



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 015-2012-CCO/OSIPTEL

Lima, 16 de abril de 2012

EXPEDIENTE	003-2011-CCO-ST/CD
MATERIA	Competencia Desleal
ADMINISTRADOS	Telefónica Multimedia S.A.C. T.V.S. Satelital S.A.C.

SUMILLA: Se declara fundada la demanda presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra T.V.S. Satelital S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal.

En consecuencia, se sanciona a T.V.S. Satelital con una amonestación por la comisión de una infracción leve, se dispone el cese de la conducta infractora y se le condena a costos.

Asimismo, se declaran infundados los pedidos de Telefónica Multimedia para que se ordene el pago de las costas y la publicación de la resolución.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, Multimedia) contra T.V.S. Satelital S.A.C. (en adelante, TVS) por la comisión de presuntos actos de competencia desleal en el mercado de distribución de radiodifusión por cable.

VISTO:

El Expediente N° 003-2011-CCO-ST/CD, correspondiente a la controversia entre MULTIMEDIA y TVS, sobre actos de competencia desleal.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

Empresa demandante

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

Multimedia es titular de las concesiones otorgadas mediante Resoluciones Ministeriales N° 108-93-TCC/15.17 y N° 030-96-MTC/15.17 y sus modificatorias; las

mismas que fueron adecuadas al régimen de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a nivel nacional, mediante Resolución Ministerial N° 672-2008-MTC/03 de fecha 2 de septiembre de 2008.

Empresa demandada

TVS es una empresa privada dedicada a brindar servicios de distribución de radiodifusión por cable en las modalidades alámbrico u óptico. Por Resolución Ministerial N° 173-2006-MTC-03, de 12 de abril de 2006, se aprobó la transferencia de la concesión otorgada a T.V.S. Iquitos S.R.L. por Resolución Ministerial N° 475-98-MTC/15.19 a favor de TVS, para la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable, en la ciudad de Iquitos, provincia de Maynas, departamento de Loreto.

II. ANTECEDENTES

2.1 Con fecha 26 de mayo de 2011, la empresa Multimedia solicita la conformación de un Cuerpo Colegiado y presenta una demanda contra la empresa TVS por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto contemplado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Competencia Desleal). Al respecto, Multimedia planteó las siguientes pretensiones:

- (i) Como pretensión principal, Multimedia solicita se declare que la empresa TVS habría obtenido una ventaja significativa ilícita derivada de la infracción de los derechos de autor, al haber retransmitido en su parrilla de programación la señal de Cable Mágico Deportes (en adelante, CMD), de titularidad exclusiva de Multimedia, sin contar con autorización para ello; lo cual constituiría la infracción tipificada en el artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal.
- (ii) Como pretensiones accesorias solicita que: (a) Se sancione a TVS por la comisión de actos de competencia desleal materia de denuncia con la máxima multa que corresponda, al amparo del artículo 52° de la Ley de Competencia Desleal, (b) se ordene el pago de costas y costos a TVS, (c) se ordene el cese inmediato de las presuntas prácticas ilegales que realiza TVS y (d) se ordene la publicación de una eventual resolución sancionadora, cuyo costo deberá ser asumido por TVS, al amparo de lo dispuesto por el artículo 33° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

2.2 Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, del 7 de junio de 2011, el Cuerpo Colegiado requirió a Multimedia la siguiente información: (i) la sustentación de la totalidad de sus inversiones, costos y/o montos reales para transmitir las emisiones materia de denuncia, que representarían un ahorro a TVS (ii) la indicación del periodo por el cual las señales materia de denuncia fueron retransmitidas por TVS y (iii) la presentación de la Resolución N° 051-2010/CDA-INDECOPI, emitida por la Comisión de Derechos de Autor del

INDECOPi, la cual sanciona a la empresa TVS por infracción de los derechos de autor de Multimedia.

2.3 De otro lado, con fecha 8 de junio de 2011, la Secretaría Técnica remitió el Oficio N° 078-ST/2011 a la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPi, solicitándole que informe sobre su posición respecto del carácter imperativo o dispositivo de las Normas del Derecho de Autor, en particular, las referidas a los derechos conexos por la retransmisión de emisiones contenidos en el Decreto Legislativo N° 822¹.

2.4 En cumplimiento de lo solicitado Multimedia presentó un escrito, el 17 de junio de 2011, adjuntando la Resolución N° 051-2010/CDA-INDECOPi y señaló como periodo de retransmisión de señales el existente entre el 23 de junio de 2009, fecha en que se realizó la primera constatación policial por encargo de Multimedia, y el 27 de octubre de 2010, fecha en la cual se llevó a cabo una verificación notarial que señaló que la señal CMD continuaba siendo retransmitida por TVS.

En lo referido a la sustentación de sus inversiones, costos y/o montos reales para transmitir las emisiones materia de denuncia, Multimedia indicó que dicha información con el nivel de detalle exigido por el Cuerpo Colegiado, no era necesaria para sancionar una práctica de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, toda vez que se cuenta con otros mecanismos para la constatación de la ventaja ilícita obtenida por TVS.

2.5 Ante lo señalado por Multimedia, el Cuerpo Colegiado emitió la Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, del 22 de junio de 2011, mediante la cual consideró que la información requerida a Multimedia era necesaria para el cálculo del presunto ahorro derivado de la infracción de normas imperativas, más cuando dicho ahorro de costos e inversiones fue alegado como sustento de la ventaja significativa argumentada en su demanda; y, en tal sentido, declaró inadmisile la demanda presentada por Multimedia, otorgándole un plazo de tres (3) días hábiles para que subsane la misma, adjuntando la información solicitada.

2.6 Mediante Oficio N° 005-2011/SPI-INDECOPi de 27 de junio de 2011, la Sala de Propiedad Intelectual absolvió la consulta realizada mediante Oficio N° 078-ST/2011, señalando que tanto el Decreto Legislativo N° 822 como la Decisión de la Comunidad Andina N° 351 son normas de carácter imperativo.

2.7 En fecha 4 de julio de 2011, Multimedia presentó un escrito manifestando las razones por las cuales consideraba que los medios probatorios presentados eran suficientes para que su demanda sea admitida a trámite, los cuales eran los siguientes:

- Conforme lo señalado en los artículos 44° y 45° de la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas, (en adelante, el Reglamento de Controversias), y el artículo

¹ En particular se hizo referencia a aquellas normas que fueron citadas en las Resoluciones N° 051-2010/CDA-INDECOPi y N° 2783-2010/TPI-INDECOPi de la Oficina de Derechos de Autor y la Sala de Propiedad Intelectual, respectivamente, las cuales sancionan en primera y segunda instancia.

128° del Código Procesal Civil, no se habría incurrido en algún defecto de forma o ausencia de medios probatorios que sustenten las imputaciones efectuadas por Multimedia.

- Los Lineamientos de Competencia Desleal OSIPTEL no obligan a las empresas denunciadas a reflejar su real estructura de costos o inversiones sino tan sólo que dilucide si el incumplimiento de la normativa situó a la empresa infractora en una posición de ventaja respecto de sus competidoras.
- La investigación del Cuerpo Colegiado deberá centrarse en los beneficios obtenidos por TVS al brindar su servicio de televisión por cable a sus usuarios y no en los costos reales de la operación de Multimedia.
- El Cuerpo Colegiado se estaría apartando de la jurisprudencia en anteriores controversias del OSIPTEL e INDECOPI.

Adicionalmente, Multimedia solicitó al Cuerpo Colegiado, el uso de la palabra para informar sobre la causa materia del procedimiento.

- 2.8 En vista de que la empresa Multimedia no cumplió con presentar la información que le fuera solicitada por Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró improcedente la demanda presentada por dicha empresa, mediante Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL de 7 de julio de 2011; y, en consecuencia, denegó el uso de la palabra a Multimedia.
- 2.9 Con fecha 27 de julio de 2011, Multimedia apeló la Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL que declaró improcedente su demanda.
- 2.10 Mediante Resolución N° 004-2011-CCO/OSIPTEL, de 1 de agosto de 2011, el Cuerpo Colegiado concedió el recurso de apelación interpuesto por Multimedia y, en consecuencia, elevó el expediente al Tribunal de Solución de Controversias.
- 2.11 Por Resolución del Tribunal de Solución de Controversias N° 008-2011-TSC/OSIPTEL, de fecha 15 de septiembre de 2011, se declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por Multimedia contra la Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL, señalándose que la insuficiencia de los medios probatorios presentados no constituye una causal para declarar la improcedencia de la demanda y, por consiguiente, devolvió el expediente a la primera instancia administrativa para que califique la demanda.
- 2.12 Mediante Resolución N° 005-2011-CCO/OSIPTEL, de 28 de septiembre de 2011, el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la demanda interpuesta por Multimedia, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, conducta tipificada en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corriendo traslado a TVS para que la absuelva en el plazo máximo de diez (10) días hábiles.

De otro lado, se dispuso la tramitación de la controversia como una que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo II del Título VII del Reglamento de Controversias.

- 2.13 Por escrito del 6 de octubre de 2011, Multimedia solicitó que se le notifique la Resolución N° 008-2011-TSC/OSIPTEL. En atención a ello, el Cuerpo Colegiado emitió la Resolución N° 006-2011-CCO/OSIPTEL, mediante la cual resolvió declarar no ha lugar el pedido de notificación de Multimedia, toda vez que la Resolución N° 008-2011-TSC/OSIPTEL le fue oportunamente notificada; sin perjuicio de lo cual se adjuntó una copia de la resolución solicitada y el cargo de notificación de la misma.
- 2.14 Vencido el plazo para que TVS proceda a contestar la demanda interpuesta por Multimedia y sin que haya presentado sus descargos, el Cuerpo Colegiado emitió la Resolución N° 007-2011-CCO/OSIPTEL, de 21 de octubre de 2011, en la que resolvió: (i) declarar en rebeldía a TVS, (ii) declarar saneado el procedimiento, y (iii) dar inicio a la etapa de investigación a cargo de la Secretaría Técnica por un plazo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la notificación de dicha resolución.
- 2.15 Conforme a lo dispuesto por el artículo 78° del Reglamento de Controversias², el 16 de noviembre de 2011, la Secretaría Técnica dirigió el Oficio N° 214-ST/2011 a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI, solicitándole la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios imperativos que viene aplicando el INDECOPI en materia de actos de violación de normas para la generalidad de mercados y agentes económicos. Asimismo, se le solicitó los criterios utilizados para la evaluación de la mejor posición competitiva en el mercado obtenida por la infracción de normas y cuándo esta debe ser considerada como una ventaja significativa.
- 2.16 De acuerdo al requerimiento efectuado, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI remitió el Oficio N° 086-2011/CCD-INDECOPI del 29 de noviembre de 2011, mediante el cual informó que a la fecha no se ha presentado ante la Comisión, algún caso en el que se hubiera acreditado la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente que determine la infracción de normas imperativas, conforme a los términos del artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- 2.17 Mediante Resolución N° 008-2011-CCO/OSIPTEL, de fecha 13 de diciembre de 2011, la Cuerpo Colegiado encargó a la Secretaría Técnica que solicite a la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI, el envío del contrato de retransmisión de las señales de CMD, PLUS, Canal N y Visión 20, el mismo que según lo indicado en la Resolución N° 0051-2010/CDA-INDECOPI, obra en el Expediente N° 1235-2009/DDA.
- 2.18 En atención a ello, la Secretaría Técnica dirigió a la Comisión de Derechos de Autor el Oficio N° 228-ST/2011, del 14 de diciembre de 2011, solicitándole el referido contrato.

² Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas

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

- 2.19 Mediante Resolución N° 009-2011-CCO/OSIPTEL de 16 de diciembre de 2011, el Cuerpo Colegiado amplió el plazo para la etapa de investigación por sesenta (60) días calendario adicionales, contados a partir del vencimiento del plazo otorgado por Resolución N° 007-2011-CCO/OSIPTEL.
- 2.20 Con fecha 27 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica remitió a Multimedia el Oficio N° 241-ST/2011, requiriéndole información relacionada con: (i) su participación en el mercado de televisión por cable donde compite con TVS, (ii) el "Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión" suscrito entre Multimedia y Media Networks, y (iii) posibles negociaciones o acuerdos de licencia de distribución de señales mediante los cuales Multimedia autorice la transmisión de sus señales exclusivas.
- 2.21 Del mismo modo, mediante Oficio N° 248-ST/2011, de 29 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica requirió a la empresa TVS que cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable.
- 2.22 Mediante escrito de 5 de enero de 2011, Multimedia solicitó la prórroga del plazo para cumplir con la remisión de la información requerida, a cinco días adicionales, la cual fue concedida por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 007-STCCO/2012, señalando como fecha de vencimiento del plazo el 12 de enero de 2012.
- 2.23 En fecha 12 de enero de 2012, Multimedia presentó un escrito mediante el cual adjunta la información requerida exceptuando el "Contrato de producción por encargo y licencia para la Distribución de Señales de Televisión" suscrito con Media Networks. En relación a los acuerdos de distribución de señales mediante los cuales autorizó la transmisión de sus señales exclusivas, Multimedia no adjuntó ningún contrato en la medida que actualmente no tiene ningún vínculo contractual ni negociación al respecto. Sin perjuicio de ello, adjuntó adicionalmente el contrato de licencia de distribución de señales celebrado con Cable Visión Iquitos S.R.L. en el año 2006. En su escrito, Multimedia solicitó se declare la confidencialidad de la información presentada.
- 2.24 Mediante la Resolución N° 010-2012-CCO/OSIPTEL, del 16 de enero de 2012, el Cuerpo Colegiado declaró fundada en parte la solicitud de confidencialidad presentada por Multimedia el 12 de febrero de 2012, declarando confidencial únicamente la información referida al número mensual (en altas y stock) de clientes por distrito durante el periodo comprendido entre diciembre de 2008 y junio de 2011, y el Contrato de licencia de distribución de señales celebrado con Cable Visión Iquitos S.R.L.
- 2.25 En la medida que TVS no cumplió con el requerimiento de información contenido en el Oficio N° 248-ST/2011 de 29 de diciembre de 2011; mediante Oficio N° 028-STCCO/2012 de 26 de enero de 2012, la Secretaría Técnica reiteró a TVS que cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable en un plazo máximo de tres (3) días hábiles.
- 2.26 Cumpliendo con lo solicitado por la Secretaría Técnica, mediante escrito del 01 de febrero de 2012, TVS remitió la información requerida.

- 2.27 Mediante Oficio N° 033-STCCO/2012 del 06 de febrero de 2012, se reiteró a la Comisión de Derecho de Autor que cumpla con remitir el contrato de licencia de distribución de señales suscrito por Multimedia, mediante el cual autoriza la retransmisión de sus emisiones CMD, PLUS, Canal N y Visión 20, el cual fuera solicitado mediante Oficio N° 228-ST/2011 de 14 de diciembre de 2011.
- 2.28 Con fecha 08 de febrero, la Secretaría Técnica remitió los Oficios N° 036-STCCO/2012 y 037-STCCO/2012 a las empresas competidoras de TVS, Telecable Loreto S.A.C. (en adelante, Telecable Loreto) y Cable Visión Iquitos S.A.C. (en adelante, Cable Visión Iquitos), respectivamente, mediante los cuales se les solicitó información relacionada a su participación en el mercado de televisión por cable.
- 2.29 El 16 de febrero de 2012, TVS remitió un escrito solicitando se tenga presente algunos argumentos de defensa, entre otros: (i) que TVS habría cuestionado la sanción impuesta por el INDECOPI en el fuero judicial vía contencioso administrativo, y (ii) que no se habría generado una ventaja significativa por la supuesta infracción a los derechos de autor.
- 2.30 Con Oficios N° 047-STCCO/2012 y 048-STCCO/2012 de fecha 22 de febrero de 2012, remitidos a Cable Visión Iquitos y Telecable Loreto, respectivamente, se les reiteró la solicitud de información relacionada a su participación en el mercado de televisión por cable.
- 2.31 Mediante Oficio N° 049-STCCO/2012 de 22 de febrero de 2012, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia Legal del INDECOPI que confirme si la Resolución N° 2783-2010/TPI-INDECOPI se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa.
- 2.32 Mediante Resolución N° 11-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 23 de febrero de 2012, el Cuerpo Colegiado requiere a TVS que cumpla con acreditar la representación procesal de su representante en un plazo de cinco (5 días) hábiles; asimismo, que acredite la efectiva tramitación de una demanda contencioso administrativa que fuese señalada en su escrito de 16 de febrero.
- 2.33 Con Carta N° 192-2012/GEL-INDECOPI de fecha 29 de febrero de 2012, la Gerencia Legal del INDECOPI informa que, hasta la fecha, no se ha notificado al INDECOPI proceso contencioso administrativo alguno que cuestione la Resolución N° 2783-2010/TPI-INDECOPI.
- 2.34 En cumplimiento de la Resolución N° 11-2012-CCO/OSIPTEL, con fecha 05 de marzo de 2012, TVS presentó un escrito acreditando la representación procesal de la empresa. Respecto al proceso contencioso administrativo, señalo que no era posible adjuntarlo debido a que dichos documentos se encontraban en poder de su abogado quien no se encontraba en la ciudad.
- 2.35 El 06 de marzo de 2012, la Comisión de Derechos de Autor remitió el Oficio N° 054-2012/CDA-INDECOPI, adjuntando copia del "Contrato de Licencia de Distribución de Señales suscrito entre la empresa Telefónica Multimedia S.A.C. y la empresa Cable Visión Huánuco E.I.R.L.".

- 2.36 Con escrito presentado el 06 de marzo, Cable Visión Iquitos cumplió con la remisión de información relacionada a su participación en el mercado de televisión por cable en la ciudad de Iquitos.
- 2.37 Mediante Resolución N° 12-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 06 de marzo de 2012, el Cuerpo Colegiado resolvió: (i) tener por presentado el escrito del 16 de febrero de 2012 subsanado mediante escrito del 05 de marzo del 2012; y, (ii) levantar la condición de rebelde de TVS y tenerla por apersonada al procedimiento.
- 2.38 Con fecha 07 de marzo de 2012, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado emite el Informe Instructivo N° 015-STCCO/2012, en el cual se concluye que TVS habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; por lo que corresponde la imposición de una sanción bajo los parámetros establecidos en el artículo 52° de la citada ley.
- 2.39 El 07 de marzo, Catherine Forjan Flores, en calidad de ex administradora de la empresa Telecable Loreto, presenta un escrito mediante el cual pone en conocimiento que dicha empresa ha dejado de operar en la ciudad de Iquitos, y que, por lo tanto, la información solicitada a Telecable Loreto no puede ser proporcionada al OSIPTEL.
- 2.40 Mediante Resolución N° 013-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 07 de marzo de 2012, el Cuerpo Colegiado tiene por presentado y pone en conocimiento de las partes el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica; y otorga a las partes el plazo de siete (07) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada la resolución para la presentación de sus alegatos por escrito.
- 2.41 Con fecha 23 de marzo de 2012, TVS presentó sus alegatos al Informe Instructivo N° 015-STCCO/2012.
- 2.42 Mediante Resolución N° 014-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 27 de marzo de 2012, el Cuerpo Colegiado tiene por presentado y pone en conocimiento de Multimedia el escrito de alegatos presentado por TVS.

III. PETITORIO DE LA DEMANDA – PRETENSIONES ADMITIDAS

- 3.1. Mediante escrito de fecha 26 de mayo de 2011, la empresa Multimedia presentó una denuncia contra TVS, solicitando al Cuerpo Colegiado las siguientes pretensiones:

(i) **Pretensión principal**

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

(ii) **Pretensiones accesorias**

- Se sancione a TVS por la comisión de actos de competencia desleal materia de denuncia con la máxima multa que corresponda, al amparo del artículo 52º de la Ley de Competencia Desleal.
- Se condene al pago de costas y costos a TVS.
- Se ordene el cese inmediato de las presuntas prácticas ilegales que realiza TVS.
- Se ordene la publicación de una eventual resolución sancionadora, cuyo costo deberá ser asumido por TVS, al amparo de lo dispuesto por el artículo 33º de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

3.2. Mediante Resolución N° 005-2011-CCO/OSIPTEL, de 28 de septiembre de 2011, el Cuerpo Colegiado admitió la pretensión principal y las pretensiones accesorias presentadas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, y se dispuso la tramitación de la controversia como una que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo II del Título VII del Reglamento de Controversias.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES Y DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA

Con relación a las posiciones de las partes, así como a las diligencias realizadas por la Secretaría Técnica, el Cuerpo Colegiado se remite a lo señalado sobre el particular en el Informe Instructivo.

V. INFORME INSTRUCTIVO N° 015-STCCO/2012, TITULADO “CONTROVERSIA ENTRE TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C. Y TVS SATELITAL S.A.C. (EXP. 003-2011-CCO-ST/CD) INFORME INSTRUCTIVO”

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

- (i) La normativa de derecho de autor infringida (el artículo 140º literal a del Decreto Legislativo 822) por TVS, referida a la retransmisión ilícita de señales, tiene carácter imperativo.
- (ii) Conforme a la información obtenida a la fecha, ha quedado acreditada la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determina la infracción a los derechos de autor (el INDECOPI), y que dicho pronunciamiento no se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa, hecho que no ha sido desvirtuado documentalmente por TVS.
- (iii) TVS habría tenido un acceso no autorizado a las señales de CMD, y que dicho acceso le habría generado un ahorro de costos.

- (iv) Asimismo, el acceso ilícito de TVS a las señales de CMD y el supuesto "ahorro" obtenido la colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores en el mercado de cable de la ciudad de Iquitos, concluyéndose que habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor.

Conforme a ello, la Secretaría Técnica considera que se ha acreditado que TVS ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infringiendo lo establecido por el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal, al retransmitir por su parrilla de programación señales que son de titularidad exclusiva de Multimedia, sin contar para ello con su autorización o consentimiento, obteniendo una ventaja significativa en el mercado de televisión paga de la ciudad de Iquitos. En tal sentido, recomienda imponer una sanción a dicha empresa.

VI. ALEGATOS DE LAS PARTES AL INFORME INSTRUCTIVO

En relación a lo establecido mediante Resolución N° 013-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 07 de marzo de 2012, las partes tenían el plazo de siete (07) días hábiles computados a partir del día siguiente de notificada la resolución para la presentación de sus alegatos al Informe Instructivo emitido por la Secretaría Técnica.

De una revisión del expediente se observa que la referida resolución fue notificada a Multimedia y TVS, el 09 y 13 de marzo de 2012, respectivamente. Al respecto, cabe indicar que Multimedia no presentó alegatos al Informe Instructivo.

Por su parte, dentro del plazo establecido, TVS presentó los siguientes argumentos de defensa:

- (i) Respecto a la infracción de una norma, indica que la decisión del INDECOPI no es objeto de discusión en la presente controversia por haber causado estado.
- (ii) Respecto al análisis de la ventaja significativa basado en el ahorro, señala que:
 - *La determinación del supuesto ahorro se habría realizado mediante una apreciación subjetiva por parte de la Secretaría Técnica.* El Informe contendría un error debido a que no se puede hacer un símil basado en un contrato privado (el referido al contrato entre Multimedia y Cable Visión Huánuco). Asimismo, no se podría tomar el contrato con Cable Visión Iquitos porque hay diferencias con la capacidad adquisitiva entre esta empresa (que puede celebrar contratos por montos elevados) y TVS, así como con la cantidad de abonados que se beneficiaron por estos canales en sus 8 filiales a nivel nacional.
 - *El ahorro debe reflejarse en una ventaja significativa.* Conforme a las cifras de la cantidad de abonados de TVS en el periodo de la realización de la infracción, no existe un incremento significativo. (En el escrito se presentan los meses desde abril hasta septiembre de 2009: Abril, 798; Mayo, 793; Junio, 795; Julio, 800; Agosto, 793; Septiembre, 798)
 - *No se habría hecho un análisis del mercado de cable en Iquitos, para determinar la posición de TVS frente a sus competidores.* La información respecto a sus competidoras no figura en el expediente o no se habría puesto en conocimiento de TVS, por ende, no podría determinarse una ventaja competitiva significativa (no se hace referencia a las competidoras de TVS) la

cual habría sido determinada a partir de una "deducción". De otro lado, la transmisión de CMD no puede haber puesto a TVS en mejor posición competitiva que por ejemplo Cable Visión, ya que ellos sí venían transmitiendo dicho canal desde el año 2006.

- (iii) Respecto a la vulneración del principio "*non bis in idem*". Se estaría redundando en la infracción a la normativa de derechos de autor, TVS ha sido sancionado por el INDECOPI y, en ese sentido, la imposición de una nueva sanción basada en un daño potencial por la misma conducta ilícita (la transmisión de señales sin autorización) vulneraría el principio constitucional del *non bis in idem*.

Por todo ello, TVS considera que se debe probar un daño efectivo y no un daño potencial a la leal competencia en el mercado de la ciudad de Iquitos, lo cual considera no habría quedado acreditado en el Informe Instructivo, principalmente porque en el expediente no se cuenta con la información del mercado de cable en Iquitos y porque, si bien no está en discusión la conducta ilícita de TVS que le habría generado un supuesto ahorro, este hecho ya fue sancionado.

VII. CUESTIONES PREVIAS

7.1. La aplicación del principio *non bis in idem*

En sus alegatos TVS cuestiona la imputación efectuada en virtud al artículo 14° de la Ley de Competencia Desleal, por considerar que mediante dicho tipo infractor se le pretendería volver a investigar por una conducta ya evaluada y sancionada anteriormente por el INDECOPI. En tal sentido, considera que la imposición de una nueva sanción basada en un daño potencial por la misma conducta ilícita (la transmisión de señales sin autorización) vulneraría el principio constitucional del *non bis in idem*.

Al respecto debe indicarse que el cuestionamiento efectuado por TVS ha sido analizado anteriormente por autores como RIVERA³ o CALDERÓN⁴ a criterio de quienes la tipificación de las prácticas de violación de normas como contrarias a la normativa de competencia desleal podrían contravenir el principio *non bis in idem* en la medida que un mismo administrado resulta doblemente sancionado: primero por la autoridad sectorial encargada de velar por el cumplimiento de la norma imperativa y posteriormente por el INDECOPI o el OSIPTEL, por una presunta práctica de competencia desleal, lo cual a criterio de dichos autores podría representar un abuso de la potestad sancionadora del Estado.

En atención a ello, debe señalarse que el principio *non bis in idem* se encuentra recogido en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, como un principio rector de la potestad sancionadora administrativa, funcionando de esta manera como una garantía a favor del administrado a quien no se le podrá imponer sucesiva o simultáneamente una

³ RIVERA, Alfonso. *Violación de normas*. En: El Derecho de la Competencia Desleal. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, 2007. Pg. 264.

⁴ CALDERON, Andrés. *El acto de violación de normas: Cuando lo práctico supera a lo teórico*. En: Boletín Lente Jurídico. Publicado por Asociación Civil Ius Et Veritas integrada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 1. N° 2. Lima. Pg.44.

pena y una sanción administrativa por el mismo hecho siempre que se verifique la triple identidad de: sujeto, hecho y fundamento⁵.

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

A fin de evaluar el fundamento de la tipificación de una infracción debe señalarse que conforme lo indica NIETO "la concurrencia de normas sancionadoras de un mismo hecho significa que éste es sancionado por dos fundamentos o causas distintas"⁶ lo que al final nos permite concluir que es posible que una misma conducta lesione a más de un bien jurídico, pudiéndose de esta manera contravenir a más de una norma.

En ese orden de ideas, tenemos que la sanción impuesta por el INDECOPI responde a una contravención al Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, la cual tiene como finalidad la de proteger a los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechohabientes, de los titulares de derechos conexos al derecho de autor reconocidos en ella y de la salvaguardia del acervo cultural⁷. Conforme se observa dicha norma tiene por finalidad la de viabilizar la protección del derecho fundamental reconocido en la Constitución que tienen todas las personas a la libertad de creación así como a la propiedad sobre sus creaciones y productos⁸.

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

Por otro lado, en la presente controversia, nos encontramos evaluando una presunta contravención a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual tiene como finalidad la de proteger el proceso competitivo⁹ el cual es un bien

⁵ En similar sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 3517-2011-PHC/TC reconoció que el principio *non bis in idem* tiene dos dimensiones: una sustantiva que proscribe una doble sanción por un mismo hecho y una procesal en virtud a la cual un mismo hecho no puede ser materia de dos procesos distintos.

⁶ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos. Cuarta edición. Madrid. 2005. Pg. 513.

⁷ **DECRETO LEGISLATIVO N° 822. LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR.**

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

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

⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho a:

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

⁹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 1°.- Finalidad de la Ley.-

jurídico de suma relevancia toda vez que es requisito indispensable para el desarrollo de la libre iniciativa privada y la concurrencia leal en el mercado. En tal sentido, tenemos que conforme indica KRESALJA *"las leyes de defensa de la competencia, que tienen en nuestro caso un claro sustento constitucional, delimitan uno de los aspectos más importantes del orden público, de modo que configuran nuestro orden público económico"*¹⁰.

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

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

En ese orden de ideas, podemos concluir que el supuesto de violación de normas busca reprimir aquellas conductas que afecten la posición de igualdad que debe existir entre los competidores que intervienen en el mercado respetando el marco normativo existente¹¹, siendo por tanto que dicha conducta únicamente será punible en la medida que afecte el bien jurídico que busca tutelar: el proceso competitivo. Es por ello que, en el presente caso, se pretende verificar si la infracción de normas de derecho de autor resultó ser el medio adecuado para que TVS obtuviese una ventaja significativa en relación a sus competidores de la cual hubiese podido valerse en el mercado de la ciudad de Iquitos.

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

7.2. De los efectos de la declaración de rebeldía y la carga de la prueba

De acuerdo a las normas que rigen el proceso civil, aplicables en virtud de la Segunda Disposición Final del Reglamento de Controversias¹², entre los medios

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

¹⁰ KRESALJA ROSELLO, Baldo. *Perú: Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*. Publicado en: Pensamiento Constitucional. Año XII N° 12. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pgs. 28 y 29.

¹¹ KRESALJA ROSELLO, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitírsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

¹² Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas

probatorios típicos está la declaración de parte¹³, referida a los hechos o información del que la presta o de su representado¹⁴. Las declaraciones de parte no sólo se manifiestan oralmente sino también a través de afirmaciones contenidas en las actuaciones judiciales o los escritos de las partes¹⁵.

Las declaraciones de parte toman un valor probatorio particular en el ámbito procesal administrativo, toda vez que uno de los principios generales es el principio de presunción de veracidad según el cual durante la tramitación del procedimiento se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman¹⁶ y asimismo, se presume que toda la información incluida en los escritos y formularios han sido verificados por quien hace uso de ellos y que el contenido es veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario¹⁷.

En el presente caso, el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la demanda presentada por Multimedia contra TVS, mediante Resolución N° 005-2011-CCO/OSIPTEL de fecha 28 de setiembre de 2011, y corrió traslado a TVS, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de notificada la resolución para la contestación de la demanda, conforme al artículo 46° del Reglamento de Controversias. Habiéndose notificado válidamente a TVS, transcurrido el plazo otorgado para contestar la demanda sin haber recibido

Segunda Disposición Final

Para todo lo no previsto expresamente por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil.

¹³ Código Procesal Civil

Artículo 192°.- Son medios de prueba típicos:

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

¹⁴ Código Procesal Civil

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

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

¹⁵ Código Procesal Civil

Artículo 221.-

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

¹⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

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

¹⁷ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 42.- Presunción de veracidad

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

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

respuesta de TVS, y conforme a lo establecido por el artículo 458° del Código Procesal Civil, el Cuerpo Colegiado emitió la Resolución N° 007-2011-CCO/OSIPTEL, de 21 de octubre de 2011, mediante la cual declaró en rebeldía a la empresa TVS.

En los casos en los cuales una de las partes es declarada rebelde en el procedimiento, el valor probatorio de las afirmaciones contenidas en la demanda adquiere especial relevancia. El Código Procesal Civil, en su artículo 461°, señala que la declaración de rebeldía tiene como efecto el de causar una presunción legal relativa sobre los hechos expuestos en la demanda¹⁸.

La presunción legal relativa es aquella mediante la cual la ley asume una conclusión con carácter relativo, invirtiendo la carga de la prueba a favor del beneficiario de tal presunción, siempre y cuando éste acredite la realidad del hecho que a ella sirve de presupuesto¹⁹; admitiéndose prueba en contrario, es decir, *iuris tantum*.

En tal sentido, las declaraciones formuladas por el demandante son evaluadas bajo la presunción legal relativa, es decir, se las toma como veraces dentro de un margen de razonabilidad, de acuerdo a los medios probatorios que hayan sido presentados y tomando en cuenta el principio de verdad material según el cual la autoridad administrativa debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual adopta medidas probatorias necesarias.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, TVS se incorporó al procedimiento con sus escritos presentados el 16 de febrero (contestando la demanda) y 05 de marzo de 2012 (acreditando representación procesal); en ese sentido, los efectos de la rebeldía se produjeron desde su declaración mediante Resolución N° 007-2011-CCO/OSIPTEL del 21 de octubre de 2011 hasta la incorporación de TVS al procedimiento. Cabe señalar que, conforme al artículo 462° del Código Procesal Civil, el rebelde puede incorporarse al proceso en cualquier momento, sujetándose al estado en que éste se encuentre.

7.3. Actividad procesal de la partes

Los administrados en general, aunque no se hayan apersonado a un procedimiento, son responsables de entregar la información solicitada por la autoridad administrativa. En efecto, conforme a las normas pertinentes de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la administración puede exigir a los

¹⁸ Código Procesal Civil

Artículo 461.- La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda, salvo que:

1. Habiendo varios emplazados, alguno contesta la demanda;
2. La pretensión se sustente en un derecho indisponible;
3. Requiriendo la ley que la pretensión demandada se pruebe con documento, éste no fue acompañado a la demanda; o
4. El Juez declare, en resolución motivada, que no le producen convicción.

¹⁹ Código Procesal Civil

Artículo 279.- Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

administrados la comunicación de informaciones o la presentación de documentos así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba²⁰; y, a su vez, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material²¹.

En el presente procedimiento, mediante Oficio N° 248-ST/2011 de 29 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica requirió a la empresa TVS que cumpla con brindar información relacionada con su participación en el mercado de televisión por cable, indicando como plazo máximo para su presentación el de cinco (5) días hábiles. Vencido en exceso el plazo otorgado para la presentación de la información, la Secretaría Técnica reiteró su pedido a TVS mediante Oficio N° 028-STCCO/2012, el que fuera notificado el 27 de enero de 2012, y otorgó un plazo máximo de tres (03) días hábiles contados desde la notificación para cumplir con la entrega de la información.

En cumplimiento a ello, mediante escrito de 1° de febrero de 2012, TVS entregó a la Secretaría Técnica la información solicitada. En tal sentido, a pesar de que en dicha fecha permanecía en estado de rebeldía, TVS ha cumplido con su deber de proporcionar información a la autoridad administrativa, con lo cual no ha incurrido en falta alguna.

7.4. Valoración de los medios probatorios que obran en el expediente

La presente controversia se resuelve en atención a los medios probatorios que obran en el expediente, la cual tiene como finalidad determinar si TVS habría incurrido en las infracciones que se le imputan. Conforme a ello, antes de analizar el fondo de la controversia entre Multimedia y TVS, es conveniente efectuar algunas precisiones sobre los criterios que empleará este Cuerpo Colegiado para valorar el material probatorio del procedimiento.

La prueba funciona como un método esencial para poder establecer la veracidad de ciertos hechos. En sentido amplio, "probar es establecer la exactitud de una proposición cualquiera; en el sentido judicial, probar es someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra²²".

²⁰ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 169°.- Solicitud de pruebas a los administrados

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

(...)

²¹ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 57°.- Suministro de información a las entidades

(...)

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

²² Marcel Planiol y Georges Ripert: *Traité Pratique de Droit Civil français*. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1931. T. VII, § 1407, p. 743.

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 psicología, 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 Controversias⁽²³⁾, 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 decisión⁽²⁴⁾.

Cabe mencionar asimismo que la Ley del Procedimiento Administrativo General precisa que, en el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes (Principio de Verdad Material), sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas⁽²⁵⁾.

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

Es así que, siendo que la protección de la leal competencia en el mercado constituye uno de los aspectos más importantes del orden público económico; la Secretaría Técnica ha procurado producir las pruebas necesarias durante la etapa de investigación para llegar a la verdad material. Al respecto, conforme a la naturaleza de la conducta investigada se ha requerido información diversa tanto a las partes como a las empresas competidoras en el mercado de cable de la ciudad de Iquitos en relación al período de la realización de la conducta denunciada.

Cabe señalar que los medios de prueba tienen distinta intensidad de fuerza o valor probatorio, siendo éste considerado como la aptitud que tiene dicho medio para demostrar la existencia o inexistencia del hecho a probar. Al respecto, existen

²³ 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.

²⁴ 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"*.

²⁵ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

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

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

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 prueba⁽²⁶⁾.

Según la doctrina⁽²⁷⁾, 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.

VIII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

De acuerdo a los antecedentes y medios probatorios que obran en el expediente, este Cuerpo Colegiado deberá determinar si TVS habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto contemplado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

8.1. Sobre la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por parte de TVS

Según lo establece el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de violación de normas son aquellos tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas²⁸. En relación a la ventaja significativa, se señala que a fin de determinar su existencia debe evaluarse la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

Este Cuerpo Colegiado considera que para identificar a una norma imperativa se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes: (i) cuando la misma tiene alcance general y es de obligatorio cumplimiento por los administrados, (ii) si el

²⁶ 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, páginas 49-65.

²⁷ *Ibidem*. página 55.

²⁸ **LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 14.- Acto de violación de normas.-

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

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

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

beneficiario de la norma o el titular de la prerrogativa otorgada por la norma no puede renunciar al beneficio o prerrogativa²⁹, y (ii) si el Estado en representación del orden público se encuentra obligado a fiscalizar y perseguir por impulso propio el cumplimiento de la norma.

Cabe indicar que, según lo establecido en el referido artículo, la infracción de normas imperativas queda acreditada cuando se prueba la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siendo que ésta no puede encontrarse pendiente de ser revisada en la vía contencioso administrativa.

De acuerdo a lo recogido en doctrina, la violación de normas se producirá cuando una "infracción normativa afecte de forma positiva la posición competitiva del infractor, al romper el principio de igualdad frente a otros competidores que sí cumplen con la ley"³⁰. En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera que la presente infracción busca sancionar las prácticas que alteren la posición de igualdad ante la ley en que deben encontrarse todos los agentes competidores en el mercado³¹.

De otro lado, es necesario precisar que si bien en el estudio de una práctica de competencia desleal por violación de normas se analiza el mismo hecho material que fuera evaluado en la entidad sectorial competente (esto es, la contravención a una norma imperativa) su tipificación como una conducta desleal pasible de una posterior sanción, se basa en que tutela un bien jurídico diferente al que protege la norma imperativa infringida, a saber, el proceso concurrencial, el cual se ve alterado por la ventaja significativa obtenida mediante la infracción de la norma sectorial³². De ahí que a diferencia de la norma imperativa, cuyo incumplimiento acarreará indefectiblemente una sanción, las prácticas de violación de normas únicamente serán reprimidas si es que pueden traducirse en un beneficio para el agente infractor de la norma sectorial (ventaja significativa ilícita), en caso contrario la infracción de la norma imperativa no podría afectar el proceso competitivo y por ende no sería pasible de ser sancionada.

Conforme a lo señalado y en concordancia con lo expuesto por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo, este Cuerpo Colegiado sostiene que para que se configure un acto de violación de normas susceptible de ser calificado como desleal y que deba ser sancionado, deben concurrir los siguientes supuestos:

²⁹ En palabras de Aníbal Torres, las normas imperativas son establecidas con carácter obligatorio, independientemente de la voluntad del sujeto a quien no le está permitido dejarlas sin efecto, ni total ni parcialmente, en sus actos privados. TORRES, Aníbal. *"Introducción al Derecho"*, Tercera Edición, 2008. Editorial IDEMSA, Lima, pg. 267-268.

³⁰ Kreslja Rosselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer, tampoco debe permitirsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas). En: Themis 50. Pp. 16.

³¹ De acuerdo con lo señalado por Massaguer. MASSAGUER; José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid. Civitas. 1999. Pg. 432

³² En el mismo sentido, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1044 señala "Así con la definición establecida en el Decreto Legislativo, se distingue claramente la naturaleza de la infracción por violación de normas; de las infracciones declaradas por las autoridades sectoriales competentes, evitando la configuración del non bis in idem, ya que las autoridades sectoriales sancionarán la directa infracción a las normas que administran y mediante la declaración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se sancionará únicamente cuando dicha infracción, declarada así por la autoridad competente, haya generado una ventaja competitiva significativa en beneficio del infractor."

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

8.2. Aplicación al caso materia de análisis

8.2.1. La imperatividad de la norma infringida

Para que se configure el supuesto de violación de normas se debe acreditar la violación de una norma de carácter imperativo; de otro modo, si la norma infringida no tuviese dicho carácter, la demanda debería ser declarada improcedente. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria³³, es decir no admite voluntad contraria.

En el presente caso, si bien de una revisión doctrinaria efectuada por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo puede observarse que algunos autores han considerado como no imperativa a las normas de derecho de autor por salvaguardar únicamente derechos disponibles de particulares; este Cuerpo Colegiado considera que tanto el OSIPTel como el INDECOPI han sido uniformes en reconocer el carácter imperativo de la normativa de derechos de autor, toda vez que si bien responden a intereses exclusivos de sus titulares, ello no impide que no se verifique un efecto lesivo en el mercado en general, al margen de los intereses de los titulares. Ello se encuentra de acuerdo a la posición de la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, autoridad competente de proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos³⁴.

Al respecto, la normativa de derecho de autor³⁵ infringida en el presente caso goza de tal imperatividad y por ende una infracción a su contenido es pasible de ameritar una sanción por competencia desleal en la modalidad de violación de normas. Es importante resaltar que es por ello que este Cuerpo Colegiado admitió a trámite la denuncia; de otro modo, si no considerase que la normativa de derecho de autor tiene carácter imperativa, la denuncia hubiera tenido que ser declarada improcedente por tal motivo.

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

Con fecha 01 de febrero de 2010, mediante Resolución N° 51-2010/CDA-INDECOPI, la Comisión de Derechos de Autor resolvió que TVS infringió los derechos conexos de Multimedia al haber retransmitido la señal de CMD sin autorización, imponiéndole una sanción de 4.3 UIT.

³³ Rubio Correa, Marcial (2001) El Sistema Jurídico. 8va. Edición, PUCP, Fondo Editorial. Pp. 110

³⁴ Mediante Oficio N° 005-2011/SPI-INDECOPI del 27 de junio de 2011, la Sala de Propiedad Intelectual señaló que **tanto el Decreto Legislativo N° 822 como la Decisión de la Comunidad Andina N° 351 tienen carácter imperativo**, fundando esta opinión en la protección constitucional de la creación intelectual (numeral 8 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú) y la obligación internacional del Gobierno Peruano de brindar protección a los derechos de autor y conexos derivados de los diversos acuerdos multilaterales.

³⁵ El artículo 140° literal a) del Decreto Legislativo 822.

Dicha resolución fue confirmada por la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, en segunda instancia, mediante la Resolución N° 2783-2010/TPI-INDECOPI que confirma la vulneración de los derechos conexos de Multimedia por parte de TVS, modificando la multa a 3 UIT. Esta resolución de la Sala agotó la vía administrativa y otorgó un plazo de tres meses para interponer acción contencioso administrativa.

Según lo indicado por Multimedia y por la Gerencia Legal del INDECOPI, la Resolución N° 2783-2010/TPI-INDECOPI no ha sido apelada ante el Poder Judicial.

TVS indicó en su escrito de descargos que habría presentado una demanda contencioso administrativa cuestionando el pronunciamiento final del INDECOPI, sin embargo no acreditó este hecho durante todo el transcurso del presente procedimiento (así como tampoco luego de que se le remita el Informe Instructivo), motivo por el cual dicho argumento no fue tomado en el Informe Instructivo emitido por la Secretaría Técnica³⁶.

Cabe señalar inclusive que en su escrito de fecha 05 de marzo, TVS indica que no podía acreditar la interposición de la demanda contencioso administrativa porque los documentos que la acreditan se encontraban en poder de su abogado. Sin embargo, en el escrito de sus alegatos al Informe Instructivo, TVS señala que la decisión del INDECOPI no es objeto de discusión en la presente controversia por haber causado estado. Observamos entonces que dicha demanda contencioso administrativa no existiría, quedando desvirtuado las afirmaciones iniciales de TVS.

En tal sentido, este Cuerpo Colegiado observa que ha quedado acreditada la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determina la infracción a los derechos de autor (el INDECOPI), y que dicho pronunciamiento no se encuentra pendiente de revisión en la vía contencioso administrativa, hecho que ha sido confirmado por TVS.

De otro lado, respecto al período de la retransmisión ilícita por parte de TVS de la señal de CMD, variar los hechos probados o distorsionar lo considerado por el INDECOPI en sus resoluciones referidas al caso en cuestión, saldría del ámbito de acción que debería tener el OSIPTEL en el presente caso (es decir, probar la supuesta ventaja significativa que se habría obtenido mediante la infracción de la normativa de derechos de autor, ya acreditada por la autoridad competente, el INDECOPI). En tal sentido, se considerará acreditada la infracción por el período desde junio hasta agosto del 2009³⁷, período de tres meses que debe ser considerado para el análisis de la supuesta ventaja significativa obtenida por TVS.

³⁶ Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 162.- Carga de la prueba

(...)

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones

³⁷ La Resolución N° 0051-2010/CDA-INDECOPI señala que la denunciada retransmite, al menos desde el 22 de junio de 2009, la señal denominada CMD; y al realizarse el cálculo de la multa se considera el período desde el mes de junio de 2009 (mes en que se realizó la diligencia de constatación policial) hasta el 28 de agosto del 2009.

8.2.3. Análisis de la supuesta ventaja significativa ilícita obtenida

En la medida que la ventaja concurrencial (significativa) no se presume ni automáticamente se produce por el hecho de infringir las leyes, lo que, de suyo, no reviste carácter desleal³⁸; el análisis de una práctica de competencia desleal en el supuesto de violación de normas, requiere que adicionalmente a la contravención a una norma imperativa se verifique que dicha infracción se tradujo en una ventaja significativa de la cual se puede valer el agente infractor y así colocarlo en una mejor posición competitiva en el mercado.

Se observa que en diversos pronunciamientos³⁹ el INDECOPI ha considerado que debe entenderse como ventaja significativa a la disminución de costos de producción o de distribución de los productos o servicios que oferta el agente infractor siendo que dicha disminución de costos genera una distorsión en el proceso competitivo al colocar en una mejor posición competitiva al agente infractor respecto de aquellos que sí cumplieron la norma e internalizaron en su estructura de costos los gastos que demande el cumplimiento del marco normativo. Asimismo, en la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Competencia Desleal el INDECOPI ha señalado que la infracción a la norma imperativa será considerada desleal, únicamente, cuando genere una ventaja significativa. Para ello, se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

Por su parte, los "Lineamientos para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones"⁴⁰ elaborados por el OSIPTEL señalan que la ventaja ilícita "significativa" debe determinarse en términos de la *disminución en sus costos o su acceso privilegiado* al mercado debido a la infracción de la norma.

De la revisión efectuada, es posible concluir que tanto INDECOPI como OSIPTEL han considerado que la ventaja significativa viene determinada por el ahorro del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa, observándose que el ahorro de costos del cual se beneficia el infractor, le permite alterar las condiciones de competencia, pudiendo mejorar su posición competitiva en el mercado, como por ejemplo ofreciendo precios más bajos debido no a una eficiencia comercial sino a la infracción de una norma⁴¹.

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo Español N° 512/2005, de fecha 24 de junio de 2005, recaído sobre el Recurso de Casación N° 226/1999 (Página 3)

³⁹ En tal sentido, ver las Resoluciones 1573-2008/TDC-INDECOPI; 020-2010/CCD-INDECOPI; 064-2010/CCD-INDECOPI; 2509-2010/SC1-INDECOPI y 2552-2010/SC1-INDECOPI.

⁴⁰ Aprobados mediante Resolución 075-2002-CD/OSIPTEL.

⁴¹ Cuando una empresa ofrece un bien a un precio determinado, sin internalizar en el mismo los costos mínimos para el ofrecimiento del servicio, tal como puede suceder cuando una empresa no cumple con pagar los derechos de autor respectivos, podría estar ofertando sus servicios a un precio menor al que en realidad debería ser. De lo anterior, se obtiene como resultado que el precio ofertado no sería producto de un ahorro de costos de producción por un manejo eficiente, sino que sería obtenido a raíz de la violación de normas, observándose entonces que este precio se convierte en una señal errónea para el mercado. Un razonamiento similar ha sido recogido por el OSIPTEL en la Resolución N° 009-2005-TSC/OSIPTEL.

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

Sin embargo, corresponde precisar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal ha establecido que la condición de ilicitud de una conducta no exige un daño efectivo, sino que también es pasible de ser sancionada toda aquella conducta que resulte potencialmente lesiva al proceso competitivo⁴². Lo anterior, resulta acorde con la voluntad de la Ley de Competencia Desleal de salvaguardar el proceso competitivo sancionando conductas que no solo hayan ocasionado un daño efectivo al mercado, sino también a aquellas conductas que resultan idóneas para causarle un perjuicio.

Para el caso en particular, el hecho de que el agente infractor no traduzca el beneficio obtenido por la infracción de normas en los precios finales a los usuarios, no significa que dicho beneficio no haya podido ser significativo ni que haya sido pasible de alterar las condiciones regulares del mercado en el que compete.

Por los argumentos expuestos, es posible concluir que para evaluar la ventaja significativa se tomará como referencia la valoración respecto al ahorro obtenido por la empresa infractora, el mismo que le permite brindar sus productos en el mercado a un precio que no representa la totalidad de los costos incurridos, apreciándose que dicha conducta puede afectar tanto a los competidores efectivos⁴³ como a los posibles entrantes, distorsionando de esta manera el proceso concurrencial.

En lo que respecta al presente caso, este Cuerpo Colegiado considera que se deben evaluar los siguientes hechos: (i) que TVS habría tenido un acceso no autorizado a las señales de CMD, y (ii) que dicho acceso le habría generado un evidente ahorro de costos. Corresponde evaluar si dicho acceso y el ahorro de costos se traduce en una ventaja significativa para TVS en términos de lo establecido en la normativa de competencia desleal.

Respecto al acceso a las señales de CMD sin autorización, Multimedia ha señalado que dicho canal tiene un alto nivel de aceptación a nivel nacional y es de las señales más reconocidas e importantes del mercado peruano. En relación a ello, cita un Informe del OSIPTEL en el que se considera que los canales exclusivos de Multimedia, entre ellos CMD, se encuentran dentro del

⁴² Decreto Legislativo N° 1044

Artículo 7.- Condición de ilicitud.-

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

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

⁴³ En la medida que una empresa infractora puede ofrecer mejores precios debido a que no internaliza los costos de cumplir una determinada norma, esto puede traer como resultado que las empresas que sí asumen la totalidad de sus costos tengan que brindar sus servicios a un precio mayor, que puede resultar poco atractivo para los usuarios.

ranking de los 10 canales más vistos en cable⁴⁴. Asimismo, señala que el ahorro de pagar por la licencia sería significativo en la medida que el pago de derechos por las señales, en general, conforma un porcentaje importante en los costos de las empresas de televisión por cable.

Al respecto, si bien no ha quedado acreditada fehacientemente la importancia o significancia concreta del canal CMD en la localidad específica de Iquitos, es de conocimiento público la aceptación de los televidentes con respecto a dicho canal en la medida que mediante el mismo se transmiten diversas actividades y eventos deportivos, en especial, de fútbol; asimismo, el hecho de que TVS haya retransmitido ilícitamente dichas señales demuestra la importancia de dicho canal (si no, TVS no tendría incentivos para captar dichas señales).

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

Conforme a ello, al haber retransmitido las señales de CMD, TVS ha tenido un acceso "privilegiado" que no le correspondía y que ninguno de sus competidores en su mercado tiene (salvo Multimedia) ni tenía en el período de la retransmisión ilícita⁴⁵, obteniendo una ventaja respecto a estas empresas.

TVS señala en sus alegatos que la transmisión de la señal de CMD de junio a agosto de 2009, no puede haberla puesto en mejor posición competitiva que sus competidoras; por ejemplo, Cable Visión Iquitos venía transmitiendo dicho canal desde el mes de diciembre del año 2006 conforme al contrato de licencia suscrito con Multimedia. En relación a ello, este Cuerpo Colegiado considera necesario precisar que, conforme a la revisión del contrato, el plazo del mismo se extendía hasta el 17 de marzo del 2008, es así que que en el período de junio a agosto de 2009 esta empresa no habría podido acceder a dichas señales, resultando el acceso de TVS a dichas señales privilegiado con respecto a sus empresas competidoras. Sin perjuicio de ello, en el supuesto caso que el contrato se hubiese prorrogado, existiría una contraprestación por parte de Cable Visión Iquitos por el permiso de retransmisión de las señales de Multimedia. En tal sentido, observamos que Cable Visión Iquitos (competidora de TVS) habría tenido que adquirir la licencia por un costo, costo que no habría sido asumido por TVS.

En dicho escenario, se observa que, en el hipotético caso que Multimedia hubiera estado otorgando licencias para la retransmisión de sus señales exclusivas en el período de la realización de la conducta de TVS, la empresa debía adquirir dicha licencia por un costo. En tal sentido, observamos que TVS

⁴⁴ Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable. Documento de Trabajo N°001-2008. Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL.

⁴⁵ Al referirnos a acceso privilegiado no nos referimos a un "acceso privilegiado al mercado" si no, mas bien, al acceso a un insumo (contenidos) con cierto grado de significancia y que, salvo un competidor (quien produce o paga por la elaboración de dicho insumo), nadie puede obtener de una manera lícita.

se habría "ahorrado" el monto que equivaldría el pagar una licencia por los tres meses desde junio hasta agosto de 2009.

Para la obtención de dicho presunto ahorro, la Secretaría Técnica hace un símil con los contratos presentados por Multimedia, que datan del año 2006, y calcula que ascienden a, en promedio, S/. 10 730 mensuales (Diez mil setecientos treinta Nuevos Soles)⁴⁶. En el Informe Instructivo se señala lo siguiente: *"Conforme a lo indicado en los contratos con los que cuenta esta Secretaría Técnica, Multimedia otorgaba una licencia para la transmisión de las cuatro señales exclusivas que mantenía, es decir, por CMD, Plus TV, Canal N y Visión 20 mas no por la transmisión de únicamente alguna de ellas. Cabe señalar que no se otorgaba licencias por un solo canal, se licenciaba el "paquete" de los cuatro canales⁴⁷, en tal sentido en este hipotético escenario el "ahorro" se habría dado respecto a este monto mensual."*

Al respecto, TVS en sus alegatos indica que, en general, no se puede hacer un símil basado en un contrato privado, ya que por su naturaleza en la prestación de los servicios de telecomunicaciones varían entre una empresa y otra teniendo en cuenta sus inversiones, costos de transmisión, la capacidad adquisitiva de la empresa, la cantidad de abonados, etc. Para el caso en particular, no se podría hacer un símil con el grupo Cable Visión porque existen diferencias evidentes: (i) Cable Visión tiene una capacidad adquisitiva que hace que pueda celebrar contratos por montos elevados, y, (ii) La cantidad de abonados beneficiados con los canales exclusivos de Multimedia es muy superior a la de TVS (son 8 filiales a nivel nacional).

Cabe indicar que se ha tomado en referencia contratos anteriores entre Multimedia y otras empresas (entre ellas, Cable Visión) en la medida que, actualmente, Multimedia no otorga licencias respecto a sus canales exclusivos. Asimismo, no se realiza un símil "entre empresas", solo se toma como referencia la contraprestación a efectuar por cualquier empresa que deseara contratar con Multimedia la licencia de sus canales exclusivos, la cual siempre resultaba siendo la misma (US\$3600 como precio base mínimo) sin importar la capacidad adquisitiva de la empresa contratante ni la cantidad de los usuarios de la empresa contratante. La diferenciación con la cantidad de abonados beneficiados la realizaba la empresa Multimedia, en su calidad de titular de las señales exclusivas, cobrando un adicional por cada unidad adicional a partir de las 3000 unidades de visualización⁴⁸.

En ese escenario, la Secretaría Técnica, conforme al Principio de Verdad Material, consideró relevante tomar en cuenta el porcentaje de los ingresos

⁴⁶ El cobro mensual por la transmisión de las referidas señales ascendía US\$3600 hasta por un tope de 3000 unidades de visualización.

⁴⁷ En el presente caso donde solo se transmite un canal (CMD), se podría señalar que el ahorro obtenido por TVS equivaldría a la cuarta parte de lo señalado en los contratos, considerándose un monto mensual que ascendía a, en promedio, S/. 2 700 nuevos soles. Sin embargo, cuando se otorgaban dichas licencias se entregaban los cuatro canales en un paquete.

⁴⁸ Sin perjuicio de ello, cabe indicar que lo expresado por TVS no resulta cierto, en la medida que los contratos realizados por Multimedia eran suscritos con cada filial del grupo Cable Visión, siendo así que, al parecer, a cada una de las empresas que conformaban Cable Visión, Multimedia les exigía la misma contraprestación (Cable Visión Huánuco y Cable Visión Iquitos, conforme a los contratos que forman parte del expediente).

que se podría haber ahorrado la empresa, en caso hubiera accedido lícitamente a la mencionada señal. Este Cuerpo Colegiado considera acertado este análisis realizado en el Informe Instructivo, en ese sentido, considerando el número de usuarios y la tarifa establecida por TVS en los referidos meses, este ahorro que supondría haber asumido los costos por obtener la licencia de transmisión en dicho período corresponde, en caso hubiese accedido a firmar el contrato que ofrece las cuatro señales, alrededor de 24% de sus ingresos mensuales. Conforme a ello, este Cuerpo Colegiado considera que el beneficio (ahorro mensual) obtenido ilícitamente por TVS es un ahorro que puede ser considerado como "significativo".

Conforme a todo lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que el acceso "privilegiado" a las señales exclusivas de Multimedia y el ahorro de costos obtenido conlleva una ventaja para TVS y es pasible de generar un perjuicio a Multimedia y a las otras competidoras de TVS en el mercado de Iquitos en relación a la concurrencia leal en el mercado de prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable⁴⁹.

TVS afirma que no puede comprobarse una ventaja significativa originada por su supuesta conducta y que inclusive, en el período de junio de 2009, habría captado una cantidad bastante baja de usuarios. De otro lado, indica que no existe información de otras empresas competidoras y por ende no se podría haber determinado que exista una ventaja por parte de TVS en el mercado de Iquitos. Cabe señalar que, conforme a lo señalado en líneas anteriores, para que exista la infracción a la competencia leal, no se tiene que probar un daño efectivo a la concurrencia en el mercado. Es por ello que en el presente caso, luego de un análisis de los medios probatorios, este Cuerpo Colegiado se habría generado convicción respecto a que la práctica realizada por TVS era un medio idóneo para poder sacar ventaja y valerse de dicha infracción en el mercado. Sin perjuicio de ello, el análisis del posible daño efectivo será tomado en cuenta para determinar la gravedad de la conducta desleal realizada por TVS.

Conforme a todo lo expuesto, el acceso ilícito de TVS a las señales de CMD y el supuesto "ahorro" obtenido la colocó en una mejor posición competitiva en relación con sus competidores, de la cual pudo valerse en el mercado de cable de la ciudad de Iquitos; por lo que este Cuerpo Colegiado considera que TVS habría obtenido una ventaja significativa mediante la infracción a la normativa de derechos de autor, incurriendo en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de Competencia Desleal.

⁴⁹ Para este Cuerpo Colegiado ha quedado evidenciado que el servicio de distribución de radiodifusión por cable prestado por Multimedia compite efectivamente con el prestado por TVS, conforme ha sido analizado en el Informe Instructivo. Al respecto, TVS no ha señalado objeción alguna en su escrito de alegatos.

IX. Determinación de la sanción

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

El artículo 26.1 de la 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 criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁽⁵⁰⁾.

El artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal considera que la realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada bajo los siguientes parámetros: de leve, grave y muy grave, sin perjuicio de la aplicación de las correspondientes medidas correctivas⁵¹.

El artículo 53° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la autoridad podrá tomar en consideración para determinar la gravedad de la infracción diversos criterios tales como el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, los efectos sobre el mercado, la duración del acto de competencia desleal infractor, entre otros factores que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado adoptar.⁵²

⁵⁰ El artículo 26.1 de la Ley N° 27336 señala lo siguiente:

"26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o legal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación".

⁵¹ Artículo 52°.- **Parámetros de la sanción.-**

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

a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;

b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;

c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,

d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

⁵² Ley de Represión de la Competencia Desleal. Artículo 53°: Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.- La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;

b) La probabilidad de detección de la infracción;

c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;

d) La dimensión del mercado afectado;

Asimismo, cabe indicar que este Cuerpo Colegiado realizará todo este análisis conforme al principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁵³. Con relación a este principio, establece el artículo 230º de la LPAG que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas.

9.2. Graduación de la sanción por la comisión del acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

9.2.1. Beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción

El beneficio ilícito puede ser definido como aquellos ingresos percibidos por el agente infractor que no hubieran sido percibidos si es que no se producía una contravención al ordenamiento.⁵⁴ El cálculo del beneficio ilícito es la base para determinar la imposición de la sanción en los procesos relacionados a infracciones a la normativa de competencia, ello a fin de que la multa consiga los fines de desincentivo a que se realice o repita la conducta infractora (y que se cumpla a su vez con el precepto de que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas).

Es importante recoger lo señalado por TVS en sus alegatos: *"El informe sustenta la sanción basado en la conducta ilícita de mi representada que me habría generado un supuesto ahorro, hecho que no está en discusión y por el que mi representada ya fue sancionado"*. Al respecto, cabe indicar que TVS fue sancionado en INDECOPI por la vulneración del derecho del titular del derecho conexo (Multimedia como titular de la señal de CMD), es decir, por la conducta de la retransmisión ilícita de señales de forma no autorizada, no siendo sancionado por el "ahorro" en sí. El monto calculado por la Comisión de Derechos de Autor que se enmarcaría dentro del concepto de "ahorro" obtenido por TVS, y que habría dejado de pagar a Multimedia, es un criterio usado por la Comisión, en primera instancia, para graduar la multa en relación a la infracción de la normativa de derechos de autor.

e) La cuota de mercado del infractor

f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores y usuarios;

g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,

h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

⁵³ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

(...)

1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

⁵⁴ Resolución N° 0371-2011/SC1-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

En específico, en el presente caso, el beneficio ilícito de la conducta desleal (es decir de la ventaja significativa obtenida por el infractor de la normativa de derechos de autor) estaría determinado por cómo se valió en el mercado, efectivamente, TVS de la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de la normativa de derechos de autor.

Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que se puede utilizar como criterio para identificar si existen beneficios ilícitos resultantes de la comisión de la infracción al artículo 14° de la Ley de Represión de Competencia Desleal la tasa de crecimiento de suscriptores de TVS así como las tarifas establecidas en el período materia de análisis comprendido entre los meses de junio y agosto de 2009.

De la revisión del crecimiento de suscriptores de TVS, se aprecia que el número de abonados de esta empresa se ha mantenido dentro del promedio. No se ha producido un aumento importante de abonados sobre el promedio del año, ni se presenta evidencia que el ligero aumento presentado en julio de 2009 sea atribuido al acto de competencia identificado:

Evolución del Nivel de Suscriptores (Junio – Agosto de 2009)

Periodo	Número de suscriptores	Porcentaje de variación
ene-09	797	
feb-09	799	0,25%
mar-09	795	-0,50%
abr-09	798	0,38%
may-09	793	-0,63%
jun-09	795	0,25%
jul-09	800	0,63%
ago-09	793	-0,88%
sep-09	798	0,63%
oct-09	794	-0,50%
nov-09	792	-0,25%
dic-09	799	0,88%
ene-10	775	-3,00%
feb-10	768	-0,90%
mar-10	773	0,65%
abr-10	776	0,39%
may-10	770	-0,77%
jun-10	774	0,52%

Fuente: Empresa T.V.S. Satelital S.A.C.

Elaboración: Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados

En efecto, la información remitida por TVS permite observar la evolución del número de suscriptores por el periodo de un año y medio, de enero de 2009 a junio de 2010. Este periodo permite evaluar tanto la situación previa a la transmisión de la señal (enero – mayo de 2009) así como el periodo posterior. Así, se muestra que el número de suscriptores ha presentado una evolución constante alrededor de los meses en que se llevó a cabo la práctica ilícita, siendo que la tasa de variación se ha mantenido en una senda estable en los meses cercanos a junio – agosto de 2009.

Si bien se advierte un incremento de suscriptores en julio de 2009 – segundo mes de transmisión de CMD-, en agosto la caída es pronunciada. Asimismo, durante el año 2009, el patrón de variación es el mismo⁵⁵.

De otro lado, la empresa TVS ha informado que la tarifa mensual del plan tarifario que ofrece es de S/57.00 (cincuenta y siete Nuevos Soles), monto que no fue modificado durante el periodo referido. En tal sentido, no se observa que TVS haya incrementado sus tarifas a partir de la transmisión de la señal de CMD.

Por ende, de la información presentada que incluye la tarifa, el número de suscriptores así como su evolución mensual no se evidencia que la empresa haya obtenido beneficios ilícitos generados a partir de la ventaja significativa obtenida por la transmisión ilícita de la señal de Multimedia en el periodo considerado. Asimismo, Multimedia no ha acreditado otros beneficios ilícitos concretos que pueda haber obtenido TVS en el periodo que realizó el acto de competencia desleal.

9.2.2. La probabilidad de detección de la infracción

Se advierte en el presente caso que la probabilidad de detección de esta infracción es alta en la medida que el hecho de la transmisión de la señal CMD en su parrilla de canales, ha sido difundido por TVS en una revista de acceso público (*el ejemplar de la revista de programación de TVS denominada "SuperCable"*) y de la cual podían tomar conocimiento con facilidad los operadores competidores, el INDECOPI y/o el OSIPTEL⁵⁶.

En ese sentido, no se puede afirmar la presencia de circunstancias o actos de la denunciada orientados a disminuir la probabilidad de detección de la conducta desleal.

9.2.3. La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal

El acto de competencia desleal se ha evaluado por un período de tres meses y, al parecer, no habría captado la atención de los usuarios del mercado de cable en Iquitos conforme a las cifras expuestas anteriormente.

⁵⁵ En el supuesto de una obtención efectiva de un beneficio ilícito a partir del acto desleal, se habría esperado que si el inicio de la transmisión fue en el mes de junio, la respuesta de los usuarios habría sido un incremento marcado en los meses posteriores. En el mismo sentido, al finalizar la transmisión indebida en agosto, se esperaría una caída drástica en dicho indicador. Sin embargo, no se observa alguno de estos efectos.

⁵⁶ En su Escrito N°1 del 26 de mayo de 2001, Multimedia señala:
"Tan grande es el despego a la Ley de la contraria que no dudó en publicitar la programación de nuestra señal exclusiva CMD incluso en su propia señal de programación. Efectivamente, en ejemplar de la revista de programación de TVS denominada "SuperCable", en una de sus páginas se llegó a apreciar claramente el logo de nuestra señal exclusiva CMD y la señal en la cual se venía difundiendo (08)".

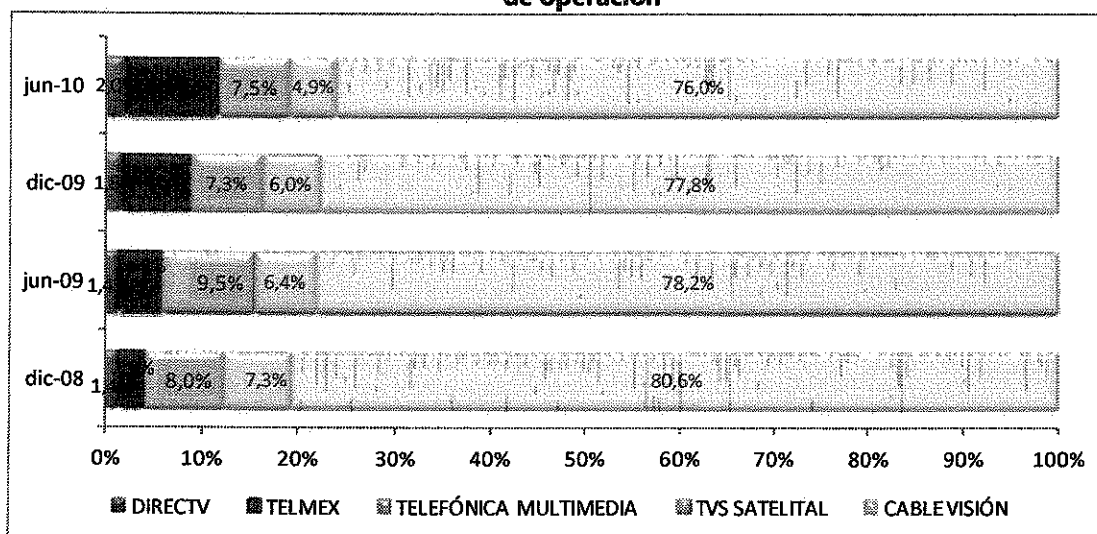
Asimismo, se observa que la conducta realizada en la ciudad de Iquitos y respecto a solo uno de los canales exclusivos de Multimedia (CMD) no habría afectado intensamente a esta empresa ni a las otras competidoras en el mercado; lo que atenúa la responsabilidad del infractor.

9.2.4. La dimensión del mercado afectado y la cuota de mercado del infractor

La graduación de la sanción debe ser proporcional al impacto que la conducta tuvo sobre el mercado, el cual está ligado directamente la participación de mercado de la empresa infractora, al tamaño del mercado afectado y la duración en el tiempo de la conducta a sancionar. Estos elementos permiten determinar la magnitud de las transacciones que fueron afectadas por la conducta desleal.

En el siguiente cuadro se muestra la evolución de la participación de mercado de las empresas que brindan el servicio de distribución de radiodifusión por cable en la zona donde operan las empresas involucradas⁵⁷:

Evolución de la participación de mercado de las empresas de televisión por cable de la zona de operación



Fuente: Empresas Operadoras.

Elaboración: Secretaría Técnica.

Este cuadro permite apreciar que la participación de TVS se ha ido reduciendo. En junio de 2009, cuando se inició la transmisión indebida contaba con 6.4% del mercado y a diciembre del mismo año, su participación era menor e igual al 6%. Asimismo, si se toma en cuenta el desempeño posterior a la infracción, se observa que TVS incluso ha reducido su participación a 4.9%, a junio de 2010. Esto, en un contexto de mayor participación de la empresa Cable Visión y con un crecimiento continuo de Telmex y DirecTv.

⁵⁷ Distritos de Iquitos, Belén, Punchana y San Juan, Provincia de Maynas, Departamento de Loreto.

En tal sentido, el agente que cometió el acto de competencia desleal ha mantenido una participación de mercado menor y con una tendencia a la baja, lo cual está basado en los 795 usuarios que mantuvo en junio de 2009, mes de inicio de la práctica desleal.

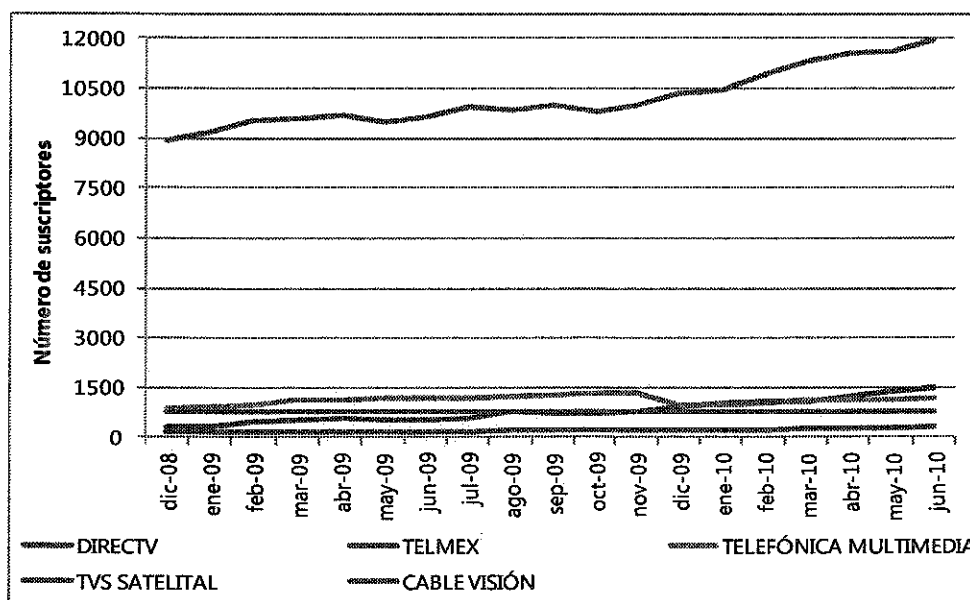
9.2.5. El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios

Como se ha señalado anteriormente, el acto de competencia desleal tenía la potencialidad de afectar tanto a su competidor Multimedia, el directamente afectado, y el resto de competidores. Asimismo, el referido acto pudo distorsionar las preferencias y las decisiones de los usuarios siendo que: (i) pudo haber ocasionado que los nuevos usuarios dispuestos a dar de alta un servicio de cable prefieran la programación ofrecida por TVS en lugar de la de Multimedia, por el hecho que la primera también contaba con CMD en la parrilla de canales –asumiendo que para estos usuarios son igualmente comparables el resto de canales ofrecidos- (ii) pudo ocasionar la migración de usuarios de Multimedia así como de las otras empresas competidoras hacia TVS basados en una oferta de canales no autorizados, (iii) la existencia de ciertos usuarios de TVS dispuestos a migrar a Multimedia, podrían haber cambiado su decisión debido a la transmisión ilícita de CMD.

Cabe indicar que en cuanto a los usuarios, los grupos referidos a los tres numerales mencionados en el párrafo anterior también podrían haber sido afectados en la medida que sus expectativas de acceder a dicha señal se vieron truncadas en caso TVS hubiese cumplido con el cese de la retransmisión de la señal de CMD.

En ese sentido, se aprecia que el acto desleal sí tenía la capacidad de afectar a los competidores y usuarios. No obstante, de la revisión del comportamiento del mercado en el período en que se evalúa el acto de competencia desleal (junio a agosto de 2009), se puede afirmar que, en principio, no existe evidencia suficiente de que este perjuicio se haya producido, conforme al siguiente cuadro:

Evolución del número de usuarios en la zona de operación



Este cuadro muestra la evolución del número de usuarios de cada una de las empresas que operan en la zona establecida: Cable Visión, Multimedia, Telmex, Directv y TVS. En éste se puede apreciar tres puntos muy marcados: el número de usuarios de la empresa Cable Visión está, muy por encima del número de usuarios que posee el resto de empresas competidoras; la tendencia de esta cifra es de crecimiento en todo el periodo considerado y, que el resto de empresas mantenía una cantidad similar de usuarios, todas con una cifra menor a los 1500.

En este caso se observa que si bien, como se muestra en el punto 9.2.4. Cable Visión ha venido perdiendo participación de mercado, el número de usuarios que mantuvo fue cada vez mayor, para el periodo analizado. Esto es un indicio de que la empresa más grande de la zona no se vio afectada por el acto desleal de TVS.

Respecto al desenvolvimiento de la variable en el resto de empresas, se observa que, a excepción de TVS que mantuvo el número de usuarios estable, el resto de empresas competidoras mostraron un crecimiento en el número de sus usuarios. Cabe resaltar que Multimedia tuvo una caída en esta cifra recién en diciembre de 2009, es decir, cuatro meses después del período de evaluación del acto desleal. En el caso de Directv y Telmex presentan un incremento sostenido en sus usuarios, siendo esta última empresa la que muestra un el crecimiento más importante, lo cual le ha permitido ir ganando una mayor participación de mercado conforme se observa en cuadro del punto 9.2.4.

Este mencionado crecimiento se debe al incremento en el número total de usuarios, es decir, a una ampliación del mercado de esa área geográfica, donde el número de usuarios en el periodo que abarca los gráficos arriba presentados pasó de ser 8 916 a 11 964. Esta ampliación benefició a todas las empresas - con excepción de TVS- que vieron incrementado el número de suscriptores en el referido plazo.

En cuanto a los usuarios, si bien pudo haberse presentado un grupo que se vio afectado por el acto desleal, siempre mantuvieron la opción de cambiar de empresa de cable tras conocer que la señal de CMD era transmitida ilícitamente, de esta forma neutralizar el potencial efecto de la conducta.

En ese sentido, de la información que obra en el expediente no existe evidencia de efectos negativos en los competidores y/o en los usuarios originados a causa del acto de competencia desleal; en ese sentido, el acto desleal no habría producido una afectación real al mercado. Asimismo, se advierte que la denunciante no ha presentado información específica que acredite fehacientemente que se han presentado estos perjuicios.

9.2.6. La duración en el tiempo del acto de competencia desleal

Conforme se ha señalado en el análisis de la infracción, este Cuerpo Colegiado ha considerado que el acto de competencia desleal consistente en la retransmisión ilícita de la señal de CMD corresponde a un período de tres meses (junio, julio y agosto de 2009), a partir de los criterios establecidos en la Resolución N°0051-2010/CDA-INDECOPI emitida por la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI.

9.2.7. La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal

No se ha detectado reincidencia o reiteración por parte de la empresa TVS en el caso de la infracción determinada en el presente procedimiento administrativo, de acuerdo a los criterios establecidos en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL y la Ley del Procedimiento Administrativo General.

9.2.8. Determinación de la sanción a imponer

Conforme al artículo 53° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los criterios tienen por finalidad brindar elementos de juicio para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas. Así, aplicando los criterios de gradación respecto a la infracción del artículo 14 de la Ley de Represión de Competencia Desleal se constata que no se han acreditado beneficios ilícitos del infractor, la probabilidad de detección de la infracción ha sido alta, la modalidad y el alcance del acto atenúan la responsabilidad, no existe evidencia suficiente del perjuicio producido y no existe reincidencia o reiteración.

Asimismo, se debe tener en cuenta el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁽⁵⁸⁾. Al respecto, habría que considerar, como hemos señalado anteriormente, que el presunto ahorro obtenido por la retransmisión del canal CMD fue tomado en cuenta en la sanción impuesta por el INDECOPI.

En atención a los hechos acreditados, a la ausencia de una afectación real en el mercado, a los criterios establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal y al principio de razonabilidad; este Cuerpo Colegiado concluye que corresponde sancionar a TVS con una amonestación por la comisión de una infracción leve, conforme al inciso a) del artículo 52.1 de la citada ley.

X. Pedido de costas y costos formulado por Multimedia

En su demanda, Multimedia solicitó al Cuerpo Colegiado que se ordene a TVS el pago de las costas y costos incurridos por su empresa durante la tramitación del procedimiento administrativo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 410° del Código Procesal Civil⁽⁵⁹⁾, *"Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial*

⁵⁸ El numeral 1.4. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala lo siguiente:

"1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido".

⁵⁹ Norma aplicable a los procesos de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto por la Segunda Disposición Final del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre

y los demás gastos judiciales realizados en el proceso". Por su parte, conforme al artículo 411° del mismo Código, son costos del proceso "el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial".

El Artículo 412° del citado Código establece que el reembolso de las costas y costos del proceso es de cargo de la parte vencida e incluso no requiere ser demandado⁽⁶⁰⁾.

Al respecto, debe señalarse que el OSIPTel no cobra tasas por la presentación de denuncias ante los Cuerpos Colegiados, razón por la cual en este caso no procede ordenar el pago de las costas solicitado por Multimedia.

Con relación al pedido de Multimedia para que se ordene a TVS el pago de los costos incurridos por el denunciante durante la tramitación del presente procedimiento administrativo, el Cuerpo Colegiado considera que la infracción cometida por TVS ha sido manifiesta en la medida que, intentó valerse en el mercado de Iquitos de la retransmisión ilícita de la señal de CMD, difundiendo su transmisión en su revista de programación y haciendo publicidad de la misma, conforme a lo verificado en el procedimiento.

Por las razones expuestas, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde ordenar a TVS que asuma el pago de los costos incurridos por Multimedia durante la tramitación de este procedimiento.

XI. Cese de conductas

En su denuncia, Multimedia solicitó al Cuerpo Colegiado que se ordene a TVS el cese inmediato de todas las prácticas ilegales que viene cometiendo en perjuicio de dicha empresa.

Al respecto, el artículo 23.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTel⁶¹ señala que este organismo podrá dictar medidas correctivas para corregir una

empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTel. Esta norma señala lo siguiente:

"DISPOSICIONES FINALES

(...) **SEGUNDA.-** Para todo lo no previsto expresamente por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil."

⁶⁰ "Artículo 412 del Código Procesal Civil.- Principio de la condena en costas y costos.-

El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración.

La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de Casación.

Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor (...)." (subrayado agregado)

⁶¹ Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTel

Artículo 23.- Medidas específicas

23.1 OSIPTel, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTel accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

(...)

conducta infractora. Por su parte, el inciso a) del artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁶², establece que la autoridad puede ordenar la cesación del acto, con la finalidad de restablecer la leal competencia en el mercado.

Sobre el particular, debe señalarse que el cese de la conducta realizada por TVS, a saber, la retransmisión de las señales exclusivas sin autorización de Multimedia, ha sido materia de pronunciamiento por parte de la Dirección de Derechos de Autor mediante Resolución N° 0051-2010/CDA-INDECOPI, la misma que fue confirmada por la Resolución N° 2783-2012/TPI-INDECOPI del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

No obstante lo señalado, teniendo en cuenta que la finalidad de las medidas correctivas es revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas materia de un pronunciamiento, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde adoptar las medidas necesarias a fin de evitar que se continúen produciendo actos de competencia desleal.

Por lo tanto, este Cuerpo Colegiado ordena el cese de la retransmisión de las señales exclusivas sin autorización de Multimedia por parte de TVS. En caso TVS continúe con dicha retransmisión, esta medida deberá ser cumplida por TVS 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.

Cabe indicar que 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 44° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones⁶³.

XII. Publicación de la resolución

Multimedia solicita que se ordene la publicación de la resolución sancionatoria, a costo de TVS, de conformidad con lo establecido por el artículo 33° de la Ley de Desarrollo y Facultades de OSIPTEL⁶⁴.

Al respecto, debe señalarse que el citado artículo sólo dispone la publicación de las resoluciones que impongan sanciones por infracciones graves y muy graves; por lo que tratándose de una infracción leve la calificada en el presente procedimiento, no corresponde disponer la publicación de la resolución.

⁶² Decreto Legislativo 1044

Artículo 55°.- Medidas correctivas

55.1 Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;

(...)

⁶³ El artículo 44° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones señala lo siguiente: "Artículo 44.- La empresa que incumpla con las resoluciones de un Cuerpo Colegiado o del Tribunal de Solución de Controversias en las materias contempladas en las normas referidas a la solución de controversias, 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".

⁶⁴ Este artículo de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL señala lo siguiente: "Artículo 33.- Publicación. Las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves serán publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo".

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **FUNDADA** en parte la demanda presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra T.V.S. Satelital S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, en el extremo referido a la ventaja significativa ilícita obtenida en el mercado de cable de Iquitos por la infracción a la normativa de derechos de autor; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Sancionar a T.V.S. Satelital S.A.C. con una amonestación por la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Artículo Tercero.- Disponer que T.V.S. Satelital S.A.C. cese la conducta infractora a la leal competencia, y en consecuencia, cese la retransmisión de las señales exclusivas de Telefónica Multimedia S.A.C. sin su autorización; conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Esta medida deberá ser cumplida por T.V.S. Satelital S.A.C. 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 44° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

Artículo Cuarto.- Ordenar a T.V.S. Satelital S.A.C. el pago de los costos incurridos por Telefónica Multimedia S.A.C. durante la tramitación de este procedimiento, de conformidad con lo establecido en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Quinto.- Declarar **INFUNDADO** el pedido de Telefónica Multimedia S.A.C. para que se ordene a T.V.S. Satelital S.A.C. el pago de las costas incurridas por dicha empresa durante el trámite del procedimiento administrativo; por las razones expuestas en la presente resolución.

Artículo Sexto.- Declarar **INFUNDADO** el pedido de Telefónica Multimedia S.A.C. para que se ordene la publicación de la resolución sancionatoria; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Séptimo.- Remitir la presente resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a fin de que evalúe tomar las medidas pertinentes en relación a sus competencias.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Rodolfo Castellanos Salazar, Lorena Alcázar Valdivia y Carlos Silva Cárdenas.

