



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 008-2011-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 003-2011-CCO-ST/CD
PARTES : Telefónica Multimedia S.A.C. (**Multimedia**) contra
T.V.S. Satelital S.A.C. (**TVS**)
MATERIA : Supuesta comisión de actos de competencia desleal
APELACIÓN : Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL.

SUMILLA: *Se declara fundado el Recurso de Apelación presentado por Multimedia y, en consecuencia, se revoca el artículo segundo de la Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL, por cuanto la supuesta insuficiencia de los medios probatorios presentados no constituye una causal para declarar la improcedencia de la demanda, de conformidad con lo establecido en el numeral 6) del artículo 427° del Código Procesal Civil.*

Lima, 15 de setiembre del año 2011.

VISTO:

- (i) El expediente N° 003-2011-CCO-ST/CD, y;
- (ii) El Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, Multimedia) el 27 de julio de 2011, mediante el cual solicita al Tribunal de Solución de Controversias revoque la Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL, en el extremo que declara improcedente la demanda interpuesta por la citada empresa.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha, 26 de mayo de 2011, Multimedia presentó ante OSIPTEL una demanda contra TVS por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, al retransmitir TVS señales que son de titularidad exclusiva de Multimedia sin contar con la autorización correspondiente, obteniendo de este modo una supuesta ventaja significativa en el mercado de distribución de radiodifusión por cable. Las pretensiones planteadas por Multimedia fueron las siguientes:



- Pretensión Principal.- Se declare que TVS ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infringiendo con ello lo establecido por el artículo 14º del Decreto Legislativo 1044 (¹), Ley de Represión de Competencia Desleal (en adelante Ley de Competencia Desleal), al retransmitir por su parrilla de programación señales que son de titularidad exclusiva de Multimedia, sin contar para ello con su autorización o consentimiento, obteniendo una ventaja indiscutible y significativa en el mercado de televisión de paga.
 - Pretensiones Accesorias.-
 - Se sancione a TVS por la comisión de los actos de competencia desleal que son materia de denuncia, al amparo del artículo 52º de la Ley de Competencia Desleal.
 - Se ordene el cese inmediato de todas las supuestas prácticas ilegales que realiza TVS en contra de Multimedia.
 - Se ordene la publicación de la eventual resolución sancionatoria a TVS, cuyo costo deberá ser asumido por TVS, de conformidad con lo establecido en el artículo 33º de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL.
2. Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, de fecha 7 de junio de 2011, el Cuerpo Colegiado requirió a Multimedia, para que en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, cumpla con presentar, precisar y sustentar de forma clara y ordenada: la totalidad de las "inversiones", "costos" y/o "montos" reales que asume Multimedia en la transmisión de las emisiones materia de su denuncia, que le habrían generado el referido ahorro a TVS; el periodo de tiempo en el cual se transmitieron las emisiones materia de denuncia; y, la Resolución N° 51-2010/CDA-INDECOPI, emitida por la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI.
3. Con fecha 17 de junio de 2011, Multimedia presentó un escrito cumpliendo en parte con lo requerido por el Cuerpo Colegiado. En dicho escrito, Multimedia señaló básicamente lo siguiente:
- Respecto a la información solicitada, Multimedia manifestó que la información con el nivel de detalle exigido, no es necesaria para sancionar una práctica de competencia desleal en la modalidad de infracción de normas, puesto que el Cuerpo Colegiado cuenta con otros mecanismos para la constatación de la ventaja ilícita de TVS, como tomar en cuenta el nivel de audiencia de las señales de televisión retransmitidas de manera ilícita. Asimismo, señaló que

¹ Ley de Competencia Desleal

"Artículo 14.- Acto de violación de normas.-

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

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

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

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. (...)"



no existe norma expresa que prescriba que la información sobre costos e inversiones asumidos por la empresa perjudicada sea necesaria para determinar la ventaja ilícita obtenida por la empresa infractora.

Multimedia indicó que en el Informe sobre Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable elaborado por OSIPTEL en abril de 2008 se señala que *"el pago de derechos por las señales o canales conforma más del 60% de los costos en los cuales incurren las empresas operadoras"*. Por lo que, de acuerdo a dicha afirmación, TVS habría obtenido un ahorro significativo al no realizar el pago de derecho por la señal CMD a Multimedia, con lo que quedaría acreditada la ventaja competitiva obtenida respecto a los demás competidores que sí incurren en dichos costos para transmitir sus señales.

Adicionalmente, Multimedia manifestó que de acuerdo a los Lineamientos Generales del OSIPTEL para la aplicación de normas de competencia desleal en el ámbito de las telecomunicaciones, para determinar la ventaja competitiva ilícita deben evaluarse los beneficios obtenidos por el infractor al incumplir la norma, los mismos que se determinarán en función a la disminución de sus costos o su acceso privilegiado al mercado como consecuencia de su infracción a la norma.

- Respecto al período de tiempo del acto denunciado, Multimedia señaló que dicha actividad ilícita se llevó a cabo por lo menos el 23 de junio de 2009, fecha en la que se realizó la primera constatación policial, hasta el 27 de octubre de 2010, fecha en la que se llevó a cabo una nueva verificación notarial que indicaba que la señal CMD continuaba siendo retransmitida por TVS.
 - Respecto a la Resolución requerida, Multimedia procedió a adjuntar copia de la misma.
4. Mediante Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, de fecha 22 de junio de 2011, el Cuerpo Colegiado, declaró inadmisile la demanda presentada por Multimedia, otorgándole un plazo de tres (3) días hábiles para que cumpla con presentar y sustentar la información relativa a la totalidad de las "inversiones", "costos" y/o "montos" reales que asume Multimedia en las emisiones que estarían siendo retransmitidas de forma indebida por TVS, que constituyen el sustento de la ventaja significativa alegada en su demanda. Las principales consideraciones de la citada Resolución fueron las siguientes:
- El Cuerpo Colegiado estimó importante ponderar cuáles son los elementos mínimos para el inicio del análisis de la ventaja significativa en el mercado de telecomunicaciones, considerando como aspectos mínimos a ser evaluados: la importancia de las señales retransmitidas y/o los niveles de audiencia, así como la acreditación del presunto ahorro derivado de la infracción de las normas imperativas, todo esto, para evaluar la mejor posición competitiva obtenida por la infracción de normas.
 - El Cuerpo Colegiado estimó que para avocarse al análisis de la existencia de la supuesta ventaja significativa, resultaba necesario contar con la información real sobre el presunto ahorro derivado de la infracción de las normas



imperativas, más aún cuando dicho ahorro de costos, inversiones y/o montos fueron alegados por Multimedia como sustento de su demanda.

- El Cuerpo Colegiado señaló que en virtud del artículo 196º del Código Procesal Civil, la carga de la prueba de acreditar el sustento de sus afirmaciones recae en Multimedia; y que, conforme al artículo 44º del Reglamento de Solución de Controversias, uno de los requisitos para la presentación de la demanda es el ofrecimiento de medios probatorios.
5. Con fecha 04 de julio de 2011, Multimedia, presentó un escrito en el que solicitó tener por subsanada la inadmisibilidad de la demanda, así como que se le conceda el uso de la palabra para informar sobre este caso. En dicho escrito, dicha empresa señaló básicamente lo siguiente:
- Multimedia consideró que de acuerdo con la legislación procesal, los medios probatorios presentados son suficientes para que la demanda interpuesta sea admitida a trámite. Así, para acreditar el acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, señaló que había cumplido con adjuntar como medio probatorio las resoluciones emitidas por el INDECOPI.
 - Multimedia indicó que la inadmisibilidad sólo puede ser declarada por el incumplimiento de un requisito de forma declarado como tal por la ley procesal; y su representada cumplió con todos los requisitos formales exigidos para la tramitación de la denuncia presentada.
 - Multimedia manifestó que conforme a la Ley de Competencia Desleal, no está obligada a presentar cuál es su real estructura de costos para que sea plausible su demanda, sino tan sólo demostrar que TVS vulneró la legislación sectorial; y que, por ello, obtuvo una ventaja significativa en el mercado.
 - Multimedia señaló que al requerir como requisito de admisibilidad la entrega de la mencionada información, el Cuerpo Colegiado se apartó de lo establecido en los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones; y de decisiones emitidas por Cuerpos Colegiados del OSIPTEL y por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.
6. Mediante Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL, de fecha 07 de julio de 2011, el Cuerpo Colegiado, denegó el uso de la palabra solicitado por Multimedia, y declaró improcedente la demanda presentada por dicha empresa, en virtud de los siguientes fundamentos:
- Sobre la demanda interpuesta por Multimedia:
 - El Cuerpo Colegiado consideró que la sola sanción del INDECOPI en materia del Derecho de Autor no significa que, de modo inmediato y automático, los Cuerpos Colegiados deban sancionar en función de los mismos elementos de juicio e información, caso contrario, podría incurrirse en una violación del principio *non bis in idem*.
 - El Cuerpo Colegiado señaló que el requerimiento de información a Multimedia, se realizó en base a lo alegado por dicha empresa, quien refirió que la ventaja significativa se encontraba relacionada con la totalidad de inversiones, costos y montos que asumía Multimedia.



- El Cuerpo Colegiado señaló que, a fin de contar con mayores elementos de juicio para dar inicio al procedimiento y determinar la ventaja significativa en el mercado de telecomunicaciones, se deben tomar en cuenta elementos mínimos a ser evaluados en estos casos, la importancia de las señales retransmitidas y/o los niveles de audiencia, así como la acreditación del presunto ahorro derivado de la infracción de las normas imperativas.

- El Cuerpo Colegiado indicó que Multimedia no presentó datos concretos o información que acredite el ahorro aludido para relacionarlo con la ventaja significativa obtenida en el mercado de telecomunicaciones.

- El Cuerpo Colegiado señaló que lo que fue sancionado por el INDECOPI fue el no contar con las licencias y autorizaciones para la retransmisión del canal CMD, el provecho ilícito, el perjuicio económico y el daño causado a la competencia, por lo que la infracción a las normas de Derecho de Autor no necesariamente genera una ventaja significativa en el mercado de telecomunicaciones en específico.

- Sobre la ventaja significativa en materia de telecomunicaciones:

El Cuerpo Colegiado señaló que Multimedia no aportó mayores elementos de juicio que los evaluados en las instancias del Derecho de Autor del INDECOPI, cuya infracción correspondiente fue impuesta en su oportunidad; y, asimismo, no acreditó suficientemente con los medios probatorios adjuntos a sus argumentos, indicios de la existencia de la presunta ventaja significativa generada en el mercado de distribución de radiodifusión por cable. En ese sentido, el Cuerpo Colegiado consideró que la información presentada por Multimedia resultaba insuficiente para avocarse a la materia controvertida, no permitiendo jurídicamente encausar el petitorio, por lo que correspondía declarar improcedente la demanda, según lo dispuesto en el numeral 6) del artículo 427º del Código Procesal Civil ⁽²⁾.

- Sobre el pedido de uso de la palabra de Multimedia:

El Cuerpo Colegiado señaló que atendiendo a la etapa procesal de calificación de la demanda para el inicio de la etapa postulatoria, no correspondía la citación a informe oral, máxime si la información requerida con fines de la calificación, podía ser cumplida de forma instrumental.

7. Con fecha 27 de julio de 2011, Multimedia interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL, solicitando revocar la declaratoria de improcedencia de la demanda presentada por dicha empresa. Los principales fundamentos del Recurso de Apelación son los siguientes:

- Sobre la improcedencia de la demanda:

² Código Procesal Civil

"Artículo 427.- Improcedencia de la demanda.-

El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

(...)

6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible;

(...)

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes."



- Multimedia considera que declarar la improcedencia de la demanda sin haberle dado trámite, en base a una evaluación preliminar de los medios probatorios aportados por el demandante, o por la insuficiencia de elementos de prueba ofrecidos para demostrar la ventaja significativa obtenida por TVS, contraviene el artículo 139º inciso 3) de la Constitución Política del Perú, referido a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos, entendiendo que dicho análisis debe efectuarse en las etapas procesales correspondientes, a través de las cuales el juzgador podrá determinar si son o no insuficientes los medios probatorios ofrecidos, tomando en consideración lo alegado por el denunciado, y estableciendo –finalmente- si la demanda es fundada o infundada.
- Multimedia señala que la declaratoria de improcedencia de la demanda sólo procede cuando el demandante no cumple con lo establecido por la legislación procesal; que, en este caso, se sustenta en una inválida interpretación del artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal; y que, su alegación es contradictoria, pues sólo se ha considerado la insuficiencia de elementos probatorios para demostrar la presunta ventaja significativa generada en el mercado de distribución de radiodifusión por cable por parte de TVS, más no se ha argumentado porque el petitorio de Multimedia es jurídica o físicamente imposible.
- Sobre la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas y la ventaja significativa en materia de telecomunicaciones:
- Multimedia señala que, para acreditar el acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por parte de TVS, cumplió con adjuntar como medio probatorio las resoluciones del INDECOPI, que declararon fundada su denuncia presentada contra TVS por infracción a la Ley de Derechos de Autor, en las cuales se efectuó un análisis de los costos en los que TVS hubiera incurrido de haber solicitado una autorización por parte de Multimedia; y, asimismo, presentó el Informe sobre Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable, elaborado por OSIPTEL en abril de 2008, en el cual se señala que: *“el pago de derechos por las señales o canales conforma más del 60% de los costos en los cuales incurren las empresas operadoras”*, lo que le permite asegurar que TVS habría obtenido un ahorro significativo, al no realizar el pago del derecho por la señal de CMD a Multimedia.
- Multimedia señala que conforme a los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones del OSIPTEL, para determinar si existe o no infracción por parte de TVS, el cuerpo colegiado deberá centrarse en los beneficios, a todas luces ilícitos, obtenidos por TVS al brindar su servicio de televisión por cable a sus usuarios sin autorización, lo que aleja la investigación de los costos reales de la operación de Multimedia.
- Multimedia indica que, este caso, la primera instancia se desvinculó de lo señalado por otros Cuerpos Colegiados; puesto que, en diversos expedientes, el Cuerpo Colegiado a cargo consideró que, para efectos de estimar la ventaja significativa en el mercado, se deberían emplear como criterios: (i) los montos aproximados del “ahorro” obtenidos por el demandado al incumplir con las normas sobre derechos de autor, (ii) la importancia de los canales en la programación, y (iii) los montos aproximados de la ventaja respecto de los ingresos declarados.
- Multimedia también manifiesta que, en este caso, la primera instancia se desvinculó de lo señalado por el INDECOPI; puesto que, en aquellos casos de denuncias por competencia desleal en la modalidad de infracción de normas, este



Organismo tampoco consideró que la estructura de costos de la empresa denunciante sea una información relevante para la determinación de la significancia de la infracción en el mercado. Habiendo, además, considerado que cuando se trata de una obligación que tienen que cumplir todos los agentes del mercado y uno de ellos no la cumple en detrimento de sus competidores, la significancia es más fácil de medir, en la medida que la misma se deriva de los ahorros en los que incurrió la empresa investigada al incumplir con la legislación mandatoria.

En resumen, Multimedia señala que la declaración de improcedencia de su demanda vulnera su derecho de acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, se sustenta en una inválida interpretación del artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal y no ha considerado su pretensión y los medios probatorios que ha presentado.

8. Mediante Resolución N° 004-2011-CCO/OSIPTEL, de fecha 1 de agosto de 2011, el Cuerpo Colegiado resolvió conceder el Recurso de Apelación interpuesto por Multimedia contra la Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL del 7 de julio de 2011, elevando el expediente a la segunda instancia administrativa, conforme a lo establecido por el Reglamento para la Solución de Controversias entre Empresas.
9. Mediante Oficios N° 033-STTSC/2011 y N° 036-STTSC, de fecha 8 de agosto de 2011, se puso en conocimiento de TVS del Recurso de Apelación presentado por Multimedia, a fin de que dicha empresa conteste la apelación. Hasta la fecha, TVS no ha contestado el Recurso de Apelación mencionado.
10. Con carta s/n remitida el 23 de agosto de 2011, TVS solicitó copias de algunas piezas del expediente N° 003-2011-CCO-ST/CD, las cuales le fueron entregadas el 24 de agosto de 2011.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

11. La cuestión en discusión, en el presente procedimiento, consiste en determinar si, debido a que la información presentada por Multimedia fue considerada insuficiente por el Cuerpo Colegiado, correspondía declarar improcedente la demanda presentada por dicha empresa, por contener un petitorio físico o jurídicamente imposible, en virtud del numeral 6) del artículo 427º del Código Procesal Civil; y, en consecuencia, determinar si corresponde declarar fundado o infundado el Recurso de Apelación presentado por Multimedia contra la Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL.
12. Asimismo, es cuestión en discusión determinar si corresponde que, en esta etapa del procedimiento, éste Tribunal se pronuncie sobre la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, así como sobre la presunta ventaja significativa obtenida por TVS en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, con ocasión de las conductas materia de la demanda.

III. ANÁLISIS

3.1. Sobre la declaratoria de improcedencia de la demanda

13. Como se ha señalado, en la resolución impugnada, el Cuerpo Colegiado declaró improcedente la demanda presentada por Multimedia contra TVS, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, al



retransmitir TVS señales de titularidad exclusiva de Multimedia sin contar con la autorización correspondiente, obteniendo de ese modo una supuesta ventaja significativa en el mercado de distribución de radiodifusión por cable.

14. El Cuerpo Colegiado estimó que correspondía declarar improcedente la demanda por contener ésta un petitorio físico o jurídicamente imposible, al considerar que la información presentada por Multimedia resultaba insuficiente para avocarse a la materia controvertida, sin permitirle jurídicamente encausar el petitorio. En ese sentido, la primera instancia indicó que Multimedia no aportó mayores elementos de juicio que los evaluados en las instancias del Derecho de Autor del INDECOPI, cuya infracción correspondiente había sido impuesta en su oportunidad; y, asimismo, no acreditó suficientemente con los medios probatorios adjuntos a sus argumentos indicios de la existencia de la presunta ventaja significativa generada en el mercado de distribución de radiodifusión por cable.
15. En su escrito de apelación, Multimedia solicitó revocar la resolución impugnada, señalando que no correspondía declarar la improcedencia de la demanda sin haberle dado trámite ⁽³⁾, basándose en la evaluación preliminar de los medios probatorios aportados por el demandante o por la insuficiencia de elementos de prueba ofrecidos para demostrar la ventaja significativa obtenida por TVS; y sin indicar porqué el petitorio de Multimedia es jurídica o físicamente imposible. Situación que, a su entender, contravendría su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en el numeral 3) del artículo 139º de la Constitución Política del Perú.
16. Sobre el particular, este Tribunal considera pertinente analizar la causal de improcedencia de la demanda por contener un petitorio física y jurídicamente imposible, en virtud de lo dispuesto en el numeral 6) del artículo 427º del Código Procesal Civil.
17. Respecto a lo que debe entenderse por la imposibilidad jurídica, la doctrina refiere el supuesto en el que el petitorio no se adecúa o no guarda correspondencia –de modo evidente– con el marco legal existente, o sea contrario o incompatible con éste. De igual forma, respecto al petitorio físicamente imposible, éste se presenta cuando no existe posibilidad material de satisfacer la pretensión reclamada en la demanda por ser contraria a las leyes de la naturaleza ⁽⁴⁾.
18. Así, la imposibilidad jurídica radica en el objeto, por lo que son petitorios con imposibilidad jurídica, aquéllos que son contrarios al ordenamiento jurídico vigente, y que por tanto, no son pasibles de tutela jurídica por parte del órgano jurisdiccional ⁽⁵⁾. Por otro lado, la imposibilidad física está referida a la falta de posibilidad material de cumplimiento de una prestación, en este caso, si bien la pretensión procesal estará orientada al cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, no se

³ Cabe indicar, que el artículo primero de la Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL, que denegó el uso de la palabra solicitado por Multimedia, no fue materia de apelación; por lo que el mismo ha quedado firme.

⁴ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Derecho Procesal Civil, Tomo VI, Lima: Jurista, 2010. pp. 349.

⁵ HURTADO REYES, Martín. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Lima: IDEMSA, 2009, pp. 340. “Así, estará afectado de imposibilidad la exigencia para el otorgamiento de escritura pública de un bien de uso público o la ejecución de hipoteca sobre una plaza pública (la imposibilidad jurídica radica en el objeto). De igual forma, será un petitorio con imposibilidad jurídica aquel que busca el cumplimiento o ejecución de una acreencia lograda a través de juegos de azar no autorizados, artículo 1943 del Código Civil (esta acreencia a pesar de existir no podrá ser ejecutada en la vía judicial). Otra situación que puede ejemplificar la causal en estudio es el petitorio jurídicamente imposible por el cual una persona que sostiene una relación de concubinato con otra, solicita al órgano jurisdiccional que declare su divorcio. Los casos de imposibilidad jurídica son conocidos en doctrina como el caso no justiciable”.



podrá exigir su cumplimiento por imposibilidad material; originaria o sobreviniente ⁽⁶⁾. En conclusión, la referida norma regula el caso de los conflictos inertes, que provocan la no admisión de la demanda porque el ordenamiento jurídico no protege el interés alegado por el demandante. Dichos supuestos son limitados, y por más relevancia jurídica que tengan, es el propio ordenamiento jurídico quien los sustrae de la posibilidad de ser exigidos judicialmente, al tratarse de supuestos de conflictos jurídicos pero sin acción ⁽⁷⁾.

19. Con relación a la improcedencia de la demanda, basada en la causal de imposibilidad jurídica y física del petitorio, la jurisprudencia ha seguido el criterio antes indicado, señalando lo siguiente:

"(...) Es entendido un petitorio jurídicamente imposible como aquel que no se adecua o no guarda correspondencia evidente con el marco legal existente o es contrario o incompatible con éste (...)" (Casación Nº 3124-2005/Ica, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de noviembre de 2006, págs. 17965-17966.)

"Es improcedente la demanda de prescripción adquisitiva de dominio contra el Estado, pues contiene una pretensión jurídicamente imposible. Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles" (Exp. Nº 2992-98, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento, Ledesma Narváez, Marianella, Jurisprudencia Actual, Tomo 5, Gaceta Jurídica, p.451.)

20. En concordancia con los criterios anteriormente expuestos y siguiendo la misma línea adoptada por la jurisprudencia, este Tribunal considera que la demanda presentada por Multimedia, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, al retransmitir TVS señales que son de su titularidad exclusiva sin contar con la autorización correspondiente, contiene un petitorio previsto en el artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal. En tal sentido, no correspondía que la misma sea declarada improcedente por haber incurrido en lo previsto en el numeral 6) del artículo 427º del Código Procesal Civil.
21. De otro lado, Multimedia ha alegado que no correspondía declarar la improcedencia de la demanda, sin haberle dado trámite, basándose en la evaluación preliminar de los medios probatorios aportados por el demandante o por la insuficiencia de elementos de prueba ofrecidos para demostrar la ventaja significativa obtenida por TVS. Agrega, que la declaratoria de improcedencia de la demanda sólo procede cuando el demandante no cumple con lo establecido por la legislación procesal; y, que, en este caso, se sustenta en una inválida interpretación del artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal.
22. Al respecto, el artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal, dispone lo siguiente:

⁶ HURTADO REYES, Martín. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Lima: IDEMSA, 2009, pp. 340. *"Verbigracia aquél que asume la obligación de llevar a determinada persona en un tour al Planeta Marte en Diciembre de 2008, típico caso de imposibilidad material originaria, de la cual no podrá ser exigido su cumplimiento ante el órgano jurisdiccional. Sirve de ejemplo la ejecución del cumplimiento de una obligación de hacer por la cual un pintor famoso se comprometió a retratar a determinada persona o un científico a realizar un trabajo de investigación de su especialidad, sin embargo, ambos personajes antes de que la obligación sea exigible fallecieron, entonces tendremos que de proponer estas pretensiones ante el órgano jurisdiccional serán rechazadas con una declaración de improcedencia al no poder ser ejecutada judicialmente por existir imposibilidad material sobreviniente (obligaciones intuitu personae)".*

⁷ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Comentarios al Código Procesal Civil, Lima: IDEMSA, 2010, pp.897.

**"Artículo 14.- Acto de violación de normas.-"**

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

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

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

A su vez, el artículo 44º y el artículo 45º del Reglamento de Solución de Controversias establecen lo siguiente:

"Artículo 44.- Requisitos de la demanda. La demanda a que se refiere el artículo anterior y los escritos atinentes al procedimiento deberán presentarse en la mesa de partes de OSIPTEL, dirigidos al Cuerpo Colegiado. En el escrito que contenga la demanda deben señalarse los datos generales de quien la presenta, su domicilio, la pretensión, los fundamentos, ofrecerse los medios probatorios y acompañarse como anexos los medios probatorios de que se disponga, así como acreditar la representación correspondiente".

Artículo 45.- Inadmisibilidad, improcedencia. El Cuerpo Colegiado podrá declarar la inadmisibilidad de las demandas que no sean presentadas con arreglo al artículo anterior, dentro de los tres (3) días contados desde el día siguiente de emitida la resolución que lo designa, otorgando el plazo de cinco (5) para subsanar. En el mismo plazo podrán declararse improcedente las demandas (i) presentadas por o contra empresas que no tienen la calidad de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, salvo que se trate de controversias a las que se refiere el segundo párrafo del Artículo 2 del presente Reglamento; (ii) que versen sobre temas que no son de competencia de OSIPTEL; o, (iii) por cualquier otra causal de improcedencia establecida en el Código Procesal Civil".

Asimismo, el artículo 128º y el artículo 427º del Código Procesal Civil disponen lo siguiente:

"Artículo 128.- Admisibilidad y Procedencia.-"

El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo".

"Artículo 427.- Improcedencia de la demanda.-"

El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;



5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes". (Subrayado nuestro)

23. Como se advierte de las normas glosadas, el artículo 14º de la Ley de Competencia Desleal contiene el supuesto del acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas ⁽⁸⁾. Asimismo, los artículos 44º y 45º del Reglamento de Solución de Controversias, establecen, respectivamente, cuáles son los requisitos de la demanda ⁽⁹⁾ y los supuestos para su inadmisibilidad e improcedencia; y los artículos 128º y 427º del Código Procesal Civil, regulan, respectivamente, los supuestos de admisibilidad y procedencia, así como los supuestos bajo los cuales una demanda puede ser declarada improcedente; sin hacer referencia a la suficiencia de los medios probatorios como requisito para la admisión de la demanda.
24. En ese orden de ideas, este Tribunal considera que, en la calificación de la demanda, correspondía analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia antes referidos, sin evaluar la suficiencia de los medios probatorios presentados por Multimedia y si éstos acreditan *"indicios de la existencia de la presunta ventaja significativa generada en el mercado de radiodifusión por cable"*, por cuanto dicho análisis corresponde a una cuestión de fondo a ser dilucidada en el curso del procedimiento.
25. En el mismo sentido, es de destacar que, si bien el Cuerpo Colegiado se encuentra plenamente facultado para solicitar información adicional respecto a los argumentos esgrimidos por la demandante, en virtud del artículo 22º del Reglamento de Solución de Controversias ⁽¹⁰⁾, que establece expresamente que las instancias de Solución de Controversias se encuentran facultadas para solicitar a las partes la aclaración de sus escritos, la precisión de sus argumentos, o la presentación de información adicional en cualquier estado del procedimiento, ello no debería condicionar la admisión y tramitación de la demanda, en virtud de las normas antes glosadas.

⁸ Cabe indicar que, en su demanda, Multimedia señaló que la Resolución N° 2783-2010/TPI-INDECOPI, que confirmó la sanción de tres UIT a TVS, por vulnerar los derechos conexos de Multimedia, al haber retransmitido la señal de TVS sin autorización, agotó la vía administrativa, y otorgó un plazo de tres meses para interponer acción contencioso administrativa en el Poder Judicial, la cual no fue realizada (página 16 de su escrito de demanda).

⁹ Conforme al artículo 44º del Reglamento de Solución de Controversias antes referido, el escrito de demanda debe contener: los datos generales de quien la presenta, su domicilio, la pretensión, los fundamentos, los medios probatorios de que se disponga, así como acreditar la representación correspondiente.

¹⁰ Reglamento de Solución de Controversias

"Artículo 22.- Información adicional y citación. En cualquier estado del procedimiento, las instancias de solución de controversias o la Secretaría Técnica, según corresponda, podrán solicitar a las partes la aclaración de sus escritos, la precisión de sus argumentos, o la presentación de información adicional. Asimismo, podrán citar a las partes de manera conjunta o individual, lo cual será puesto en conocimiento de éstas".



26. Similares consideraciones, con relación a la calificación de la demanda y la improcedencia de la misma, han sido adoptadas en la jurisprudencia que se cita a continuación:

“La calificación de la demanda es la facultad del juez para analizar únicamente los requisitos de admisibilidad y procedencia de la demanda; por ende, dichos requisitos están vinculados estrictamente a cuestiones de forma y capacidad procesal en el modo de interponer la demanda, consecuentemente, no corresponde ser rechazada basada en la presentación y análisis de las pruebas recaudadas, que implica un pronunciamiento sobre el fondo, lo que no es propio de una resolución que liminarmente declara la improcedencia de la demanda; pues de lo contrario se contraviene lo dispuesto en el artículo 139 inciso 3º de la Constitución Política del Estado, conforme al cual toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos con sujeción a un debido proceso (...).” (Casación N° 1393-2007/La Libertad, publicada en el diario Oficial El Peruano el 01 de octubre de 2007, pág. 20491).

“(...) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta que al calificar la demanda, el juzgador está impedido de emitir criterios que corresponden a una resolución que resuelve el fondo de la cuestión controvertida, puesto que ello está reservado para la sentencia, mediante la cual el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida, declarando el derecho de las partes, conforme está estipulado por el artículo ciento veintiuno, in fine, del Código Procesal Civil. En tal contexto, en el acto de la calificación de la demanda, el Juez debe limitarse a verificar si la demanda satisface los requisitos establecidos en los artículos cuatrocientos veinticuatro, cuatrocientos veinticinco y cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil (Casación N° 4762-2006/Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de setiembre de 2008, págs. 2267-22668).

27. En virtud de las consideraciones antes expuestas, corresponde declarar fundado el Recurso de Apelación presentado por Multimedia; disponiéndose devolver el expediente N° 003-2011-CCO-ST/CD a la primera instancia, a fin de que el Cuerpo Colegiado califique la demanda, por cuanto la supuesta insuficiencia de los medios probatorios presentados no constituye una causal para declarar la improcedencia de la demanda de conformidad con lo establecido en el numeral 6) del artículo 427º del Código Procesal Civil.

3.2. Sobre la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas y el análisis de la ventaja significativa en el mercado de distribución de radiodifusión por cable

28. Conforme se ha señalado anteriormente, es cuestión en discusión determinar si corresponde que, en esta etapa del procedimiento, éste Tribunal se pronuncie sobre la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, así como sobre la presunta ventaja significativa obtenida por TVS en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, con ocasión de las conductas materia de la demanda.

29. Sobre el particular, este Tribunal estima que en virtud de las consideraciones antes expuestas, no corresponde pronunciarse acerca de la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, así como sobre la



presunta ventaja significativa obtenida por TVS en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, con ocasión de las conductas materia de la demanda; en tanto, la evaluación de los medios probatorios y la fundabilidad de la pretensión serán materia de análisis a lo largo del procedimiento administrativo, conforme lo dispone el artículo 188º del Código Procesal Civil ⁽¹¹⁾.

30. En ese mismo sentido, es pertinente señalar que, conforme al artículo 196º del Código Procesal Civil ⁽¹²⁾, la carga de la prueba tendiente a acreditar el sustento de sus alegaciones, corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión.

Así, la referida norma determina quien tiene interés jurídico en que resulten probados los hechos alegados, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba. De esta forma, puede decirse, que la carga indica quién debe evitar que falte la prueba de cierto hecho, es decir, no implica un deber o una obligación sino, un poder o una facultad de ejecutar el acto interés propio ⁽¹³⁾.

Por tanto, podemos concluir que, *"la carga de la prueba es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se indica al juez como debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables"* ⁽¹⁴⁾.

31. Lo señalado respecto a la evaluación de los medios probatorios y al examen de fundabilidad o no de la pretensión, es además consistente con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la República, con relación a las facultades del juez.

"..La facultad con la que nuestro Ordenamiento Procesal vigente ha investido al Juzgador para declarar in limine la improcedencia de las demandas, de conformidad con el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Civil obedece a la necesidad de i) establecer una relación jurídica procesal válida desde el momento de la interposición de la demanda, mediante el cumplimiento de las condiciones generales de la acción, ii) contar con petitorios que fuesen jurídicamente o físicamente posibles, con derechos controvertidos no caducos, cuyas pretensiones, en su caso, hayan sido debidamente acumuladas, iii) plantear el conflicto jurídico ante órgano jurisdiccional competente, a fin de que el proceso no se desnaturalice con la sustanciación de pretensiones procesales que nacen muertas por cualesquiera de las situaciones descritas (...), siendo ello así, el examen de procedencia de las demandas debe ser exhaustivo en la verificación del cumplimiento de los precitados requisitos; lo que sin embargo no debe confundirse con el examen de fundabilidad o no de la pretensión planteada, dado que ello está reservada única y exclusivamente para el momento de sentenciar, la misma que de acuerdo al artículo ciento ochentiocho del Código Procesal Civil se basa, además

¹¹ Código Procesal Civil

"Artículo 188.- Finalidad.- Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones".

¹² Código Procesal Civil

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

¹³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. P. de Zavala: Buenos Aires, 1981. Quinta Edición. Tomo I. Págs. 424-430; 440-484.

¹⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. P. de Zavala: Buenos Aires, 1981. Quinta Edición. Tomo I. Págs. 424-430; 440-484.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

del derecho, en los medios probatorios actuados por las partes; los cuales se dan por ofrecidos, se admiten y actúan en las Audiencias respectivas luego que se ha permitido a la parte demandada ejercer su derecho de contradicción". (Casación N° 658-2008/Lambayeque, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de diciembre de 2002, págs. 9612-9613)". (Subrayado nuestro)

De conformidad con el artículo 9° de la Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el artículo 36° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, el artículo 92° del Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar fundado el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica Multimedia S.A.C.; y, en consecuencia, revocar el artículo segundo de la Resolución N° 003-2011-CCO/OSIPTEL, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Devolver el expediente N° 003-2011-CCO-ST/CD a la primera instancia, a fin de que el Cuerpo Colegiado encargado de la presente controversia, califique la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Con el voto favorable de los señores vocales: Hebert Tassano Velaochaga, Humberto Ramírez Trucíos y Juan Carlos Valderrama Cueva.



HEBERT TASSANO VELAOCHAGA
Presidente