

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 016-2005-CCO/OSIPTEL

Lima, 7 de abril de 2005

EXPEDIENTE	007-2004-CCO-ST/CD
MATERIA	COMPETENCIA DESLEAL
ADMINISTRADOS	María del Pilar Uzátegui Perea José Correa Briceño

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre la señora María del Pilar Uzátegui Perea (en adelante, señora Uzátegui) y el señor José Correa Briceño (en adelante, señor Correa) por supuestos actos de competencia desleal en el mercado de la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable.

VISTO:

El Expediente N° 007-2004-CCO-ST/CD.

CONSIDERANDOS:**I. EMPRESAS INVOLUCRADAS****Demandante**

La señora Uzátegui, mediante Resolución Ministerial N° 121-2001-MTC/15.03 de fecha 16 de marzo de 2001, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable) en el Distrito de Santiago de Cao, Provincia de Ascope, Departamento de La Libertad. El nombre comercial con el que presta su servicio es **TV SAM CARTAVIO**.

Demandado

El señor Correa, mediante Resolución Ministerial N° 1074-2003-MTC/03 de fecha 11 de diciembre de 2003, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de televisión por cable en el Distrito de Santiago de Cao, Provincia de Ascope, Departamento de La Libertad. El nombre comercial con el que presta su servicio es **A&C CABLE**.

II. ANTECEDENTES:

Con respecto a los antecedentes, se remite a lo señalado en el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica N° 001-2005/GRE de fecha 2 de febrero de 2005 (en adelante, el Informe Instructivo).

III. PETITORIO DE LA DEMANDA

En su demanda la señora Uzátegui solicitó:

- (i) Calificar la conducta del señor Correa consistente en la recepción y transmisión de las señales de los canales de televisión por cable FOX SPORTS, DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, THE FILM ZONE, CINE CANAL, TNT y MULTICINEMA como infractora de las normas de competencia desleal en las modalidades de violación de normas y engaño.
- (ii) Ordenar el cierre del establecimiento de la demandada.
- (iii) Imponer la máxima sanción posible.

IV. INFORME INSTRUCTIVO

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica concluyó lo siguiente:

1. Las empresas que prestan el servicio público de distribución de radiodifusión por cable que no cuenten con las autorizaciones respectivas - previas y por escrito - para difundir las señales vulneran conjuntamente el derecho de los organismos de radiodifusión titulares de las señales y el derecho de los titulares de las obras o producciones audiovisuales que se reproducen en las mismas. Por lo tanto, dichas infracciones implican la vulneración de normas imperativas establecidas en el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor.
2. De acuerdo a lo antes señalado, habría quedado acreditado que el señor Correa a través de su empresa A&C CABLE:
 - Retransmitió a sus abonados las señales de la programación de FOX SPORTS, DISCOVERY KIDS y DISCOVERY CHANNEL grabadas previamente en cintas de video y DVD así como retransmitió programas de dichos canales, sin contar con las autorizaciones o licencias respectivas de los titulares de las emisiones y de los titulares de los programas en cuestión.
 - Efectuó la recepción y transmisión de la señal de THE FILM ZONE, BOCA TV y FASHION TV sin contar con las autorizaciones o licencias respectivas.
 - Retransmitió a sus abonados la señal de la programación de BOOMERANG grabada previamente en cintas de video sin contar con las autorizaciones o licencias respectivas de los titulares de las emisiones.
 - Retransmitió a sus abonados películas grabadas en cintas de video y DVD - entre ellas LA ERA DE HIELO, EL REY LEÓN y ALADINO -, sin contar con las autorizaciones o licencias respectivas de los titulares de las películas en cuestión.

En consecuencia, el señor Correa habría incumplido con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, por lo que correspondía continuar con el análisis a fin de determinar si se habría cometido un acto de competencia desleal.

3. El señor Correa a través de su empresa A&C CABLE habría obtenido una ventaja competitiva ilícita significativa respecto de sus competidores al (i) no contar con las autorizaciones o licencias para transmitir la señal y la programación de FOX SPORTS, DISCOVERY KIDS, DISCOVERY CHANNEL, THE FILM ZONE, BOCA TV, FASHION TV y BOOMERANG y al (ii) difundir en su programación los videos y DVD con películas y documentales; sin haber acreditado que contara con las autorizaciones o licencias correspondientes.
4. Por tanto, el señor Correa habría cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificados en el artículo 17° del Texto Único Ordenado de la Ley sobre Represión de Competencia Desleal aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI, en adelante Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.
5. El señor Correa no habría incurrido en actos de engaño, toda vez que en los avisos que acreditarían tales actos únicamente hay referencias a la obtención de la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable, hecho que se produjo efectivamente; pero no existe información relacionada a que el señor Correa cuenta con las licencias o autorizaciones para difundir las señales de cable que integran su programación.

V. POSICIONES DE LAS PARTES

Demanda: Posición de la señora Uzátegui

En su demanda, la señora Uzátegui señaló lo siguiente:

1. En el mes mayo de 2003 su empresa TV SAM CARTAVIO comenzó a sufrir una pérdida de clientes, debido a una campaña de desprestigio comercial implementada por la empresa del señor Correa -A&C CABLE- la cual operaba sin contar con la concesión correspondiente otorgada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – en adelante, MTC-; y ofreciendo precios muy bajos a quienes se afiliasen a ella.
2. Ante tales hechos, procedió a denunciar al señor Correa ante el MTC; y, ante el Ministerio Público (Fiscalía de la Jurisdicción de Ascope) por los delitos de comercio clandestino y hurto agravado.
3. Pese a las irregularidades y delitos cometidos por el señor Correa, el MTC le otorgó la concesión correspondiente en el mes de diciembre de 2003.
4. El señor Correa a través de su empresa A&C CABLE venía cometiendo actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, al captar y difundir las señales de los canales de televisión FOX SPORTS, DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, THE FILM ZONE, CINECANAL, TNT y MULTICINEMA bajo la modalidad de DIRECT TV, sin contar con las autorizaciones correspondientes, obteniendo con ello una


ventaja anticompetitiva al no pagar por las licencias y autorizaciones correspondientes. La referida ventaja anticompetitiva resultaría significativa –entre otros aspectos - en atención a lo siguiente:

- Al igual que la empresa del demandado, difunde las señales de FOX SPORTS, DISCOVERY CHANNEL y DISCOVERY KIDS, con la diferencia de que cumple con el pago de los derechos que la transmisión de dichas señales implican, conforme a la documentación que adjuntó a su escrito de demanda.
 - Las señales de THE FILM ZONE, CINE CANAL y MULTICINEMA, difundidas clandestinamente por la empresa del señor Correa, si bien no son retransmitidas por TV SAM CARTAVIO, compiten directamente con las señales de películas que ésta transmite: MOVIE WORLD, MULTIPREMIER y FOX CHANNEL.
5. Adicionalmente, el señor Correa habría incurrido en actos de engaño tipificados en el artículo 9° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, al promocionar señales o programas sin contar con las referidas licencias correspondientes.
6. Asimismo, y en respuesta a un requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado, mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2004, señaló que las empresas Casa Grande Televisión E.I.R.L., Televisión San Martín S.A.C. y su empresa conforman un consorcio a efectos de obtener las licencias o derechos de transmisión de diversos canales. De acuerdo a ello, para la transmisión de las señales de DISCOVERY CHANNEL y DISCOVERY KIDS, su empresa ha suscrito un contrato con Televisión San Martín S.A.C., quien a su vez se encuentra debidamente autorizada por la titular de dichas señales. De igual modo, para la transmisión de las señales de FOX SPORTS, FOX CHANNEL y MULTIPREMIER se suscribió el contrato respectivo con Casa Grande Televisión E.I.R.L.

Contestación de la demanda: Posición del señor Correa


En su contestación de la demanda, el señor Correa señaló lo siguiente:

1. Su empresa, A&C CABLE, inició la prestación de sus servicios de televisión por cable en la localidad de Cartavio con fecha 27 de febrero de 2004, siendo falso lo indicado por la demandante respecto a que sus actividades se habrían iniciado a partir de mayo de 2003.
2. Si el número de abonados en la empresa de la señora Uzátegui se vio disminuido fue a causa de que estos no se encontraban satisfechos con el servicio prestado.
3. El proceso penal a causa de la denuncia interpuesta por la señora Uzátegui en su contra, se encontraba en trámite sin que hasta el momento se le haya encontrado responsable de algún delito.

- 
4. No transmite canales en forma clandestina, pues conforme a lo descrito en el acta de supervisión realizada por los funcionarios de OSIPTEL se constató lo siguiente: (i) transmitía *“señales libres que no necesitan autorización alguna”*; (ii) inexistencia de equipos DIRECT TV en su empresa; y, (iii) transmisión de algunos programas obtenidos en cintas de videos VHS, DVD y VCD adquiridos en el libre mercado, como es el caso de un video de DISCOVERY KIDS que se encontraba transmitiendo al momento de la mencionada supervisión”.
 5. No ha cometido los supuestos actos de engaño descritos en la demanda, por cuanto no promociona las señales que transmite, incluso las *señales libres*; ello, toda vez que *“(…) la promoción que efectúa el recurrente es en cuanto a otorgar cómodos precios (…)”*.
 6. Con relación a las facturas emitidas por las empresas Casa Grande Televisión E.I.R.L. y Televisión San Martín S.A.C. a la empresa de la señora Uzátegui por concepto de venta de señales de canales privados – conforme a lo manifestado en la demanda -, el señor Correa indicó que desconoce que tales empresas sean propietarias de dichas señales o, que en su caso, tengan la autorización correspondiente de sus titulares.
 7. En respuesta al requerimiento de información realizado por la Secretaría Técnica, el señor Correa mediante escrito de fecha 4 de octubre de 2004, señaló que no contaba con contratos suscritos con los titulares de las señales de FOX SPORT, CINE CANAL, THE FILM ZONE, DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, TNT y MULTICINEMA, toda vez que su empresa no transmitía dichas señales. Asimismo, reiteró que sólo transmitía ciertos documentales o programas producidos por DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS –entre otros- a través de equipos VHS o DVD, más no por señal directa.
 8. De otro lado, mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2004, el señor Correa formuló *tacha* contra los siguientes documentos presentados por la señora Uzátegui a lo largo del procedimiento: (i) “contratos de licencia de canales” suscritos entre la empresa de la demandante y las empresas Casa Grande Televisión E.I.R.L. y Televisión San Martín S.A.C.; y, (ii) facturas emitidas por las referidas empresas con ocasión de la venta de las señales de DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, FOX SPORTS, FOX CHANNEL y MULTIPREMIER.


VI. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DEL CUERPO COLEGIADO

Inspecciones solicitadas a la Gerencia de Fiscalización

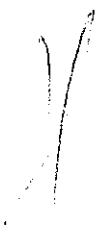
- 
1. Mediante Oficio N° 335-ST/2004 de fecha 4 de agosto de 2004, se solicitó a la Gerencia de Fiscalización la realización de inspecciones, sin notificación previa al demandado y a un abonado de este.

2. Mediante Memorando N° 636-GFS/2004 de fecha 23 de agosto de 2004, la Gerencia de Fiscalización remite el Informe N° 425-GFS/11-03/2004, "Informe de la Acción de Supervisión al señor José Correa Briceño a pedido de la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado". Cabe señalar que la referida acción de supervisión se realizó con fecha 9 de agosto de 2004¹.
3. Mediante Oficio N° 417-ST/2004 de fecha 18 de noviembre de 2004, se solicitó a la Gerencia de Fiscalización la realización de inspecciones en la empresa del demandado y en el domicilio de abonados del servicio de cable que presta el señor Correa.
4. Mediante Memorando N° 038-GFS/2005 de fecha 19 de enero de 2005, la Gerencia de Fiscalización remite el Informe N° 021-GFS/21-04/2005, "Informe de la Acción de Supervisión al señor José Correa Briceño a pedido de la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado a cargo del Expediente N° 007-2004-CCO-ST/CD". Cabe señalar que la referida acción de supervisión se realizó con fecha 26 de noviembre de 2004.

Información solicitada a INDECOPI

- 
1. Mediante Oficio N° 371-2004/ST de fecha 14 de setiembre de 2004, la Secretaría Técnica solicitó a la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, informe sobre las posibles infracciones a los derechos de autor denunciadas en la presente controversia. Con fecha 23 de setiembre de 2004, la Oficina de Derechos de Autor (ODA) del INDECOPI, remitió el Informe Técnico N° 025-2004/ODA correspondiente a la posible existencia de infracciones a los derechos de autor denunciadas en el caso.
 2. Mediante Oficio N° 372-2004/ST de fecha 14 de setiembre de 2004, la Secretaría Técnica solicitó a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando su entidad en materia de leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos con ocasión de los hechos materia de la presente controversia, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 70° del Reglamento de Controversias. Con fecha 6 de octubre de 2004, dicha Comisión remitió el Oficio N° 077-2004/CCD-INDECOPI respecto de la normativa y criterios aplicables a los casos de engaño y, el marco general y criterios aplicables a los casos de violación de normas.

¹ Debe precisarse que mediante Memorando N° 941-GFS/2004 con fecha 11 de noviembre de 2004, la Gerencia de Fiscalización remitió a la Secretaría Técnica el documento "Precisiones al Informe N° 425-GFS/11-03/2004 Informe de la acción de supervisión al señor José Correa Briceño a pedido de la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado"



Información sobre titulares de señales internacionales

1. Mediante Oficio N° 006-2005/ST de fecha 10 de enero de 2005, la Secretaría Técnica solicitó a los titulares de la señal de BOCA TV, informen si dicha señal constituye una "señal libre".
2. Mediante Oficio N° 016-2005/ST de fecha 17 de enero de 2005, la Secretaría Técnica solicitó al Departamento de ventas y relaciones con afiliados de Discovery Latin America, informe los montos mensuales que una empresa proveedora del servicio de televisión por cable paga a dicha empresa por los derechos de difusión de las señales de DISCOVERY CHANNEL y DISCOVERY KIDS.
3. Mediante Oficio N° 024-2005/ST de fecha 24 de enero de 2005, la Secretaría Técnica solicitó a Fox Sports Latin America, informe si las empresas del señor Correa y de la señora Uzátegui cuentan con la autorización correspondiente para difundir la señal de FOX SPORTS; e, informe un aproximado de los montos mensuales que una empresa proveedora del servicio de televisión por cable, semejante a las mencionadas, paga a su empresa por los derechos de difusión de la señal de FOX SPORTS.
4. Consultas a las páginas web de los comercializadores autorizados por los titulares de las señales BOCA TV y FASHION TV, Pramer S.C.A. (www.pramer.tv) y CLAXSON (www.claxson.com), respectivamente.
5. Envío de correos electrónicos a DISCOVERY LATIN AMERICA y FOX SPORTS, PRAMER y BOCA TV.

Información solicitada a otras empresas operadoras de televisión por cable

1. Mediante Oficio N° 005-2005/ST de fecha 10 de enero de 2005, la Secretaría Técnica solicitó a Telefónica Multimedia S.A.C. (CABLE MÁGICO) informe si la señal de FASHION TV constituye una "señal libre". Con fecha 20 de enero de 2005, Telefónica Multimedia S.A.C. absolvió dicho requerimiento.
2. Mediante Oficios N° 012-2005/ST, N° 013-2005/ST, N° 014-2005/ST y N° 015-2005/ST de fecha 17 de enero de 2005, se requirió al señor Santos Ananías Escamilo Florentino (Antenas Cable Visión Satélite E.I.R.L.), Boga Comunicaciones S.A., Cable Visión S.R.L. y, Star Global Com S.A. respectivamente; informen los montos aproximados que dichas empresas estarían pagando por derechos o licencias para la transmisión de las señales FILM ZONE, DISCOVERY CHANNEL y FOX SPORTS.
3. Con fechas 25 y 26 de enero de 2005, Cable Visión S.R.L. absolvió el citado requerimiento.

4. Con fecha 25 de enero de 2005, el señor Santos Ananías Escamilo Florentino (Antenas Cable Visión Satélite E.I.R.L.), absolvió el citado requerimiento.

VII. ALEGATOS

Alegatos formulados por la señora Uzátegui

Mediante escrito de fecha 17 de febrero de 2005, la señora Uzátegui ha formulado sus alegatos manifestando lo siguiente:

1. El demandado capta y difunde las señales de la televisión extranjera en forma directa mediante equipos de DIRECT TV sin contar con las licencias o autorizaciones. Ello se acredita con los siguientes medios probatorios que no han sido considerados en el Informe Instructivo:
 - Actas notariales de constatación de hechos de fechas 12 de mayo de 2004 y 15 de junio de 2004 en las cuales el Notario Público de Casagrande, señor José Antonio Segura, así como las cintas de video en las que se registran dichas constataciones.
 - Las declaraciones efectuadas por un abonado del servicio de cable de A&C CABLE en la acción de supervisión del 9 de agosto de 2004.
2. Cuestionó la validez del Informe N° 021-GFS/21-04/2005 correspondiente a las acciones de supervisión realizadas en el local de A&C CABLE y en los domicilios de abonados de dicha empresa, señalando que los supervisores debieron tomar medidas para poner en evidencia el comportamiento malicioso del demandado y así encontrar los equipos de DIRECT TV mediante los cuales el señor Correa capta las señales de los canales de cable materia de la denuncia.

Alegatos formulados por el señor Correa

Mediante escrito de fecha 14 de febrero de 2005, el señor Correa formuló sus alegatos expresando lo siguiente:

1. Quedó acreditado que la señora Uzátegui a través de su empresa de cable TV SAM CARTAVIO había incurrido en infracción a las normas de derecho de autor, por lo que no se había configurado un acto de competencia desleal, al no existir en Cartavio un competidor que no infrinja las normas sobre derechos de autor.
2. La Secretaría Técnica no ha contado con información directa de los titulares de los derechos de difusión de BOCA TV y FASHION TV.
3. Señaló que no existe ventaja significativa, entre otras razones, porque no es correcto pretender establecer márgenes de ganancias considerando únicamente los montos cobrados en forma global a otras empresas de cable, puesto que los titulares de las señales de televisión fijan sus precios

en base al número de usuarios o abonados con que cuentan las empresas contratantes y no sólo montos fijos.

VIII. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA: LA TACHA INTERPUESTA POR EL SEÑOR CORREA

A fin de medir la magnitud de la ventaja obtenida por el señor Correa mediante la infracción de las normas sobre derechos de autor, la Secretaría Técnica solicitó a la señora Uzátegui que presentara información relativa a los contratos suscritos con los titulares de los derechos de transmisión de los canales FOX SPORT, DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, MOVIE WORD, MULTIPREMIER y FOX CHANNEL; así como las sumas pagadas por derechos de transmisión de dichos canales².

En respuesta a dichos requerimientos, mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2004, la señora Uzátegui señaló que las empresas Casa Grande Televisión E.I.R.L., Televisión San Martín S.A.C. y su empresa TV SAM CARTAVIO conforman un consorcio a efectos de obtener las licencias o derechos de transmisión de diversos canales.

De acuerdo a lo señalado por la señora Uzátegui, para la transmisión de las señales de DISCOVERY CHANNEL y DISCOVERY KIDS, ha suscrito un contrato con Televisión San Martín S.A.C., quien a su vez se encuentra debidamente autorizada por la titular de dichas señales. De igual modo, para la transmisión de las señales de FOX SPORTS, FOX CHANNEL y MULTIPREMIER se suscribió el contrato respectivo con Casa Grande Televisión E.I.R.L. Para acreditar sus afirmaciones presentó:

- (i) los contratos de licencia de canales suscritos entre la empresa de la demandante y las empresas Casa Grande Televisión E.I.R.L. y Televisión San Martín S.A.C. respectivamente³; y,
- (ii) las facturas emitidas por Casa Grande Televisión E.I.R.L. y Televisión San Martín S.A.C., con ocasión de los pagos por las licencias de las señales de DISCOVERY CHANNEL, FOX SPORTS y MULTIPREMIER.

Posteriormente, por escrito de fecha 9 de noviembre de 2004, el señor Correa formuló tacha contra los documentos referidos, al considerar que Casa Grande Televisión E.I.R.L. y Televisión San Martín S.A.C. no son propietarias de las señales de cable mencionadas y no han sido autorizadas para la suscripción y emisión de tales documentos, por lo que los mismos resultaban nulos de pleno derecho.

² Ello, mediante oficios de fechas 21 de setiembre y 28 de octubre de 2004.

³ Dichos contratos son los siguientes:

- Contrato de licencia de canales suscrito entre Televisión San Martín S.A.C. y la señora Uzátegui respecto de las señales de DISCOVERY CHANNEL y TELEVISIÓN ESPAÑOLA de fecha 2 de enero de 2001.
- Contrato de licencia de canales suscrito entre Casa Grande Televisión E.I.R.L. y la señora Uzátegui respecto de las señales de FOX SPORTS y MVS (MULTIPREMIER, ZAZ y CANAL LATINO) de fecha 2 de enero de 2001.

Conforme a lo establecido en el Código Procesal Civil, se puede interponer tacha contra los documentos por falsedad⁴ o por nulidad formal de un documento⁵.

El artículo 243° del Código Procesal Civil establece que un documento no tendrá eficacia probatoria si se declara fundada una tacha, debido a que resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad.

En este sentido, para declarar fundada una tacha debe acreditarse que el documento tachado se encuentra incurso en una causal de nulidad por ausencia de una formalidad esencial⁶.

Como puede advertirse, la tacha presentada por el señor Correa no se sustenta en la ausencia de algún requisito formal de los referidos documentos, que determine la nulidad de los mismos, sino en que Casa Grande Televisión E.I.R.L. y Televisión San Martín S.A.C. carecen de facultades para haberlos suscrito y emitido, al no ser propietarias de las señales y no haber sido autorizadas para ello. Dichas alegaciones se encuentran destinadas a desvirtuar el valor probatorio de los documentos presentados para acreditar que la señora Uzátegui (i) cuenta con las licencias y/o autorizaciones respectivas por los derechos de difusión de los canales de cable; y, (ii) paga las sumas correspondientes a los mismos.

En consecuencia, la tacha resulta improcedente, al no sustentarse en la causal de nulidad formal establecida en el artículo 243° del Código Procesal Civil.

Sin perjuicio de ello, el Cuerpo Colegiado tendrá en cuenta los argumentos aportados por el señor Correa en su tacha para evaluar el valor y relevancia probatorias de los contratos y facturas mencionados en cuanto a la acreditación de la eventual ventaja anticompetitiva significativa obtenida por el demandado.

IX. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

1. Conductas denunciadas

Este Cuerpo Colegiado, en la misma línea de lo señalado por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo, considera que de acuerdo a lo demandado por la señora Uzátegui y a la Resolución N° 001-2003-CCO/OSIPTTEL, el objeto de la presente controversia es determinar:

⁴ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 242°.- Ineficacia por falsedad de documento.-** Si se declara fundada la tacha de un documento por haberse probado su falsedad, no tendrá eficacia probatoria. Si en proceso penal se establece la falsedad de un documento, este carece de eficacia probatoria en cualquier proceso civil.

⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 243°.- Ineficacia por nulidad de documento.-** Cuando en un documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria. Esta declaración de ineficacia podrá ser de oficio o como consecuencia de una tacha fundada.

⁶ Este es el caso contemplado en el inciso 6 del artículo 219° del Código Civil, en el cual la ley prescribe una forma determinada y sanciona su incumplimiento con la nulidad del acto. Tal como se señala en doctrina, la prescripción de la ley es imperativa y la nulidad expresa. Las partes no pueden poner su voluntad por encima de la legislativa y deben someter su arbitrio al cumplimiento de la forma establecida. En caso contrario, el acto es nulo por faltarle un requisito esencial. En: Rubio Correa, Marcial. **Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico.** Lima, Pontificia Universidad Católica, Fondo Editorial 2003.

- i. Si el señor Correa ha incurrido en actos de competencia desleal en la **modalidad de violación de normas**, mediante la difusión de señales de canales de cable vulnerando las normas sobre derechos de autor al no contar con las autorizaciones o licencias para ello y obteniendo una ventaja significativa respecto de sus competidores.
- ii. Si el señor Correa ha incurrido en actos de competencia desleal en la **modalidad de engaño**, mediante la difusión de información falsa sobre los canales de cable ofrecidos por este que podría inducir a error a los usuarios respecto a que cuenta con las autorizaciones correspondientes para la transmisión de los mismos.

2. La valoración de los medios probatorios

Antes de analizar si en el presente caso se presentan los elementos que configuran los actos de competencia desleal, es conveniente efectuar algunas precisiones sobre los criterios que empleará este Cuerpo Colegiado para valorar el material probatorio del procedimiento.

En los procesos de solución de controversias rige el sistema de libre valoración de la prueba en virtud del cual el Cuerpo Colegiado tiene libertad para valorar todos los medios de prueba de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la sicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las máximas de experiencia aplicables al caso.

En este sentido, conforme ha sido señalado por el Tribunal de Solución de Controversias⁷, el juzgador debe valorar en forma conjunta todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, pero sólo debe expresar en su resolución las valoraciones esenciales y determinantes de su decisión⁸.

El valor probatorio de un medio de prueba es la aptitud que tiene dicho medio para demostrar la existencia o inexistencia del hecho a probar.

Los medios de prueba tienen distinta intensidad de fuerza o valor probatorio. En ese sentido, existen grados de fuerza o valor probatorio que llevan al juzgador – luego de la valoración correspondiente – a un estado de ignorancia, a uno de duda, a uno de probabilidad, o, finalmente, a uno de convicción o certeza sobre la existencia o inexistencia de los hechos materia de prueba⁹.

⁷ Ver Resolución N° 005-2005-TSC emitida el 9 de marzo de 2005 en el Expediente N° 001-2004-CCO-ST/IX seguido entre Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C.

⁸ El artículo 197° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente procedimiento según lo dispuesto por la segunda disposición final del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la vía Administrativa, aprobado mediante Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL, dispone lo siguiente: "Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión".

⁹ Al respecto, ver BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba. En: *Revista de Derecho Procesal*, Vol. II, Lima, marzo 1998, pag 49-65.

Conforme a la doctrina¹⁰, de estos grados de fuerza o valor probatorio sólo la certeza o convicción tendrán relevancia para servir de sustento a las decisiones finales del juzgador. En efecto, el juzgador sólo puede declarar la existencia o inexistencia del hecho materia de prueba sobre la base de la certeza o convicción que tenga de él, luego de haber valorado todo el material probatorio.

En consecuencia, en el presente caso, el Cuerpo Colegiado valorará todos los medios probatorios que obran en el expediente de manera conjunta y se pronunciará respecto a la existencia de los hechos e infracciones materia de la controversia, sobre la base de la certeza o convicción que la evaluación de tales medios probatorios le haya generado.

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

3.1. Competencia prohibida versus Competencia desleal

En su demanda, la señora Uzátegui señaló que desde el año 2003 el señor Correa había operado una empresa de prestación del servicio de televisión por cable sin contar con la concesión otorgada por el MTC y sin pagar las autorizaciones y licencias respectivas por la transmisión de las señales de los canales de cable.

Asimismo, señaló que a partir de diciembre de 2003, el señor Correa obtuvo la concesión otorgada por el MTC para prestar el servicio de televisión por cable, pero continuaba vulnerando las normas sobre derechos de autor al difundir señales de canales de cable sin tener las autorizaciones o licencias correspondientes y obteniendo una ventaja significativa respecto de sus competidores.

En el presente procedimiento, se determinará si el señor Correa ha incurrido en actos de violación de normas, mediante la difusión de señales de canales de cable vulnerando las normas sobre derechos de autor al no contar con las autorizaciones o licencias para ello y obteniendo una ventaja significativa respecto de sus competidores.

En atención a esto, es necesario determinar si debe incluirse dentro de los alcances de la investigación, el periodo previo al otorgamiento de la concesión durante el cual – según lo afirmado por la señora Uzátegui –, el señor Correa habría difundido señales que requieren de pago sin tener las autorizaciones o licencias respectivas.

Para tales efectos, es conveniente establecer la diferencia entre competencia prohibida y competencia desleal.

Los Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de competencia desleal en el ámbito de las telecomunicaciones¹¹ - en adelante, los Lineamientos -,

¹⁰ Ibid, pág 55.

¹¹ Resolución 003-2000-CD/OSIPTEL, Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones.

señalan que la competencia desleal por violación de normas y la competencia prohibida son prácticas de competencia ilícita. Sin embargo, mientras la competencia desleal por violación de normas supone realizar una actividad económica permitida y en ejercicio de dicha actividad obtener una ventaja competitiva ilícita derivada del incumplimiento de una norma legal, la competencia prohibida implica realizar una actividad económica que la ley no permite por no cumplir con los requisitos legales para ello o porque se ha reservado –legalmente - una actividad económica a determinados agentes. Así la diferencia principal radica en que lo ilícito en la competencia desleal es el mecanismo utilizado y en la competencia prohibida lo ilícito es competir.

Conforme a los Lineamientos existen dos modalidades de competencia prohibida: (i) absoluta, que se presenta cuando la ley reserva una determinada actividad a favor de una o algunas empresas, por ejemplo a través de un monopolio legal; y, (ii) relativa, que ocurre cuando la ley condiciona la realización de una actividad empresarial al cumplimiento de determinados requisitos previos o autorizaciones, como por ejemplo la obligación de contar con la correspondiente concesión para desarrollar cualquier servicio público de telecomunicaciones.

De acuerdo a lo señalado, la autoridad competente para sancionar los casos de competencia prohibida no es OSIPTEL sino quien determina el ingreso de los agentes al mercado a través de las concesiones y autorizaciones, es decir, el MTC. En tal virtud, OSIPTEL declarará improcedentes las demandas de competencia por violación de normas que constituyan supuestos de competencia prohibida por el sistema legal.

Por lo expuesto, el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal debe entenderse limitado a casos en los cuales agentes del mercado no impedidos de competir (o autorizados para hacerlo) vulneran normas que les permiten seguir compitiendo en el mercado pero obteniendo una ventaja ilícita significativa, y no el caso de quien no está autorizado a vender bienes o suministrar servicios a dichos consumidores y lo hace.

En el caso, el señor Correa cuenta con la respectiva concesión para prestar el servicio público de televisión por cable en el Distrito de Santiago de Cao, Provincia de Ascope, Departamento de la Libertad, desde el 11 de diciembre de 2003, habiendo suscrito el contrato de concesión respectivo el 20 de febrero de 2004. En consecuencia, el señor Correa a través de su empresa A&C Cable no es un agente impedido de competir a partir del 20 de febrero de 2004, sino un agente autorizado para ello que – conforme a los términos de la demanda - habría vulnerado normas de derechos de autor al transmitir las señales de diversos canales de cable, sin contar con las autorizaciones o licencias respectivas y obteniendo con ello, una ventaja significativa.

En ese sentido, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que a efectos de determinar la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se analizarán los hechos materia de la demanda desde que el señor Correa cuenta con la correspondiente concesión para prestar el servicio de televisión por cable, es decir, desde el 20 de febrero de 2004.

En su alegatos, el señor Correa ha señalado que en el Informe Instructivo se concluyó que a partir del atestado policial presentado por la demandante había quedado acreditado que operaba en forma ilegal, pese a que dicho atestado no constituye un medio probatorio sino el sustento para la formalización de la denuncia penal.

El atestado policial mencionado fue emitido con fecha 7 de enero de 2004 y se refiere a hechos ocurridos antes de que el señor Correa obtuviese la concesión respectiva, entre ellos la realización de una inspección a cargo de funcionarios del MTC, el Fiscal de Ascope y personal de la Policía Nacional.

En el Informe Instructivo, al igual de que en la presente resolución, el atestado policial y la inspección mencionados, sólo se refieren como antecedentes de la demanda presentada por la señora Uzátegui, sin que hayan sido considerados para afirmar la existencia de alguna de las infracciones materia de la controversia, en atención a que la presente investigación sólo abarca aquellos hechos ocurridos a partir de que el señor Correa obtuvo la obtención de la concesión para prestar el servicio de televisión por cable.

3.2 La definición de la práctica

La Ley sobre Represión de Competencia Desleal en su artículo 17° considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes, debiendo tal ventaja ser significativa¹².

Al respecto, corresponde indicar que tal como lo ha señalado la doctrina, para que la violación de normas por parte de un competidor pueda ser calificada de desleal, es necesario que dicha violación genere al infractor una ventaja competitiva en relación con los demás competidores que concurren en el mercado cumpliendo con la norma vulnerada, reflejada en la disminución de los costos de producción o distribución del infractor. Así, la referida ventaja tiene que ser significativa, debiendo el infractor obtener un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela.

En esta misma línea de razonamiento, los Lineamientos han previsto que para esta figura OSIPTEL deberá considerar solamente la infracción de normas legales de carácter imperativo, es decir, aquellas que establecen deberes al administrado, salvo que exista evidencia de que la infracción de las normas declarativas, que reconocen derechos, pueda ser aprovechada para incurrir en prácticas desleales que no se encuentren reguladas por otras disposiciones de la Ley.

Así, para determinar si se ha producido la infracción de una norma, OSIPTEL constatará la infracción directamente, a través de la Gerencia de Fiscalización, cuando le corresponda controlar su cumplimiento, de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la

¹² LEY SOBRE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 17.- Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

norma que corresponda, sin que dicha opinión sea requisito de admisibilidad de las demandas.

Por su parte, en lo referido a la ventaja ilícita "significativa", OSIPTEL considera que la misma debe determinarse evaluando los beneficios que reporta al infractor el incumplimiento de la norma, lo cual debería determinarse en términos de la disminución en sus costos o su acceso privilegiado al mercado debido a la infracción de la norma.

En sus alegatos, el señor Correa ha indicado que para que se configure un acto de violación de normas, es necesario que exista un competidor que cumpla con la norma violada, respecto del cual el infractor haya obtenido una ventaja significativa.

Al respecto, debe señalarse que la ventaja competitiva se determina en función de un estándar de competidor que acude al mercado cumpliendo la norma vulnerada y no de un específico competidor que concurre al mercado con el infractor. La norma de competencia desleal considera que es deber de todos los competidores acudir al mercado respetando todas las normas y disposiciones aplicables, por ello es respecto de este estándar de competidor observante del derecho, que se pondera la dimensión de la ventaja desleal. Al respecto, la doctrina señala que:

Para la calificación de desleal de la conducta de la violación [se requiere] el hecho de que la ventaja represente para quien la obtiene un diferencial de competitividad respecto de los restantes operadores determinante de su acceso, permanencia o triunfo en el mercado más allá de lo que en términos de competencia de prestación hubiera sido razonable esperar u obtener. En suma, dicho acceso, permanencia o triunfo debe ser resultar (sic) razonablemente más fácil para el infractor que para el operador observante del Derecho.¹³ (El resaltado es nuestro.)

Tal como se precisó en el Informe Instructivo la norma de competencia pretende proteger el correcto funcionamiento del mercado en el cual concurren competidores que cumplen con sus obligaciones legales, como en el caso, contar con las licencias y autorizaciones correspondientes para difundir señales de canales de cable y programas de televisión.

Afirmar lo contrario implicaría que en aquellos casos en que todos los competidores infringiesen una norma, ninguno podría ser sancionado por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Por ello, resulta irrelevante en la determinación de la infracción que la demandante infrinja también las normas cuyo incumplimiento ha demandado. Así, incluso en el caso de que se comprobara que la señora Uzátegui también ha violado las normas de derecho de autor, ello no implicaría que el señor Correa se eximiese de responsabilidad en las infracciones detectadas.

¹³ Illescas Ortiz, Rafael, "La infracción Inducida de Contratos y de Normas como Actos de Competencia Desleal". En: La Regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991. Madrid, 1992. Cámara de Comercio e Industria. 1992. p 116

Sin perjuicio de ello, debe subrayarse que de advertirse la existencia de infracciones a las normas sobre leal competencia – como es el caso de actos de violación de normas a los derechos de autor - presuntamente cometidas por el demandante que plantea una controversia, los Cuerpos Colegiados se encuentran facultados para iniciar los procedimientos correspondientes para investigar y de ser el caso sancionar a los infractores.

A continuación y dado que los hechos materia de la demanda interpuesta por la señora Uzátegui versan sobre actos de violación de normas configurados por la presunta transmisión de señales de canales de televisión por cable sin las licencias correspondientes, se procederá a analizar si dicha actuación implica la infracción a las normas de derechos de autor que son normas de carácter imperativo.

3.3 La existencia de infracciones a normas de carácter imperativo

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

El artículo 37° de la Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo N° 822, establece que es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor¹⁴.

De acuerdo con el artículo 183° de dicha ley, la vulneración de cualquiera de las disposiciones establecidas en la misma se configura como una infracción a la legislación que protege los derechos de autor¹⁵.

Con ocasión de la presente controversia, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado solicitó a la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, que informe si constituiría una infracción a las normas de derechos de autor el hecho de que una empresa reciba y transmita señales de canales de televisión sin las licencias y/o autorizaciones respectivas.

En atención a dicho requerimiento de información, la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI indicó que en la emisión de señales de cable *“es importante distinguir entre la protección de las emisiones, del contenido de las mismas, por cuanto los titulares de ambas son distintos”*.

En efecto, tal como fue señalado por la misma Oficina de Derechos de Autor en otra controversia¹⁶, en la emisión de señales por cable es importante tener presente los

¹⁴ LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR. Artículo 37°.- Siempre que la Ley no dispusiere expresamente lo contrario, es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor.

¹⁵ LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR. Artículo 183°.- Se considera infracción la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en la presente ley.

¹⁶ Expediente N° 002-2003-CCO-ST/CD correspondiente a la controversia seguida entre Cable Visión S.R.L. y Televisión Satelital E.I.R.L. por actos de competencia desleal en el mercado de la prestación del servicio público de distribución por cable.

siguientes derechos: (a) el derecho del organismo de radiodifusión a sus emisiones; y, (b) el derecho de los titulares de las obras o producciones audiovisuales a la comunicación pública de sus obras o producciones.

Asimismo, la Oficina de Derechos de Autor en respuesta al requerimiento formulado por la Secretaría Técnica en el presente caso ha señalado que:

"El artículo 140° del Decreto Legislativo N° 822¹⁷, ha reconocido a los organismos de radiodifusión y por analogía a los que transmiten sus propias emisiones por hilo, cable o fibra óptica, el derecho de realizar, autorizar o prohibir la retransmisión, la grabación y la reproducción así como a obtener una remuneración equitativa por las comunicaciones públicas de sus emisiones o transmisiones." (El resaltado es nuestro).

[Asimismo, concluyó que:]

"[De] No contar con las autorizaciones previas y por escrito de los titulares de los derechos de autor para efectuar cualesquiera actos de comunicación al público, ni para la recepción de las emisiones de los organismos de radiodifusión de los titulares de las obras y producciones audiovisuales contenidos en dichas emisiones, existiría infracción administrativa y presunto delito en agravio de los titulares de los derechos conexos [de autor]" (El resaltado es nuestro).

El Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que de lo anterior, 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.

Ahora bien, en la fundamentación de hecho de su demanda, la señora Uzátegui manifestó que la recepción y transmisión de las señales de televisión por parte del señor Correa se efectuaba mediante el sistema de DIRECT TV.

La demanda ha sido admitida por "la difusión de señales de canales de cable violando las normas sobre derechos de autor al no contar con las autorizaciones o licencias para ello y obteniendo una ventaja significativa respecto de sus competidores".

¹⁷ LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR. Artículo 140°.- Los organismos de radiodifusión tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La transmisión 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.

En este sentido, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que para que se configure un posible acto de violación de normas de derechos de autor, es irrelevante el medio de recepción y transmisión de las señales, programas o películas que se emplee.

En atención a ello, en el presente caso, se verificará la posible existencia de infracciones a los derechos de autor por parte del señor Correa, cualquiera sea la tecnología, modalidad o medio empleado para ello, es decir, ya sea mediante equipos de DIRECT TV, mediante la grabación de las señales de canales de cable y su posterior retransmisión o mediante la difusión de VHS, DVD o cualquier otro medio para difundir señales, programas o películas sin la autorización del titular de los respectivos derechos.

3.3.2 Los hechos acreditados en el expediente

En su demanda, la señora Uzátegui mencionó que los canales que transmitiría el señor Correa sin contar con la autorización correspondiente serían FOX SPORTS, DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, THE FILM ZONE, CINE CANAL, TNT y MULTICINEMA. A efectos de acreditar tales hechos, por encargo del Cuerpo Colegiado y de la Secretaría Técnica, se realizaron las siguientes acciones de supervisión:

- A. Acciones de Supervisión realizadas el 9 de agosto de 2004 en el domicilio de un abonado y en el local desde donde opera A&C CABLE.
- B. Acciones de Supervisión realizadas el 26 de noviembre de 2004 en el domicilio de un abonado y en el local desde donde opera A&C CABLE.

A. Acciones de Supervisión realizadas el 9 de agosto de 2004

El 9 de agosto de 2004, la Gerencia de Fiscalización – a pedido del Cuerpo Colegiado-, realizó acciones de supervisión en el domicilio de un abonado de A&C CABLE y en el local desde el cual opera dicha empresa.

(i) Primera acción de supervisión en casa de abonado (12:42 horas)

La primera acción de supervisión se realizó a las 12:42 horas¹⁸, habiéndose verificado que a través del televisor ubicado en el domicilio de un abonado de A&C CABLE se difundían las señales de 4 de los 7 canales mencionados por la señora Uzátegui en su demanda. Dichos canales son DISCOVERY KIDS a través del canal 5, DISCOVERY CHANNEL a través del canal 8, FOX SPORTS a través del canal 10 y THE FILM ZONE a través del canal 19.

(ii) Segunda acción de supervisión en casa de abonado (14:48 horas)

¹⁸ Cabe señalar que en la acción de supervisión que se realizó en el local de A&C CABLE se revisaron las boletas de venta de dicha empresa y se comprobó que el abonado en cuestión figuraba entre los clientes de la empresa, tal como consta en el informe de dicha acción de supervisión.

A las 14:00 horas, el funcionario de la Gerencia de Fiscalización acudió al local desde el cual opera A&C CABLE. Sin embargo, la acción de supervisión se inició recién a las 16:00 horas, debido a que el representante de dicha empresa solicitó que se esperase a su abogado para comenzar la acción de supervisión; lo cual fue aceptado por el funcionario de la Gerencia de Fiscalización.

En atención a ello, mientras se esperaba por la llegada del abogado, y siendo las 14:48 horas el funcionario de la Gerencia de Fiscalización regresó al domicilio del abonado de A&C CABLE a efectos de comprobar cuáles eran los canales que estaba difundiendo a sus abonados a dicha hora (14:48 horas).

Como resultado de esta segunda inspección, se verificó que sólo se transmitía uno de los canales que fueron mencionados por la demandada y encontrados en la primera inspección, a saber, DISCOVERY KIDS a través de canal 5. Las señales de DISCOVERY CHANNEL (canal 8), FOX SPORTS (canal 10) y THE FILM ZONE (canal 19) fueron retiradas de la programación. En su lugar se verificó que en el canal 8 se encontraba sin señal, que en el canal 10 se transmitía la señal de BOCA TV en tanto que en el canal 19 se transmitía la señal de FASHION TV.

(iii) Tercera acción de supervisión en el local de A&C CABLE (16:00 horas)

A las 16:00 horas, el funcionario de la Gerencia de Fiscalización realizó una acción de supervisión en el local desde el cual opera A&C CABLE. En dicha inspección, se verificó la difusión de uno solo de los canales mencionados por la demandada y que se encontraron en el domicilio del abonado: DISCOVERY KIDS a través del canal 5, cuyas señales provenían de un equipo de video (VHS).

El canal 8¹⁹ se encontraba sin señal, mientras que se mantenía la difusión de BOCA TV y FASHION TV a través de los canales 10 y 19, respectivamente. El representante de A&C CABLE, señaló que las señales de BOCA TV y FASHION TV eran señales de "programación libres" por lo que no requieren de autorización para transmitirlos.

Cabe indicar que el representante de A&C CABLE expresó que las señales de DISCOVERY KIDS y DISCOVERY CHANNEL – las cuales no estaban en programación en ese momento – se difundían utilizando cintas de videos y equipos de reproducción de videos. Así, en la inspección al local de A&C CABLE se encontraron cintas de video con la programación de dichos

¹⁹ En el cual durante la primera supervisión en el domicilio del abonado se encontró DISCOVERY CHANNEL.

canales así como equipos de reproducción de videos (VHS); por ello en el informe elaborado por la Gerencia de Fiscalización se concluyó que la transmisión de tales señales se efectuaría a través de dichos medios.

Finalmente, no se encontraron equipos de DIRECT TV.

A continuación se grafica los cambios apreciados en la programación de A&C CABLE durante las acciones de supervisión realizadas el 9 de agosto de 2004:

Número de canal	Señal de Programación a las 12:42 en domicilio de abonado	Señal de Programación a las 14:48 en domicilio de abonado	Señal de Programación a las 16:00 en el local de A&C Cable
5	DISCOVERY KIDS	DISCOVERY KIDS	DISCOVERY KIDS (mediante videos)
8	DISCOVERY CHANNEL	SIN SEÑAL	SIN SEÑAL
10	FOX SPORTS	BOCA TV	BOCA TV (mediante receptor satelital)
19	THE FILM ZONE	FASHION TV	FASHION TV (mediante receptor satelital)

El Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que ha quedado acreditado que A&C CABLE transmitía las señales de DISCOVERY KIDS, DISCOVERY CHANNEL, FOX SPORTS y THE FILM ZONE a partir de las verificaciones realizadas por la Gerencia de Fiscalización en el domicilio de un abonado del demandado, a las 12:42 horas.

Ello es así, incluso habiéndose verificado que en la segunda y tercera inspecciones sólo se encontró la señal de DISCOVERY KIDS. Al haberse apreciado modificaciones a la programación de A&C CABLE, resulta probable que mientras el funcionario de la Gerencia de Fiscalización esperaba al abogado de la empresa, se hayan efectuado cambios en la programación ante la inminencia de la inspección.

Adicionalmente, el señor Correa efectuó la recepción y transmisión de BOCA TV y FASHION TV, señalando que no debía efectuar pagos por autorizaciones o licencias, en la medida que se trataba de "señales libres". Dichos canales reemplazaron a FOX SPORTS y THE FILM ZONE, encontrados en la primera supervisión.

En sus alegatos, la señora Uzátegui expresó que había quedado acreditado que A&C CABLE también difundía las señales de los canales CINECANAL, MULTICINEMA y TNT, a partir de las declaraciones efectuadas por un abonado del servicio de A&C CABLE en la acción de supervisión realizada el 9 de agosto de 2004.

Como ha sido expuesto, en esta supervisión, se verificó que los referidos canales CINECANAL, MULTICINEMA y TNT no figuraban en la programación de dicha empresa transmitida en ese momento.

Cabe indicar que conforme a lo declarado por el referido abonado, en algunas ocasiones se programarían las señales de CINECANAL, MULTICINEMA y TNT. Sin embargo, en el momento de la supervisión no se encontraron en la programación de A&C CABLE²⁰. En consecuencia, sólo existe una manifestación de un abonado según la cual dentro de la programación de dicha empresa también se incluiría CINECANAL, MULTICINEMA y TNT.

Conforme a los criterios expuestos en el acápite 2 de la presente resolución, el juzgador sólo puede declarar la existencia o inexistencia del hecho materia de prueba sobre la base de la certeza o convicción que tenga de él. La manifestación de un abonado no constituye un medio probatorio que pueda por sí mismo crear certeza o convicción sobre la existencia de un hecho.

En consecuencia, corresponde desestimar los alegatos de la señora Uzátegui sobre este punto.

B. Las acciones de supervisión realizadas el 26 de noviembre de 2004

A partir de las acciones de supervisión previamente realizadas, la Secretaría Técnica concluyó que era posible que el señor Correa difundiera las señales de cable mediante grabaciones de video y equipos de VHS sin contar con las autorizaciones o licencias correspondientes, por ello solicitó a la Gerencia de Fiscalización la realización de nuevas acciones de supervisión a efectos de verificar la difusión de las señales de canales de televisión "mediante cualquier medio o tecnología (como es el caso de equipos de video, receptores satelitales, etc) sin contar con las licencias y/o contratos respectivos".

En las verificaciones realizadas en el Hotel Cartavio – abonado a la empresa de cable del demandado - y en local de la empresa del señor Correa no se observó la transmisión de las señales de los canales de

²⁰ En la transcripción del video en el que consta la acción de supervisión realizada el 9 de agosto de 2004 se aprecia el siguiente diálogo entre usuarios y el supervisor de OSIPTEL Ernesto Loayza:

Usuario 1: Cinecanal no hay ¿no?

Usuario: Si te acuerdas que todos los días en el dos dan

Ernesto Loayza: Al 2, pasa un rato al 2. (...)

Ernesto Loayza: TNT no hay, ¿no? (...)

Usuario:ponen un rato así.

Ernesto Loayza: TNT no hay. Cinecanal, tampoco hemos encontrado. Ya. ¿ Multicinema?

Usuario: Tampoco, aquí lo ponen a veces, es variable. (...)

Ernesto Loayza: Ya, entonces Multicinema tampoco(..)

Ernesto Loayza: Hay tres canales que no hemos encontrado TNT, Cinecanal, Multicinema. Pueden aparecer eventualmente. Pero no hemos encontrado.

(El resaltado es nuestro).

televisión FOX SPORTS, DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, THE FILM ZONE, CINE CANAL, TNT y MULTICINEMA.

No obstante ello, se verificó que para la transmisión de la señal de programación del canal 5 – BOOMERANG²¹ - se utilizaba videos y equipos de reproducción de videos.

De otro lado, se verificó que se transmitía la señal de BOCA TV a través del canal 10, utilizando para ello un receptor satelital.

En el siguiente cuadro, se grafican las señales encontradas en estas acciones de supervisión:

Número de canal	Señal de Programación en domicilio de abonado (Hotel Cartavio)	Señal de Programación a las 16:00 en el local de A&C Cable
5	BOOMERANG	BOOMERANG (mediante cintas de video pregrabadas)
8	A, MUSICAL	SIN SEÑAL
10	BOCA TV	BOCA TV (mediante receptor satelital)
19	LA TELE	LA TELE (mediante receptor satelital)

Asimismo, en el local del señor Correa se encontraron cintas de video y DVD, las cuales contenían programación de DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, FOX SPORT, así como las películas: LA ERA DE HIELO, EL REY LEÓN, ALADINO y documentales –entre otros-. De acuerdo con lo indicado por los representantes de A&C CABLE, las cintas encontradas corresponden a grabaciones de programas realizadas por ellos mismos²².

De otro lado, en dicha acción de supervisión, representantes de A&C CABLE entregaron al funcionario de OSIPTEL un volante del cual se puede desprender razonablemente que figuran – entre otros – aquellos canales que fueron encontrados en el domicilio de un abonado en la primera acción de supervisión del 9 de agosto de 2004:

Número de canal	Señal de Programación
5	Canal Infantil (kids)

²¹ En la primera acción de supervisión en la casa de un abonado se encontró en el canal 5 la señal de DISCOVERY KIDS.

²² Al respecto, en el informe de la inspección realizada en el local de la empresa el 26 de noviembre de 2004, se señala expresamente lo siguiente:

"En el local del señor Correa se encontraron cintas de VHS, las mismas que contenían: programación de Discovery Channel, Fox Sports, La Era del Hielo, El Rey León, Aladino, Discovery Kids, documentales. De acuerdo con lo indicado por los representantes de 'A&C Cable', las cintas encontradas corresponden a las grabaciones de programas realizadas por ellos mismos; por otro lado, algunas de las cintas llevaban etiquetas hechas a mano, mientras que otras contenían etiquetas impresas." (El resaltado es nuestro).

8	Documentales (DISC)
10	Deportes (Sports)
19	Películas

En efecto, Canal Infantil (kids) correspondería a DISCOVERY KIDS, Documentales (DISC) a DISCOVERY CHANNEL, Deportes (Sports) a FOX SPORTS y Películas a THE FILM ZONE. Sin embargo, dicho volante no coincide con la programación encontrada al momento de la realización de las acciones de supervisión del 26 de noviembre de 2004.

Finalmente, no se encontraron equipos de DIRECT TV.

Por tanto, en las acciones de supervisión realizadas el 26 de noviembre de 2004, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que ha quedado acreditado que el señor Correa efectuó la recepción y transmisión de las señales de BOCA TV, BOOMERANG. Adicionalmente, el señor Correa transmitía videos y DVD con la programación de DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, FOX SPORTS, así como las películas: LA ERA DE HIELO, EL REY LEÓN, ALADINO y documentales.

C. Resultado de las acciones de supervisión

Conforme a los resultados obtenidos en las acciones de supervisión antes descritos, el Cuerpo Colegiado considera que ha quedado acreditado que el señor Correa recibe y transmite dentro de la programación de su empresa A&C CABLE las señales de:

- FOX SPORTS
- THE FILM ZONE
- DISCOVERY KIDS Y DISCOVERY CHANNEL
- BOCA TV Y FASHION TV
- BOOMERANG
- PELÍCULAS y DOCUMENTALES TRANSMITIDOS MEDIANTE video y DVD (como LA ERA DE HIELO, EL REY LEÓN, ALADINO).

En sus alegatos, la señora Uzátegui ha cuestionado los resultados de las acciones de supervisión realizadas por la Gerencia de Fiscalización, debido a que:

- Los supervisores debieron tomar medidas que permitieran poner en evidencia el comportamiento malicioso del demandado y así encontrar los equipos de DIRECT TV mediante los cuales el señor Correa capta las señales de los canales de cable materia de la denuncia.
- A efectos de realizar una inspección en el domicilio de un abonado de A&C CABLE se había tomado como tal -abonado- a un hotel de propiedad y domicilio del demandado.

Al respecto, debe indicarse que las acciones de supervisión se llevaron a cabo sin aviso previo, en cumplimiento de lo pedido por el Cuerpo Colegiado y la Secretaría Técnica y conforme a lo establecido en las normas que rigen este tipo de acciones a cargo de OSIPTEL.

En dichas acciones de supervisión no se encontraron equipos de DIRECT TV.

Los medios probatorios presentados por la señora Uzátegui que acreditarían la existencia de equipos de DIRECT TV – actas de inspección del MTC, atestado policial - corresponden a hechos que no forman parte del periodo de investigación, pues fueron previos a la obtención de la concesión por parte del señor Correa, conforme a lo expresado en el acápite 3.1 de la presente resolución.

Cabe señalar que en la acción de supervisión realizada el 26 de noviembre de 2004, el funcionario de OSIPTEL comprobó que el Hotel Cartavio es abonado de A&C CABLE, por lo que independientemente de ser de propiedad del demandado, la calidad de abonado de dicho hotel está acreditada. Adicionalmente, dicha supervisión fue la segunda que se realizó a un abonado de A&C CABLE, siendo que es el conjunto de todas las acciones de supervisión las que han llevado a la Secretaría Técnica y a este Cuerpo Colegiado a tener convicción sobre los hechos y la infracción materia de la controversia.

En efecto, en la acción de supervisión realizada el 9 de agosto de 2004, se encontraron en el domicilio de otro abonado de A&C CABLE – distinto del Hotel Cartavio – las señales de DISCOVERY KIDS, DISCOVERY CHANNEL, FOX SPORTS y THE FILM ZONE. En este sentido, la supervisión realizada en el Hotel Cartavio ha permitido encontrar un canal adicional, "BOOMERANG" que sería transmitido como "señal libre" por el señor Correa y respecto del cual también se pronuncia la presente resolución.

En consecuencia, los alegatos formulados por la señora Uzátegui sobre este punto deben ser desestimados.

De otro lado, en sus alegatos, la señora Uzátegui ha manifestado que si se ha acreditado que el demandado capta y difunde las señales de la televisión extranjera mediante equipos de DIRECT TV sin contar con las licencias o autorizaciones. Ello se demostraría – de acuerdo a la señora Uzátegui - con las actas notariales de fechas 12 de mayo de 2004 y 15 de junio de 2004 en las cuales el Notario Público de Casagrande, señor José Antonio Segura, deja constancia que a través de A&C CABLE se difunden las señales de los canales CINE CANAL, MULTICINEMA y TNT, además de los mismos canales encontrados en las inspecciones realizadas por la Gerencia de Fiscalización, así como con las cintas de video correspondientes.

El Cuerpo Colegiado, en la misma línea del razonamiento empleado en el Informe Instructivo, considera que estas actas notariales no le generan convicción o certeza sobre la difusión de los canales CINE CANAL, MULTICINEMA y TNT por parte de A&C CABLE, toda vez que dichas constataciones no han sido realizadas por personal especializado en la materia que haya podido emitir un informe técnico en el que se certifiquen aspectos técnicos relacionados a la comprobación de que las emisiones provenían de la empresa del demandado o de la existencia de una sola conexión de cable en el domicilio del abonado.

Adicionalmente, debe indicarse que en dichas actas notariales no se verificó la existencia de equipos de DIRECT TV, puesto que la constatación no se efectuó en el local donde opera A&C CABLE.

Por ello, la determinación de los canales que se transmitirían sin pagar las licencias o autorizaciones correspondientes y el medio empleado para la transmisión, ha sido efectuada por el Cuerpo Colegiado en atención a los hallazgos de las acciones de supervisión descritas precedentemente que se encuentran recogidos en los informes técnicos respectivos, los cuales además han cumplido con todas las normas que rigen las actuaciones administrativas de OSIPTEL en materia de supervisiones²³.

Por tanto, los alegatos del señor Correa sobre este punto, deben ser desestimados.

3.3.3 Las infracciones a las normas sobre derecho de autor presuntamente cometidas por el señor Correa

Como argumento de defensa, en su escrito de fecha 29 de setiembre de 2004, el señor Correa ha mencionado que al no haberse encontrado equipos de DIRECT TV en las acciones de supervisión realizadas, no resulta posible afirmar que su empresa transmitía señales sin respetar los derechos de autor.

Tal como se indicó en el acápite 3.2, la vulneración a los derechos de autor puede realizarse a través de cualquier medio, modalidad o tecnología que se emplee para difundir las señales o los programas de televisión sin las autorizaciones o licencias correspondientes.

²³ Cabe señalar que en doctrina se concede un mayor valor probatorio a los informes técnicos realizados por la Administración porque este tipo de medio probatorio se funda en la imparcialidad y objetividad que se presumen del autor, además de la especialidad de los órganos que expiden los dictámenes en el marco de los trabajos habituales. Adicionalmente, se les otorga un mayor valor probatorio porque gozan de la presunción de legalidad de todos los actos administrativos:

" (...) si a los informes de técnicos de la Administración debidamente fundados se otorga mayor crédito que a los de parte interesada es, en definitiva, porque de ellos, como de toda actuación administrativa, se presume su adecuación al ordenamiento jurídico. (...) "

En: SHIMABUKURO, Roberto. La instrucción del procedimiento administrativo. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda Parte. Lima, Ara Editores, 2003. pág.332-333.

Por tanto, los alcances de la presente investigación abarcan a toda posible violación a las normas sobre derechos de autor realizada a través de cualquier medio, modalidad o tecnología, ya sea mediante equipos de DIRECT TV, mediante la grabación de las señales de canales de cable y su posterior retransmisión o mediante la difusión de videos o películas sin la autorización del titular de los derechos respectivos.

En consecuencia, el argumento del señor Correa respecto a que el hecho de no haber encontrado equipos de DIRECT TV en las acciones de supervisión, determina que no se habrían cometido infracciones a las normas sobre derechos de autor, debe ser desestimado.

De acuerdo a los resultados obtenidos en las acciones de supervisión, seguidamente se analiza si el señor Correa cumplió con acreditar que cuenta con las licencias o autorizaciones respectivas para emitir las señales de los canales de cable así como para transmitir videos y DVD con la programación de estos y con películas o documentales.

FOX SPORTS

Mediante escritos de 4 de octubre y 10 de noviembre de 2004, el señor Correa afirmó que no difunde las señales de FOX SPORTS, motivo por el cual no ha presentado copia de las licencias o autorizaciones respectivas.

En la acción de supervisión realizada el 26 de noviembre de 2004 en el local de A&C CABLE se encontraron cintas de video y DVD con la programación de FOX SPORTS así como los respectivos equipos de vídeo. El representante de la empresa señaló en dicha inspección que ellos grababan la programación de FOX SPORTS mediante cintas de video y DVD, para luego retransmitirlas a sus abonados.

Asimismo, en la acción de supervisión realizada el 26 de noviembre de 2004, representantes de A&C CABLE entregaron un volante con la programación de dicha empresa. En dicho volante, figura – entre otros - “Deportes (Sports)” vía canal 10. Durante la primera supervisión realizada en el domicilio de un abonado el 9 de agosto de 2004 se encontró, también vía canal 10, FOX SPORTS. Por tanto, es razonable concluir que el canal que figura en el mencionado volante no es otro que FOX SPORTS.

Cabe señalar que mediante correo electrónico del 15 de febrero de 2004, así como mediante comunicación del 22 de febrero de 2004, Fox Sports Latin America confirmó que A&C CABLE no tiene contrato suscrito con ella para transmitir la señal y programación de FOX SPORTS.

Por tanto, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que ha quedado demostrado que el señor Correa a través de su empresa A&C CABLE retransmitió a sus abonados las señales de la programación de FOX SPORTS grabadas previamente en cintas de video y DVD así como programas de dicho canal, sin contar con las autorizaciones respectivas de los titulares de las emisiones y de los titulares de los programas en cuestión.

THE FILM ZONE

En los escritos de 4 de octubre y 10 de noviembre de 2004, el señor Correa ha afirmado que no transmite las señales de THE FILM ZONE, por lo cual no ha presentado copia de las licencias o autorizaciones para difundir tal señal.

Sin embargo, a partir de la acción de supervisión del 9 de agosto de 2004 se ha comprobado que el señor Correa transmite la señal de THE FILM ZONE.

Asimismo, en el volante entregado en la acción de supervisión del 26 de noviembre de 2004, figura – entre otros - “Películas” vía canal 19. Durante la primera supervisión realizada en el domicilio de un abonado el 9 de agosto de 2004 se encontró también vía canal 19, THE FILM ZONE. Por tanto, es razonable concluir que la señal que figura en el mencionado volante, vía canal 19, no es otra que THE FILM ZONE.

Posteriormente, en sus alegatos, el señor Correa ha manifestado la señal de THE FILM ZONE, se transmitía mediante cintas de video y DVD. En la acción de supervisión no se pudo comprobar que este fuera el medio empleado para la transmisión. Sin embargo, como ya se ha señalado, el medio de transmisión resulta irrelevante para determinar la comisión de la infracción.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que ha quedado demostrado que el señor Correa a través de su empresa A&C CABLE, efectuó la recepción y transmisión de la señal de THE FILM ZONE sin contar con la autorización respectiva.

DISCOVERY KIDS Y DISCOVERY CHANNEL

En las acciones de supervisión realizadas el 9 de agosto de 2004 y el 26 de noviembre de 2004 en el local de A&C CABLE se encontraron cintas de video y DVD así como los respectivos equipos de reproducción con la programación y documentales de DISCOVERY KIDS y DISCOVERY CHANNEL. El señor Correa confirmó en dichas inspecciones y en diversos escritos que obran en el expediente que transmitía documentales de DISCOVERY KIDS y programas de DISCOVERY CHANNEL mediante cintas de video y DVD, pero no mediante señal directa, de donde se sigue que no requería contar con autorizaciones o licencias respectivas para realizar este tipo difusión²⁴.

Como ha sido tantas veces indicado en el presente pronunciamiento, para retransmitir señales de cable o difundir programas de televisión se requiere de las autorizaciones o licencias respectivas otorgadas por los titulares de los derechos. Ello es así, sin importar el medio, tecnología o modalidad que se use para la retransmisión o difusión, como es el caso de equipos de DIRECT TV, la grabación de las señales de canales de cable y su posterior retransmisión o la difusión de videos o películas sin la autorización del titular de los derechos respectivos.

²⁴ Ver escrito de contestación de demanda, así como escritos de fechas 29 de setiembre y 4 de octubre de 2004.

Asimismo, en el volante entregado en la acción de supervisión del 26 de noviembre de 2004, figuran – entre otros - Canal Infantil (kids) vía canal 5 y Documentales (Disc) vía canal 8.. Durante la primera supervisión realizada en el domicilio de un abonado el 9 de agosto de 2004, se encontró vía canal 5, DISCOVERY KIDS, en tanto que vía canal 8 se encontró DISCOVERY CHANNEL. Por tanto, es razonable concluir que los canales que figuran en el mencionado volante no son otros que DISCOVERY KIDS y DISCOVERY CHANNEL.

Por tanto, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que ha quedado acreditado que el señor Correa a través de su empresa A&C CABLE retransmitió a sus abonados la señales de la programación de DISCOVERY KIDS y de DISCOVERY CHANNEL grabadas previamente en cintas de video y DVD así como programas de ambos canales, sin contar con las autorizaciones respectivas de los titulares de las emisiones y de los titulares de los programas en cuestión.

BOCA TV y FASHION TV

En la supervisión realizada el 9 de agosto de 2004 en el local de A&C CABLE, un representante de su empresa indicó que las señales de BOCA TV y FASHION TV eran señales de “programación libres” por lo que no requieren de autorización para transmitirlos.

Conforme a lo señalado en el Código Procesal Civil, “*quien alega un hecho debe probarlo*”²⁵; sin embargo, debe resaltarse que el señor Correa no presentó antes de la emisión del Informe Instructivo, medio probatorio alguno en respaldo de sus afirmaciones, ni tampoco señaló las direcciones de los representantes de tales canales a efectos de que la Secretaría Técnica pueda corroborar sus afirmaciones, teniendo en consideración que dichos titulares no tienen domicilio en territorio nacional.

BOCA TV

A partir de sus propias indagaciones, la Secretaría Técnica logró ubicar el domicilio de BOCA TV. Por ello, se le solicitó que informe si su señal de programación era una señal libre que pueda ser incluida dentro de la programación de una empresa prestadora del servicio de cable sin que tenga la obligación de pagar algún derecho o licencia.

A la fecha de emisión del Informe Instructivo, BOCA TV, no contestó al requerimiento de información. Ante ello, la Secretaría Técnica realizó una búsqueda en internet y encontró que la señal de BOCA TV es distribuida y comercializada por la empresa PRAMER S.C.A. En consecuencia, en el Informe Instructivo se indicó que la señal de BOCA TV no sería una señal libre como lo ha afirmado el señor Correa en el presente caso.

²⁵ CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Artículo 196°.- Carga de prueba.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

En sus alegatos, el señor Correa objetó el hecho de que no se haya obtenido información directa de BOCA TV a efectos de determinar si dicha señal era libre o no.

Como puede apreciarse, contrariamente a lo señalado por el señor Correa, la Secretaría Técnica sí remitió comunicación a BOCA TV, pero no recibió respuesta, razón por la cual se pronunció en el Informe Técnico sobre la base de la información disponible, conforme a la cual BOCA TV no sería una señal libre.

Posteriormente, el señor Correa presentó adjunto a sus alegatos un correo electrónico remitido por el señor Marcelo Rizzato, Ejecutivo de Ventas de PRAMER S.C.A., en el cual se le indica que podía captar las señales de BOCA TV.

En atención a esta nueva información, se remitió un correo electrónico al señor Rizzato a efectos de que confirmara la información presentada por el señor Correa.

En respuesta, mediante correo electrónico de fecha 9 de marzo de 2005, el señor Rizzato expresó que la señal de BOCA TV era libre desde diciembre de 2003 y sí podía ser captada y remitida a los abonados.

Sin embargo, mediante correo electrónico de fecha 12 de marzo de 2005, el señor Juan Fabbri, representante de BOCA TV, indicó que los operadores de cable debían solicitar autorización para la emisión de sus señales.

En atención a esta nueva información, el Cuerpo Colegiado estima que no ha quedado acreditado que BOCA TV no sea una señal libre, por lo que corresponde no considerarla dentro de los canales respecto de los cuales debe demostrarse que se cuenta con las licencias y autorizaciones respectivas.

FASHION TV

Ante la falta de información en el expediente sobre la dirección o correo electrónico de los representantes de FASHION TV, para determinar si la señal de FASHION TV era "señal libre" se solicitó a TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C. – Cable Mágico – que indique si la señal de FASHION TV que forma parte de su programación, era una señal libre que puede ser incluida dentro de la programación de una empresa prestadora del servicio de cable sin que tenga la obligación de pagar al titular de la señal de los derechos correspondientes.

Mediante comunicación de fecha 28 de enero de 2005, Telefónica Multimedia S.A.C. indicó que mantenía vigente un contrato con CLAXSON que era la titular de la señal de FASHION TV para Latinoamérica, empresa que los autorizaba para transmitir dicha señal en el territorio peruano a cambio de una contraprestación de naturaleza dineraria. De otro lado, mediante una búsqueda realizada en internet por la Secretaría Técnica se encontró que la señal de FASHION TV es distribuida y comercializada por la empresa CLAXSON. En consecuencia, de acuerdo a lo indicado por Telefónica Multimedia S.A.C., la señal de FASHION TV no es una señal libre como lo ha afirmado el señor Correa en el presente caso.

En sus alegatos, el señor Correa objetó el hecho de que no se haya obtenido información directa de FASHION TV a efectos de determinar si dicha señal era libre o no.

Cabe reiterar que el señor Correa no ha presentado en sus alegatos medio probatorio alguno en respaldo de sus afirmaciones sobre la calidad de señal libre de FASHION TV ni tampoco señaló las direcciones de los representantes de FASHION TV; por lo que el presente pronunciamiento se efectúa con la información de la cual dispone el Cuerpo Colegiado en el expediente.

Por tanto, el Cuerpo Colegiado considera que ha quedado acreditado que el señor Correa a través de su empresa A&C CABLE, efectuó la recepción y transmisión de la señal de FASHION TV sin contar con las licencias o autorizaciones respectivas.

BOOMERANG

En la acción de supervisión realizada el 26 de noviembre de 2004, se verificó que al momento de la inspección se estaba transmitiendo la señal de BOOMERANG vía canal 5 mediante videos y equipos de reproducción respectivos (VHS).

Al respecto, el señor Correa no acreditó que contara con las autorizaciones pertinentes para transmitir la señal de dicho canal.

Por tanto, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que ha quedado acreditado que el señor Correa a través de su empresa A&C CABLE retransmitió a sus abonados la señal de la programación de BOOMERANG grabada previamente en cintas de video, sin contar con las autorizaciones respectivas de los titulares de las emisiones y de los titulares de los programas en cuestión.

OTRAS PELÍCULAS DIFUNDIDAS MEDIANTE VIDEOS

En la acción de supervisión realizada el 26 de noviembre de 2004 efectuada en el local del señor Correa se encontraron cintas de video y DVD, las mismas que contenían las películas: LA ERA DE HIELO, EL REY LEÓN y ALADINO, entre otras. De acuerdo con lo indicado por los representantes de A&C CABLE, las cintas encontradas corresponden a grabaciones de programas realizadas por ellos mismos y son retransmitidas a sus abonados.

Al respecto, el señor Correa no acreditó que contara con las autorizaciones pertinentes para difundir tales videos.

Por tanto, el Cuerpo Colegiado considera que ha quedado acreditado que el señor Correa a través de su empresa A&C CABLE retransmitió a sus abonados películas grabadas en cintas de video y DVD – entre ellas LA ERA DE HIELO, EL REY LEÓN y ALADINO -, sin contar con las autorizaciones respectivas de los titulares de las películas en cuestión.

3.3.4 Conclusión

De acuerdo a la información que obra en el expediente, el Cuerpo Colegiado estima que ha quedado demostrado que el señor Correa a través de su empresa A&C CABLE:

- Retransmitió a sus abonados las señales de la programación de FOX SPORTS, DISCOVERY KIDS y DISCOVERY CHANNEL grabadas previamente en cintas de video y DVD así como programas y documentales de dichos canales, sin contar con las autorizaciones o licencias respectivas de los titulares de las emisiones y de los titulares de los programas en cuestión.
- Efectuó la recepción y transmisión de la señal de THE FILM ZONE y FASHION TV sin contar con las autorizaciones o licencias respectivas.
- Retransmitió a sus abonados las señales de la programación de BOOMERANG grabadas previamente en cintas de video y mediante los equipos de reproducción respectivos (VHS) sin contar con las autorizaciones o licencias respectivas de los titulares de las emisiones.
- Retransmitió a sus abonados películas grabadas en cintas de video y DVD – entre ellas LA ERA DE HIELO, EL REY LEÓN y ALADINO –, sin contar con las autorizaciones o licencias respectivas de los titulares de las películas en cuestión.

En consecuencia, el Cuerpo Colegiado considera que a partir de la información que obra en el expediente, el señor Correa ha incumplido con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, por lo que corresponde continuar con el análisis a fin de determinar si se ha cometido un acto de competencia desleal²⁶.

En atención a ello, el Cuerpo Colegiado estima que debe disponer que la Secretaría Técnica remita las partes pertinentes del presente expediente a la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI para que ésta evalúe las infracciones a las normas de derechos de autor.

3.4 La ventaja significativa

Corresponde ahora determinar si con el incumplimiento a las disposiciones a que se refieren los párrafos precedentes, es decir a la difusión de señales y de programas de televisión sin contar con las autorizaciones o licencias correspondientes de parte de sus titulares, se ha obtenido una ventaja competitiva y si la misma es significativa.

Información empleada en la estimación de la ventaja significativa

²⁶ Conviene precisar que en sus alegatos la señora Uzátegui ha señalado que si se habría acreditado que el demandado emplea equipos de DIRECT TV para captar y transmitir señales de cable. Asimismo, ha indicado que si se habría acreditado que transmite la totalidad de los canales mencionados por ella en su demanda. Dichos alegatos ya han sido desvirtuados en los acápites precedentes, sin perjuicio de lo cual, debe indicarse que las infracciones a los derechos de autor han sido acreditadas en el expediente.

Debe indicarse que a efectos de ponderar la magnitud de la ventaja obtenida por el señor Correa mediante la infracción de las normas de derechos de autor, se solicitó a la señora Uzátegui que presentara información relativa a las sumas pagadas por derechos de transmisión de los canales FOX SPORT, DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS, MOVIE WORD, MULTIPREMIER y FOX CHANNEL.

Tal como se ha señalado en el acápite VIII, la señora Uzátegui expresó que tenía contratos de licencia suscritos con empresas vinculadas a ella que formaban parte de un mismo grupo empresarial – TELEVISIÓN SAN MARTÍN S.A.C. y CASAGRANDE TELEVISIÓN E.I.R.L.

El señor Correa ha señalado que tales contratos así como las facturas respectivas carecen de valor probatorio dado que las mencionadas empresas no se encontrarían autorizadas por DISCOVERY CHANNEL, DISCOVERY KIDS y FOX CHANNEL, para sub-licenciar la transmisión de dichas señales; y que en dicha medida la señora Uzátegui también habría incurrido en infracciones a las normas sobre derechos de autor y en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Sobre la base de tales hechos, el señor Correa ha formulado una demanda contra la señora Uzátegui por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas a los derechos de autor, la cual se encuentra en trámite bajo el Expediente N° 002-2005-CCO-ST/CD.

La documentación presentada por la señora Uzátegui no es indispensable para determinar la dimensión de la ventaja ilícita obtenida, puesto que para ello se ha empleado:

- Información contenida en el Expediente N° 002-2003-CCO-ST/CD correspondiente a la controversia seguida entre Cable Visión S.R.L. y Televisión Satelital E.I.R.L. por actos de competencia desleal en el mercado de la prestación del servicio público de distribución por cable.
- Información proporcionada por diversas empresas operadoras de cable, semejantes a A&C CABLE, sobre el monto de los derechos que pagaban por el derecho a transmitir las señales de canales materia del caso.
- El número total de abonados suscritos a la empresa del señor Correa equivalente a 353, conforme a lo declarado en su escrito con fecha 4 de octubre de 2004; y,
- Modelo de contrato de afiliación remitido el 5 de mayo de 2004 por Fox Latin American Channel a TV SAN MARTÍN S.A.C., presentado por la señora Uzátegui adjunto a su escrito de fecha 10 de noviembre de 2004, cuyo valor probatorio no ha sido cuestionado por el señor Correa.

En sus alegatos, el señor Correa ha señalado que no existe ventaja significativa porque se ha demostrado que la señora Uzátegui tampoco cumple con pagar los derechos respectivos a los titulares de las señales de cable que difunde a través de su empresa.

Tal como se ha referido en acápites previos de la presente resolución, resulta irrelevante en la determinación de la infracción que la demandante infrinja también las normas cuyo incumplimiento ha demandado. Así, incluso en el caso de que se comprobara que la señora Uzátegui también ha violado las normas de derecho de autor, ello no implicaría que el señor Correa se eximiese de responsabilidad en las infracciones detectadas.

Por tanto, los alegatos del señor Correa sobre este punto, deben ser desestimados.

Criterios empleados para estimar la ventaja significativa

A efectos de calcular, el Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que deben utilizarse los siguientes criterios:

- Montos aproximados del "ahorro" obtenido por el señor Correa al incumplir con las normas sobre derechos de autor durante un mes
- Importancia de los canales en la programación de A&C CABLE
- Monto aproximado de la ventaja respecto de ingresos declarados por A&C CABLE

(i) Montos aproximados del "ahorro" obtenido por el señor Correa al incumplir con las normas sobre derechos de autor durante un mes

En el Informe Instructivo, para calcular este monto, se consideró la información que obra en el Expediente N° 002-2003-CCO-ST/CD, conforme a la cual por el derecho a difundir la señal de FOX SPORTS se pagaría aproximadamente US\$ 387,18 por mes; en tanto que por la señal de THE FILM ZONE se pagaría US\$ 210,00.

Asumiendo estos valores, se estimó que en promedio el pago mensual de los canales materia del caso ascendería aproximadamente a US\$ 298,59, por cada uno de ellos. Así al mes por la difusión de los canales FOX SPORTS, DISCOVERY KIDS, DISCOVERY CHANNEL, THE FILM ZONE, BOCA TV, FASHION TV y BOOMERANG, se debería pagar un total de US\$ 2 090,13 (S/. 6 939,23, considerando un tipo de cambio de S/. 3.32).

Por tanto, el señor Correa habría tenido un "ahorro" en S/. 6 939,23 mensuales en sus costos de programación.

En sus alegatos, el señor Correa ha indicado que no era correcto pretender establecer márgenes de ganancias considerando únicamente los montos cobrados en forma global a otras empresas de cable, puesto que los titulares de las señales de televisión fijan sus precios en base al número de usuarios o abonados con que cuentan las empresas contratantes y no sólo montos fijos.

A efectos de evaluar estas alegaciones y teniendo en cuenta que BOCA TV ha sido excluido de la lista de canales respecto de los cuales debe acreditarse el pago de los derechos de autor, se procede a recalcular la ventaja obtenida.

Paso 1: Estimación de ahorro aproximado por un canal durante un mes:

En primer lugar, se debe determinar los montos dejados de pagar por concepto de licencias. En el siguiente cuadro se detalla los montos aproximados que pagan empresas operadoras similares a A&C CABLE teniendo en consideración el número de abonados de dicha empresa (353), el pago de las señales cuando son adquiridas como parte de paquetes promocionales de canales y, el pago de las señales cuando son adquiridas individualmente.

Señales transmitidas por el señor Correa	Montos aproximados que pagan operadoras por concepto de licencias – Considerando Número de abonados	Montos aproximados que pagan operadoras por concepto de licencias - Considerando venta de señales por paquetes promocionales de canales	Montos aproximados que pagan operadoras por concepto de licencias – Considerando venta de señales individuales
FOX SPORTS	US\$ 264,75 Dicho monto resulta considerando que el pago por cada abonado asciende a US\$ 0,75 , (según Modelo de contrato presentado por la demandante) Información de otras operadoras: US\$ 388,30 Dicho monto resulta considerando que el pago por cada abonado asciende aproximadamente a US\$ 1,10²⁷ US\$ 529,50 Dicho monto resulta considerando que el pago por cada abonado asciende a US\$ 1,50²⁸	US\$ 350,75	
THE FILM ZONE	-	US\$ 350,00	US\$ 300,00
DISCOVERY KIDS	-	US\$ 316,66	
DISCOVERY CHANNEL	-	US\$ 316,66	
FASHION TV	-	-	-
BOOMERANG	-	-	-

De acuerdo con la información que figura en el cuadro anterior, el señor Correa, por la transmisión ilícita de la señal FOX SPORTS a todos sus abonados, ha obtenido un ahorro mensual de cuando menos US\$ 264,75, considerando como pago de suscripción por cada abonado la suma de US\$ 0,75, esto es, el monto más bajo que se pagaría en relación con los pagos por otras empresas operadoras similares a la empresa del demandado²⁹.

²⁷ Precio por abonado que figura en las copias de las facturas emitidas por Fox Sports Latin America, adjuntas al escrito presentado por Casa Grande Televisión S.A.C. con fecha 28 de enero de 2005. Asimismo, dicho monto por abonado también figura en las copias de facturas presentadas en el Expediente N° 002-2003-CCO-ST/CD.

²⁸ Precio por abonado que figura en las copias de facturas presentadas en el Expediente N° 002-2003-CCO-ST/CD.

²⁹ A este respecto, dicha suma se encuentra detallada en el modelo de contrato de afiliación remitido el 5 de mayo de 2004 por Fox Latin American Channel a TV SAN MARTÍN S.A.C., adjunto al escrito presentado por la señora Uzátegui con fecha 10 de noviembre de 2005
Asimismo, debe señalarse que en atención a la información contenida en el Expediente N° 002-2003-CCO-ST/CD correspondiente a la controversia seguida entre Cable Visión S.R.L. y Televisión Satelital E.I.R.L. e, información que obra en poder de OSIPTEL con relación al pago de empresas operadoras similares a la del señor Correa por concepto de la transmisión de la señal de FOX SPORTS, dichos pagos por abonado pueden oscilar entre US\$ 1,10 y US\$ 1,50. Por lo que de haber calculado sobre la base de estas cifras el monto del "ahorro" del señor Correa se habría elevado considerablemente.

Paso 2: Estimación de ahorro aproximado por todos los canales durante un mes:

A efectos de calcular el total aproximado de la ventaja ilícita obtenida por el señor Correa por la transmisión de las señales materia de la controversia, se ha tomado como monto referencial el mínimo pagado por la transmisión de la señal de FOX SPORTS (detallado en el Cuadro 1). Así, al mes por la difusión de los canales FOX SPORTS, DISCOVERY KIDS, DISCOVERY CHANNEL, THE FILM ZONE, FASHION TV y BOOMERANG, se debería pagar un total aproximado de US\$ 1 588,50 (S/. 5 178,51, considerando un tipo de cambio de S/. 3,26).

Señales transmitidas por el señor Correa	Montos dejados de pagar por el señor Correa por concepto de licencias / mes
FOX SPORTS	US\$ 264,75
THE FILM ZONE	US\$ 264,75
DISCOVERY KIDS	US\$ 264,75
DISCOVERY CHANNEL	US\$ 264,75
FASHION TV	US\$ 264,75
BOOMERANG	US\$ 264,75
Total aproximado en dólares	US\$ 1 588,50
Total aproximado en soles	S/. 5 178,51

En consecuencia, luego haber efectuado estos cálculos, el Cuerpo Colegiado considera que el "ahorro obtenido" continúa siendo significativo y ello considerando únicamente un mes de transmisión.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el señor Correa declaró que difundía en su programación los videos y DVD con películas y documentales, sin haber acreditado que contara con las autorizaciones o licencias correspondientes. En esa medida, el señor Correa tenía la posibilidad de programar dichas películas y documentales cuantas veces lo considerase pertinente en cualquiera de sus canales, sin pagar las correspondientes autorizaciones o licencias. Ello contribuyó a generar una mayor ventaja competitiva ilícita respecto de sus competidores.

En sus alegatos, el señor Correa ha afirmado que no es correcto comparar los montos que paga una empresa de cable por los derechos para difundir señales con el costo de la difusión de películas grabadas en cintas de video, VHS, DVD.

Al respecto, debe señalarse que tanto en el Informe Instructivo como en la presente resolución, se ha ponderado el beneficio obtenido por la transmisión de dichas películas como un beneficio adicional al obtenido mediante la transmisión

Por su parte, debe anotarse que, de acuerdo con la información presentada por diversas empresas de cable (la misma que ha sido declarada con carácter de confidencial en el presente expediente), en la generalidad de los casos las señales internacionales se venden como parte de un paquete promocional, siendo que los costos por la adquisición de manera individual de dichas señales son más elevados tal y como puede apreciarse de la revisión del cuadro referido.

de señales antes mencionadas. Por tanto, no se ha equiparado la transmisión de señales de programación integrales con películas aisladas, por lo que deben desestimarse los alegatos del señor Correa sobre este punto.

(ii) Importancia de los canales en la programación de A&C CABLE

El señor Correa a través de su empresa A&C CABLE ofrece un total de 20 canales dentro de su programación, por lo que casi un tercio de su programación (6 canales aproximadamente) está constituida por señales difundidas ilícitamente.

(iii) Monto aproximado de la ventaja respecto de ingresos declarados por A&C CABLE

En sus alegatos, el señor Correa ha señalado que debía considerarse como ingresos mensuales el monto ascendente a S/. 6 000,00 correspondiente a dos actividades comerciales: hospedaje y prestación del servicio de televisión por cable, por lo que considerando ello, el "ahorro" obtenido de ninguna manera podía resultar significativo.

En el Informe Instructivo no se ha considerado tal suma como referente para estimar los ingresos del señor Correa por la prestación del servicio de cable, sino que se han considerado los montos expresamente declarados por este. Por tanto, dichas alegaciones deben ser desestimadas.

Según lo expresamente señalado por el señor Correa en su escrito con fecha 4 de octubre de 2004, el promedio de la facturación mensual por la prestación del servicio de televisión por cable ascendería a S/. 3 952,50³⁰.

En consecuencia, puede considerarse que al haberse generado para el señor Correa un "ahorro" mensual de aproximadamente S/. 5 178,51 el cual excede con creces su facturación por los servicios de televisión por cable que presta, la ventaja obtenida ha sido significativa. Ello considerando únicamente un mes de transmisión y sin tener en cuenta la transmisión de diversas películas dentro de su parilla de programación.

Por lo expuesto, este Cuerpo Colegiado coincide con el Informe Instructivo en que ha quedado plenamente acreditado que el señor Correa ha obtenido una ventaja competitiva ilícita significativa respecto de sus competidores.

En consecuencia, ha quedado demostrado que el señor Correa realizó actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificados en el artículo 17º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

4. Los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño

³⁰ En dicho escrito, el señor Correa señala: "(...) la facturación mensual promedio por los servicios de cable desde el inicio de las operaciones (27.02.04) a la fecha, es de tres mil novecientos cincuenta y dos y 50/100 nuevos soles (S/. 3,952.50)."

El artículo 9 de la Ley de Competencia Desleal establece la prohibición de actos de engaño, a través de indicaciones incorrectas o falsas, de la omisión de las verdaderas o de cualquier otro tipo de práctica que sea susceptible de inducir a error sobre las características y/o ventajas que tienen los productos o prestaciones ofrecidas³¹.

De acuerdo a lo señalado por los Lineamientos, para que se configure el engaño deben darse los siguientes elementos concurrentes: (i) que se comunique o difunda información falsa, incorrecta o insuficiente; y, (ii) que dicha información sea capaz de inducir a error sobre aspectos concretos y verificables de los servicios o productos del infractor, relacionados con las condiciones y ventajas que ofrecen. OSIPTEL considera que no es requisito que como consecuencia del engaño se produzca una compra o la celebración del contrato.

En el presente caso, la señora Uzátegui ha indicado que el señor Correa habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño tipificados en el artículo 9º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal al promocionar señales o programas para los cuales no cuenta con autorización.

Así, conforme a la resolución que admitió la demanda, el hecho constitutivo de la presunta infracción sería la difusión de información falsa sobre los canales de cable ofrecidos por el señor Correa que podría inducir a error a los usuarios respecto a que este cuenta con las autorizaciones correspondientes para la transmisión de los mismos.

Como sustento de su demanda, la señora Uzátegui ha presentado dos avisos que contienen las siguientes frases. El primer aviso señala:

"A&C CABLE CARTAVIO"

*Les comunica que el Ministerio de Transportes y comunicaciones ya autorizó oficialmente el funcionamiento del nuevo telecable Cartavio por el lapso de 20 años. (...)
A&C Cable te comunica que próximamente estaremos dando un nuevo canal y así seguiremos creciendo para tu bienestar y entretenimiento. (...)"*

El segundo aviso señala:

"COMUNICADO N°9"

¡A la Colectividad Cartavinal

(...) el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con Resolución Ministerial N° 10742003MTC/03, YA AUTORIZÓ OFICIALMENTE EL FUNCIONAMIENTO DEL NUEVO TELECABLE EN CARTAVIO.

Con este respaldo oficial A&C CABLE va a crecer y ofrecer los mejores canales para su esparcimiento y entretenimiento de Ud. y toda su familia."

Sin perjuicio de que el señor Correa no ha reconocido el haber elaborado y difundido tales avisos, a continuación se analizará si dichos avisos se encuentran

³¹ **LEY DE COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 9.- Actos de engaño:** Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones.
En especial, se considera desleal ostentar o afirmar la posesión de premios, distinciones, medallas o certificados de cualquier naturaleza que no se han obtenido o no tuvieran vigencia, particularmente en publicidad o en etiquetas, envases, recipientes o envolturas".

presentes los elementos de un acto de engaño, conforme a lo indicado en la ley y en los Lineamientos.

Que se comuniquen o difunda información falsa, incorrecta o insuficiente

El Cuerpo Colegiado considera que tales avisos no contienen información falsa, incorrecta o insuficiente sobre las características y/o ventajas que tienen la prestación ofrecida por el señor Correa, en los términos de la demanda formulada.

Es decir, tal como se aprecia de la lectura de los mismos, únicamente hay referencias a la obtención de la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable, hecho que se produjo efectivamente; pero no existe información relacionada a que la empresa del señor Correa contaría con las licencias o autorizaciones para difundir las señales de cable que integran su programación.

Por lo tanto al no encontrarse presente uno de los dos requisitos para que se configure un acto de engaño, carece de objeto continuar con el análisis del segundo requisito.

En consecuencia, el Cuerpo Colegiado estima que el señor Correa no ha incurrido en actos de engaño, conforme a la demanda planteada por la señora Uzátegui.

X. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

El artículo 26° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que para la aplicación de sanciones a la leal competencia, se aplicarán los montos y los criterios de graduación de sanciones establecidos en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal³².

El artículo 24° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal³³ - modificado por el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 807 -, establece que la imposición y graduación de las multas serán determinadas, teniendo en consideración criterios tales como la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros

³² **Ley N° 27336. Artículo 26°.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales.-**
26.1 Se exceptúan del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre y leal competencia a la cuales se aplicarán los montos establecidos en el Decreto Legislativo N° 701, Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de graduación de las sanciones establecidos en dicha legislación.

³³ **LEY SOBRE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL Artículo 24°.-** El incumplimiento de las normas establecidas por esta Ley dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de competencia desleal o para evitar que éstos se produzcan.

Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por infracciones a la presente Ley serán de hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

criterios que, dependiendo de cada caso particular, se considere adecuado adoptar³⁴.

Por su parte, el artículo 3º del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL³⁵, dispone que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión³⁶.

De acuerdo con lo anterior, el Cuerpo Colegiado estima que el señor Correa cometió una infracción grave, toda vez que actuó con culpa inexcusable al no contar con las licencias correspondientes para emitir las señales materia de controversia.

Asimismo, a efectos de graduar la sanción se considera indispensable tomar en cuenta las ganancias obtenidas de su actividad ilícita, es decir, la ventaja significativa conforme al detalle indicado precedentemente, el aproximado de sus ingresos brutos anuales del ejercicio anterior³⁷ y, como atenuantes, la conducta procesal del demandado y el hecho de no ser reincidente.

Por tanto, este Cuerpo Colegiado estima por conveniente sancionar a la empresa del señor Correa con una multa ascendente a 1,2 Unidades Impositivas Tributarias.

³⁴ Conforme a lo establecido en los Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTEL:

"(...) de acuerdo con el marco legal vigente, OSIPTEL se encuentra encargado de investigar y sancionar los actos prohibidos por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, que se produzcan en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, sea que se traten de controversias que involucren a empresas operadoras entre sí o inclusive cuando una sola de las partes tenga condición de operadora de servicios públicos de telecomunicaciones."

La aplicación de las normas de competencia al mercado de telecomunicaciones tiene carácter de supletorio frente a la regulación especial. En consecuencia, siguiendo el principio de supletoriedad, OSIPTEL sólo aplicará las normas de competencia desleal si no existe norma especial del sector de telecomunicaciones que regule expresamente la materia controvertida."

³⁵ Modificado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 048-2001-CD/OSIPTEL.

³⁶ **REGLAMENTO GENERAL DE INFRACCIONES Y SANCIONES. Artículo 3º.-** La empresa que incurra en infracciones administrativas será sancionada de acuerdo a la siguiente escala:

1. La infracción leve será sancionada con una multa equivalente a entre media (0,50) y cincuenta (50) UIT.
2. La infracción grave será sancionada con una multa equivalente a entre cincuenta (51) y ciento cincuenta (150) UIT.
3. La infracción muy grave será sancionada con una multa equivalente a entre ciento cincuenta (151) y trescientos cincuenta (350) UIT.

³⁷ De la revisión de las hojas de aportes por los servicios de supervisión que presta OSIPTEL -adjuntas al escrito del señor Correa presentado con fecha 4 de octubre de 2004- correspondientes a los meses de abril a agosto de 2004, se aprecia en dicho periodo los ingresos brutos del demandante ascendieron a S/. 26 000,00. Con relación a los ingresos brutos correspondientes a los meses de setiembre a diciembre -detalle que no obra en el expediente- se ha estimado para su cálculo el promedio de la facturación mensual ascendente a S/. 3 952,50, conforme a lo declarado expresamente por el señor Correa en su escrito con fecha 4 de octubre de 2004 en el que manifiesta que *"(...) la facturación mensual promedio por los servicios de cable desde el inicio de las operaciones (27.02.04) a la fecha, es de tres mil novecientos cincuenta y dos y 50/100 nuevos soles (S/. 3,952.50)."* Conforme a lo señalado, el aproximado de los ingresos brutos de la empresa del señor Correa correspondiente al ejercicio 2004 sería de S/. 41 808,00; por lo que la sanción a imponerse no puede exceder al 10% de los mismos.

Ahora bien, conforme al artículo 22º, literal b) del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, como consecuencia de haberse sancionado un acto de competencia desleal es posible disponer la cesación del acto.

En este sentido, teniendo en cuenta que la finalidad de las medidas complementarias es revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas materia de un procedimiento, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde adoptar las medidas necesarias a fin de evitar que se continúen produciendo los actos de competencia desleal materia de denuncia.

Por lo tanto, en calidad de medidas definitivas, debe ordenarse al señor Correa el cese definitivo de los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas sancionados en el presente procedimiento.

Estas medidas deberán ser cumplidas por el señor Correa en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, contados a partir de la fecha de que la presente resolución quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias; caso contrario, el incumplimiento de esta orden será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido por el artículo 44º del Reglamento General de Infracciones y Sanciones³⁸.

XI. PEDIDO DE CIERRE DEL ESTABLECIMIENTO

En su demanda, la señora Uzátegui solicitó se sancione al señor Correa con el cierre de su establecimiento, conforme a lo establecido en la Ley Sobre Represión de la Competencia Desleal.

La Ley N° 27336 remite a la aplicación de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, para la imposición y graduación de sanciones. Sin embargo, dicha remisión no alcanza a la medida consistente en el cierre del establecimiento.

Por tanto, la posibilidad de cierre de establecimiento no constituye una medida que pueda ser impuesta por este Cuerpo Colegiado.

En consecuencia, corresponde declarar improcedente la solicitud de cierre del establecimiento formulada por la señora Uzátegui.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar IMPROCEDENTE la tacha presentada por el señor José Correa Briceño, por los argumentos expuestos en la sección Considerando de la

³⁸ **REGLAMENTO GENERAL DE INFRACCIONES Y SANCIONES. Artículo 44º.-** La empresa que incumpla con las resoluciones del Cuerpo Colegiado Ordinario de primera instancia, del Cuerpo Colegiado de Tipo Arbitral o del Presidente de OSIPTEL en las materias contempladas en las normas referidas a la solución de controversias entre empresas, incurrirá en infracción muy grave; salvo que el órgano que emitió la resolución incumplida hubiera señalado en ésta otra calificación. No se podrá señalar otra calificación tratándose de resoluciones que pongan fin a una instancia del procedimiento administrativo.

presente resolución.

Artículo Segundo.- Declarar FUNDADA la demanda interpuesta por la señora María del Pilar Uzátegui Perea contra el señor José Correa Briceño por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas tipificados en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la competencia desleal, por los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Tercero.- Declarar INFUNDADA la demanda interpuesta por la señora María del Pilar Uzátegui Perea contra el señor José Correa Briceño por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, por los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Cuarto.- Imponer al señor José Correa Briceño una multa ascendente a 1,2 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Quinto.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de cierre del establecimiento formulada por la señora Uzátegui, por los argumentos expuestos en la sección Considerando de la presente resolución.

Artículo Sexto.- Ordenar al señor José Correa Briceño el CESE DEFINITIVO de los actos de competencia desleal materia de sanción.

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

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Hugo Eyzaguirre del Sante, Galia Mac Kee Briceño y Manuel San Román Benavente.