Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados

Procedimiento sancionador iniciado de oficio contra Ángel Enrique Balbín Huamán (Expediente N° 015-2021-CCP-ST/CD)

Lima, 5 de agosto de 2021

osiptel
EL REGULADOR DE LAS TELECOMUNICACIONES

BICENTENARIO PERÚ 2021

CONTENIDO

I. OBJETO ____ **3**

II. ANTECEDENTES ____ **3**

III. POSICIÓN DEL AGENTE ECONÓMICO ____ **5**

IV. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS ____ **7**

V. ANÁLISIS DE LOS HECHOS OBJETO DE IMPUTACIÓN ____ **8**

V.1 Los actos de violación de normas ____ **8**

V.2 Análisis del caso en concreto ____ **10**

(i) El carácter imperativo de la norma infringida ____ **10**

(ii) La decisión previa y firme de la autoridad competente ____ **11**

(iii) La existencia de una ventaja significativa ilícita ____ **13**

VI. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN ____ **14**

VI.1 Marco Legal ____ **15**

VI.2 Evaluación de los criterios de graduación y gravedad de la infracción ____ **16**

VI.3 Determinación de la multa ____ **21**

VI.4 Máximo legal y capacidad financiera ____ **23**

VII CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN ____ **24**

BICENTENARIO PERÚ 2021

OSIPTEL STCCO Z. MATOS

I. OBJETO

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 76° del Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTEL y sus modificatorias[1] (en adelante, el Reglamento de Solución de Controversias), luego de culminada la instrucción del procedimiento, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, la STCCO) presenta un informe instructivo, a través del cual emite opinión sobre la existencia o no de la infracción imputada, recomendando, de ser el caso, la imposición de sanciones[2].

2. En este sentido, el presente Informe Instructivo tiene por objeto evaluar si el señor Ángel Enrique Balbín Huamán (en adelante, el señor Balbín) cometió actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto tipificado en el artículo 14.1 y en el literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, la LRCD), y, de ser el caso, recomendar la imposición de las sanciones respectivas.

II. ANTECEDENTES

3. Mediante Resolución Nº 00015-2021-STCCO/OSIPTEL, de fecha 12 de marzo de 2021, la STCCO resolvió iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra del señor Balbín por la presunta comisión de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto tipificado en el artículo 14.1 y en el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD, al haber infringido el literal a) del artículo 140° de la Ley sobre Derecho de Autor – Decreto Legislativo N° 822 (en adelante, Ley de Derecho de Autor), por efectuar retransmisiones sin autorización de diecisiete (17) emisiones de organismos de radiodifusión desde el 28 de setiembre de 2015 hasta el 26 de octubre de 2015, obteniendo para sí una ventaja significativa ilícita en el mercado del servicio de distribución de radiodifusión por cable (televisión de paga).

4. La STCCO, con fecha 17 de marzo de 2021, a través de la Carta N° 133-STCCO/2021, cumplió con notificar al señor Balbín la Resolución Nº 00015-2021-STCCO/OSIPTEL.

5. Con fecha 6 de abril de 2021, el señor Balbín presentó sus descargos a la imputación formulada en su contra por la presunta comisión de actos de

---

[1] Aprobadas por Resoluciones de Consejo Directivo N° 122-2016-CD/OSIPTEL, N° 038-2017-CD/OSIPTEL y N° 125-2018-CD/OSIPTEL.

[2] **Reglamento de Solución de Controversias**
"Artículo 76.- Informe Instructivo. -
Dentro de los diez (10) días de vencido el plazo de la etapa de investigación, la Secretaría Técnica emitirá el informe instructivo*, emitiendo opinión sobre los extremos de la denuncia, y recomendando la imposición de las sanciones a que hubiere lugar. Este plazo podrá ser prorrogado por el Cuerpo Colegiado de forma motivada, a solicitud de la Secretaría Técnica".*

BICENTENARIO PERÚ 2021

competencia desleal en el mercado de televisión de paga, así como fijó su domicilio procesal a efectos del presente procedimiento.

En el mencionado escrito el señor Balbín, adicionalmente, manifestó lo siguiente: (i) es nula la Resolución Nº 00015-2021-STCCO/OSIPTEL pues en la parte considerativa de dicho documento se menciona a Cable Plus que no es parte del procedimiento; y, (ii) la Resolución N° 1401-2017/TPI-INDECOPI de la Sala Especializada en la Propiedad Intelectual del INDECOPI (en adelante, la Sala de Propiedad Intelectual) no es firme pues se ha interpuesto una demanda de amparo ante el Noveno Juzgado Constitucional contra las resoluciones judiciales que confirmaron la resolución de la referida Sala, tramitado bajo Expediente N° 04453-2019-0-1801-JR-DC-09.

6. Mediante Carta N° 195-STCCO/2021, remitida el día 13 de abril de 2021 al señor Balbín, la STCCO requirió la remisión de los documentos actuados en el proceso constitucional de amparo tramitado bajo Expediente N° 04453-2019-0-1801-JR-DC-09.

7. Con fecha 20 de abril de 2021, la STCCO recibió un escrito presentado por el señor Balbín en el cual adjuntó la Resolución N° 01 del Noveno Juzgado Constitucional del 15 de octubre de 2019, que declaró improcedente su demanda de amparo y la Resolución N° 02 del mismo juzgado, de fecha 5 de noviembre de 2020, que concede la apelación interpuesta a la mencionada Resolución N° 01.

8. A través de la Resolución N° 034-2021-CCP/OSIPTEL, de fecha 7 de mayo de 2021, el Cuerpo Colegiado Permanente (en adelante, el CCP) dispuso: (i) desestimar la nulidad planteada por el señor Balbín pues la mención a Cable Plus solo fue un error material que no afecta de manera sustancial el contenido ni los efectos del acto administrativo recurrido; y, (ii) rechazar la solicitud de archivo del procedimiento, por considerar que la naturaleza del proceso de amparo en trámite no determina el cese de los efectos de la decisión judicial de segunda instancia, que confirmó la Resolución N° 1401-2017/TPI-INDECOPI de la Sala de Propiedad Intelectual en sede contencioso administrativa.

9. Con fecha 17 de mayo de 2021, el señor Balbín interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución N° 034-2021-CCP/OSIPTEL, argumentando que la misma no se ha resuelto conforme a ley, ni se encuentra motivada, así como contiene errores de hecho y de derecho, lo cual afecta al debido proceso y le causa agravio.

10. Por Resolución N° 032-2021-STCCO/OSIPTEL, la STCCO dio inicio de la Etapa de Investigación del presente procedimiento, por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días calendario. Dicha resolución fue debidamente notificada al señor Balbín mediante Carta N° 0237-STCCO/2021 con fecha 18 de mayo de 2021.

11. Por medio de la Carta N° 238-STCCO/2021, remitida al señor Balbín el día 18 de mayo de 2021, la STCCO formuló un requerimiento de información al imputado, solicitando diversa información comercial y financiera de la misma.

BICENTENARIO PERÚ 2021

12. A través de la Carta Nº 234-STCOO/2021, de fecha 14 de mayo de 2021, la STCCO solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que ha aplicado el INDECOPI para la generalidad de los mercados, respecto a las infracciones previstas en el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD. El 25 de mayo de 2021, mediante Oficio N° 041-2021/CCD-INDECOPI, la referida Secretaría remitió el informe solicitado.

13. Respecto del recurso de apelación interpuesto por el señor Balbín contra la Resolución N° Resolución N° 034-2021-CCP/OSIPTEL, el CCP emitió la Resolución N° 041-2021-CCP/OSIPTEL de fecha 20 de mayo de 2021, a través de la cual declaró improcedente el recurso, toda vez que la resolución recurrida se encuentra debidamente motivada y no constituye un acto definitivo que pone fin a la instancia, sino un acto de trámite que no determina la imposibilidad de continuar con el procedimiento y no ha producido estado de indefensión alguno al señor Balbín.

14. Con fecha 25 de mayo de 2021, el señor Balbín presentó la información requerida mediante Carta N°238-STCCO/2021. Cabe indicar que, mediante dicho escrito el señor Balbín, entre otros aspectos, indicó que el servicio que brindaba era el de televisión por cable en modalidad alámbrica, indicando el área de operación a nivel de región, departamento y distrito, así como la cantidad de abonados por distrito durante el periodo comprendido entre el mes de abril de 2015 hasta junio de 2016[3].

15. Mediante Carta Nº 304-STCCO/2021 notificada con fecha 30 de julio de 2021, la STCCO reiteró al señor Balbín la solicitud de remisión de determinada información financiera, específicamente, el total de ingresos brutos y netos relativos a todas las actividades económicas durante el 2019 y 2020, a fin de contar con mayores elementos para resolver la presente controversia.

16. Por escrito recibido con fecha 4 de agosto de 2021, el señor Balbín presentó su ficha RUC, en el cual se consigna como contribuyente en estado de baja definitiva, indicando que no ha realizado actividades económicas durante los años 2019 y 2020, por lo que no cuenta con la información requerida por Carta Nº 304-STCCO/2021.

III. POSICIÓN DEL AGENTE ECONÓMICO

17. Como se indicó previamente, con fecha 6 de abril de 2021, el señor Balbín presentó su escrito de descargos, a través del cual desarrolló los siguientes argumentos:

---

[3] Asimismo, el referido señor adjuntó copias de los siguientes documentos: (i) Copia de la liquidación anual para el pago de la tasa por la explotación comercial de servicios públicos de telecomunicaciones correspondiente a los años 2019 y 2020 (ii) Ingresos correspondientes al segundo, tercer y cuarto trimestre del año 2015 (iii) Ingresos correspondientes al primer y segundo trimestre del año 2016. (iv) Copia de la Declaración Jurada Anual del Aporte por Regulación correspondiente a los años 2019 y 2020. (v) Copia de la Declaración Jurada de Regularización anual del aporte por derecho especial al FITEL correspondiente a los años 2019 y 2020.

BICENTENARIO PERÚ 2021

- La Resolución N° 015-2021-STCCO/OSIPTEL que dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, debe ser declarada nula pues en la parte considerativa de dicho documento se menciona a la empresa Cable Plus que no es parte del procedimiento, lo cual es una infracción al objeto o contenido del acto administrativo.

- La Resolución N° 1401-2017/TPI-INDECOPI de la Sala de Propiedad Intelectual no es firme pues se ha interpuesto una demanda de amparo ante el Noveno Juzgado Constitucional contra las resoluciones judiciales que confirmaron dicha resolución. En ese sentido, al estar la materia de la litis judicializada, ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones, por lo que el presente procedimiento sancionador debe ser archivado.

- La inspección efectuada por el INDECOPI debió haberse realizado en la Cabecera o Planta de Transmisión ubicado en Av. San Martín MZ LT 19 Zona D Tambo Viejo, distrito de Cieneguilla, local donde se encuentran los equipos de recepción, procesado y transmisión de la señal; sin embargo, la inspección se realizó en el local administrativo de la empresa manejada por el señor Balbín, ubicado en Av. Central Mz. L 15 Lote 4, Urbanización Mariscal Cáceres, distrito de San Juan de Lurigancho, pese a que durante la inspección se declaró que los equipos se encuentran en local ubicado en el distrito de Cieneguilla.

- A pesar de que este tipo de inspecciones del INDECOPI debe ser realizado por un Ingeniero Electrónico Colegiado hábil, la inspección fue realizada por la señora Zoraida Arias López, quien es abogada. Así, el artículo N° 1, inciso a) y artículo N° 2 de la Ley del Ejercicio de la Ingeniería N° 28858 prescriben expresamente que, para la realización de este tipo de inspecciones técnicas, es requisito fundamental ser ingeniero colegiado hábil de la especialidad; en este caso, Ingeniero Electrónico.

- Asimismo, la resolución que ordenó la inspección técnica a ser realizada por personal de la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI (en adelante, CDA) indicó que se debía consignar en el acta de inspección el código, número de serie, marca, modelo, de ser el caso, de los codificadores y otros equipos o medios utilizados en la retransmisión de los canales brindados por el agente investigado; sin embargo, esta información no se consignó en dicha acta.

- En virtud del principio de verdad material, se demuestra que INDECOPI no ha verificado debidamente los hechos para la emisión de su pronunciamiento. Dicho ello, en vista de los argumentos anteriormente mencionados, el acta de inspección de fecha 28 de septiembre de 2015 no es una prueba idónea, por lo que tanto el inicio del procedimiento sancionador tramitado ante INDECOPI, así como todo lo actuado en dicho expediente es nulo.

BICENTENARIO PERÚ 2021

IV. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS

18. En atención de los descargos presentados por el señor Balbín a través de su escrito remitido el 6 de abril de 2021, esta STCCO estima pertinente realizar el análisis correspondiente de los argumentos esgrimidos por el referido agente económico, de acuerdo con las siguientes consideraciones.

19. En lo concerniente a: (i) de la nulidad de la Resolución N° 0015-2021-STCCO/OSIPTEL, debido a que en la parte considerativa de dicho documento se menciona a Cable Plus; y, (ii) del archivo del presente procedimiento, toda vez que la Resolución N° 1401-2017/TPI-INDECOPI no es firme dado que se ha interpuesto una demanda de amparo constitucional contra las resoluciones judiciales que confirmaron dicho pronunciamiento del INDECOPI, es pertinente reiterar que el CCP, mediante Resolución N° 034-2021-CCP/OSIPTEL, desestimó los referidos argumentos, habiendo sostenido que la alusión a Cable Plus en la parte considerativa de la resolución se debió a un error material que no afecta de manera sustancial el contenido ni los efectos de dicho pronunciamiento, y que la sola interposición de un recurso de amparo no suspende por sí misma la eficacia de una resolución judicial firme, ni tiene la capacidad de revertir la cosa juzgada.

20. Por otro lado, el señor Balbín ha señalado la existencia de vicios en el desarrollo de la visita de inspección, en el acta de inspección y al momento de valorar los medios probatorios presentados ante los órganos competentes del INDECOPI. Al respecto, la STCCO debe indicar que el presente procedimiento se refiere a la evaluación de la presunta comisión de un acto de competencia desleal a través de la modalidad de violación de normas imperativas. Así, se debe indicar que la conducta imputada al señor Balbín consiste en la obtención de una ventaja significativa mediante la vulneración de una norma imperativa, siendo que dicha vulneración sería acreditada a través de la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad sectorial competente.

21. En ese sentido, según se puede apreciar de los documentos obrantes en el presente expediente, la autoridad competente en la materia de derechos de autor (la CDA y la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI) resolvió sancionar al señor Balbín, por la retransmisión ilícita de diversas señales de organismos de radiodifusión, por lo que no corresponde a las instancias del OSIPTEL analizar o revisar los hechos acreditados por el INDECOPI.

22. Así, la posibilidad de que esta STCCO analice la idoneidad de los medios probatorios dispuestos en el procedimiento sancionador tramitado ante INDECOPI supondría, en primer lugar, que los órganos de controversias del OSIPTEL asuman competencias que no le han sido asignadas; asimismo, implicaría reconocer al OSIPTEL como una instancia adicional que valore los medios probatorios actuados dentro del procedimiento tramitado por el INDECOPI.

23. Por otro lado, se debe señalar que el administrado para cuestionar la valoración de los medios probatorios efectuada por la CDA del INDECOPI mediante Resolución N° 0223-2016/CDA-INDECOPI contó con los mecanismos apropiados y

BICENTENARIO PERÚ 2021

reconocidos en la legislación vigentes, a los cuales recurrió, habiendo interpuesto un recurso de apelación contra dicho pronunciamiento a fin de que sea evaluado por la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, y posteriormente, habiendo presentado una demanda contenciosa administrativa contra el INDECOPI a fin de declarar nula la Resolución N°1401-2017/TPI-INDECOPI que confirmó la responsabilidad del señor Balbín.

24. Por tanto, esta STCCO debe señalar que en el presente procedimiento administrativo sancionador no corresponde valorar los medios probatorios acreditados por la CDA o por la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, sino verificar la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente que determine la vulneración a una norma imperativa.

25. En ese sentido, considerando lo expuesto previamente, a criterio de STCCO corresponde desestimar los argumentos presentados por el señor Balbín en su escrito remitido con fecha 6 de abril de 2021.

V. ANÁLISIS DE LOS HECHOS OBJETO DE IMPUTACIÓN

Sobre la infracción al artículo 14.1 y el artículo 14.2, literal a) de la LRCD

26. La Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI, a través del oficio N° 237-2016/DDA[4], puso en conocimiento de la STCCO la existencia de un procedimiento tramitado en contra del señor Balbín, el cual en primera instancia administrativa determinó la responsabilidad del agente por la retransmisión ilícita de sesenta y dos (62) emisiones sin la correspondiente autorización de sus titulares. Posteriormente, mediante Oficio N° 009-2018-CDA/INDECOPI, la CDA del INDECOPI informó que en segunda instancia administrativa se confirmó la responsabilidad del señor Balbín por la retransmisión de diecisiete (17) emisiones sin la autorización de sus titulares.

27. En tal sentido, luego de la actuación probatoria efectuada en la etapa de investigación del presente procedimiento, corresponde a esta STCCO emitir opinión sobre la existencia o no de la responsabilidad administrativa del señor Balbín, como consecuencia de la imputación de la infracción tipificada en el artículo 14.1 y el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD.

V.1 Los actos de violación de normas

28. De acuerdo con la LRCD, están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y el medio que permita su realización. Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

---

[4] De fecha 17 de junio de 2016.

BICENTENARIO PERÚ 2021

29. Una modalidad de actos desleales se encuentra establecida expresamente en el artículo 14º de la LRCD, el cual prescribe los actos de violación de normas en el siguiente sentido:

> ***"Artículo 14.- Actos de violación de normas. -***
> *14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.*

30. Así, la práctica de 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"*[5]. De este modo, la norma busca sancionar las prácticas que alteren la posición de igualdad ante la ley en que deben encontrarse todos los agentes competidores en el mercado[6].

31. En tal sentido, nos encontraremos ante un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas cuando se presenten dos elementos concurrentes: (i) una conducta consistente en la infracción de una norma imperativa, y (ii) un efecto real o potencial que radica en la consecución de una ventaja competitiva significativa como resultado de la infracción.

32. Al respecto, cabe indicar que el artículo 14.2 de la LRCD, regula dos modalidades del acto de violación de normas[7], siendo que el presente caso se refiere a la primera modalidad, la cual se configura a través de la obtención de una ventaja significativa mediante la infracción de una norma imperativa, infracción que será determinada por una autoridad competente mediante resolución previa y firme.

33. En ese sentido, para acreditar la comisión de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas conforme a lo dispuesto en el artículo 14.1 y el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD, se requiere:

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

---

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

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

7 **LRCD**
Artículo 14. – Actos de violación de normas.
"14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:
a. Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso-administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,
b. Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente. (…)"

BICENTENARIO PERÚ 2021

(ii) Que exista una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción y que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión.
(iii) Que la infracción a la norma imperativa haya generado una ventaja significativa para el infractor.

V.2 Análisis del caso en concreto

(i) El carácter imperativo de la norma infringida

34. En atención al primer presupuesto, para que se configure el supuesto de violación de normas se deberá acreditar la transgresión de una norma de carácter imperativo. La norma imperativa es aquella que debe ser necesariamente cumplida por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico-jurídica contraria[8]. Así, su distinción viene a ser encontrada en su vocación normativa: la norma quiere disponer sin admitir voluntad contraria.

35. Una vez establecido el concepto de lo que debe entenderse por norma imperativa, corresponde analizar si la normativa de Derecho de Autor goza de tal atributo y por ende una infracción a su contenido sea pasible de ameritar una sanción por competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

36. Al respecto, de la revisión jurisprudencial efectuada puede observarse que los pronunciamientos del OSIPTEL[9] han sido uniformes en reconocer el carácter imperativo de dicha normativa, toda vez que, si bien responden a intereses exclusivos de sus titulares, ello no impide que no se verifique un efecto lesivo en el mercado en general, al margen de los intereses de los titulares, siendo que tal afectación general habilita la aplicación de la normativa de represión de la competencia desleal a fin de tutelar el proceso competitivo.

37. De otro lado, debe considerarse que de acuerdo con el artículo 168[10] de la Ley de Derecho de Autor, la CDA del INDECOPI es la autoridad competente responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos. En atención a ello, mediante Oficio Nº 005-2011/SPI-INDECOPI[11] del 27

---

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

9 Al respecto, revisar las Resoluciones N° 011-2011-CCO/OSIPTEL (Expediente 003-2011-CCO-ST/CD), N° 008-2011-CCO/OSIPTEL (expediente 004-2011-CCO-ST/CD), N° 006- 2014-CCO/OSIPTEL (Expediente 004-2013-CCO-ST/CD) y Nº 008-2015-CCO/OSIPTEL (expediente 005-2014-CCO-ST/CD) las cuales indican que la retransmisión de señales sin la autorización de sus titulares configura una infracción a la normativa imperativa de derechos de autor.

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

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

BICENTENARIO PERÚ 2021

de junio de 2011, la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI señaló que tanto **la Ley de Derecho de Autor como la Decisión de la Comunidad Andina Nº 351 tienen carácter imperativo**, fundando esta opinión en la protección constitucional de la creación intelectual (numeral 8 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú) y la obligación internacional del Gobierno peruano de brindar protección a los derechos de autor y conexos derivados de los diversos acuerdos multinacionales.

38. Por lo tanto, esta STCCO estima pertinente considerar a la normativa de Derecho de Autor infringida en el presente caso como imperativa, en atención a las resoluciones administrativas antes mencionadas, y en especial al pronunciamiento de la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, en su condición de última instancia administrativa encargada de pronunciarse respecto de la normativa de derechos de autor.

39. Concretamente, en el presente caso, la norma imperativa vulnerada por el señor Balbín, según se determinó en el procedimiento sancionador tramitado en la CDA bajo el Expediente N° 002348-2015/DDA, es el literal a) del artículo 140°[12] de la Ley de Derecho de Autor, al haber retransmitido sesenta y dos (62) emisiones de diversos organismos de radiodifusión sin la correspondiente autorización, cuyo extremo fue evaluado por la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI, confirmando, a través de la Resolución N° 1401-2017/TPI-INDECOPI, la responsabilidad administrativa del señor Balbín por la retransmisión de diecisiete (17) emisiones de organismos de radiodifusión sin la correspondiente autorización.

(ii) La decisión previa y firme de la autoridad competente

40. Con fecha 28 de septiembre de 2015, en el establecimiento comercial del señor Balbín ubicado en la Avenida Central Mz.L-15, Lote 4, San Juan de Lurigancho, provincia de Lima, departamento de Lima, personal de la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI verificó que el referido agente se encontraba retransmitiendo diversas emisiones de organismos de radiodifusión.

41. El 26 de octubre de 2015, mediante Resolución N° 1, la Secretaría Técnica de la CDA inició un procedimiento sancionador en contra del señor Balbín por la presunta infracción al literal a) del artículo 140 de la Ley sobre Derecho de Autor por la retransmisión de emisiones de terceros sin contar con la autorización de los titulares correspondientes.

42. Con fecha 13 de abril de 2016, la CDA del INDECOPI emitió la Resolución N° 0223-2016/CDA-INDECOPI, en la que resolvió sancionar al señor Balbín con una multa ascendente a treinta y un (31) UIT por la retransmisión ilícita de sesenta y dos (62) emisiones de organismos de radiodifusión sin contar con la autorización de los

---

[12] **Ley de Derecho de Autor**
"Artículo 140.- *Los organismos de radiodifusión tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:*
a. La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse.(..)"

BICENTENARIO PERÚ 2021

titulares correspondientes, infracción tipificada en el literal a) del artículo 140° de la Ley de Derecho de Autor.

43. Con fecha 20 de mayo de 2016, el señor Balbín interpuso un recurso de apelación contra la Resolución N° 0223-2016/CDA-INDECOPI.

44. A través de la Resolución N° 1401-2017/TPI-INDECOPI, de fecha 8 de mayo de 2017, la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI confirmó en parte la Resolución N° 0223-2016/CDA-INDECOPI respecto de la infracción al literal a) del artículo 140 de la Ley sobre Derecho de Autor, al considerar que el señor Balbín retransmitió diecisiete (17) emisiones de organismos de radiodifusión sin contar con las autorizaciones respectivas de los titulares, modificando el monto de la multa a once punto cinco (11.5) UIT.

45. Con posterioridad, mediante Carta C.00022-STCCO/2020, de fecha 19 de mayo de 2020, la STCCO solicitó a la Gerencia Legal del INDECOPI información del estado del trámite en la vía judicial del caso del señor Balbín (Expediente N° 002348-2015/DDA).

46. Por Oficio N° 00371-2020-GEL/INDECOPI, recibido el 8 de junio de 2020, la Gerencia Legal del INDECOPI informó a la STCCO que, a través de la Sentencia de Vista recaída en la Resolución N° 21 de fecha 12 de junio de 2019, la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima confirmó la sentencia a través de la cual se declaró infundada la demanda contenciosa administrativa presentada por el señor Balbín. Asimismo, informó que a través de la Resolución N° 24, de fecha 9 de agosto de 2019, el Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo con Sub Especialidad en Temas de Mercado dispuso el archivo del proceso contencioso administrativo, tramitado bajo Expediente N° 11093-2017-0-1801-JR-CA-26. Por lo expuesto, se concluye que en el presente caso existe una decisión previa y firme respecto a la violación de una norma de carácter imperativo.

47. Cabe indicar que, si bien de acuerdo con lo informado por el señor Balbín existe un proceso constitucional de amparo en contra de la sentencia recaída en la Resolución N° 21 de la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución N° 034-2021-CCP/OSIPTEL, el CCP dispuso que dicho proceso no suspende por sí mismo la eficacia de una resolución judicial firme, ni tiene la capacidad de revertir la cosa juzgada por lo que la decisión emitida en sede contencioso administrativa es firme.

48. En atención de las consideraciones expuestas, a criterio de esta STCCO, ha quedado acreditado que en el presente procedimiento existe una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia (la Sala de Propiedad Intelectual del INDECOPI) que ha determinado la infracción a la normativa de derecho de autor, específicamente al literal a) del artículo 140° de la Ley sobre Derecho de Autor y, que dicha decisión ha sido confirmada en la vía contencioso administrativa por la

BICENTENARIO PERÚ 2021

Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima.

(iii) La existencia de una ventaja significativa ilícita

49. El análisis de la práctica de competencia desleal en el supuesto de violación de normas requiere determinar si la infracción a la norma imperativa generó o no una ventaja significativa para el señor Balbín y, posteriormente, evaluar si dicha ventaja le ha generado una mejor posición competitiva en el mercado.

50. En relación con los criterios necesarios para determinar si se está frente a una ventaja significativa, Massaguer señala que una ventaja competitiva es aquella que implica una mejora de la posición de mercado para el agente infractor respecto de sus competidores, manifestándose, entre otros factores, en la posibilidad de permitirle brindar una oferta en términos más atractivos que los otros agentes de mercado[13].

51. En similar sentido se observa que tanto INDECOPI[14] como OSIPTEL[15] se han pronunciado con relación a la ventaja significativa indicando que puede determinarse en función a la disminución de costos de producción, distribución o de un acceso privilegiado al mercado. Este ahorro de costos coloca en una mejor posición competitiva al agente infractor respecto de aquellos que sí cumplieron la norma. Asimismo, los "Lineamientos para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones" señalan que para acreditarse la ventaja competitiva no será indispensable verificar un resultado en el mercado como, por ejemplo, una mayor clientela o el incremento de la participación de mercado del infractor, sino la ventaja que le habilita a lograr, potencial o efectivamente, ese resultado.

52. Esta STCCO aprecia que tanto el INDECOPI, como el OSIPTEL han considerado que la ventaja significativa viene determinada por el ahorro en costos o el acceso privilegiado al mercado del cual se beneficia el agente infractor, al incumplir la norma imperativa, lo que le permite alterar las condiciones de competencia, pudiendo mejorar su posición competitiva en el mercado, por ejemplo, ofreciendo sus servicios a un precio menor al que en realidad debería, lo cual no responde a una eficiencia económica (v.g. ahorro en los costos de producción por un manejo eficiente de la empresa), sino a la infracción de una norma.

---

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

[14] Al respecto, revisar las Resoluciones N° 1573-2008/TDC-INDECOPI; 020-2010/CCD-INDECOPI; 064-2010/CCD-INDECOPI; 2509-2010/SC1-INDECOPI; 120-2011/CCD-INDECOPI; 170-2011/CCD-INDECOPI; 107-2012-CCD-INDECOPI; 3412-2012/SDC-INDECOPI; 3541-2012/SDC-INDECOPI; y 477-2013/SDC-INDECOPI.

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

BICENTENARIO PERÚ 2021

53. Lo anterior genera que el precio observado se convierte en una señal errónea para el mercado[16] incrementando las barreras a la entrada, desincentivando la entrada de nuevas empresas (barrera a la entrada de tipo estratégica[17]) o el despliegue de mayor inversión por parte de las empresas que se encuentran operando dado que no recuperarían está inversión.

54. En tal sentido, un agente beneficiado indebidamente con esa ventaja competitiva podría perjudicar a sus competidores, así como también podría ocasionar que el mercado no resulte atractivo para nuevas empresas (competidores potenciales) que desean concurrir en el mercado cumpliendo con todas sus obligaciones, lo cual resultaría lesivo para el proceso competitivo ya que evitaría la entrada de empresas que podrían ofrecer más y mejores servicios, o fomentando -erróneamente- el ingreso de más empresas que operen incumpliendo ilícitamente determinadas obligaciones.

55. Para el presente caso, se considera que, en relación con el ahorro en costos, el pago de derechos por las señales, en general, comprende un porcentaje importante de los costos de las empresas de televisión de paga[18]. En ese sentido, la retransmisión de parte de la parrilla de programación sin pagar los respectivos derechos, tal como ha ocurrido con la empresa investigada, constituye claramente un ahorro ilícito en costos en términos relativos a los costos totales para la prestación del servicio de televisión de paga, aunque su impacto general en el mercado dependerá de muchos factores, algunos de los cuales no se pueden determinar a causa de la informalidad existente en el mercado de televisión de paga.

56. Teniendo en consideración la importancia del pago de derechos de las señales en los costos de las empresas de televisión paga y que el agente imputado retransmitió diecisiete (17) emisiones de su parrilla comercial (el 19.8% de su parrilla comercial) de forma ilícita, esta STCCO concluye que el agente imputada ha obtenido, de modo ilícito, ahorros en costos, que le ha generado una ventaja significativa sobre sus competidores, ventaja que debe considerarse en el análisis de graduación de la sanción a imponer.

VI. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

57. Habiendo concluido que el señor Balbín incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el artículo 14.1 y el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD, en el mercado de televisión de paga, corresponde esta STCCO determinar la gravedad de la infracción y proponer la sanción que correspondería imponerse.

---

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

17 Jorge Tarjizan y Ricardo Paredes. Organización Industrial para la estrategia empresarial, segunda edición. PEARSON EDUCACIÓN, México, 2006.

18 Ver: “Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable. Documento de Trabajo Nº 001-2008. Gerencia de Relaciones Empresariales – OSIPTEL”.

BICENTENARIO PERÚ 2021

VI.1 Marco Legal

58. El artículo 26.1 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL establece que, para la aplicación de sanciones por actos contrarios a la leal competencia, se aplicarán los montos y criterios de graduación establecidos en la LRCD[19].

59. Al respecto, el artículo 52.1 de la LRCD considera que la realización de actos de competencia desleal, como en este caso la violación de normas, constituye una infracción a las disposiciones de dicha Ley, y será sancionada según se califique como leve, grave o muy grave, sin perjuicio de la aplicación de las correspondientes medidas correctivas[20].

60. El artículo 53 de la LRCD establece que la autoridad **podrá tomar en consideración para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción, diversos criterios**[21] 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.**

---

19 **Ley N° 27336**
"(…) 26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o leal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo Nº 701, el Decreto Ley Nº 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación."

20 ***"Artículo 52º**: - **Parámetros de la sanción**. -*
52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:
a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión (…)".

21 "***Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción. -***
La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:
a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
b) La probabilidad de detección de la infracción;
c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
d) La dimensión del mercado afectado;
e) La cuota de mercado del infractor;
f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal."

BICENTENARIO PERÚ 2021

61. En este contexto, esta STCCO realizará dicho análisis conforme al principio de razonabilidad, dentro de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable –y, en consecuencia, asumir la sanción– no debe resultar más ventajoso para el infractor que cumplir con las normas infringidas, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción, la misma que debe lograr desincentivar la realización de infracciones por parte de los agentes económicos en general.

VI.2 Evaluación de los criterios de graduación y gravedad de la infracción

62. Conforme al Artículo 53° de la LRCD, corresponde evaluar los criterios que refiere dicha disposición legal a fin de determinar la gravedad de la infracción.

63. **Beneficio Ilícito**: la STCCO estimó este valor en base al ahorro en costos que obtuvo el agente considerando la información de la duración de la retransmisión ilícita, el número de conexiones en servicio promedio, los canales retransmitidos ilícitamente y el costo de los canales para el agente. Asimismo, se actualizó el beneficio ilícito considerando un WACC en soles de 4.81%[22], a enero de 2021, y un período de actualización de 69.2 meses[23]. En base a lo anterior, la STCCO cuantificó un beneficio ilícito actualizado de 6.0 UIT[24] para el señor Balbín.

64. **Cuota de mercado del infractor:** esta STCCO observó que el señor Balbín prestó el servicio de televisión pagada en algunos distritos de Lima Metropolitana durante el mes de octubre de 2015. En esa línea, el señor Balbín contó con, aproximadamente, el 2.5% (4320 conexiones en servicio) de las conexiones en servicio en el departamento de Lima (en los distritos de Cieneguilla, Pachacamac, La Molina, San Juan de Lurigancho, Santa Anita y Ate) en octubre de 2015. Por otro lado, si se excluye a las empresas con presencia nacional (Telefónica, América Móvil y DIRECTV) la cuota de mercado del señor Balbín habría sido de 16.9%.

65. Cabe señalar que las empresas con presencia nacional son las potencialmente menos afectadas por estas prácticas de competencia desleal (retransmisión ilícita de emisiones) toda vez que pueden replicar una oferta competitiva considerando que cuentan con contenidos exclusivos, provisión de Internet fijo (en algunas empresas), señal de alta definición (señal HD), canales de atención, economías de escala, entre otros.

66. Por su parte, las empresas locales son las potencialmente más afectadas dado que no pueden ofrecer una oferta competitiva toda vez que cuentan con similares

---

[22] Dicho valor corresponde al costo de capital (WACC) anual en soles, obtenido a partir de la estimación del profesor Aswath Damodaran para el servicio de telecomunicaciones a nivel global. Disponible en http://bit.ly/2sVZpre

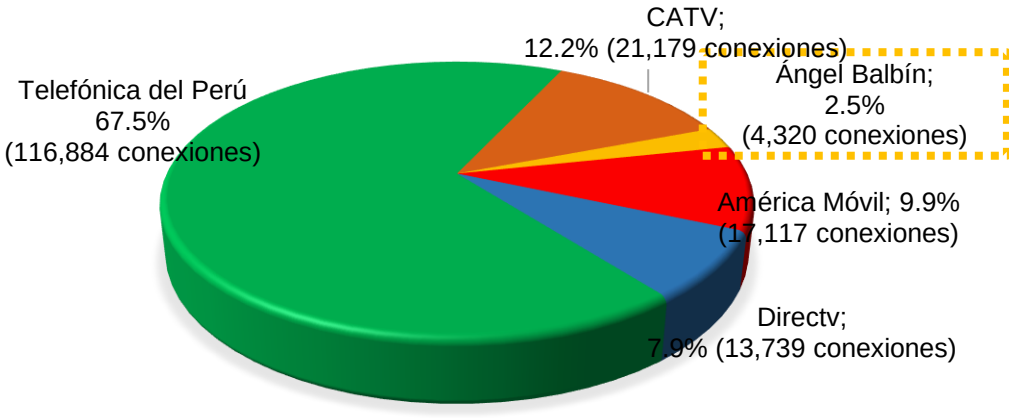
[23] El periodo de actualización comprende de octubre de 2015 a julio de 2021

[24] El detalle de la estimación del Beneficio Ilícito actualizado se realiza en la sección de determinación de la multa en el Cuadro N° 1.

BICENTENARIO PERÚ 2021

contenidos (no exclusivos) que las empresas infractoras motivo por el cual, utilizan como variable de competencia el precio del servicio. Esto último puede generar que las empresas locales no compitan con las empresas infractoras al afrontar mayores costos (por derechos de retransmisión) y; por ende, al enfrentar empresas con menores tarifas, como consecuencia de la retransmisión ilícita de señales, potencialmente terminarían saliendo del mercado o volviéndose informales.

Gráfico N° 1: Participación de mercado en Lima Metropolitana[25] por empresa en octubre de 2015



Fuente: Osiptel y Ángel Balbín Elaboración: STCCO - OSIPTEL

67. En virtud de lo señalado, esta STCCO considera que la cuota de mercado del señor Balbín en las zonas donde prestó el servicio en octubre de 2015 fue baja, dado que se encuentra por debajo del 20%, según los márgenes establecidos en el anexo del presente informe (ver ANEXO).

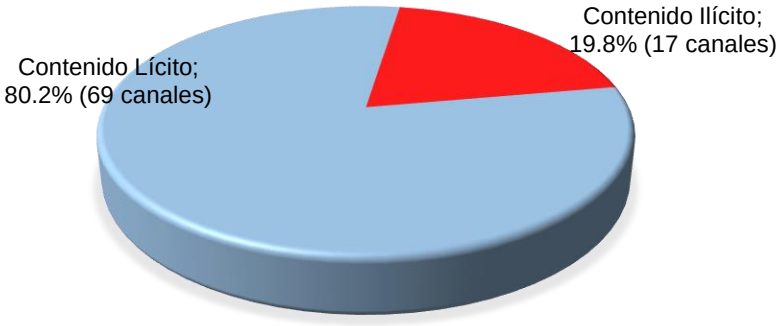
68. **Efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios**: la STCCO evaluó diferentes indicadores de mercado y de la conducta imputada al señor Balbín a fin de verificar su impacto en el mercado.

- **En relación con los canales retransmitidos**, el señor Balbín fue sancionado por retransmitir de forma ilícita el 19.8% (17 emisiones) de su parrilla total (86 emisiones), en la cual se encontraban emisiones que cuentan con una temática particular cada uno, como TV Perú, Exitosa, Cable Mundo entre otros que ofrecen que transmiten un contenido diverso y coyuntural.

[25] En los distritos de Cieneguilla, Pachacamac, La Molina, San Juan de Lurigancho, Santa Anita y Ate.

BICENTENARIO PERÚ 2021

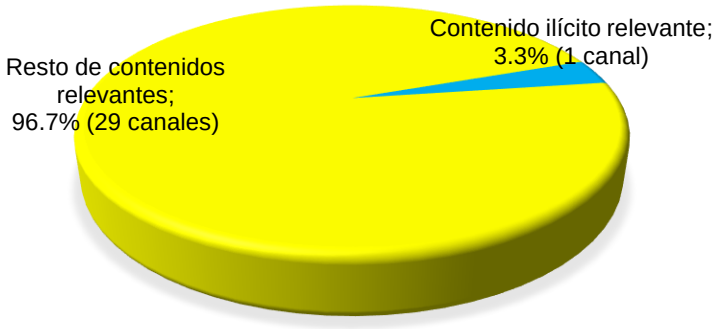
Gráfico N° 2: Porcentaje de contenidos totales retransmitidos de forma ilícita



Fuente: Resoluciones de INDECOPI Elaboración: STCCO – OSIPTEL

Cabe señalar que, según la Encuesta Residencial de Telecomunicaciones, elaborada en el 2015, el 92.3% de los hogares ve menos de 20 canales de los contratados en su parrilla, motivo por el cual resulta relevante evaluar si los contenidos retransmitidos de forma ilícita por el señor Balbín son o no de contenido relevante. Al respecto, la STCCO evaluó los contenidos, estimando que el señor Balbín retransmitía un (1) canal relevante de forma ilícita, representando el 3.3% del total de emisiones consideradas relevantes[26].

Gráfico N° 3: Porcentaje de contenidos relevantes retransmitidos de forma ilícita



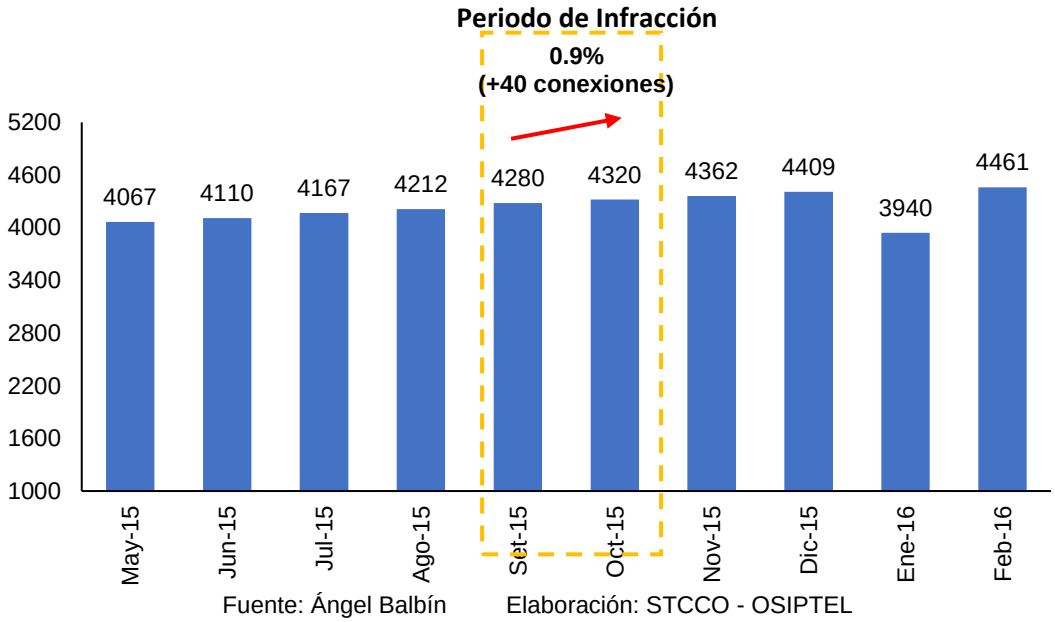
Fuente: CONCORTV y Resoluciones de INDECOPI Elaboración: STCCO – OSIPTEL
Nota: La relevancia de los contenidos se ha estimado considerando los primeros 30 canales del estudio "Cuantitativo sobre consumo televisivo y radial en niños, niñas y adolescentes" desarrollado por Consejo Consultivo de Radio y Televisión. Asimismo, se ha considerado la información de la parrilla comercial de las empresas de TV paga y la publicidad de las señales comercializadas.

[26] Se consideró como relevante las primeras treinta (30) emisiones ordenadas según preferencias de los consumidores. Información basada en el estudio "2018 – Estudio cuantitativo sobre consumo televisivo y radial en Niños, Niñas y Adolescentes" desarrollado por el Consejo Consultivo de Radio y Televisión.

BICENTENARIO PERÚ 2021

- **En relación con las conexiones en servicio**, el señor Balbín presentó información sobre la evolución de sus conexiones en servicio durante el periodo de infracción. Al respecto, el señor Balbín presentó una tasa de crecimiento positiva de 0.9%, registrando un aumento de 40 conexiones en durante setiembre de 2015 y octubre de 2015.

Gráfico N° 4: Evolución de conexiones en servicio del señor Balbín



Fuente: Ángel Balbín Elaboración: STCCO - OSIPTEL

- **En relación con los ingresos por el servicio**, no se cuenta con información disponible que permita analizar la evolución de los ingresos del señor Balbín durante el periodo de infracción.

69. La STCCO considera que en virtud de la evaluación de contenidos (porcentaje de contenidos relevantes y porcentaje de contenidos ilícitos), conexiones en servicio e ingresos en servicio, se observa una afectación real al mercado por parte del señor Balbín, aun cuando esta afectación sea de dimensión **baja** conforme con los criterios de evaluación descritos en el Anexo del presente Informe Instructivo y pese a que los indicadores revisados en esta sección evidencian que el infractor retransmitió de forma ilegal el 19.8% de su parrilla comercial, que retransmitió de forma ilegal 3.3% del total de contenidos considerados relevantes y que sus conexiones en servicio presentaron una tasa de crecimiento positiva de 0.9% antes y después del periodo de infracción.

70. **Periodo de la conducta Infractora**: Acerca del periodo de la infracción en la modalidad de violación de normas; las Resoluciones Nº 223-2016/CDA-INDECOPI y N° 1401-2017/TPI-INDECOPI no señalan expresamente el periodo de infracción. No obstante, en diversos pronunciamientos[27], la CDA ha considerado, como fecha

BICENTENARIO PERÚ 2021

de inicio de la conducta, la fecha de la respectiva constatación notarial o inspección que acredita la infracción, siendo que, además, en dichos casos, se consideró para el cálculo de la multa el periodo comprendido entre dicha fecha y la presentación de la respectiva denuncia, salvo que existiera otro medio probatorio de fecha posterior que acredite que la conducta cesó.

71. Considerando lo expuesto, a criterio de esta STCCO, para fines del presente procedimiento, se considera como fecha de inicio de la infracción al artículo 14.1 y al literal a) del 14.2 de la LRCD el día 28 de setiembre de 2015, debido a que, en dicha fecha, personal de la Dirección de Derechos de Autor del INDECOPI realizó la inspección en el establecimiento comercial del señor Balbín, constatando que dicho agente retransmitía diversos contenidos sin la correspondiente autorización de sus titulares.

72. En cuanto a la fecha de finalización de la conducta imputada, es pertinente señalar que, en los procedimientos del INDECOPI, no se ha considerado otro medio probatorio que acredite el cese de la conducta hasta antes del inicio del procedimiento.

73. Asimismo, es preciso tener en consideración que el procedimiento seguido ante el INDECOPI fue iniciado de oficio. Así, a diferencia de los casos iniciados por denuncia de parte, en los cuales se toma como referencia la fecha de presentación de la denuncia, en este caso debe considerarse la fecha de la resolución que da inicio al procedimiento por la autoridad competente, es decir, la fecha de la imputación de cargos. Similar criterio fue recogido en pronunciamientos anteriores de los Cuerpos Colegiados del OSIPTEL[28].

74. En atención a ello, esta STCCO considera como fecha de finalización de la infracción al artículo 14.1 y al literal a) del 14.2 de la LRCD el día 26 de octubre de 2015, debido a que en dicha fecha la ST de la CDA del INDECOPI inició el procedimiento sancionador en contra del señor Balbín por la retransmisión de emisiones de terceros sin la autorización correspondiente de sus respectivos titulares.

75. En tal sentido, el señor Balbín infringió la LRCD desde el 28 de setiembre de 2015 (fecha en la que se realizó la inspección por parte del personal del INDECOPI en el establecimiento comercial del agente imputado) y el 26 de octubre de 2015 (fecha de imputación de cargos por parte de la ST de la CDA), motivo por el cual se considera que la infracción tuvo una **duración breve, en tanto el periodo de infracción resultó menor a doce meses**, que es el rango definido en la evaluación de criterios contenidos en el Anexo del presente Informe.

---

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

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

BICENTENARIO PERÚ 2021

76. Finalmente, atendiendo que la conducta infractora generó un beneficio ilícito actualizado de 6.0 UITs que se prolongó por, al menos, cero punto nueve (0.9) meses, con efectos reales bajos sobre el mercado (empresas competidoras y/o potenciales entrantes), que incentivan a la informalidad como forma de competencia, además el señor Balbín cuenta con una baja cuota de mercado en las zonas de operaciones y presentó una tasa de crecimiento positiva de sus conexiones durante el período de infracción, esta STCCO considera que la infracción debe calificarse como **leve**.

77. En virtud de lo anterior, la infracción es pasible de ser sancionada con una multa de hasta cincuenta (50) UIT (siempre que no supere el 10% de sus ingresos brutos por todas sus actividades en el año 2020).

VI.3 Determinación de la multa

78. Las sanciones a ser impuestas por la administración pública deben caracterizarse por ser disuasivas. En ese sentido, esta STCCO considera que debe analizarse cada situación particular para determinar la sanción a imponer, de forma que cumpla con su finalidad disuasiva.

79. Sobre la graduación de la sanción esta STCCO, acogiendo la pauta estatuida por el Tribunal de Solución de Controversias[29], procede a calcular la multa utilizando la metodología basada en el beneficio ilícito (ganancias ilícitas y/o costos evitados), la probabilidad de detección de la conducta ilícita, más los factores agravantes y/o atenuantes correspondientes.

80. En relación con el beneficio ilícito, este valor fue estimado en base al ahorro en costos que obtuvo el señor Balbín, considerando la información de la duración de la retransmisión ilícita, el número de conexiones en servicio promedio, los canales retransmitidos ilícitamente y el costo de los canales para el agente. Se considera que dicho ahorro de costos generó al señor Balbín una ventaja significativa respecto de los otros competidores del mercado, dado que le habría permitido presentar una menor tarifa por el servicio respecto a la de sus competidores, la cual no estaría basada en eficiencias económicas.

81. El monto resultante del beneficio ilícito será actualizado (beneficio ilícito actualizado), para preservar el valor en el tiempo de los beneficios ilícitos obtenidos durante los años en los que se llevó a cabo la conducta, considerando como tasa al costo promedio ponderado de capital en soles (WACC por sus siglas en inglés) estimado para los servicios de telecomunicaciones, la cual equivale a 4.81%[30] a enero de 2021.

---

[29] Resolución N° 025-2020-TSC/OSIPTEL, del 4 de diciembre de 2020 (Exp. 002-2019-CPP-ST/CD).

[30] Dicho valor corresponde al costo de capital (WACC) anual en soles, obtenido a partir de la estimación del profesor Aswath Damodaran para el servicio de telecomunicaciones a nivel global.

BICENTENARIO PERÚ 2021

82. El WACC resulta ser un factor de actualización más preciso debido a que valora el costo de endeudamiento y el costo del capital propio de la empresa. Así, las infracciones evaluadas por retransmisión ilícita consideran ahorros en costos de las empresas que afectan directamente su capacidad de endeudamiento y su capital propio motivo por el cual, resulta más exacto utilizar como factor de actualización el WACC.

83. En relación con el período de actualización (n), este valor se estimó considerando la fecha de fin de la infracción hasta el período de estimación de la multa (julio de 2021).

84. Con relación a la probabilidad de detección, las conductas de violación de normas, bajo el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD, requieren una decisión previa y firme de la autoridad competente, motivo por el cual se considera una probabilidad de detección muy alta (valor 1), ya que no hace falta la búsqueda de mayor evidencia para determinar la infracción.

85. En base a lo anterior, el monto base de la multa se obtendrá mediante la siguiente expresión:

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Beneficio ilícito actualizado}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

86. Finalmente, esta STCCO considera que no corresponde cuantificar factores agravantes y/o atenuantes al señor Balbín, toda vez que no se ha evidenciado la existencia de alguno de estos elementos durante el procedimiento.

87. A continuación, se presenta la estimación de la multa:

Cuadro N° 1: Estimación de la multa

Variables	Montos
BI (Ahorro costos)	S/20,243
WACC mensual	0.39%
Período de actualización (meses)	69.2
BI (Ahorro costos) actualizado	**S/26,537**
Prob. de detección	1
Multa Base (S/) = BI/Pdetección	**S/26,537**
Agravantes y Atenuantes	**0%**
No aplica	**0%**
Multa final (S/.)	**26,537**
UIT 2021	4,400
Multa propuesta (UIT)	**6.0**

Elaboración: STCCO – OSIPTEL

88. Cabe señalar que, para la estimación del monto de la multa a imponer por la comisión del acto de competencia desleal no se estima válido deducir o descontar la multa impuesta por el INDECOPI dado que dicho organismo sancionó una infracción distinta consistente en la violación de derechos de autor.

BICENTENARIO PERÚ 2021

89. Así, mientras que INDECOPI sancionó una infracción por la vulneración a los derechos de autor, el OSIPTEL sanciona una afectación al adecuado funcionamiento del proceso competitivo como consecuencia de los ahorros de costos que no está basado en eficiencias económicas sino en prácticas desleales tipificadas como infracción en la legislación que norma la leal competencia.

90. Adicionalmente, debemos indicar que el INDECOPI utilizó una metodología diferente a la utilizada por el OSIPTEL. Al respecto, el OSIPTEL considera, como ya se mencionó anteriormente, la estimación de la multa utilizando el beneficio ilícito, basado en el enfoque del ahorro en costos, la probabilidad de detección, la existencia de factores agravantes y/o atenuantes mediante la siguiente formula:

$$\text{Multa} = \frac{\text{Beneficio Ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}} \times (1 + \text{Agravantes} - \text{Atenuantes})$$

91. Por su parte, el INDECOPI considera que se debe establecer, el monto de media unidad impositiva tributaria (0.5) UIT por cada emisión retransmitida sin la autorización correspondiente y una (1) UIT por cada obra audiovisual sin licencia respectiva, cantidades que considera los mínimos montos disuasivos de la comisión de una infracción.

92. Cabe señalar que, los costos de programación para las empresas de televisión de paga están relacionados de forma directa con el número de conexiones en servicio de la infractora motivo por el cual, al no considerar este elemento en la estimación de la multa se podría estar subestimando la multa a imponer y; por ende, no se estaría disuadiendo la realización de estas conductas[31].

93. Asimismo, las diferencias entre ambas metodologías se reflejan en la información requerida, así mientras INDECOPI establece un valor fijo por emisión retransmitida de forma ilícita sin requerir información adicional, el OSIPTEL requiere información sobre las conexiones en servicio del infractor, la duración de la infracción, el costo de ahorro por emisión y el costo relacionado a la sociedad de gestión colectiva, entre otros.

94. Es por ello que, siguiendo los recientes pronunciamientos del CCP[32], se considera que no debe descontarse de la sanción pecuniaria a imponer al agente infractor, el monto de la multa previamente impuesta por el INDECOPI.

VI.4 Máximo legal y capacidad financiera

95. Como se mencionó previamente, dentro de la etapa de investigación del procedimiento, esta STCCO, mediante Cartas N° 238-2021/STCCO y N° 304-

[31] Los programadores de contenidos que son retransmitidos de forma ilícita (DISNEY, Warner Chanel, Fox entre otros) comercializan sus contenidos ofreciéndolos a los proveedores de TV Paga bajo una estructura económica cuya tarifa está asociada al número de conexiones en servicio.

[32] Resoluciones del Cuerpo Colegiado Permanente N° 0005-2021-CCP/OSIPTEL y N° 0011-2021-CCP/OSIPTEL.

BICENTENARIO PERÚ 2021

2021/STCCO, requirió al señor Balbín, entre otros aspectos, información referida a los ingresos brutos percibidos por todas sus actividades económicas durante los años 2019 y 2020, ello a fin de evaluar si corresponde ajustar la multa que se calcule de acuerdo con el tope legal señalado en el artículo 52° de la LRCD[33].

96. Ante dichos requerimientos, el señor Balbín presentó información inconsistente, toda vez que a través de su escrito de fecha 25 de mayo de 2021, remitió, entre otros documentos, copia de las declaraciones de Aporte por Regulación y de Aporte por el Derecho Especial al FITEL, correspondientes al año 2019, de los cuales se desprende que el referido agente tuvo actividades económicas y obtuvo ingresos en el mercado de servicios de telecomunicaciones durante dicho año; sin embargo, por escrito presentado con fecha 4 de agosto de 2021, el agente informó que según se advierte en su ficha RUC, desde el año 2017 se encuentra como contribuyente en estado de baja definitiva, por lo que no ha realizado actividades económicas en los años 2019 y 2020

97. Sobre la base de lo expuesto, se advierte que en el presente caso no se cuenta con la información referida a todos los ingresos brutos percibidos por todas las actividades económicas del señor Balbín en el 2020[34], por tanto, no resulta posible ajustar la multa calculada según lo dispuesto en la LRCD, y, en consecuencia, la multa a imponer queda establecida en seis (6.0) Unidades Impositivas Tributarias.

VII CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

98. En atención a las consideraciones previamente expuestas, esta STCCO recomienda al Cuerpo Colegiado Permanente declarar la responsabilidad administrativa de Ángel Enrique Balbín Huamán por la comisión de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el artículo 14.1 y en literal a) del artículo 14.2 de la LRCD, y, en consecuencia, sancionar a dicho agente con una multa de seis (6.0) Unidades Impositivas Tributarias por la amonestación de una infracción leve.

Zaret Matos Fernández
Secretaria Técnica Adjunta de los
Cuerpos Colegiados

---

[33] **LRCD**
"Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-
52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:
a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; (...)"

BICENTENARIO PERÚ 2021

ANEXO

Cuadro: Criterios de Calificación

Criterios	Rangos	Nivel
Cuota de mercado del infractor	Si <= 20%	Bajo
	20% < Si <= 50%	Moderado
	50% < Si	Alto
Efecto de la restricción de la competencia (IMA[35])	IMA = 1	No hay afectación
	1 < IMA < 3	Bajo
	3 <= IMA < 4	Moderado
	4 <= IMA <= 5	Alto
Duración de la restricción	d <= 12 meses	Breve
	12 meses < d <= 18 meses	Moderado
	18 meses < d	Extenso

Elaboración: CCP – OSIPTEL

1. El criterio de Efecto de la restricción de la competencia es evaluado a través de cuatro (4) indicadores, cuyos resultados son ponderados de acuerdo a sus respectivos pesos de la siguiente manera:

$$IMA = \sum_{i=1}^{4} P_i I_i$$

Donde:

I_i : Resultado obtenido por el Indicador i.
P_i : Peso asignado al indicador i.

Los indicadores para este criterio se presentan a continuación:

Indicadores del Criterio de Efecto de la restricción de la competencia

Rangos establecidos	Indicador 1 (I_1): % contenidos retransmitidos ilegalmente relevantes (Peso: 30%)	Indicador 2 (I_2): % contenidos retransmitidos total (Peso: 30%)
Si < 15%	1	1
15% < Si <= 30%	2	2
30% < Si <= 50%	3	3
50% < Si <= 75%	4	4
75% < Si	5	5

Elaboración: CCP – OSIPTEL

[35] IMA: Indicador de Mercado Afectado

BICENTENARIO PERÚ 2021

Indicadores del Criterio de Efecto de la restricción de la competencia

Rangos establecidos	Indicador 3 (I_3): Tasa de crecimiento (Tc), en el período de infracción, de las conexiones en servicio (Peso: 20%)	Indicador 4: (I_4): Tasa de crecimiento (Tc), en el período de infracción, de los ingresos (Peso: 20%)
Tc <= 0%	1	1
0% < Tc <= 5%	2	2
5% < Tc <= 10%	3	3
10% < Tc <= 15%	4	4
15% < Tc	5	5

Elaboración: CCP – OSIPTEL

BICENTENARIO PERÚ 2021