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 Derechos de Autor, y por ende su opinión respecto a la norma que administra resulta vinculante para el presente caso.

En atención a ello, esta Secretaría Técnica estima pertinente considerar a la normativa de derecho de autor³⁷ infringida en el presente caso como imperativa, en atención a las resoluciones administrativas mencionadas en el presente punto, y en especial al pronunciamiento de la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, en su condición de última instancia administrativa encargada de pronunciarse respecto de la normativa de derechos de autor.

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

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

- Con fecha 01 de abril de 2014, mediante Resolución Nº 0199-2014/CDA-INDECOPI, la Comisión de Derechos de Autor resolvió sancionar a HHBB por infracción al derecho de comunicación pública en contra de los titulares de obras y producciones audiovisuales e imágenes en movimiento y por infracción al artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo Nº 822, por la retransmisión de las siguientes señales: FRECUENCIA LATINA, EXA TV, SPACE, PANAMERICANA, TL NOVELAS, TV PERU, ATV, TELEVEN, CANAL V, FOX SPORTS, TELEFUTURO, GOLTV, CANAL 10 TEN, LA TELE-PERÚ, VE PLUS TV, CANAL CLARO, DISNEY JUNIOR, DISNEY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, AMERICA TV, ANTENA LATINA, CANAL MUSICAL, FILM ZONE, CINECANAL, FOX, TNT, LA TELE (PARAGUAY), RED GLOBAL, TRA, HISPAN TV, FX, CANAL CLARO MARKET NEWS, UNIVERSAL, CANAL POPULAR, CANAL I, HISTORY CHANNEL, JBN, BETHEL, GLOBO VISION, SANTO DOMINGO TV, NOTICIAS 16, TR3CE TV,

³⁶Información tomada del Expediente 003-2011-CCO-ST/CD, controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y T.V.S. Satelital S.A.C.

³⁷ El artículo 39° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo 822.

	DOCUMENTO	Nº 006-STCCO/2015 Página 22 de 29
---	-----------	--------------------------------------

VIVE, TELESUR (CAPITAL TV), TELESUR, MULTI PREMIER, ARGENTINÍSIMA SATELITAL, CANAL 4 y ATV SUR.

- Según lo señalado por DEVAOS y confirmado por la Gerencia Legal del INDECOPI, la Resolución Nº 0199-2014/CDA-INDECOPI, no ha sido materia de impugnación a través de un recurso de apelación, no encontrándose tampoco pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa.

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


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

Al respecto, si bien en la Resolución Nº 0199-2014/CDA-INDECOPI no se señala expresamente el periodo durante el cual se habría producido la infracción, anteriores pronunciamientos del INDECOPI³⁸ 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 pronunciamientos³⁹, también el Cuerpo Colegiado del OSIPTel ha considerado el mismo periodo utilizado por el INDECOPI, dado que, como hemos señalado, no corresponde al OSIPTel variar los hechos acreditados por el INDECOPI.

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

³⁸ Véase la Resolución Nº 0532-2011/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente Nº 00909-2011/DDA, la Resolución Nº 0204-2011/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente Nº 002370-2010/DDA y la Resolución Nº 0350-2012/CDA-INDECOPI recaída en el Expediente Nº 00228-2012/DDA.

³⁹ Véase la Resolución Nº 006-2014-CCO/OSIPTel, controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y Cable Visión Comunicaciones S.A.C. (Expediente 005-2013-CCO-ST/CD)

	DOCUMENTO	Nº 006-STCCO/2015 Página 23 de 29
---	-----------	--------------------------------------

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

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

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

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

9.2.3. Análisis de la supuesta ventaja significativa ilícita obtenida

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

En tal sentido, resulta necesario determinar los criterios pertinentes para establecer que una infracción a una norma imperativa ha generado una ventaja significativa para HHBB y, posteriormente, evaluar si dicha ventaja le ha podido generar una mejor posición competitiva en el mercado, ya que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume automáticamente ni se produce por el hecho de infringir las leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal⁴⁰.

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 mercado⁴¹.

En similar sentido se observa que en diversos pronunciamientos⁴² 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

⁴⁰ 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)

⁴¹ MASSAGUER; José. Op. Cit. Pg. 439.

⁴² En tal sentido, ver las Resoluciones 1573-2008/TDC-INDECOPI; 020-2010/CCD-INDECOPI; 064-2010/CCD-INDECOPI; 2509-2010/SC1-INDECOPI; 2552-2010/SC1-INDECOPI; 120-2011/CCD-INDECOPI; 170-2011/CCD-INDECOPI; 107-2012-CCD-INDECOPI; 3412-2012/SDC-INDECOPI; 3541-2012/SDC-INDECOPI; y 477-2013/SDC-INDECOPI.

en el proceso competitivo al colocar en una mejor posición competitiva al agente infractor respecto de aquellos que sí cumplieron la norma e internalizaron en su estructura de costos los gastos que demande el cumplimiento del marco normativo.

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

Cabe señalar que los “Lineamientos para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones”⁴³ elaborados por el OSIPTEL señalan lo siguiente:

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

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

Al respecto, debe precisarse que cuando una empresa ofrece un bien a un precio determinado, sin internalizar en el mismo los costos mínimos para el ofrecimiento del servicio, 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 mercado⁴⁴.

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

Al respecto, de acuerdo a la información contenida en el Sistema de Información y Registro de Tarifas del OSIPTEL (SIRT) y a lo señalado por el INDECOPI respecto a las señales que habrían sido retransmitidas, se tiene que HHBB cobra la tarifa de S/. 20.00⁴⁵ por un total de 49 señales televisivas.

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

⁴³ Aprobados mediante Resolución 075-2002-CD/OSIPTEL.

⁴⁴ Un razonamiento similar ha sido recogido en la Resolución Nº 009-2005-TSC/OSIPTEL.

⁴⁵ Tarifa registrada con Código TECB201000109.

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

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

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

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

En atención a lo anterior, esta Secretaría Técnica considera que se deben evaluar los siguientes hechos: (i) que HHBB habría tenido un acceso no autorizado a 49 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 HHBB en términos de lo establecido en la normativa de competencia desleal.

En relación al “ahorro”, cabe indicar que el pago de derechos por las señales, en general, conforma un porcentaje importante en los costos de las empresas de televisión por cable⁴⁶. En ese sentido, la retransmisión de la totalidad de la parrilla de programación de una empresa del servicio de distribución de radiodifusión por cable sin pagar dichos derechos, constituye claramente un ahorro importante de costos.

En tal sentido, observamos que HHBB se habría “ahorrado” el monto que equivaldría el pagar la licencia por 49 señales de programación durante los doce

⁴⁶ Dicha afirmación se ha señalado en el documento: “Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable. Documento de Trabajo Nº 001-2008. Gerencia de Relaciones Empresariales – OSIPTel”.

meses en el que se habría realizado la infracción administrativa (desde febrero de 2013 hasta enero de 2014). Asimismo, también constituye un ahorro para HHBB, el haber dejado de pagar el monto correspondiente, durante el mismo periodo, a la sociedad de gestión colectiva encargada de representar los derechos de propiedad intelectual de los productores de obras y producciones audiovisuales.

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

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

De la revisión de dicha información, podemos señalar que algunas de dichas señales estarían siendo objeto de retrasmisión de forma gratuita. Asimismo, algunas de estas señales han venido siendo comercializadas en paquetes que incluyen señales con las que no cuenta HHBB. Con relación a ello, debe indicarse que pronunciamientos anteriores de los Cuerpos Colegiados⁴⁷, 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 determinados paquetes.

Adicionalmente es preciso señalar que de la información con que cuenta la Secretaría Técnica puede observarse que en algunos casos 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. Asimismo, existen dos casos en los que se ha establecido un pago único adicional y por concepto de autorización.

Al respecto, presentamos un resumen de la información antes señalada, es decir, considerando únicamente las 14 señales antes detalladas:

Señales retrasmitidas ilícitamente por HHBB	Monto total que habría debido pagar HHBB (Anual) (*)	Monto promedio por canal que habría debido pagar HHBB (Anual)
América TV, Frecuencia Latina, Panamericana, TV Perú, ATV, ATV Sur, Red Global, Fox, FX, Fox Sports, Cinecanal, Film Zone, Universal Channel y Bethel.	S/. 81,938.26 (Ochenta y Un Mil Novecientos Treinta y Ocho y 26/100 Nuevos Soles)	S/. 5,852.73 (Cinco Mil Ochocientos Cincuenta y Dos y 73/100 Nuevos Soles)

(*) Para el cálculo de este monto se ha considerado el precio de retrasmisión de las 14 señales, algunos de los cuales ascienden a S/.0.00. Asimismo, en el caso de los canales que forman parte de un paquete, se ha considerado el precio del paquete en el que están incluidos. El monto incluye el respectivo I.G.V. y en los

⁴⁷ Ver la Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 003-2013-CCO-ST/CD, la Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 004-2013-CCO-ST/CD y la Resolución N° 006-2014-CCO/OSIPTEL recaída en el Expediente N° 005-2013-CCO-ST/CD

casos de información remitida en dólares se ha utilizado el tipo de cambio promedio del presente mes. En los casos en los que el precio depende de un número mínimo de abonados garantizados, se ha considerado la cantidad menor.

Como puede apreciarse, si consideramos únicamente la información relativa a las 14 señales antes indicadas, obtendremos un monto promedio por canal ahorrado de S/. 5,694.30 al año. Sin embargo, es preciso considerar que HHBB, retransmitía 49 señales. Asimismo, es preciso señalar que en caso HHBB 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.

Adicionalmente, como se señaló anteriormente, habría que sumar a dicho monto, aquel que corresponde a los pagos únicos por concepto de autorización, que en este caso asciende a un total de S/. 4,090.00⁴⁸.

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 nos ha remitido las tarifas que ha establecido y publicado por dicho concepto. Al respecto, a continuación citamos el texto pertinente de la publicación realizada por EGEDA respecto a sus tarifas:

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

Concepto: Acto de Comunicación Pública

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

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

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

Sin embargo, pese a que se requirió a HHBB información diversa, entre la que se encontraba el detalle de sus ingresos, la conducta procesal de HHBB no ha

⁴⁸ En el caso de uno de los montos, este se encontraba expresado en dólares, por lo que se ha utilizado el tipo de cambio promedio del presente mes.

	DOCUMENTO	Nº 006-STCCO/2015 Página 28 de 29
---	-----------	--------------------------------------

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 HHBB es un ahorro que puede ser considerado como “significativo”.

En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera que el acceso a las 49 señales y el consiguiente ahorro de costos obtenido conlleva una ventaja para HHBB y es pasible de generar un perjuicio a DEVAOS y a otras potenciales y reales competidoras de HHBB en el mercado en que ésta participa, en la medida que, conforme a los hechos, tuvo la potencialidad de generar un perjuicio en sus competidores. Es por ello que se concluye que habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor, incurriendo en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal.

X. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

En el presente caso la Secretaría Técnica concluye que:

- (i) Con respecto al pedido de nulidad de HHBB, corresponde que éste sea denegado, atendiendo a lo señalado en el presente Informe.
- (ii) La normativa de derecho de autor infringida (Decreto Legislativo N° 822) por HHBB, referida a la retransmisión ilícita de señales y la comunicación pública de obras y producciones audiovisuales, tiene carácter imperativo.
- (iii) Conforme a la información obtenida a la fecha, ha quedado acreditada la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determina la infracción a los derechos de autor (el INDECOPI), y que dicho pronunciamiento no se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa.
- (iv) HHBB habría tenido un acceso no autorizado a 49 señales de programación, y que dicho acceso le habría generado un ahorro de costos.
- (v) Asimismo, el acceso ilícito de HHBB a 49 de señales de su parrilla de programación y el supuesto “ahorro” obtenido lo colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores en el mercado de cable, concluyéndose que habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor.

Es por ello que esta Secretaría Técnica considera que se ha acreditado que HHBB ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infringiendo con ello lo establecido por el artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal, al retransmitir por su parrilla de programación señales de televisión, sin contar para ello con la autorización o consentimiento de sus respectivos titulares, obteniendo una ventaja significativa en el mercado.

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

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