



Gerencia de Relaciones Empresariales


Controversia entre el señor José Mariñas Guzmán y J & L Telecable 23 E.I.R.L. (Exp.001-2006-CCO-ST/CD)

Informe Instructivo

Informe N° 003 –2006/ST

Lima, 18 de agosto de 2006



	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 1 de 15
	INFORME	

ASUNTO	:	Informe Instructivo sobre la Controversia entre el señor José Mariñas Guzmán y J & L Telecable 23 E.I.R.L. (Exp.001-2006-CCO-ST/CD)
--------	---	--

I. OBJETIVO

El presente informe tiene como objeto presentar al Cuerpo Colegiado el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido por el señor José Mariñas Guzmán (en adelante, el señor Mariñas) contra J & L Telecable 23 E.I.R.L. (en adelante, TELECABLE 23) por supuestos actos de competencia desleal en el mercado de la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable.

II. EMPRESAS INVOLUCRADAS

Demandante

El señor Mariñas, mediante Resolución Ministerial N° 521-98-MTC/15.03, de fecha 23 de diciembre de 1998 obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable) en la ciudad de Tocache, Provincia de Tocache, Departamento de San Martín.


Demandada

TELECABLE 23 es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 694-2004-MTC/03 de fecha 16 de setiembre de 2004, obtuvo la concesión para prestar el servicio de televisión por cable en el distrito de Tocache, ciudad de Tocache, Provincia de Tocache, Departamento de San Martín.

III. ANTECEDENTES

1. Por escrito presentado el 16 de enero de 2006, precisado mediante escrito presentado el 6 de febrero de 2006¹, el señor Mariñas demandó a TELECABLE 23 por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia y actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de la prestación del servicio de televisión por cable en la ciudad de Tocache, formulando las siguientes pretensiones:
 - Se califique a TELECABLE 23 como infractor a las normas de libre y leal competencia, por “*transmitir clandestinamente y sin contar con las autorizaciones de señales de televisión de paga con equipos Directv*” las señales de los canales de televisión por cable FOX SPORTS, DISCOVERY CHANNEL, HBO, ESPN, HALLMARK, ANIMAL PLANET, y NICKELODEON, obteniendo con ello “*un considerable ahorro en contrato de señales internacionales y pagos mensuales, más los gastos*”

¹ Mediante Resolución N° 001-2006-CCO/OSIPTEL, emitida el 24 de enero de 2006, el Cuerpo Colegiado designado para conocer la presente controversia solicitó al señor Mariñas que aclare su demanda.

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 2 de 15
	INFORME	


bancarios que demandan los pagos internacionales, así como los derechos de internamiento y homologación de equipos por encontrarse prohibidos por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones”.

- Se ordene el cese de los actos denunciados.
- Se ordene el decomiso y/o la destrucción de los equipos utilizados para infringir la norma.
- Se imponga la máxima sanción correspondiente.
- Se ordene la publicación de la resolución condenatoria.

2. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 002-2006-CCO/OSIPTEL del 9 de febrero de 2006 se:

- Encausó y admitió a trámite la demanda planteada por el señor Mariñas contra TELECABLE 23 en el extremo referido a que se declare que ésta ha incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificados en el artículo 17º Texto Único Ordenado de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI (en adelante, Ley de Competencia Desleal) constituidos por:
 - (i) la supuesta transmisión de las señales de DISCOVERY CHANNEL, HBO, FOX SPORTS, ESPN, HALLMARK, ANIMAL PLANET y NICKELODEON, respecto de las cuales no tendría las autorizaciones correspondientes; y,
 - (ii) la utilización de equipos que no habrían sido homologados (equipos DIRECTV, según la denuncia) por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) para la recepción de dichas señales.
- Declaró improcedente la demanda presentada por el señor Mariñas en el extremo referido a que se sancione a TELECABLE 23 por actos contrarios a la libre competencia tipificados en el artículo 3º del Decreto Legislativo N° 701, teniendo en consideración que las conductas denunciadas no encuadraban en los supuestos de infracciones contemplados en dicha norma.
- Declaró improcedente la solicitud del señor Mariñas respecto del decomiso de los equipos no homologados utilizados por TELECABLE 23, toda vez que el Cuerpo Colegiado carece de facultades para atender tal pedido.
- Ordenó la realización de inspecciones a abonados de los servicios de cable que presta TELECABLE 23, y en el local de dicha empresa, a fin de verificar la realización de los actos de competencia desleal materia de la demanda.

3. Mediante escrito presentado el 7 de marzo de 2006, complementado mediante escrito del 22 de marzo de 2006, TELECABLE 23 contestó la demanda interpuesta por el señor Mariñas.

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 3 de 15
	INFORME	

IV. DEMANDA: POSICIONES DE LAS PARTES SOBRE LA DEMANDA

Posición del señor Mariñas:

El señor Mariñas ha señalado lo siguiente en su demanda:

1. Respecto de los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas a los derechos de autor, indicó que los canales transmitidos por TELECABLE 23 sin contar con los contratos y autorizaciones correspondientes serían DISCOVERY CHANNEL, HBO, FOX SPORTS, ESPN, HALLMARK, ANIMAL PLANET y NICKELODEON, entre otros.
2. Respecto de los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por no contar con equipos con el certificado de homologación correspondiente, indicó que las señales de los canales señaladas anteriormente, eran transmitidas mediante el uso de equipos no homologados (equipos DIRECTV).
3. Con relación a la ventaja significativa que habría sido obtenida por TELECABLE 23 mediante la infracción a las normas sobre los derechos de autor y a la homologación de equipos debía considerarse: (a) el ahorro del costo correspondiente a los pagos de las señales internacionales, y (b) el ahorro del costo correspondiente a los pagos por internamiento y homologación de equipos.

Posición de TELECABLE 23


TELECABLE 23 ha señalado lo siguiente en su contestación:

1. De manera eventual y esporádica ha venido transmitiendo, a modo de prueba, algunas señales de canales de televisión por cable respecto de las cuales no cuenta con la autorización correspondiente para su recepción y transmisión, con la finalidad de que sus usuarios puedan conocer la programación que tienen dichos canales (sin especificar que canales serían), para luego en función de la respuesta dada por sus clientes, proceder a contratar las referidas señales.
2. No ha obtenido ventaja significativa alguna por la transmisión de las señales respecto de las cuales no cuenta con autorización para su recepción y transmisión, puesto que en la tarifa cobrada a sus clientes no se ha incluido el equivalente a la transmisión de dichas señales.

V. DILIGENCIAS REALIZADAS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA DEL CUERPO COLEGIADO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

Inspecciones solicitadas a la Gerencia de Fiscalización

- En cumplimiento de lo dispuesto mediante Resolución N°002-2006-CCO/OSIPTEL y en atención a lo solicitado por la Secretaría Técnica, con fecha 22 de febrero de 2006, la Gerencia de Fiscalización realizó acciones de

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 4 de 15
	INFORME	

supervisión en el establecimiento desde el cual opera TELECABLE 23 y en el domicilio de un abonado del servicio de cable que ésta presta, a fin de comprobar los hechos materia de la demanda formulada por el señor Mariñas.

Información solicitada a INDECOPI

- El 17 de abril de 2006, la Secretaría Técnica solicitó a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando dicha entidad en materia de leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos con ocasión de los hechos materia de la presente controversia, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 70° del Reglamento de Controversias. Con fecha 9 de mayo de 2006, la referida Comisión remitió el Informe N° 020-2006/CCD, absolviendo el pedido formulado.
- El 17 de abril de 2006, la Secretaría Técnica solicitó a la Oficina de Derechos de Autor (ODA) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, informe sobre las posibles infracciones a los derechos de autor denunciadas en la presente controversia. A la fecha, dicho pedido de opinión no ha sido contestado.

Información solicitada al MTC


- El 17 de abril de 2006, la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del MTC, informe sobre las posibles infracciones a las normas de telecomunicaciones y homologación de equipos denunciadas en la presente controversia. A la fecha, dicho pedido de opinión no ha sido contestado.

VI. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

6.1. Conducta denunciada

En atención a lo demandado por el señor Mariñas y a la Resolución N° 002-2006-CCO/OSIPTEL que admitió en parte la demanda, la Secretaría Técnica considera que el objeto de la presente controversia es determinar:

- (i) Si TELECABLE 23 habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, mediante la difusión de señales de canales de televisión por cable vulnerando las normas sobre derechos de autor al no contar con las autorizaciones o licencias para ello y obteniendo una ventaja competitiva significativa respecto de sus competidores.
- (ii) Si TELECABLE 23 habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, mediante la utilización de equipos no homologados para la transmisión de canales de cable a sus

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 5 de 15
	INFORME	

abonados, vulnerando la Ley de Telecomunicaciones, y obteniendo una ventaja competitiva significativa respecto de sus competidores.

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

6.2.1 La definición de la práctica

El artículo 17° de la Ley de Competencia Desleal establece que constituye un acto de competencia desleal por violación de normas el valerse de una ventaja competitiva ilícita y significativa lograda a través de la infracción de una norma². Conforme a ello, para que se configure la infracción citada deben presentarse los siguientes requisitos concurrentes:

- (i) que se infrinja una norma legal, cualquiera sea su rango;
- (ii) que dicha infracción genere una ventaja significativa para el infractor; y,
- (iii) que el infractor se valga de tal ventaja en el mercado

Al respecto, corresponde indicar que tal como lo ha señalado la doctrina, para que la violación de normas por parte de un competidor pueda ser calificada de desleal, es necesario que dicha violación genere al infractor una ventaja competitiva en relación con los demás competidores que concurren en el mercado cumpliendo con la norma vulnerada, reflejada en la disminución de los costos de producción o distribución del infractor. Así, la referida ventaja tiene que ser significativa, debiendo el infractor obtener un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela³.

6.2.2 La determinación de la existencia de infracciones en los Lineamientos de OSIPTEL


Los Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones⁴ (en adelante, los Lineamientos), han previsto que para determinar si se ha producido la infracción de una norma, OSIPTEL constatará la infracción directamente, a través de la Gerencia de Fiscalización, cuando le corresponda controlar su cumplimiento, de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el

² **LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEY 26122:**
Artículo 17.- Violación de normas. Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

³ Según la opinión de KRESALJA, "(...) no toda violación de normas por parte del competidor puede ser calificada de desleal; en primer término, la violación ha de reportar una "ventaja competitiva" en relación con los restantes operadores en el mercado que cumplan con la norma violada -representada en una disminución en los costos de producción o distribución de los productos o servicios de que se trate-, o también el acceso privilegiado a un determinado mercado. En segundo lugar, la ventaja mencionada ha de ser "significativa", tal como dice textualmente la ley, pues sólo de esa manera el infractor obtendrá un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela. Y, finalmente, el infractor tiene que valerse, es decir, hacer efectiva en el mercado esa ventaja competitiva, más allá de si ello le produce o no una "ganancia" (aunque algunos dicen que "siempre" la obtiene)."

KRESALJA, Baldo. "Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal". En: Derecho, Revista editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 47, 1993, pg 59.

⁴ Aprobados mediante Resolución N° 075-2002-CD/OSIPTEL, publicada con fecha 12 de diciembre de 2002.

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 6 de 15
	INFORME	

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

De acuerdo con el criterio establecido por los Lineamientos, los Cuerpo Colegiados deberán evaluar en cada caso si efectivamente los hechos materia de denuncia pueden o no constituir una violación al marco legal vigente. Cabe señalar que dicho criterio es también acogido por INDECOPI sobre la base de su experiencia en la aplicación del artículo 17° de la Ley de Competencia Desleal en mercados distintos a los de servicios públicos de telecomunicaciones, tal como consta en sus Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial.

De otro lado, de acuerdo con lo establecido en el numeral 114^o de los Lineamientos de Apertura de Mercado de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC del 5 de agosto de 1998⁵, los Lineamientos que OSIPTEL puede dictar en materia de libre y leal competencia, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino que son referenciales, y resumen los principios de aplicación general que viene empleando OSIPTEL en materia de solución de controversias entre empresas.

En tal sentido, los Cuerpos Colegiados se encuentran facultados para resolver las controversias que conozcan, apartándose de los criterios establecidos en los Lineamientos, para lo cual deberán expresar las razones por las cuales se apartan de los referidos criterios.

6.2.3 La necesidad y justificación de variar el criterio establecido en los Lineamientos de OSIPTEL para la determinación de la existencia de infracciones


Mediante Resolución N° 0493-2004/TDC-INDECOPI de fecha 22 de setiembre de 2004, INDECOPI emitió un precedente de observancia obligatoria que modificó el criterio descrito en el acápite 7.2.2, estableciendo que *“la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas requiere una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada”*. INDECOPI sustentó este nuevo criterio sobre la base de los principios de legalidad de la potestad sancionadora y de la estabilidad de la competencia, conforme a los cuales es la autoridad legalmente competente quien deberá determinar de manera previa la existencia de una infracción del marco legal sujeto a supervisión⁶.

Dicho criterio ha sido considerado adecuado por un importante sector de la doctrina. Así tenemos que Kresalja señala que el referido nuevo criterio guarda lógica pues

⁵ **LINEAMIENTOS DE POLÍTICAS DE APERTURA DEL MERCADO DE TELECOMUNICACIONES:**

114. OSIPTEL puede dictar lineamientos que resuman los principios de aplicación general que viene aplicando o aplicará en el futuro. Los lineamientos, a diferencia de los precedentes, no tienen carácter vinculante u obligatorio, sino son simplemente referenciales.

⁶ Dicho precedente ha sido modificado mediante Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI de fecha 18 de mayo de 2005 en lo concerniente a la definición de competencia prohibida.

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 7 de 15
	INFORME	

INDECOPI “*no puede ni debe inmiscuirse en cada sector de los negocios para saber si se cumple o no con la normativa aplicable.*”⁷

En el presente caso, la Secretaría Técnica considera que teniendo en cuenta este cambio de criterio de INDECOPI, la opinión de un importante sector de la doctrina y la experiencia de los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL en la tramitación de las controversias sobre actos de violación de normas, debe evaluarse la conveniencia de variar el criterio establecido en los Lineamientos de OSIPTEL para la determinación de existencia de infracciones en las controversias sobre dichos actos de violación de normas.

En tal sentido, debe indicarse que en los casos de actos de violación de normas en los mercados de telecomunicaciones, o en otros mercados que se encuentran fuera del ámbito de las competencias de los Cuerpos Colegiados, se requiere -por lo general- de una verificación casi siempre de carácter técnico sobre la existencia de los hechos denunciados y, adicionalmente, un análisis jurídico respecto de si tales hechos constituyen infracciones al marco legal vigente.

Si bien es cierto que OSIPTEL puede solicitar la opinión del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda sobre si en abstracto y de manera general hechos como los son materia de denuncia constituyen infracciones, es cierto también que no siempre, el organismo competente absuelve los pedidos formulados por OSIPTEL, lo cual ocasiona que los Cuerpos Colegiados, para poder cumplir con los plazos establecidos en el Reglamento de Controversias, deben resolver la controversia sin contar con la opinión técnica del organismo competente⁸.


Lo señalado anteriormente ha llevado a que en determinados casos, la Secretaría Técnica y los Cuerpos Colegiados, hayan tenido que analizar y evaluar las normas sectoriales a efectos de determinar si en los casos planteados existían infracciones al marco sectorial vigente, para poder así determinar luego si ello generaba una ventaja significativa para el infractor⁹.

⁷ No obstante, el autor señala ciertos reparos a la eficiencia de las autoridades encargadas de supervisar las normas sectoriales. Al respecto ver: Kresalja Roselló, 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: Thémis, Revista de Derecho, Edición N° 50, 2005.

⁸ Incluso en el presente caso, la ODA de INDECOPI no ha emitido la opinión solicitada por la Secretaría Técnica.

⁹ Sobre el particular, en la Controversia tramitada bajo Expediente N° 005-2005-CCO/CD (Controversia entre las empresas Corporación Peruana de Imagen Satelital S.R.L. y Producciones Cable Mar S.A.C.), la Secretaría Técnica emitió el Informe Instructivo (Informe N° 007-ST/2005) sin contar para ello con un pronunciamiento del MTC, en relación con las presuntas infracciones a la Ley de Telecomunicaciones cometidas por Cable Mar S.A.C..

De otro lado, en la Controversia tramitada bajo Expediente N° 009-2005-CCO/CD, (Controversia entre las empresas CABLE VISIÓN y TELEVISIÓN SATELITAL) la Secretaría Técnica emitió el Informe Instructivo (Informe N° 009-ST/2005) sin contar para ello con los pronunciamientos de la Oficina de Derechos de Autor y de la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI, ni con el pronunciamiento del MTC, en relación con las presuntas infracciones a Ley sobre el Derecho de Autor, y a la Ley de Telecomunicaciones cometidas por TELEVISIÓN SATELITAL

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 8 de 15
	INFORME	

Si bien hasta el momento los Cuerpos Colegiados han determinado la existencia de infracciones a normas sectoriales sobre la base de un análisis complejo¹⁰; no escapa a esta Secretaría Técnica que, en aplicación del criterio establecido por los Lineamientos, los Cuerpos Colegiados podrían verse en la necesidad de tener que determinar en una controversia la existencia de infracciones incluso más complejas, como son por ejemplo las infracciones a las normas tributarias¹¹, en las cuales la intervención de la entidad encargada de supervisar el cumplimiento de dichas normas resulta decisiva.

En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera que lo más conveniente, a efectos de determinar con certeza la existencia de infracciones en los casos en que las normas infringidas no son supervisadas por los Cuerpos Colegiados, es que dicha determinación sea realizada para el caso concreto de manera firme y previa por la autoridad competente y especializada en la verificación del cumplimiento de las normas. Ello, puesto que dichas autoridades son las que cuentan con todas las atribuciones legales y herramientas técnicas y conceptuales para efectuar la referida verificación, las cuales se derivan de la potestad sancionadora con que cuentan y/o en virtud de los principios de legalidad y competencia¹².

Es necesario establecer un único criterio para la tramitación de todos los casos de actos de competencia desleal por violación de normas, sin hacer diferencias entre los casos que implican mayor o menor nivel de complejidad en la calificación de infracciones. Ello, considerando que, como se ha señalado anteriormente, los casos sometidos a conocimiento de los Cuerpos Colegiado por actos de violación de

¹⁰ Sobre el particular, a manera de ejemplo, para determinar la existencia de los actos de violación a las normas sobre el derecho de autor, la Secretaría Técnica y el Cuerpo Colegiado ha requerido y evaluado la siguiente información:

- Documentación donde conste la programación de la demandada (como por ejemplo revista de programación, volantes publicitarios entregados a los usuarios, etc).
- Copia legible de los contratos celebrados y debidamente suscritos para la difusión de las señales de materia de la demanda.
- Montos mensuales de los pagos a los titulares de las señales internacionales por los canales que transmite.
- Número de abonados con que cuenta actualmente la demandada.
- Facturación mensual promedio por los servicios de cable que presta en la zona de concesión.
- Detalle de los costos fijos y variables para la prestación del servicio, considerando, entre otros, programación, alquiler de infraestructura, mantenimiento de las conexiones, servicio de atención al cliente y facturación en la zona de concesión.

¹¹ En dichos casos la definición de la existencia de la infracción debe hacerse en función de normas cuya aplicación exige un alto nivel de especialización en temas tributarios, contables y financieros puesto que su determinación implica de manera general: (i) evaluación de la declaración jurada presentada por la empresa a la administración tributaria; (ii) determinación de si el impuesto retenido y abonado a la administración es el que efectivamente corresponde, considerando la posible existencia de deudas pasadas o acumuladas, refinanciadas o fraccionadas o solicitudes por consolidación de deudas; (iii) de ser el caso, podrían determinarse atrasos o inexactitudes de la información presentadas, pudiéndose emitir resoluciones de multa.

¹² **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL:**


Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad. (...)

Artículo 231.- Estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 9 de 15
	INFORME	

normas en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones involucran no sólo la mera verificación de hechos, sino la calificación de tales hechos como infracciones, actividades que deben ser efectuadas por aquella entidad encargada de la supervisión de la norma infringida y que además cuenta con la especialización necesaria para pronunciarse sobre tales casos.

De otro lado, la importancia de contar con un pronunciamiento firme y previo respecto de la existencia de la infracción que habría generado la ventaja significativa, surge también por la necesidad de evitar la generación de fallos contradictorios dentro del sistema legal, con los consiguientes perjuicios a la seguridad jurídica que ello ocasionaría¹³.

Finalmente, debe mencionarse que a nivel de doctrina se han formulado reparos a este requerimiento de pronunciamiento firme y previo por cuestionamientos a la celeridad o eficiencia de las autoridades encargadas de determinar si ha existido una vulneración a una norma sectorial. Al respecto, debe recordarse que en virtud de las facultades de OSIPTEL para supervisar la leal competencia, éste no puede introducirse en cada sector de la economía para fiscalizar si se cumple o no con la normativa sectorial respectiva¹⁴. En este sentido, debe quedar muy claro que OSIPTEL sólo puede sancionar si como resultado de una infracción comprobada se ha generado una ventaja significativa para el infractor, por ello este tipo de críticas no restan validez a la coherencia lógica y sistemática de la nueva regla propuesta en el presente Informe.

En tal sentido, la Secretaría Técnica considera que debería aplicarse un nuevo criterio conforme al cual en los casos en que las normas infringidas no son supervisadas por los Cuerpos Colegiados, lo más conveniente es que éstos sólo se avoquen al conocimiento de controversias sobre actos de violación de normas una vez que exista un pronunciamiento previo y firme de la autoridad competente emitida dentro del procedimiento administrativo en el cual el supuesto infractor haya tenido todos los medios de defensa y garantías procesales a su alcance¹⁵.


En consecuencia, de acuerdo con lo señalado previamente, a criterio de esta Secretaría Técnica, para la verificación de la existencia de infracciones con ocasión de la tramitación de una controversia por actos de competencia desleal en la

¹³ Sobre el particular, en aplicación del criterio seguido por los Lineamientos, sería posible que un Cuerpo Colegiado determine la existencia de una infracción a una norma y a partir de ello concluya que existe también una ventaja competitiva significativa obtenida por el infractor y que – finalmente - se haya impuesto una multa a éste por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

Sin embargo, es posible que la entidad encargada de la supervisión de la norma, luego de resuelto el caso ante el OSIPTEL, determine que tal infracción nunca existió. En tal sentido, el fallo del Cuerpo Colegiado a pesar de no sancionar la infracción de la norma, sino la ventaja significativa obtenida a partir de dicha infracción, habría impuesto una multa por actos de violación de normas sobre una infracción inexistente.

¹⁴ Al respecto ver: Kresalja Roselló, 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: Thémis, Revista de Derecho, Edición N° 50, 2005.

¹⁵ Sobre el particular, los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de la autoridad que supervisa el cumplimiento de la norma infringida otorgan todas las garantías y medios impugnatorios para que el denunciado ejerza su derecho de defensa y de esta manera resulte posible determinar con certeza la verdad material de los casos sometidos a su consideración.

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 10 de 15
	INFORME	

modalidad de violación de normas, en los casos de infracciones a normas cuya supervisión de cumplimiento se encuentra a cargo de otros organismos distintos a OSIPTEL se requerirá de un pronunciamiento previo y firme del órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda¹⁶. En tal sentido, debe entenderse por pronunciamiento firme aquel que agote las instancias administrativas.

A continuación, se procede a aplicar este nuevo criterio al análisis del caso concreto.

6.2.4 La existencia de infracciones a normas legales en la presente controversia

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

El artículo 37° de la Ley sobre el Derecho de Autor - Decreto Legislativo N° 822, establece que es ilícita toda reproducción, comunicación, distribución, o cualquier otra modalidad de explotación de la obra, en forma total o parcial, que se realice sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor¹⁷.

Adicionalmente, el artículo 183° de dicha ley, señala que la vulneración de cualquiera de las disposiciones establecidas en la misma se configura como una infracción a la legislación que protege los derechos de autor¹⁸.

En aplicación de los referidos artículos, la transmisión de señales de canales de televisión por cable, sin contar con la autorización correspondiente por parte de sus titulares, configuraría una violación a la Ley sobre el Derecho de Autor.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 168° de la Ley sobre el Derecho de Autor, la ODA del INDECOP, es la autoridad nacional competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos.

De acuerdo con los criterios establecidos en el acápite precedente, al ser la determinación de las infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor de competencia exclusiva de la ODA, se requerirá de un pronunciamiento previo y firme de dicho órgano, para que pueda procederse con el análisis de la ventaja ilícita obtenida por el infractor, a fin de evaluar la existencia de actos de competencia desleal.


¹⁶ En la misma línea se ha pronunciado el precedente de observancia obligatorio contenido en la Resolución N° 0493-2004/TDC (si bien es cierto, este fue posteriormente modificado parcialmente). Asimismo, Baldo Kresalja Roselló coincide con este criterio. Al respecto ver: Kresalja Roselló, Baldo. Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitirte a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas), en: Thémis, Revista de Derecho, Edición N° 50, 2005.

¹⁷ **LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR:**

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

¹⁸ **LEY SOBRE EL DERECHO DE AUTOR:**

Artículo 183°.- Se considera infracción la vulneración de cualquiera de las disposiciones contenidas en la presente ley.

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 11 de 15
	INFORME	

En tal sentido, para efectuar el análisis correspondiente a la ventaja ilícita supuestamente obtenida por TELECABLE 23, se requeriría un pronunciamiento previo y firme de la ODA, respecto de si la transmisión por parte de la demandada de señales de canales de televisión por cable constituyen infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor¹⁹.

Por tanto, esta Secretaría Técnica considera que en aplicación de este nuevo criterio que sometemos a consideración del Cuerpo Colegiado, la pretensión del señor Mariñas para que se sancione a TELECABLE 23 por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas sobre derecho de autor por emitir las señales de canales de cable sin contar con la autorización correspondiente de los titulares de las señales, debe ser declarada improcedente por el Cuerpo Colegiado.

Finalmente, esta Secretaría Técnica estima conveniente recomendar al Cuerpo Colegiado que disponga la remisión de los actuados en el presente expediente a la ODA, para que evalúe las presuntas infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor denunciadas por las partes²⁰.

Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, debe indicarse que incluso de aplicarse el criterio consistente en que no se requiere un pronunciamiento previo y definitivo de la ODA para la determinación de la existencia de infracciones, en el presente caso, tampoco se verificaría la existencia de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas a los derechos de autor, toda vez que no se habría acreditado una ventaja significativa a favor de la denunciante como resultado de una posible infracción.


En efecto, de acuerdo a la Acción de Supervisión realizada por la Gerencia de Fiscalización, únicamente se habría acreditado que la denunciada estaría transmitiendo las señales de los canales ESPN y DISCOVERY CHANNEL dentro de su grilla de programación que incluye 35 canales. La denunciada ha expresado que no cuenta con la autorización correspondiente para su recepción y transmisión pues las incluye de manera eventual y esporádica, a modo de prueba, con la finalidad de que sus usuarios puedan conocer la programación que tienen dichos canales.

En tal sentido, la inclusión de dichas dos señales de canales de televisión por cable sin contar con las autorizaciones correspondientes, dentro de una grilla de programación que incluye 35 señales, no resulta suficiente evidencia para afirmar que ello habría generado una ventaja significativa a favor de TELECABLE 23.

6.2.4.2 Las infracciones a la Ley de Telecomunicaciones y la homologación de equipos

¹⁹ En el caso señales serían: DISCOVERY CHANNEL, HBO, FOX SPORTS, ESPN, HALLMARK, ANIMAL PLANET y NICKELODEON.

²⁰ Cabe señalar que en el Informe correspondiente a la supervisión se concluye que TELECABLE 23 transmite en su programación las señales de ESPN y DISCOVERY CHANNEL.

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 12 de 15
	INFORME	

El numeral 1 del artículo 88º de la Ley de Telecomunicaciones - Decreto Supremo N° 013-93-TCC, establece que constituye una falta grave la instalación de equipos o terminales no homologados por el MTC²¹.

De acuerdo con lo anterior, las empresas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones -como es el caso del servicio de distribución de radiodifusión por cable- que utilicen equipos no homologados para la recepción de señales y transmisión de señales a sus usuarios, vulneran lo dispuesto por la Ley de Telecomunicaciones.

Sobre el particular, el Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones – Aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-2006-MTC²², establece el régimen general para la homologación de equipos y aparatos de telecomunicaciones. Al respecto, el referido Reglamento indica los casos en los cuales no se requiere la homologación de los equipos para la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

Al respecto, tal como ha señalado por el MTC mediante Oficios N° 292-2006-MTC/18 y 367-2006-MTC/18, que obran en los Expediente N° 013-2005-CCO-ST/CD²³ y 002-2006-CCO-ST/CD²⁴, respectivamente, en el artículo 5º, numeral 5.4 del referido reglamento se establece que las antenas o equipos receptores de radiocomunicación se encuentran dentro del supuesto de exclusión de homologación, y por tanto la homologación de dichos equipos no es exigible²⁵.

Considerando que los equipos de DIRECTV, al ser equipos pasivos de recepción de señal de satélite, se encuentran dentro de la referida regla de exclusión, la utilización de dichos equipos para descargar las señales de los canales de cable, no constituye

²¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES:**

Artículo 88.- Constituyen infracciones graves: 1. La instalación de terminales o equipos que no disponen del correspondiente certificado de homologación.
(...)

²² El Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones entró en vigencia el día 22 de enero de 2006.

²³ Controversia entre Televisora TLS Chepén S.A.C. y la señora Enélida Cabanillas Alayo de González


²⁴ Controversia entre las empresas Cable Visión S.R.L. y Televisión Satelital E.I.R.L.

²⁵ Dicha conclusión ha sido expuesta por el MTC en otras controversias. Así tenemos que en el Oficio N° 292-2006-MTC/18, el MTC señala lo siguiente:

"(...) los equipos de recepción de DIRECTV (receptor-decodificador y antena receptora) no requieren de homologación por no encontrarse dentro de los supuestos de la norma acotada. Asimismo, con respecto a equipos como antenas y/o tarjetas de DIRECTV (entiéndase tarjetas decodificadoras) dichos equipos se encuentran expresamente excluidos de la obligación de homologación conforme a lo previsto en el artículo 5º numeral 5.4 del Reglamento."

De otro lado, el Oficio N° 367-2006-MTC/18, el MTC señala lo siguiente:

"(...) la utilización de los mencionados equipos DIRECTV no constituyen infracción administrativa, ya que se trata de equipos que no requieren ser homologados, de conformidad con el Reglamento Específico de Homologación recientemente aprobado."

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 13 de 15
	INFORME	

infracción a la Ley de Telecomunicaciones o al Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones.

En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera que la pretensión del señor Mariñas para que se sancione a TELECABLE 23 por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas sobre instalación y uso de equipos de DIRECTV que no cuentan con el respectivo certificado de homologación debe ser declarada improcedente por el Cuerpo Colegiado²⁶.

VII. CONCLUSIONES

- La Secretaría Técnica considera que, teniendo en cuenta el cambio de criterio de INDECOPI, la opinión de un importante sector de la doctrina y la experiencia de los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL en la tramitación de las controversias sobre actos de violación de normas, debe evaluarse la conveniencia de establecer un nuevo criterio conforme al cual para determinar con certeza la existencia de infracciones en los casos en que las normas infringidas no son supervisadas por los Cuerpos Colegiados, debe existir un pronunciamiento firme y previo de la autoridad competente y especializada en la verificación del cumplimiento de las normas. En tal sentido, debe entenderse por pronunciamiento firme aquel que agote las instancias administrativas.

Luego de ello, OSIPTEL deberá analizar la ventaja “ilícita” que obtuvo el infractor de las normas, a fin de determinar la comisión de actos de competencia desleal.


- Al ser la determinación de las infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor, denunciadas por el señor Mariñas, de competencia exclusiva de la ODA del INDECOPI, se requeriría de un pronunciamiento previo y firme de dicho órgano, para que los Cuerpos Colegiados de OSIPTEL puedan proceder con el análisis de la ventaja ilícita obtenida por el infractor, a fin de evaluar la existencia de actos de competencia desleal.

En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera que la pretensión del señor Mariñas para que se sancione a TELECABLE 23 por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas sobre derecho de autor por emitir las señales de canales de televisión por cable, sin contar con la autorización correspondiente de los titulares de las señales debe ser declarada improcedente por el Cuerpo Colegiado.

Finalmente, se recomienda al Cuerpo Colegiado la remisión de los actuados en el presente expediente a la ODA de INDECOPI, para que evalúe las presuntas infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor denunciadas por las partes.

- Considerando que los equipos de DIRECTV, al ser equipos pasivos de recepción de señal de satélite, se encuentran dentro de la regla de exclusión del Reglamento

²⁶ Cabe indicar que en el Informe correspondiente a la supervisión en TELECABLE 23 se dejó constancia de que no se pudo verificar cuales eran los equipos utilizados por la demandada para la recepción y transmisión de las señales denunciadas.

	DOCUMENTO	Informe N° 003 –2006/ST Página 14 de 15
	INFORME	

Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones, la utilización de dichos equipos por parte de TELECABLE 23 para descargar las señales de los canales de televisión por cable, no constituiría infracción a la Ley de Telecomunicaciones o a dicho Reglamento.

En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera que la pretensión del señor Mariñas para que se sancione a TELECABLE 23 por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas sobre instalación y uso de equipos de DIRECTV que no cuentan con el respectivo certificado de homologación debe ser declarada improcedente por el Cuerpo Colegiado.

ANA ROSA MARTINELLI
Secretaria Técnica