



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO PERMANENTE N° 020-2018-CCP/OSIPTEL

Lima, 11 de mayo de 2018

EXPEDIENTE	002-2017-CCP-ST/CD
MATERIA	Competencia Desleal
ADMINISTRADOS	Radio y Televisión Orión E.I.R.LTDA.

SUMILLA: Se declara la responsabilidad administrativa de la empresa Radio y Televisión Orión E.I.R.LTDA., por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

En consecuencia, se sanciona a la empresa Radio y Televisión Orión E.I.R.LTDA. con una Amonestación por la comisión de una infracción leve, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.

El Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL designado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 072-2017-CD/OSIPTEL de fecha 1 de junio de 2017, a cargo del procedimiento iniciado de oficio contra la empresa Radio y Televisión Orión E.I.R.LTDA. (en adelante, RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN), por la supuesta comisión de actos de competencia desleal en el mercado de distribución de radiodifusión por cable.

VISTO:

El Expediente N° 002-2017-CCP-ST/CD, correspondiente al procedimiento iniciado de oficio contra la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN sobre actos de competencia desleal.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESA IMPUTADA

- RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN** es una empresa privada que obtuvo la concesión para la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable en el área que comprende la provincia de Pisco, departamento de Ica, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 588-2006-MTC/03 de fecha 21 de julio de 2006. Cabe indicar que, mediante Resolución Ministerial N° 067-2015-MTC/03 de fecha 20 de febrero de 2015, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el MTC) resolvió el mencionado contrato de concesión, aprobado por la Resolución Ministerial N° 588-2006-MTC/03, dejándolo sin efecto.

II. ANTECEDENTES

2. Mediante Oficio N° 0138-2013/CDA-INDECOPI, recibido el 11 de julio de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI (en adelante, la Secretaría Técnica de la CDA) puso en conocimiento del OSIPTEL las Resoluciones N° 0023-2012/CDA-INDECOPI y N° 1224-2013/TPI-INDECOPI del 16 de enero de 2012 y del 12 de abril de 2013, emitidas por la CDA y la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del INDECOPI (en adelante, la Sala del INDECOPI), respectivamente¹.

Cabe indicar que, a través de la Resolución N° 0023-2012/CDA-INDECOPI del 16 de enero de 2012 la CDA del INDECOPI resolvió sancionar con una multa de 40.50 UIT a RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN por infracción al Derecho de Autor y Derechos Conexos al haber retransmitido cuarenta y un (41) señales o emisiones sin la autorización correspondiente, lo cual fue confirmado en segunda instancia administrativa por la Sala del INDECOPI a través de la Resolución N° 1224-2013/TPI-INDECOPI, al resolver la apelación presentada por la mencionada empresa.

3. Mediante Resolución N° 1 del 24 de octubre de 2013, el Vigésimo Cuarto Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado admitió la demanda contenciosa administrativa presentada por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN a fin de que se declare la nulidad de la Resolución N° 1224-2013/TPI-INDECOPI.
4. Al respecto, a través de la Resolución N° Diez de fecha 27 de abril de 2016, el mencionado Juzgado declaró infundada en todos sus extremos la demanda interpuesta por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, lo cual fue posteriormente confirmado por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado a través de la Resolución N° Quince del 6 de diciembre de 2016, que resolvió la apelación presentada por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN.
5. Mediante Resolución N° Dieciséis del 6 de marzo de 2017, emitida por el Vigésimo Cuarto Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado se dispuso el archivo definitivo del expediente.
6. A través de la Resolución de Consejo Directivo N° 072-2017-CD/OSIPTEL de fecha 1 de junio de 2017, se conformó el Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL, encargado de conocer y resolver los procedimientos de solución de controversias sobre libre y leal competencia a partir de dicha fecha, así como de continuar con la tramitación de los procedimientos de solución de controversias respecto de dichas materias que se encontraban a cargo de los Cuerpos Colegiados Ad-Hoc del OSIPTEL.
7. En el marco de sus funciones, con fecha 18 de agosto de 2017, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO) emitió el Informe N° 010-STCCO/2017 *“Investigación Preliminar: Presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de distribución de radiodifusión por cable”* (en adelante, Informe de Investigación Preliminar), a través del cual recomendó al Cuerpo Colegiado Permanente que disponga el inicio de un procedimiento de oficio contra la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, en tanto existirían indicios de que habría incurrido en la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de distribución de radiodifusión por

¹ Pronunciamientos recaídos bajo expediente N° 2136-2011/DDA.

cable, conducta tipificada en el literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

8. Por Resolución N° 001-2017-CCP/OSIPTEL de fecha 22 de agosto de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente dispuso el inicio de un procedimiento de oficio contra la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN 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 literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal².
9. Con fecha 5 de setiembre de 2017, RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN presentó sus descargos señalando, entre otros, que el inicio de un procedimiento de oficio en su contra no guarda relación con el respeto al debido proceso ni a los derechos constitucionalmente reconocidos, siendo que se trataría de una denuncia maliciosa en su contra, realizada por razones políticas. Asimismo, indicó que en el presente caso no existe afectación al interés del usuario ni de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, más aún cuando resultaría materialmente imposible que RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN pueda estar en una situación de privilegio respecto a empresas como América Móvil Perú S.A.C. y Telefónica del Perú S.A.A.³.
10. Por Resolución N° 002-2017-CCP/OSIPTEL, de fecha 12 de setiembre de 2017, el Cuerpo Colegiado Permanente resolvió tener por presentado y agregar al expediente, el escrito de fecha 5 de setiembre de 2017, remitido por la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN; y, dio inicio a la etapa de investigación, a cargo de la STCCO por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario.
11. Como parte de su labor de instrucción, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 74° del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias), el 19 de octubre de 2017, la STCCO dirigió el Oficio N° 238-STCCO/2017 a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal (en adelante, Secretaría Técnica de la CCD) 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 literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión

² Adicionalmente, la referida resolución dispuso lo siguiente: i) que el procedimiento sea tramitado como una controversia que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 68° y siguientes del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD-OSIPTEL y sus modificatorias; y, ii) agregar al expediente, el Informe N° 010-STCCO/2017 elaborado por la STCCO, poniéndolo en conocimiento de RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN conjuntamente con la Resolución N° 001-2017-CCP/OSIPTEL, a fin de que presente sus descargos en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de notificada la referida resolución.

³ La empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN adjuntó los siguientes medios probatorios:

- (i) Oficio N° 234-2013-2014-DP-CD/CR de fecha 14 de noviembre de 2013, mediante el cual el Oficial Mayor del Congreso de la República remite una constancia que acredita que el Poder Judicial y la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales declararon el archivo definitivo del proceso de investigación, así como la improcedencia de la denuncia constitucional 88, formulada contra la ex congresista Celia Anicama Ñañez.
- (ii) Informe N° 005-2016/DDA-INDECOPI, elaborado por la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI.
- (iii) Resolución N° 08 del 11 de julio del 2016, emitida por la corte Superior de Justicia de la Sala Penal de Apelaciones de Chíncha y Pisco, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por la empresa América Móvil Perú S.A.C. contra la resolución que declara infundada la petición de clausura total de la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN.
- (iv) Dos (02) Videos.

de Competencia Desleal.

12. En respuesta a dicho requerimiento, a través del Oficio N° 065-2017/CDD-INDECOPI, recibido el 31 de octubre de 2017, la Secretaría Técnica de la CCD del INDECOPI presentó el informe solicitado, señalando lo siguiente:

- (i) El supuesto regulado en el literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal establece claramente dos requisitos para la configuración de la infracción. El primer requisito consiste en la existencia de un pronunciamiento “previo y firme” de la autoridad sectorial que declaró la responsabilidad por el incumplimiento del marco legal dentro del cual se inserta su actividad económica, siendo que en caso se cumpla con el primer requisito, corresponderá que la autoridad evalúe si el denunciado obtuvo una ventaja competitiva significativa producto de dicha infracción.
- (ii) Ni la CCD ni la Sala Especializada en Defensa de la Competencia 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.
- (iii) Respecto a los actos de violación de normas por infracción al inciso a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, adjuntó jurisprudencia en la cual tanto la Sala y la CCD, desarrollan los criterios interpretativos que vienen aplicando en dichos casos para la generalidad de mercados y agentes económicos⁴.

13. Asimismo, mediante Oficio N° 005-STCCO/2018, remitido el 18 de enero de 2018, la STCCO solicitó a la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN presentar la siguiente información, conforme a los formatos adjuntos al referido oficio:

- (i) Formato 1, que contiene los siguientes elementos: a) fecha de inicio de operaciones, zonas geográficas a nivel distrital donde brinda el servicio de televisión por cable, especificando si cada zona es provista por diferentes cabeceras, así como la tecnología o modalidad de prestación del servicio, y b) los paquetes, la tarifa, el número y el tipo de canales que ofrece en cada una de las zonas donde tiene cobertura, así como la lista detallada de dichos canales.
- (ii) Formato 2, que contiene el nombre de las empresas de televisión por cable con las que compite en las áreas geográficas, a nivel distrital, donde opera.
- (iii) Reportar el total de los ingresos brutos relativos a todas las actividades económicas realizadas por su representada durante el año 2017 (expresado en soles).

14. En atención al Oficio N° 005-STCCO/2018, el 25 de enero de 2018 la empresa RADIO

⁴ Se adjuntaron copias de las siguientes resoluciones:

- Resolución N° 0895-2011/SC1-INDECOPI del 20 de abril de 2011.
- Resolución N° 1035-2011/SC1-INDECOPI del 19 de mayo de 2011.
- Resolución N° 117-2014/CCD-INDECOPI del 28 de mayo de 2014.
- Resolución N° 252-2014/CCD-INDECOPI del 29 de setiembre de 2014.
- Resolución N° 0303-2015/SDC-INDECOPI del 28 de mayo de 2015.

Y TELEVISIÓN ORIÓN presentó un escrito señalando que desde el 21 de febrero del año 2015 ya no prestaba el servicio público de distribución de radiodifusión por cable, debido a que mediante Resolución Ministerial N° 067-2015-MTC/03 del 20 de febrero de 2015, el MTC resolvió su Contrato de Concesión aprobado por Resolución Ministerial N° 588-2006-MTC/03. En consecuencia, informó que no podía atender el requerimiento de información formulado.

15. Como resultado de sus actuaciones de instrucción, el 28 de febrero de 2018, la STCCO emitió el Informe Instructivo N° 003-STCCO/2018 (en adelante, el Informe Instructivo), a través del cual recomendó al Cuerpo Colegiado Permanente que declare la responsabilidad administrativa de la empresa RADIO Y TELEVISIÓN, al haber incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción prevista en el inciso a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal. Asimismo, cabe indicar que la STCCO expuso los siguientes argumentos:
 - i) La normativa de derecho de autor infringida -artículo 39° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo N° 822- referida a la retransmisión ilícita de señales tiene carácter imperativo.
 - ii) Conforme a la información obtenida respecto a la empresa imputada, quedó acreditada la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia (Sala del INDECOPI) que determina la infracción a los derechos de autor, y que dicho pronunciamiento no se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa.
 - iii) RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN efectuó un uso no autorizado de diversas señales que le habría generado un ahorro de costos ilícito.
 - iv) Asimismo, el uso ilícito de diversas señales de programación y el presunto ahorro de costos obtenido por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, la colocaron 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.

En atención a ello, de acuerdo a lo establecido en el artículo 52° de la Ley de Competencia Desleal, la STCCO recomendó al Cuerpo Colegiado Permanente en su Informe Instructivo que, sancione a RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN con una multa de hasta 50 UIT o el 10% de sus ingresos brutos por todas sus actividades comerciales del año 2017, por la comisión de una infracción leve.

16. Por Oficio N° 057-STCCO/2018 de fecha 2 de marzo de 2018, la STCCO puso en conocimiento del Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL, el Informe Instructivo N° 003-STCCO/2018 emitido el 28 de febrero de 2018.
17. A través de Resolución N° 010-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 2 de marzo de 2018, el Cuerpo Colegiado Permanente dispuso poner en conocimiento de RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN el Informe Instructivo elaborado por la STCCO y otorgarle un plazo de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de notificada dicha resolución para que presenten sus comentarios y alegatos por escrito
18. El 6 de marzo de 2018, a través de Oficio N° 062-STCCO/2018, la STCCO cumplió con notificar a la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN la Resolución N° 010-2018-

CCP/OSIPTEL.

19. A la fecha, la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN no presentó comentarios o alegatos al Informe Instructivo emitido por la STCCO⁵.

III. POSICIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN EN EL PROCEDIMIENTO

20. Mediante escrito presentado el 5 de setiembre de 2017, la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN realizó sus descargos señalando lo siguiente:

- (i) En el presente caso, no existe afectación al interés de los usuarios ni al de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.
- (ii) La única denuncia presentada en contra de RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN fue realizada por razones políticas contra la ex congresista Elsa Celia Anicama Ñañez, pues creyeron que era la titular de la empresa.
- (iii) Las empresas denunciantes que se consideren afectadas por actos de competencia desleal deben acreditarlo, además de demostrar que cuentan con una inscripción en el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del INDECOPI, de acuerdo a lo señalado en el Informe N° 005-2016/DDA-INDECOPI⁶.
- (iv) No puede considerarse que RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN obtuvo beneficios o afectó a otras empresas, debido a que es materialmente imposible que pueda compararse con empresas como América Móvil S.A.C. y Telefónica del Perú S.A.A. por la cantidad de clientes, cantidad de propaganda y el posicionamiento comercial nacional e internacional que éstas últimas tienen.
- (v) El inicio de un procedimiento de oficio en su contra no se condice con el respeto al principio del debido proceso, así como tampoco con el derecho del trabajo y el respeto al libre mercado.

21. Por su parte, en atención al requerimiento formulado mediante Oficio N° 005-STCCO/2018, el 25 de enero de 2018 la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN presentó un escrito señalando que desde el 21 de febrero del año 2015 ya no prestaba el servicio público de distribución de radiodifusión por cable, debido a que mediante Resolución Ministerial N° 067-2015-MTC/03 del 20 de febrero de 2015, el MTC resolvió su Contrato de Concesión aprobado por Resolución Ministerial N° 588-2006-MTC/03. En consecuencia, informó que no podía atender el requerimiento de información formulado.

⁵ Cabe indicar que, RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN tenía plazo hasta el 27 de marzo de 2018 para presentar comentarios o alegatos al Informe Instructivo.

⁶ Al respecto, RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN hace referencia al Informe N° 005-2016/DDA-INDECOPI, por el cual la Dirección de Derechos de Autor del INDECOPI señala ser la autoridad a cargo del Registro Nacional del Derecho de Autor y Derechos Conexos. Asimismo, indicó que, las empresas Telefónica Multimedia S.A.C., Directv Perú S.R.L. y América Móvil S.A.C., que brindan el servicio de cable no han registrado ante la Dirección, los contratos de autorización por el uso de emisiones de terceros ni algún documento sobre las emisiones respecto de las cuales podrían ostentar titularidad; no obstante, el INDECOPI señaló que no resulta obligatorio el registro de esta documentación, pues los derechos del autor se encuentran protegido por el ordenamiento legal desde su creación o publicación.

IV. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS

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

22. De acuerdo a la Ley de Represión de 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 deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado⁷.
23. Una modalidad de actos desleales se encuentra establecida expresamente en el artículo 14^o 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 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. (...)” (Énfasis agregado).

24. 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.
25. 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

⁷ Ley de Represión de 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.

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. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas.1999. Pg. 432.

concurrentes: (i) una conducta consistente en la infracción de una norma imperativa, y (ii) un efecto real o potencial que radica en la consecución de una ventaja competitiva significativa como resultado de la infracción.

26. Asimismo, cabe indicar que el citado artículo regula dos modalidades del acto de violación de normas¹⁰.
27. 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 con ello, es preciso señalar que la ley establece que debe 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.
28. 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 venta significativa en el mercado en el que participa.
29. Cabe precisar que en el presente procedimiento, el Cuerpo Colegiado Permanente ha imputado a la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN la comisión de actos de violación de normas, correspondientes al primer supuesto antes señalado, esto es, 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.
30. En tal sentido, a continuación se analizará la imputación antes señalada.

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

31. 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 Competencia Desleal, se requiere lo siguiente:

- (i) que la norma que se haya infringido sea una norma de carácter imperativo;

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

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.

- (ii) la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción y que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión, y
- (iii) verificar que mediante dicha infracción se haya generado una ventaja significativa para el infractor.

(i) El carácter imperativo de la norma infringida

32. 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.
33. 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.
34. Al respecto, de la revisión jurisprudencial efectuada puede observarse que los pronunciamientos tanto del OSIPTEL¹⁵ como del INDECOPI¹⁶ 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 habilita la aplicación de la normativa de represión de la competencia desleal a fin de tutelar el proceso competitivo.
35. De otro lado, debe considerarse que, de acuerdo al artículo 168¹⁷ del Decreto Legislativo N° 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

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 Al respecto, revisar las Resoluciones N° 016-2005-CCO/OSIPTEL (expediente N° 007-2004-CCO-ST/CD), N° 011-2005-CCO/OSIPTEL (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), N° 015-2005-CCO/OSIPTEL (expediente 009-2005-CCO-ST/CD), N° 008-2005-CCO/OSIPTEL (expediente 002-2005-CCO-ST/CD), N° 011-2011-CCO/OSIPTEL (expediente 003-2011-CCO-ST/CD), N° 008-2011-CCO/OSIPTEL (expediente 004-2011-CCO-ST/CD), N° 006-2014-CCO/OSIPTEL (expediente 004-2013-CCO-ST/CD) y N° 008-2015-CCO/OSIPTEL (expediente 005-2014-CCO-ST/CD) en virtud a las cuales se indicó que la retransmisión de señales sin la autorización de sus titulares configuraba una infracción a la normativa imperativa de derechos de autor.

¹⁶ Por ejemplo, en la Resolución N° 1573-2008/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N° 0237-2007/CCD, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI 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 aquel 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.

¹⁷ **Decreto Legislativo N° 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.”

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.

36. En atención a ello, mediante Oficio N° 005-2011/SPI-INDECOPI¹⁸ del 27 de junio de 2011, la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI señaló que tanto **el Decreto Legislativo N° 822 como la Decisión de la Comunidad Andina N° 351 tienen carácter imperativo**, fundando esta opinión en la protección constitucional de la creación intelectual (numeral 8 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú) y la obligación internacional del Gobierno Peruano de brindar protección a los derechos de autor y conexos derivados de los diversos acuerdos multinacionales.
37. 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 CDA del INDECOPI, y por ende su opinión respecto a la norma que administra resulta vinculante para el presente caso.
38. En atención a ello, este Cuerpo Colegiado Permanente estima pertinente considerar a la normativa de derecho de autor¹⁹ 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) La decisión previa y firme de la autoridad competente que no sea materia de un proceso contencioso administrativo pendiente de resolver

39. Con fecha 16 de enero de 2012, mediante Resolución N° 0023-2012/CDA-INDECOPI, la CDA del INDECOPI resolvió sancionar a la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN 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 un (41) emisiones sin contar con la respectiva autorización de los proveedores, siendo algunos de estos los siguientes: “CDN MI HOGAR”, “FRECUENCIA LATINA”, “AMERICA TELEVISION”, “PANAMERICANA”, “ANTENA LATINA”, “TV PERU”, “LA TELE”, “ATV”, “CITY TV”, “ARGENTINISIMA SATELITAL”, “ENALCE”, entre otros, infracciones previstas en el artículo 140° literal a) y en el artículo 37° del Decreto Legislativo N° 822, Ley de Derecho de Autor²⁰. En consecuencia, resolvió sancionar a RADIO Y TELEVISIÓN ORION con una multa ascendente a 40.5 UIT.

¹⁸ Información tomada del Expediente 003-2011-CCO-ST/CD, controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y T.V.S. Satelital S.A.C.

¹⁹ El artículo 39° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina y el artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo 822.

²⁰ **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.”

40. Con motivo del recurso de apelación interpuesto por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, la Sala del INDECOPI, mediante Resolución N° 1224-2013/TPI-INDECOPI del 12 de abril de 2013, resolvió confirmar la resolución N° 0023-2012/CDA-INDECOPI en todos sus extremos²¹.
41. Asimismo, como parte de las actuaciones realizadas por la STCCO, se consultó el expediente judicial N° 04595-2013-0-1801-SP-CA-08 a través del portal web del Poder Judicial, advirtiéndose que si bien la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN interpuso demanda contencioso administrativa contra la Resolución N° 1224-2013/TPI-INDECOPI, ésta fue desestimada, disponiéndose mediante Resolución Número Dieciséis del Vigésimo Cuarto Juzgado Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado, de fecha 6 de marzo de 2017, el archivo definitivo del expediente.
42. Por tanto, a la fecha, la Resolución N° 1224-2013/TPI-INDECOPI es un acto válido y firme, debido a que no se ha producido un supuesto que desvirtúe la presunción de validez del referido acto administrativo. En atención a lo expuesto, ha quedado acreditado la decisión previa y firme de autoridad competente respecto a la infracción a la normativa de Derecho de Autor cometida por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN.

4.2.1. Sobre los cuestionamientos realizados por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN

43. En su escrito de descargos a la imputación formulada, la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN cuestionó, entre otros aspectos, que las denuncias en su contra se deben a razones políticas, así como la existencia de una supuesta vulneración al principio del debido proceso, del derecho del trabajo y el respeto al libre mercado. Además, argumentó que los actos de competencia desleal materia de investigación deberían ser acreditados por las empresas afectadas por actos de competencia desleal, para lo cual deben encontrarse inscritas en el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos del INDECOPI. Por último, indicó que es materialmente imposible que pueda compararse con empresas como América Móvil S.A.C. y Telefónica del Perú S.A.A.
44. Sobre el particular, este Cuerpo Colegiado Permanente comparte lo señalado por la STCCO en su Informe Instructivo, respecto a que los argumentos expuestos por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN referidos a que las denuncias en su contra se deben a razones políticas, no desvirtúan la imputación de cargos efectuada en su contra por la presunta infracción del literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Competencia Desleal.
45. Asimismo, respecto a que el inicio del presente procedimiento de oficio en contra de RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN transgrede el principio de debido procedimiento, es necesario indicar que, dicho principio establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG)²² señala que los administrados gozan de todos los derechos y garantías

²¹ Cabe indicar que, a diferencia de la CDA, que en su Resolución N° 0023-2012/CDA-INDECOPI resolvió sancionar a RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN por la retransmisión de cuarenta y un (41) emisiones sin autorización, la Sala Especializada en Propiedad Intelectual señaló en la Resolución N° 1224-2013/TPI-INDECOPI que se desconoce la cantidad total de obras que han sido materia de comunicación pública por parte de RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, considerando el número de canales de televisión -42- para el cálculo de la multa; no obstante, resolvió confirmando la Resolución N° 0023-2012/CDA-INDECOPI en todos los extremos.

²² **TUO de la LPAG**

inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Así, el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador basado en los indicios razonables de la presunta comisión de actos de competencia desleal, los cuales se detectaron en el Informe de Investigación Preliminar, no vulnera el principio de debido procedimiento.

46. En relación a lo indicado por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, respecto a la acreditación que deben efectuar las empresas afectadas para presentar una denuncia por actos de competencia desleal, es necesario precisar que en el presente caso el procedimiento administrativo se inició de oficio al verificarse la existencia de indicios de la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas y no a causa de una denuncia de parte. Asimismo, cabe recordar que, de acuerdo a la Ley de Represión de Competencia Desleal, no se requiere acreditar un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente o los consumidores para determinar la existencia de un acto de competencia desleal, siendo que, la mencionada norma también señala que el denunciante no requiere acreditar la condición de competidor o consumidor vinculado, siendo suficiente que se reputa afectado efectiva o potencialmente por los actos de competencia desleal que denuncia²³.
47. Finalmente, cabe precisar que el presente procedimiento administrativo no está dirigido a acreditar el daño a un competidor específico; lo que el procedimiento busca es verificar si ha existido un aprovechamiento indebido en el mercado de cable por parte de la empresa investigada, al obtenerse 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.

4.2.2. El período de la retransmisión ilícita

48. Conforme a los argumentos señalados anteriormente, los hechos acreditados dentro del procedimiento del INDECOPI no serán cuestionados en este procedimiento, en la medida que el presente no versa sobre la infracción a la normativa de derechos de

“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:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- *Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.*

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.”

23

Ley de Represión de la Competencia Desleal

“Artículo 7°.- Condición de ilicitud.-

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

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

“Artículo 28°.- Formas de iniciación del procedimiento.-

(...)

28.2.- En el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio. Quien presente una denuncia de parte no requerirá acreditar la condición de competidor o consumidor vinculado al denunciado, bastando únicamente que se reputa afectado efectiva o potencialmente por el acto de competencia desleal que denuncia.”

autor. En tal sentido, el análisis de los presuntos actos desleales realizados por la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN se llevará a cabo a partir de los hechos correspondientes a la infracción de la normativa de derechos de autor y conexos, considerados y sancionados en el procedimiento seguido ante el INDECOPI.

49. Al respecto, si bien en las Resoluciones N° 0023-2012/CDA-INDECOPI y N° 1224-2013/TPI-INDECOPI no se señala expresamente el periodo durante el cual se habrían producido las infracciones, anteriores pronunciamientos del INDECOPI²⁴ 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 pronunciamientos²⁵, también los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL y el Tribunal de Solución de Controversias han considerado el mismo periodo utilizado por el INDECOPI, dado que, como se ha señalado, no corresponde al OSIPTEL variar los hechos acreditados por el INDECOPI.
50. En tal sentido, dado que la fecha del acta de inspección considerada por el INDECOPI para sancionar a la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN corresponde al 4 de noviembre de 2011, ésta se tomará en cuenta como la fecha de inicio de la infracción y para la ventaja significativa.
51. De otro lado, es preciso señalar que dentro de dichos procedimientos tramitados por el INDECOPI no se ha considerado otro medio probatorio que acredite el cese de la conducta hasta antes del inicio del procedimiento.
52. Asimismo, es preciso tener en consideración que dichos procedimientos seguidos ante el INDECOPI fueron iniciados 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 pronunciamientos anteriores del Cuerpo Colegiado del OSIPTEL²⁶.
53. En tal sentido, en el caso de la empresa RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN debe considerarse como periodo de la infracción sancionada por el INDECOPI, el comprendido entre el 4 de noviembre de 2011 (fecha en que se realizó la inspección llevada a cabo por el INDECOPI) y 8 de noviembre de 2011 (fecha en que se inició el procedimiento de oficio por el INDECOPI).
54. Ahora bien, resulta importante precisar que, para este caso en particular, el periodo de

²⁴ Véase la Resolución N° 0532-2011/CDA-INDECOPI (Expediente N° 00909-2011/DDA), la Resolución N° 0204-2011/CDA-INDECOPI (Expediente N° 002370-2010/DDA) y la Resolución N° 0350-2012/CDA-INDECOPI (Expediente N° 00228-2012/DDA).

²⁵ 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)

²⁶ Véase las Resoluciones del Cuerpo Colegiado Permanente N° 004-2017-CCP/OSIPTEL (Expediente N° 004-2016-CCO-ST/CD), N° 005-2017-CCP/OSIPTEL (Expediente N° 007-2016-CCO-ST/CD) y N° 006-2017-CCP/OSIPTEL (Expediente N° 008-2016-CCO-ST/CD).

comisión de infracción evaluado -comprendido entre la fecha en la que se realizó la supervisión y el inicio de oficio del procedimiento ante el INDECOPI-, constituye un criterio conservador, debido a que la supervisión verifica un hecho preexistente al no existir certeza absoluta de la fecha real a partir de la cual el infractor realizó la retransmisión ilícita. En efecto, dado que no se cuenta con una fecha que acredite el momento exacto a partir del cual la empresa investigada empezó a retransmitir ilícitamente las señales, la fecha de supervisión es utilizada como fecha de inicio de la infracción, pese a que ésta incluso pudo haberse desarrollado con anterioridad a la supervisión.

(iii) Análisis de la ventaja significativa ilícita obtenida

55. Conforme ha sido 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.
56. En tal sentido, este Cuerpo Colegiado concuerda con la STCCO en que resulta necesario determinar los criterios pertinentes para establecer que una infracción a una norma imperativa ha generado una ventaja significativa para RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN y, posteriormente, evaluar si dicha ventaja le ha generado 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 cual por sí mismo, no reviste carácter desleal²⁷.
57. En relación con los criterios necesarios para determinar si se está frente a una ventaja significativa, debe señalarse que ésta se refiere a una ventaja competitiva. En ese sentido, Massaguer señala que una ventaja competitiva significativa 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 mercado²⁸.
58. En similar sentido se observa que en diversos pronunciamientos²⁹ 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 demanda el cumplimiento del marco normativo.
59. Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal señala que la infracción a la norma imperativa será considerada desleal, únicamente, cuando genere una ventaja significativa. Para ello, se evaluará la mejor posición

²⁷ Al respecto, revisar la Sentencia del Tribunal Supremo Español Nº 512/2005 de fecha 24 de junio de 2005, recaída sobre el Recurso de Casación Nº 226/1999.

²⁸ MASSAGUER, José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas.1999. Pg. 439.

²⁹ Al respecto, revisar las siguientes resoluciones Nº 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.

competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

60. Cabe señalar que los “Lineamientos para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones”³⁰ elaborados por el OSIPTEL (en adelante, los Lineamientos sobre Competencia Desleal del OSIPTEL) señalan lo siguiente:

“Así, por ejemplo, los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL han considerado que la ventaja competitiva puede determinarse en función a la disminución en sus costos de producción o de un acceso privilegiado al mercado. El ahorro de costos del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa le permite alterar las condiciones de competencia, pudiendo así mejorar su posición competitiva en el mercado, a través de una reducción de sus precios, por ejemplo. De este modo, para acreditarse la ventaja competitiva no será indispensable verificar un resultado en el mercado, como por ejemplo, una mayor clientela o el incremento de la participación de mercado del infractor, sino la ventaja que le habilita a lograr, potencial o efectivamente, ese resultado”

61. De la revisión efectuada, este Cuerpo Colegiado Permanente concluye 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, por ejemplo, ofreciendo precios más bajos de los que podría ofrecer si cumpliera con la normativa, que no responden a una eficiencia comercial, sino a la infracción de una norma.
62. Al respecto, debe precisarse que cuando una empresa ofrece un servicio sin internalizar los costos mínimos que el marco normativo le impone para el ofrecimiento del mismo, podría estar ofertando sus servicios a un precio menor al que podría ofrecerlo una empresa que sí cumple con éste. Asimismo, esta empresa, que no internaliza todos los costos que legalmente debería asumir, podría aprovechar ese ahorro de costos ilícito para obtener mayores márgenes de ganancia, lo cual a su vez le genera una ventaja sobre sus competidores que sí cumplen con el marco normativo.
63. De lo anterior, se obtiene como resultado que el precio ofertado, o una mayor ganancia, no sería producto de un proceso productivo o de una gestión más eficiente, sino que sería obtenido a raíz de la violación de normas, observándose entonces que este precio más bajo y/o margen de ganancia más elevado se convierte en una señal errónea para el mercado³¹.
64. Cabe destacar que la ventaja significativa obtenida por una empresa que incurre en una conducta de violación de normas puede expresarse en una mejor posición competitiva en el mercado a partir de una mayor preferencia de los usuarios y/o un incremento en sus ingresos. Sin embargo, tal como indican los Lineamientos sobre Competencia Desleal del OSIPTEL, la verificación de un mayor número de clientes y/o mayores ingresos no resulta indispensable para determinar una ventaja significativa y

³⁰ Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de represión de la competencia desleal en el ámbito de las telecomunicaciones, aprobados por Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 007-2016-TSC/OSIPTEL. Publicados en el Diario Oficial El Peruano el 24 de junio de 2016 mediante Resolución de Consejo Directivo N° 077-2016-CD/OSIPTEL.

³¹ Un razonamiento similar ha sido recogido en la Resolución N° 009-2005-TSC/OSIPTEL.

como consecuencia de esto, una conducta de violación de normas. En esta misma línea, amplia jurisprudencia sostiene que simplemente el ahorro de costos generado por un incumplimiento al marco normativo constituye por sí misma la ventaja significativa, ya que pone a la infractora en una mejor posición en el mercado respecto de sus competidoras.

65. 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), producto de un precio artificialmente bajo que no refleja los costos reales, lo cual resultaría lesivo para el proceso competitivo.
66. Al respecto, de acuerdo a la información remitida por el INDECOPI, RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN retransmitió ilícitamente 41 señales³².
67. En atención a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que se deben evaluar los siguientes hechos: (i) que la empresa investigada haya tenido un acceso no autorizado a señales de transmisión, y (ii) que dicho acceso le haya generado un evidente ahorro de costos ilícito. Por tanto, corresponde evaluar si dicho acceso y el ahorro de costos ilícito se traduce en una ventaja significativa para la empresa investigada, de acuerdo a lo establecido en la normativa de represión de competencia desleal.
68. En relación al ahorro de costos, 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 cable³³. En ese sentido, la retransmisión de la totalidad o casi la totalidad de la parrilla de programación sin pagar los respectivos derechos, tal como ha ocurrido con la empresa investigada, constituye claramente un ahorro importante de costos.
69. En tal sentido, observamos que RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN habría “ahorrado” el monto que equivaldría el pagar la licencia de hasta 41 señales de programación, al menos durante el período del 4 al 8 de noviembre de 2011.
70. Asimismo, también constituye un ahorro para RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, el haber dejado de pagar, durante el mismo periodo, el monto correspondiente a la sociedad de gestión colectiva encargada de representar los derechos de propiedad intelectual de los productores de obras y producciones audiovisuales.
71. Ahora bien, un primer paso para determinar los costos ahorrados por la empresa imputada, producto de la retransmisión ilícita de señales determinado por el INDECOPI, es calcular el costo de cada una de dichas señales³⁴.
72. De esta manera, al no contarse con la información completa de los precios o costos de las señales que han sido retransmitidas ilícitamente por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, se ha considerado conveniente emplear información de otras empresas

³² De acuerdo a la Resolución N° 0023-2012/CDA-INDECOPI, confirmada en todos sus extremos por la Resolución de la Sala de Indecopi N° 1224-2013/TPI-INDECOPI.

³³ 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”.

³⁴ Precisamente, este aspecto puede resultar complejo en la medida que las empresas programadoras de señales suelen manejar con reserva la información de los cobros establecidas a las empresas de televisión de paga.

operadoras del servicio de distribución de radiodifusión por cable, que ha sido remitida a la STCCO, en el marco de los procedimientos seguidos en contra de éstas. En este sentido, tanto para el Informe Instructivo como para la presente resolución, se ha obtenido información de los costos de las señales de las siguientes fuentes:

- i) Los contratos y autorizaciones suscritas entre CATV Systems E.I.R.L y diversos programadores de contenido que obran en el Expediente N° 008-2016-CCO-ST/CD;
- ii) La información proporcionada por las empresas Cableunión S.A.C y Señal Digital Latina S.A.C. en el Expediente N° 009-2016-CCO-ST/CD;
- iii) La información proporcionada por la empresa Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L. en el Expediente N° 005-2014-CCO-ST/CD; y,
- iv) La información proporcionada por Telefónica Multimedia S.A.C., descrita en la Resolución de la CDA N° 532-2011/CDA-INDECOPI, recaída bajo Expediente N° 01236-2009/DDA.

73. Asimismo, cabe destacar que, la empresa Fox Latin American remitió el costo de los canales que distribuye a través de la Comisión de Lucha Contra los Delitos Aduaneros y la Piratería mediante Oficio N° 203-2017-PRODUCE/CLCDAP³⁵.
74. Al respecto, la empresa Fox Latin American señaló que dichos costos son los establecidos para empresas de televisión de paga que recién inician en el mercado. Además, la mencionada empresa indicó a la STCCO, que los costos correspondientes a los paquetes Básico y Premium deben ser entendidos como una **“unidad”**, esto es, que **no son paquetes divisibles** en tanto no es posible disgregar la tarifa ni los costos por cada canal.
75. Por tanto, la empresa señala que si se da un uso no autorizado de la señal de uno o dos canales de alguno de sus paquetes, es como si se estuviera dando un uso no autorizado de la señal de todos los canales que conforman ese paquete, en tanto no es posible conocer el costo por cada canal de manera individual, al no comercializarse de manera separada.
76. De otro lado, de la revisión de los contratos a los que este Cuerpo Colegiado Permanente ha tenido acceso, se observa que existen distintas formas de establecer los cobros a las empresas de televisión de paga. Así, algunos cobros son establecidos como un pago por suscriptor de forma mensual, otros son establecidos como un monto fijo mensual, y otros como un monto fijo mensual por cabecera³⁶.
77. Ahora bien, en el caso de los cobros establecidos por suscriptor se observa que en algunos casos los programadores consideran un monto mínimo garantizado, mientras que en otros casos, se consideran incrementos anuales en el pago o en el monto

³⁵ Cabe indicar que, el Cuerpo Colegiado Permanente declaró confidencial la información previamente referida a través de la Resolución N° 002-2017-CCP/OSIPTEL de fecha 19 de junio de 2017, recaída en el expediente N° 004-2016-CCO-ST/CD, debido a que dicha información detallaba los términos contractuales que son incluidos en convenios de naturaleza privada. Asimismo dicha Resolución fue incorporada a los expedientes N°s 005-2016-CCO-ST/CD, 006-2016-CCO-ST/CD, 007-2016-CCO-ST/CD, 008-2016-CCO-ST/CD y 009-2016-CCO-ST/CD.

³⁶ Una cabecera es el lugar donde se sitúan los equipos de recepción, procesamiento y transmisión de las señales de televisión de una empresa de televisión de paga.

mínimo garantizado, ya sea que éste se haya establecido como un pago fijo mensual o como un pago mensual por suscriptor.

78. Al respecto, dada la dificultad para obtener de información exacta de los precios que hubiera debido pagar la empresa investigada por cada una de las señales retransmitidas de forma ilícita, para el cálculo de la ventaja significativa, se ha considerado determinados supuestos, los cuales en todos los casos representan el escenario más favorable para la empresa investigada, de acuerdo con las siguientes consideraciones:
- En el caso de las señales de las que se cuenta con más de una fuente de información respecto al pago por la autorización para la retransmisión, se considera el menor precio.
 - Si los precios están establecidos por suscriptor, pero consideran un monto mínimo garantizado, y dicho monto mínimo es mayor al monto real calculado, este mínimo no es tomado en cuenta, y sólo se considera el pago por los suscriptores que realmente tenga la empresa.
 - Si el precio por las señales se ha establecido con incrementos anuales se considera siempre el costo más bajo (normalmente el del primer año).
 - Si el precio de la señal o señales se ha establecido como un monto fijo por cabecera, se considera que la empresa tiene una única cabecera, en la medida que no se tiene información respecto al número de cabeceras de cada empresa, a menos que se tenga evidencia de que la empresa posee más de una cabecera.
 - No se considera el Impuesto General a las Ventas (IGV), en la medida que las señales internacionales son pagadas en cuentas en el extranjero, y sólo dos canales nacionales requieren pago por la retransmisión de sus señales, por lo que dicho concepto tributario no sería significativo respecto al costo total evitado por las empresas.
79. De esta manera, los precios de las señales con los que hasta la fecha se cuenta, y que serán considerados para el cálculo del costo evitado se listan en el ANEXO N° 1 de la presente resolución.
80. Asimismo, es preciso indicar que este Cuerpo Colegiado Permanente considera que es importante tener en cuenta que una parte importante de los contenidos que son retransmitidos por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN son licenciados por los programadores de forma empaquetada, y no de forma individual.
81. Al respecto, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que, dada la forma en que se comercializan los canales expuestos arriba, cuando una empresa de televisión paga retransmite una señal sin autorización, que no es licenciada de forma individual, evita el costo del paquete de canales completo, ya que en una situación de total legalidad no existe la forma de estar autorizado para retransmitir únicamente una señal. Es decir, el ahorro de costos, y por tanto la ventaja significativa, que logra una empresa de televisión de paga que retransmite uno o más canales que sólo se licencian de forma empaquetada, sin llegar a retransmitir todas las señales incluidas en el paquete, es el precio total del paquete, no pudiendo establecerse un precio proporcional al número de señales retransmitidas de forma ilícita respecto del precio total del paquete.
82. Además, repartir el costo total del paquete entre el número de canales no necesariamente reflejaría el costo de producir cada canal, ni las preferencias del

mismo, los cuales pueden ser muy variables. Así por ejemplo, la ventaja que obtiene una empresa que retransmite ilícitamente un canal como Fox Sports, respecto de aquella que lo hace estando autorizada, es el precio del paquete de canales que incluye a Fox Sports, y no un costo proporcional al precio del paquete.

83. Por tanto, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que de la información recabada durante la etapa de instrucción del presente procedimiento, no resulta correcto considerar el costo de los paquetes como unidades divisibles, en tanto no es posible disgregar las tarifas y costos por cada canal. En efecto, tanto de la revisión de los contratos suscritos entre programadores de contenido y cable operadoras a los que este Cuerpo Colegiado ha tenido acceso, así como de lo señalado por la propia Fox Latin American en el requerimiento de información formulado, puede concluirse que la forma correcta de calcular el ahorro ilícito realmente obtenido por las infractoras debe partir de considerar los costos de los paquetes como una unidad.
84. De otro lado, resulta necesario señalar que en las resoluciones que resuelven sancionar a empresas de radiodifusión por cable por la retransmisión ilícita de señales –así como en el caso de las resoluciones que sancionaron a la empresa imputada–, tanto la CDA como la Sala del INDECOPI manifiestan expresamente que ni el provecho ilícito obtenido por las infractoras, ni el daño ocasionado a los titulares de derechos de autor y/o conexos, pueden ser obtenidos con exactitud, por lo cual establecen el monto de media Unidad Impositiva Tributaria (0.5) UIT por cada emisión retransmitida sin la autorización correspondiente³⁷. No obstante, tanto la CDA y la Sala del INDECOPI reconocen que en otros casos, de contar con mayor información, se podrá determinar un monto mayor al considerar el precio real de acceso a una emisión.
85. En este sentido, este Cuerpo Colegiado Permanente discrepa del criterio expresado por el Tribunal de Solución de Controversias en sus Resoluciones N° 001-2016-TSC/OSIPTEL (expediente N° 003-2013-CCO-ST/CD) y N° 002-2016-TSC/OSIPTEL (expediente N° 004-2013-CCO-ST/CD) de fechas 21 de marzo de 2016, en tanto el cálculo de la ventaja significativa ilícita obtenido por la retransmisión ilícita de señales, debe partir de la evaluación del funcionamiento del mercado de radiodifusión por cable. Cabe indicar que en dichas Resoluciones, el Tribunal de Solución de Controversias calculó el costo ilícito ahorrado por los infractores por el pago de señales, de manera proporcional al costo de cada paquete del que formaban parte. En función a ello, tomó en consideración el número de señales retransmitidas ilícitamente, que fueron verificadas por el INDECOPI en su oportunidad.
86. No obstante, de acuerdo a las justificaciones previamente expuestas, la posición de este Cuerpo Colegiado Permanente se sustenta en la forma en que las empresas operadoras de cable establecen sus vínculos contractuales con las empresas programadoras de contenido, motivo por el cual, no se considerará en el presente caso, el costo de los canales integrantes de un paquete como divisibles, tal como lo hizo el INDECOPI al no contar con información acerca del funcionamiento del mercado de cable.
87. Otro aspecto importante respecto a la metodología desarrollada por la STCCO, es que al no contar con información completa respecto a los precios de todas las señales, se

³⁷

A manera referencial, la CDA y la Sala refieren que la única información con la que cuentan, se basa en la obtenida en el Expediente N° 01236-2009/DDA, en la cual Telefónica Multimedia S.A.C. señala que, de haber autorizado la explotación de su señal CMD, habría percibido novecientos dólares americanos (\$ 900.00).

ha considerado conveniente realizar una imputación para las señales cuyo precio no se ha obtenido, considerando el costo más bajo pagado por una señal internacional licenciada de forma individual (ya que las señales de las que no se ha podido determinar el precio son internacionales), la cual es Telemundo (\$ [CONFIDENCIAL]).

88. Al respecto, cabe señalar que el Tribunal de Solución de Controversias, en su Resolución N° 001-2018-TSC-OSIPTEL, recaída bajo el expediente 008-2016-CCO-ST/CD, consideró que el costo imputado a aquellas señales sobre las cuales no se obtuvo información precisa, debía corresponder al costo más bajo posible de una señal internacional, la misma que no debía corresponder al canal Telemundo, sino, por ejemplo, al canal Telesur, cuya retransmisión es gratuita.
89. Sobre el particular, este Cuerpo Colegiado Permanente coincide con la STCCO al considerar que debe mantenerse el criterio utilizado en anteriores pronunciamientos del Cuerpo Colegiado Permanente, en tanto no se puede asumir que la totalidad de dichos canales son gratuitos. Al respecto, considerando que los canales cuyo costo no se conoce, podrían ser tanto gratuitos como pagados, este Cuerpo Colegiado Permanente coincide con la STCCO en relación a que asumir el costo de Telemundo, que corresponde al costo más bajo de un canal pagado, es decir USD [CONFIDENCIAL], resulta un supuesto válido, ya que representaría un valor conservador de lo que serían los verdaderos costos de dichos canales, ya que si bien es cierto que algunos de ellos pueden ser gratuitos, otros pueden tener costos superiores a USD [CONFIDENCIAL].
90. Además, cabe destacar que, de acuerdo a la información con la que se cuenta, el costo promedio de los canales de los que sí se tiene información es superior a USD [CONFIDENCIAL], considerando para este promedio tanto canales que tienen un costo, como canales gratuitos. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado Permanente coincide con la STCCO respecto a que resulta un supuesto razonable imputar el costo de Telemundo para las señales de las que no se obtuvo información, ya que se asume que la empresa obtuvo una ventaja mínima, muy cercana a cero (considerando el valor de USD [CONFIDENCIAL] por suscriptor).
91. Por otro lado, cabe destacar que para convertir los precios en dólares a soles se emplea el Tipo de Cambio Bancario Promedio, obtenido desde la página web del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP)³⁸. Asimismo, cabe precisar que la información del número de suscriptores de RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN se obtuvo de la información reportada por esta empresa al MTC durante el periodo imputado, es decir, 240 suscriptores durante el mes de noviembre de 2011.³⁹
92. En ese sentido, dados los supuestos mencionados, este Cuerpo Colegiado coincide con la STCCO en el cálculo realizado del costo evitado, o ahorro de costos obtenido por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN en el periodo imputado, el mismo que resultó en S/ 898.85 soles, (el detalle se puede observar en el ANEXO N° 2).
93. 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 ésta ha

³⁸ En el siguiente enlace: <https://estadisticas.bcrp.gob.pe/estadisticaS/serieS/mensualeS/resultadoS/PN01210PM/html>. Consultada el 11 de abril de 2018.

³⁹ La información ha sido extraída de la página web del MTC, disponible del siguiente enlace: http://www.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/estadistica_catastro/informacion_estadistica.html. Consultada el 12 de febrero de 2018.

publicado las tarifas que ha establecido por dicho concepto en diarios de circulación nacional⁴⁰, así como en su página web⁴¹. 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.”*

94. En tal sentido, se ha evidenciado que RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN también habría ahorrado, durante el periodo de retransmisión ilícita, un monto mensual ascendente a USD 3.00, multiplicado por su cantidad de suscriptores, ya que habría retransmitido ilícitamente más de 6 señales. Este costo ahorrado convertido a soles es S/. 324.67:
95. De esta manera, el costo total ahorrado por la empresa imputada es como se detalla a continuación:

Cuadro N° 1: Costo total evitado

Concepto	RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN
Pago de señales a programadores	S/ 898.85
Pago a EGEDA	S/ 324.67
Total	S/ 1,223.52

Elaboración: STCCO

96. En relación con la posibilidad de que la empresa haya obtenido mayores ingresos o ganancias producto de la conducta ilícita, la misma podría inferirse si se observara información respecto de estas variables en periodos en los que no ocurría la retransmisión ilícita y periodos en los que sí se produjo, siendo que, si en este último periodo se incrementan las ganancias para la empresa, ello podría atribuirse a la conducta ilícita.
97. Sin embargo, no es posible observar dicha información, ya que en este procedimiento el período infractor se limita al evaluado por el INDECOPÍ –que toma como fecha de inicio la supervisión que constató el ilícito, hasta la fecha de inicio del procedimiento por la CDA– por lo que no es posible determinar con exactitud la fecha en la cual la empresa infractora empezó a retransmitir las señales de forma ilícita y cuando realmente dejó de hacerlo.
98. Por lo tanto, cabe señalar que si bien el monto de S/ 1,223.52 calculado como el ahorro

⁴⁰ 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.

⁴¹ En el siguiente enlace: http://www.egeda.com.pe/documentos/TARIFAS_EGEDA_PERU.pdf. Última visita 11 de abril de 2018.

de costos obtenido por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, puede parecer reducido, esto se debe a que el periodo determinado bajo la metodología de las instancias de solución de controversias resulta ser bastante corto. Sin embargo, este Cuerpo Colegiado Permanente coincide con la STCCO en que este monto no debe ser visto como un valor absoluto, sino que su impacto debe evaluarse sobre el beneficio económico que la empresa podría haber obtenido durante el período de la infracción, lo cual representa la verdadera ventaja significativa. En ese sentido, si bien no se cuenta con el valor real de los ingresos obtenidos en los cinco (5) días del periodo de infracción determinado, se pueden hacer algunas estimaciones. Así, si se considera que, en noviembre de 2011 las tarifas mensuales cobradas por empresas de televisión de paga en provincias (sin considerar a las empresas de alcance nacional)⁴² oscilaban entre S/ 20 y S/ 55, y que en ese mismo mes la empresa investigada contaba con 240 suscriptores, se estima que los ingresos obtenidos en el periodo de la infracción podrían haber estado entre los S/ 800 y los S/ 2,200 (en cinco días). Así, el ahorro de costos podría haber representado entre el 53% y el 152% de los ingresos obtenidos por la empresa, lo cual sin duda representa una ventaja significativa.

99. En consecuencia, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que el acceso a las señales y el consiguiente ahorro de costos obtenido conllevó una ventaja para RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN. Por tanto, se concluye que esta empresa ha 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 Competencia Desleal.

V. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

100. En atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución, se ha evidenciado que RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN ha infringido la normativa de derechos de autor, incurriendo de esta manera en una conducta de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas, obteniendo con ello una ventaja significativa en el mercado.
101. Por tanto, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que corresponde acoger la propuesta de la STCCO en relación a imponer una sanción a la referida empresa.

5.1. Marco legal aplicable a las sanciones por actos de competencia desleal

102. El artículo 26.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones por actos contrarios a la leal competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de Competencia Desleal⁴³.
103. Al respecto, el artículo 52.1 de la Ley de Represión de Competencia Desleal considera

⁴² De acuerdo a la [Oferta Comercial Residencial: a noviembre 2011 publicada por el OSIPTEL. Disponible en: http://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Orientacion%20Usuarios/Tarifas/OC_Noviembre%202011_E.pdf](http://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Orientacion%20Usuarios/Tarifas/OC_Noviembre%202011_E.pdf) Última visita 11 de abril de 2018.

⁴³ **Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL**
"Artículo 26.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales
26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o leal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de graduación de sanciones establecidos en dicha legislación."

que la realización de actos de competencia desleal, como en este caso la violación de normas, constituye una infracción a las disposiciones de dicha Ley, y será sancionada según se califique como leve, grave o muy grave, sin perjuicio de la aplicación de las correspondientes medidas correctivas⁴⁴.

104. El artículo 53° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la autoridad **podrá tomar en consideración para determinar la gravedad de la infracción, y graduar la sanción, diversos criterios** tales como el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, los efectos sobre el mercado, la duración del acto de competencia desleal infractor, **entre otros factores que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado adoptar.**⁴⁵
105. Asimismo, cabe indicar que este Cuerpo Colegiado Permanente realizará todo este análisis conforme al principio de razonabilidad⁴⁶, dentro de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable –y en consecuencia, asumir la sanción– no debe resultar más ventajoso para el infractor que cumplir con las normas infringidas, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción, la misma que debe lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general.

44

Ley de Represión de Competencia Desleal

“Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.-

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
 - b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
 - c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
 - d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.
- 52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.”

45

Ley de Represión de la Competencia Desleal.

“Artículo 53°: Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.- La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores y usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.”

46

TUO de la LPAG.

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. (...)”

5.2. Graduación de la sanción

106. Como ya se ha señalado líneas arriba, las sanciones que deben ser impuestas por la administración pública tienen que ser disuasivas. En ese sentido, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que debe analizarse la situación particular a este caso para determinar la sanción a imponer, de forma que cumpla con su finalidad disuasiva.
107. Normalmente las multas impuestas en este tipo de procedimientos son calculadas tomando como base el beneficio ilícito obtenido por el infractor, y directamente atribuidas a la conducta sancionada, pudiendo ser dicho beneficio ilícito el total o una parte de la diferencia entre los ingresos de la empresa y sus respectivos costos de operación durante la comisión de la infracción.
108. Al respecto, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que **el costo ahorrado**, que representan la ventaja significativa, es una base adecuada para calcular una multa de carácter disuasiva.
109. Asimismo, debe tenerse en cuenta la **probabilidad de detección** de la infracción, ello con la finalidad de incluir en la sanción la expectativa que tiene un infractor de ser descubierto en la comisión de una falta. Mientras más baja sea la probabilidad de detección, mayores serán los incentivos para que se realice la conducta anticompetitiva. Por lo tanto, la multa debe ser inversamente proporcional a la probabilidad de detección. En efecto, a fin de desincentivar la conducta infractora en todas las ocasiones, mientras más baja sea la probabilidad de detección de la conducta, la multa debe incrementarse en mayor medida –se debe imponer una multa mayor al beneficio ilícito para compensar la dificultad de detección.
110. Así, la sanción esperada debe basarse en dos factores en principio: (i) los costos ahorrados y (ii) la probabilidad de detección. De una combinación de estos dos factores se obtendrá el monto base de la multa.
111. Luego, como ya se ha señalado, el cálculo de la multa parte por la estimación del ahorro de costos, el cual resulta de los pagos evitados por los derechos de transmisión de las señales de la parrilla de la empresa investigada. En ese sentido, este ahorro de costos genera una ventaja significativa. Posteriormente, será necesario considerar la probabilidad de detección de la conducta.
112. Bajo esta lógica económica, el cálculo de la multa base óptima se realiza de la siguiente forma:

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Ahorro de costos neto}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

113. El artículo 53° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal contempla, a su vez, algunos elementos que -aunque por su naturaleza influyen en el beneficio ilícito obtenido y/o en la probabilidad de detección-, pueden ser tomados en cuenta como agravantes y/o atenuantes para estimar el monto de la multa final, dependiendo de lo observado en cada caso. Estos criterios son: la modalidad y el alcance del acto de competencia desleal, la dimensión del mercado afectado, la duración en el tiempo del acto de competencia desleal, la cuota de mercado del infractor, y la reincidencia o

reiteración en la comisión del acto. Por su parte, otros criterios que pueden agravar o atenuar la estimación de la multa son, a consideración de este Cuerpo Colegiado la existencia de perjuicios sobre otros agentes y consumidores, y la conducta procesal, según fuese el caso⁴⁷.

114. De esta manera, se obtendrá una multa a imponer y se determinará la gravedad de la conducta para cada empresa. Esto a su vez permitirá establecer la multa final, la cual podría ser el monto calculado o el tope establecido por la Ley de Represión de la Competencia Desleal según los ingresos obtenidos por la empresa en el periodo inmediato anterior al año en el que se impone la sanción.

5.3. Ahorro de costos neto resultante de la comisión de la infracción

115. Como se mencionó previamente, el ahorro de costos obtenido por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN es de S/ 1,223.52.
116. Sin embargo, este Cuerpo Colegiado Permanente coincide con el criterio observado en la reciente jurisprudencia del OSIPTEL respecto a esta materia, en la que al valor del ahorro de costos calculado se le resta la multa impuesta por el INDECOPI. Este se justifica en el hecho de que si bien el INDECOPI sanciona una infracción distinta (la vulneración de los derechos de autor), el cálculo de la multa que impone se basa en los pagos que se debieron hacer por las señales, pero no desde la perspectiva de la ventaja significativa que una empresa operadora de televisión de paga obtiene al no pagar por determinadas señales (que es lo que valora este procedimiento), sino desde la perspectiva de la afectación a los titulares de los derechos de las señales (que es lo que valora la CDA).
117. Así, el valor de la multa impuesta por el INDECOPI a RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, en el año de su imposición (que es el mismo del año en que ocurrieron las infracciones) es la siguiente:

⁴⁷

Ley de Represión de la Competencia Desleal

"Artículo 53º.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción. La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
b) La probabilidad de detección de la infracción;
c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
d) La dimensión del mercado afectado;
e) La cuota de mercado del infractor;
f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y, h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal."

Cuadro N° 2: Multas impuestas por el INDECOPI

	RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN
Multa en UIT	40.5
Año de imposición	2012
Valor de la UIT ⁴⁸	S/. 3,650
Multa en soles al valor de la UIT del año de imposición	S/. 147,825

Elaboración: Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL

118. Luego, si este valor se descuenta del ahorro de costos obtenido por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN, se obtiene el ahorro de costos neto, que en combinación con la probabilidad de detección permitirá obtener la multa base:

Cuadro N° 3: Ahorro de costos neto

	RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN
Ahorro de costos	S/. 1,223.52
Multa del INDECOPI	S/. 147,825
Ahorro de costos neto	(-) S/. 146,601.48

Elaboración: Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL

119. En ese sentido, al haberse obtenido un ahorro neto negativo luego de restar la multa impuesta por el INDECOPI, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que no corresponde continuar con el cálculo de una multa.
120. Por tanto, este Cuerpo Colegiado Permanente considera que la infracción cometida por RADIO Y TELEVISIÓN ORIÓN es **leve, siendo pasible de ser sancionada con una amonestación.**

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar la responsabilidad administrativa de la empresa Radio y Televisión Orión E.I.R.LTDA., por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- SANCIONAR a Radio y Televisión Orión E.I.R.LTDA. con una Amonestación por la comisión de una infracción leve, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley.

⁴⁸ La evolución del valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) se encuentra disponible en: <https://www.mef.gob.pe/contenidos/tributos/valor UIT/uit.pdf>

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Permanente Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar, Lorena Alcázar Valdivia, María Luisa Egúsqiza Mori y Abel Rodríguez González.

Rodolfo Ernesto Castellanos Salazar
Presidente

Lorena Alcázar Valdivia
Miembro

María Luisa Egúsqiza Mori
Miembro

Abel Rodríguez González
Miembro

ANEXO N° 1

Cuadro 1.1. Costos de los canales y bloques de canales considerados para el cálculo del costo evitado

Programador	Canales incluidos	Costo (Sin IGV)
INFORMACIÓN CONFIDENCIAL		

Fuente: Expedientes 008-2016-CCO-ST/CD, 009-2016-CCO-ST/CD, 005-2014-CCO-ST/CD, y la Resolución N° 532-2011/CDA-INDECOPI.

ANEXO N° 2

**Cuadro 2.1. Estimación del costo evitado por pago de señales de RADIO Y TELEVISIÓN
ORIÓN**

Nombre canal	Costo evitado
CDN Mi Hogar*	S/ 10.82
Frecuencia Latina	S/ 0.00
América Televisión	S/ 35.00
Panamericana	S/ 33.33
Antena Latina*	S/ 10.82
TV Perú	S/ 0.00
La Tele	S/ 0.00
ATV	S/ 0.00
City Tv*	S/ 10.82
Argentinísima Satelital	S/ 0.00
Enlace	S/ 0.00
Global Tv	S/ 0.00
Televen*	S/ 10.82
Orión*	S/ 10.82
Canal 6*	S/ 10.82
Telecadena 7/4*	S/ 10.82
RCTV internacional*	S/ 10.82
Canal 01*	S/ 10.82
ONTV*	S/ 10.82
Discovery Kids	S/ 127.71
Discovery Channel	
Tele Sur	S/ 0.00
Russia Today*	S/ 10.82
Golden	S/ 129.87
De Película	
Capital*	S/ 10.82
Cosmovisión*	S/ 10.82
Tv Pública Digital*	S/ 10.82
Fox Sports	S/ 222.94
Teleantioquia*	S/ 10.82
Disney Channel	S/ 73.59
Telesistema*	S/ 10.82
CCTV Español	S/ 0.00
Colombia*	S/ 10.82
Telefuturo*	S/ 10.82
Canal i*	S/ 10.82
Mi Gente Tv	S/ 16.67
Destinos Tv	S/ 0.00
Antena 21*	S/ 10.82
Tv Andina Canal 13*	S/ 10.82
Nickelodeon	S/ 32.47
Total	S/ 898.85

* Canales de los que no se obtuvo información, por lo que se imputó el menor costo de una señal internacional individual, en este caso el costo de Telemundo.