



RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

N° 00011-2022-TSC/OSIPTEL

Lima, **21 de abril de 2022**

EXPEDIENTE N°	014-2021-CCP-ST/CD
ADMINISTRADOS	AVELINA VARGAS CHACÓN
MATERIA	Competencia desleal
APELACIÓN	Resolución N° 00094-2021-CCP/OSIPTEL

SUMILLA: Declara **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por la señora Avelina Vargas, y en consecuencia **CONFIRMA** la Resolución N° 00094-2021-CCP/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente el 9 de diciembre 2021, que declaró su responsabilidad administrativa y le impuso una multa de setenta y dos punto uno (72.1) Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de la infracción tipificada 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.

DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución N° 094-2021-CCP/OSIPTEL, formulada por la señora Avelina Vargas

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 014-2021-CCP-ST/CD
- (ii) El recurso de apelación presentado el 11 de enero de 2022 por la señora Avelina Vargas Chacón (en adelante, señora Vargas) contra la Resolución N° 00094-2021-CCP/OSIPTEL del 9 de diciembre de 2021 (en adelante, Resolución Impugnada), emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente (en adelante, CCP).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Oficio N°237-2016/DDA recibido el 17 de junio de 2016, la Dirección de Derecho de Autor del INDECOPI (en adelante, la DDA) puso en conocimiento del OSIPTEL la Resolución N°0198-2014/CDA-INDECOPI, emitida por la Comisión de Derechos de Autor (en adelante, la CDA) mediante la cual se declaró la responsabilidad administrativa de la señora Vargas por la infracción al literal a) del artículo 140 de la Ley sobre el Derecho de Autor, aprobada por Decreto Legislativo N°822 (en adelante, Ley de Derecho de Autor).
2. Posteriormente la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO) tomó conocimiento de que la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del INDECOPI (en adelante, la Sala de Propiedad Intelectual), a través de la Resolución N°3279-2015/TPI-INDECOPI, confirmó la referida Resolución N°0198-2014/CDA-INDECOPI en el extremo que declaró la responsabilidad





administrativa de la señora Vargas por la retransmisión de cincuenta y nueve (59) emisiones de organismos de radiodifusión sin la correspondiente autorización y, además, declaró la nulidad parcial de la decisión de la CDA en el extremo referido a la infracción al derecho de autor por la comunicación pública de obras y producciones audiovisuales.

3. Mediante Oficio N°1640-2017/GEL-INDECOPI, recibido el 21 de noviembre de 2017, la Gerencia Legal del INDECOPI informó a la STCCO, entre otras cosas, que se encontraba en trámite un proceso contencioso administrativo en contra de la Resolución N°3279-2015-/TPI-INDECOPI.
4. Por Oficio N°00371-2020-GEL/INDECOPI, recibido el 8 de junio de 2020, la Gerencia Legal del INDECOPI informó a la STCCO que el proceso judicial seguido en contra de la referida Resolución N°3279-2015/TPI-INDECOPI había concluido, con sentencia consentida que declaró infundada la demanda presentada por la señora Vargas. Asimismo, la Gerencia Legal del INDECOPI remitió copia de la referida sentencia y de la Resolución N°23, del 26° Juzgado Contencioso Administrativo de Lima que declaró consentido el fallo.
5. Mediante Resolución N°00014-2021-STCCO/OSIPTEL de fecha 5 de marzo de 2021, la STCCO inició un procedimiento sancionador en contra de la señora Vargas por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación normas en el mercado de distribución de radiodifusión por cable, infracción prevista en el artículo 14.1 y de acuerdo con la modalidad recogida en el literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal (en adelante, la LRCD).
6. El 6 de octubre de 2021, la STCCO emitió el Informe Instructivo N°057-STCCO/2021 (en adelante, el Informe Instructivo), en el cual se recomendó al CCP que declare la responsabilidad administrativa de la señora Vargas por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de televisión paga, infracción prevista en el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD y; en consecuencia, sancionar a la referida empresa con una multa de setenta y dos punto uno (72.1) UIT por la comisión de una infracción grave.
7. Con fecha 9 de diciembre del 2021 el CCP emitió la Resolución Impugnada, en la cual resolvió lo siguiente:

Artículo Primero. - *Declarar la responsabilidad administrativa de la señora Avelina Vargas Chacón por incurrir 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 Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.*

Artículo Segundo. - *Sancionar a la señora Avelina Vargas Chacón con una multa de en setenta y dos punto uno (72.1) Unidades Impositivas Tributarias, por incurrir en la infracción tipificada en el artículo 14.1 y el literal a) del artículo 14.2 del Decreto Legislativo N° 1044, infracción calificada como grave.*

Artículo Tercero. – *Ordenar la publicación de la presente Resolución en el diario oficial*

El Peruano, así como en el portal web del institucional del OSIPTEL, una vez que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, de conformidad con lo establecido por el artículo 33° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

Artículo Cuarto. – *Notificar a la señora Avelina Vargas Chacón. el contenido de la presente Resolución.*

8. Con fecha 11 de enero de 2022, la señora Vargas interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 00094-2021-CCP/OSIPTEL del 9 de diciembre de 2021.
9. Mediante Resolución N° 00003-2022-CCP/OSIPTEL, el CCP concedió la apelación interpuesta por la señora Vargas contra la Resolución Impugnada, disponiendo la remisión de los actuados a este Tribunal a través del Memorando N° 00017-STCCO/2022 de fecha 25 de enero de 2022.
10. El 25 de enero del 2022 la señora Vargas presentó una declaración jurada suscrita por su conviviente, Paul Ruben Carrera Guzman, a efectos de tenerse en cuenta al momento de resolver el recurso.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

11. Considerando los argumentos expuestos por la señora Vargas, este Tribunal considera que las cuestiones en discusión en el presente caso son las siguientes:
 - (i) Determinar si ha prescrito la facultad del OSIPTEL para determinar la responsabilidad administrativa de la señora Vargas por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 14.1 y el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD.
 - (ii) Determinar si la Resolución N° 0014-2021, que da inicio al Procedimiento Administrativo Sancionador, es válida.
 - (iii) Determinar la competencia del OSIPTEL para la tramitación del presente procedimiento y si este vulnera el principio non bis in ídem.
 - (iv) Determinar la existencia de una ventaja significativa conforme a lo establecido en la LRCD.
 - (v) Determinar si se ha vulnerado el principio de razonabilidad al momento de graduar la sanción y si corresponde aplicar el límite financiero establecido en el artículo 52 de la LRCD.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. Sobre la prescripción planteada por la señora Vargas

12. La señora Vargas sostiene en su recurso de apelación que el plazo con el que contaba el CCP para determinar la existencia de la infracción -de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas- habría prescrito.
13. Señala que, al 5 de marzo de 2021, fecha en la que se dio inicio al procedimiento administrativo sancionado ante el OSIPTEL, ya habrían transcurrido más de cinco (5) años desde el último acto infractor imputado que habría sido verificado. En ese sentido, señala que no se puede perpetuar una persecución por hechos que datan del 2012-2013. Asimismo, alude a que INDECOPI determinó la responsabilidad administrativa por retransmisión ilícita de emisiones el 11 de agosto de 2015, por lo



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 1F7J5_2I7P1525

que, en atención a lo dispuesto en el artículo 51 de la LRCD ⁽¹⁾, el plazo de prescripción habría terminado el 11 de agosto de 2020, por lo que, estaríamos frente a la pérdida de la potestad sancionadora del OSIPTEL.

14. Por dicho motivo, este Tribunal estima necesario analizar si en el presente caso ha transcurrido el plazo de prescripción con el que cuenta el OSIPTEL para determinar la comisión de la infracción por parte de la señora Vargas al artículo 14.1 y al literal a) del artículo 14.2 de la LRCD.
15. El artículo 252 del TUO de la LPAG establece que la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales.

“Artículo 252.- Prescripción

252.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. (...)”
[el énfasis agregado es nuestro]

16. Asimismo, el artículo 51 de la LRCD señala que las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de ejecutado el último acto imputado como infractor:

“Artículo 51.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa. -

Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de ejecutado el último acto imputado como infractor. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de sesenta (60) días hábiles por causa no imputable al investigado.” [el énfasis agregado es nuestro]

17. Al respecto, la prescripción es una institución jurídica que se desempeña como un límite a la potestad sancionadora de la Administración Pública, como consecuencia del transcurso del tiempo – y siempre que no se presenten circunstancias que suspendan o interrumpan el cómputo del plazo – la autoridad administrativa declarará de oficio, o por alegación del administrado beneficiario, la extinción de la facultad de determinar la existencia de una conducta infractora y, asimismo, la posibilidad de aplicar una sanción al agente imputado.
18. Así pues, en razón del tiempo, se generará como efecto jurídico el tornar incompetente al órgano sancionador para abrir o proseguir con el procedimiento administrativo sancionador. De esta forma, la prescripción trae como consecuencia

¹ DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL

“Artículo 51.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa. -

Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de ejecutado el último acto imputado como infractor. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el procedimiento permaneciera paralizado durante más de sesenta (60) días hábiles por causa no imputable al investigado.” [el énfasis agregado es nuestro]



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

que las personas adquieran derechos o se liberen de obligaciones ⁽²⁾ y puede ser concebida como la demarcación del ejercicio tardío del *ius puniendi* que tiene doble fundamento: (i) una primera perspectiva desde la óptica del administrado con relación a la seguridad jurídica en cuanto exige un término final para la amenaza de la sanción y (ii) una segunda perspectiva desde la posición de la Administración Pública con relación a la eficacia de su actuación en cuanto le es exigible dedicar su atención a las infracciones actuales con el fin de optimizar sus recursos ⁽³⁾.

19. Ahora bien, el CCP, en la Resolución Impugnada, se precisó que la infracción imputada en el presente procedimiento es la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, la cual se encuentra recogida en el artículo 14.1 de la LRCD. En ese sentido, la conducta punible sería la obtención de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado a través de la vulneración de normas imperativas.
20. Particularmente, en este caso estamos frente a la primera modalidad de dicha infracción conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD ⁽⁴⁾, la cual consiste en la verificación de la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad sectorial competente que determine la vulneración de la norma imperativa.
21. La mencionada infracción se distingue de la retransmisión ilícita de señales en sí misma, la cual constituye una infracción en materia de propiedad intelectual – específicamente sobre derechos de autor – y no de competencia desleal. Es por ello que la sanción de dicho ilícito administrativo es de competencia exclusiva del INDECOPI conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI – Decreto Legislativo N° 1033 ⁽⁵⁾ y el artículo 168 de la Ley sobre Derechos de Autor ⁽⁶⁾.

² MINISTERIO DE JUSTICIA. (2017). *Guía práctica sobre procedimiento administrativo sancionador*. Segunda edición, p. 47.

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-2DA-EDICION.pdf>

³ BACA, V. (2011). La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley de Procedimiento Administrativo General (En Especial, Análisis de los Supuestos de Infracciones Permanentes y Continuas). *Derecho & Sociedad*, (37), 263-274.

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL**

“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, (...)” [el énfasis agregado es nuestro]

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1033 – DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE ORGANIZACIONES Y FUNCIONES DEL INDECOPI**

“Artículo 38.- De la Dirección de Derecho de Autor. -

38.1 Corresponde a la Dirección de Derecho de Autor proteger el derecho de autor y los derechos conexos. En la protección de los referidos derechos es responsable de cautelar y proteger administrativamente el derecho de autor y los derechos conexos.”

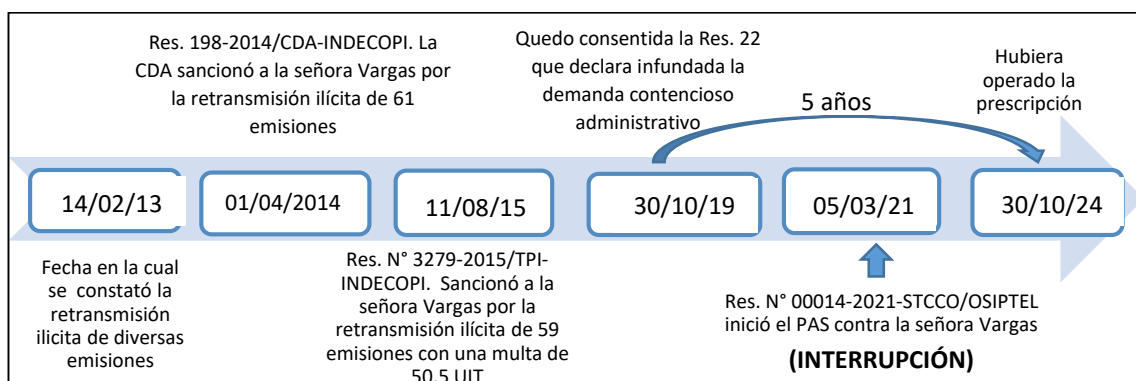
⁶ **DECRETO LEGISLATIVO N° 822 – LEY SOBRE DERECHOS DE AUTOR**

“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



22. Considerando la diferencia entre la infracción en materia de propiedad intelectual y la infracción en materia de competencia desleal, y en tanto el tipo infractor de esta última exige la existencia de una decisión previa y firme para que se configure el tipo infractor mencionado, el inicio del plazo de prescripción empezará a computarse desde la fecha en la que el pronunciamiento administrativo de la autoridad sectorial competente que determinó la vulneración a la norma imperativa adquiere la calidad de firme y no desde la fecha en que ocurrió el hecho.
23. En ese sentido, es importante tener en cuenta que la Resolución N°3279-2015-TPI/INDECOPI, que sancionó la infracción al literal a) del artículo 140 de la Ley de Derecho de Autor, adquirió la condición de firme el día 30 de octubre de 2019, a través de la Resolución N°23, mediante la cual el Vigésimo Sexto Juzgado Contencioso Administrativo Sub Especialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima (primera instancia judicial) declaró consentida la Resolución N°22 que declara infundada la demanda contencioso administrativa presenta por la señora Vargas contra dicha Resolución.

Gráfico N° 1 – LINEA DE TIEMPO DEL TRANCURSO DE PLAZO DE PRESCRIPCIÓN



Elaboración: STTSC

24. Por consiguiente, al 5 de marzo de 2021 -fecha en que se inició el presente procedimiento administrativo sancionador- la facultad del OSIPTEL para determinar la responsabilidad administrativa de la señora Vargas por infracción al artículo 14.1 y al literal a) del artículo 14.2 de la LRCD, no había prescrito.
25. En ese sentido, este Tribunal coincide con el desarrollo argumentativo esgrimido por el CCP en la Resolución Impugnada, toda vez que el criterio para determinar el inicio del cómputo de plazo de prescripción de la infracción imputada deriva de la lectura del mismo tipo infractor.
26. Por lo expuesto, se desestima los argumentos señalados por la señora Vargas en este extremo.

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

3.2. Sobre la validez de la resolución que da inicio al PAS

27. La señora Vargas sostiene en su recurso de apelación que la Resolución N°00014-2021-STCCO/OSIPTEL, resolución que da inicio al procedimiento administrativo sancionador contra dicha señora, incurre en vicios de nulidad ya que no se le notificó oportunamente el Informe Técnico (el cual recomienda iniciar el procedimiento sancionador) previsto en el artículo 42.2 del Decreto Legislativo 1044, por lo que debe retrotraerse los efectos al momento de ser notificados con dicho informe.
28. Señala que, contrariamente a lo dicho por el CCP, el Decreto Legislativo 1044 sí es aplicable al presente procedimiento, y no solo las normas de OSIPTEL. En ese sentido, menciona que ni una norma de OSIPTEL hace referencia a que el informe que recomienda el inicio del PAS deba ser puesto en conocimiento del administrado al mismo tiempo y con la resolución que inicia el PAS. Asimismo, las normas citadas por la autoridad, como el artículo 51 del Reglamento de Solución de Controversias señalan que una de sus funciones es realizar investigaciones preliminares, lo que en sí no está en cuestionamiento, sino la notificación de estas investigaciones.
29. Al respecto cabe mencionar, que según el numeral 1.1 del artículo 1 del TUO de la LPAG son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.
30. En ese sentido, el acto administrativo, al generar efectos en la esfera jurídica de los administrados, debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) debe ser emitido por el órgano competente; (ii) debe expresar su objeto o contenido; (iii) debe responder a una finalidad pública; (iv) debe encontrarse motivado; y, (v) debe emitirse en un procedimiento regular.
31. Por otro lado, la nulidad de un acto administrativo implica que el mismo no surta efectos en el ordenamiento jurídico al encontrarse viciado de una o más causales establecidas en el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General:
- (i) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
 - (ii) El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
 - (iii) Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
 - (iv) Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.
32. En ese sentido, el presente Tribunal considera que debe determinarse la validez la Resolución que da inicio al PAS. Por lo que es pertinente indicar que el artículo 42 de la LRCD citado por la señora Vargas se encuentra previsto en el Capítulo V de la

BICENTENARIO
PERÚ 2021



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

LRCD, denominado “de la conclusión del procedimiento en primera instancia”, es decir, regula la etapa final o resolutive del procedimiento sancionador seguido por los órganos competentes del INDECOPI. En efecto, señala lo siguiente:

Artículo 42.- El Informe Técnico.-

42.1.- Una vez puesto en conocimiento de la Comisión lo actuado, ésta podrá solicitar a la Secretaría Técnica, en caso de considerarlo necesario, un Informe Técnico que en el plazo máximo de quince (15) días hábiles dictamine sobre lo siguiente:

a) Referencia sobre los hechos que considera probados;

b) Consideración sobre la existencia o no de la infracción administrativa imputada; y,

c) Propuesta de medidas correctivas que considere necesarias, de ser el caso. 42.2.- El Informe Técnico señalado en el numeral precedente será notificado a las partes del procedimiento, quienes contarán con un plazo de diez (10) días hábiles para formular alegatos a conocimiento de la Comisión.

(...)

(El énfasis agregado es nuestro)

33. Como se puede advertir, el Informe Técnico indicado en el artículo 42 de la LRCD se refiere al Informe que, a solicitud del órgano resolutor, prepara la Secretaría Técnica al finalizar la etapa de instrucción. Por lo que, en tanto la Resolución N°00014-2021- STCCO/OSIPTel dispone el inicio del procedimiento sancionador contra la señora Vargas, a dicha resolución no le sería aplicable el artículo 42° de la LRCD, ya que, tal como se indicó en párrafos previos, este artículo se encuentra relacionado a la fase final de la instrucción, previo a la resolución final del procedimiento sancionador, y no a las actuaciones que deba realizar la Secretaría Técnica previo al inicio de un procedimiento sancionador.
34. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario mencionar que la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley de Represión de Competencia Desleal atribuye al Osiptel la competencia exclusiva para el control de las conductas que califiquen como actos de competencia desleal en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones en los siguientes términos:

CUARTA.- Exclusividad de competencia administrativa y alcance de las excepciones.-

(...)

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTel de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTel. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de las mismas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo. (...)”

(El énfasis agregado es nuestro)

35. Por lo que contrariamente a lo alegado por la señora Vargas, es de competencia de OSIPTel la aplicación de las infracciones prescritas en la LRCD en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, el mismo artículo señala que, los aspectos procedimentales que rigen su actuación serán establecidos por el marco normativo del OSIPTel, siendo que en virtud de ello se aprobó el



BICENTENARIO
PERÚ 2021



Reglamento de Solución de Controversias, norma aplicable para la tramitación del presente procedimiento.

36. De este modo, dado que, en este caso la competencia la tiene el OSIPTEL es necesario señalar que corresponde aplicar el artículo 76 Reglamento de Solución de Controversia, el cual dispone lo siguiente:

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 sanciones a que hubiere lugar. Este plazo podrá ser prorrogado por el Cuerpo Colegiado de forma motivada, a solicitud de la Secretaría Técnica. Dentro de los cinco (5) días posteriores al vencimiento del plazo para emitir el informe instructivo, la Secretaría Técnica presentará el caso ante el Cuerpo Colegiado.

(El énfasis agregado es nuestro)

37. De lo expuesto, se advierte que la STCCO debe emitir un Informe Instructivo, el cual contiene opinión de los hechos imputados y recomienda la imposición de sanciones a que hubiere lugar. En el presente caso este deber se concretó a través del Informe Instructivo N° 057-STCCO/2021, siendo que dicho documento no corresponde notificarse al inicio del procedimiento sancionador, sino luego de la etapa de investigación.
38. Por tanto, este Tribunal coincide con el CCP en la Resolución Impugnada, toda vez que la Resolución N°00014-2021- STCCO/OSIPTEL que dispone el inicio del procedimiento sancionador contra la señora Vargas, no se encuentra incurso en alguna causal de nulidad, debido a que cumplió con todos los requisitos de validez.
39. Por lo expuesto, se desestima los argumentos señalados por la señora Vargas en este extremo.

3.3. Sobre la competencia del OSIPTEL para la tramitación del presente proceso y si este vulnera el principio de non bis in ídem

3.3.1. Sobre la competencia de OSIPTEL

40. En su recurso de apelación, la señora Vargas sostiene que el MTC es la autoridad encargada de revisar posibles infracciones en la prestación del servicio de radiodifusión por cable, y no el OSIPTEL; toda vez que fue quien autorizó a la señora Vargas para la prestación de servicios de telecomunicaciones.
41. Asimismo, señala que el CCP no ha tenido en cuenta que MTC ya la sancionó al haberle retirado la autorización para la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable por la retransmisión de determinados canales de televisión sin autorización de sus respectivos titulares.
42. En ese sentido, el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG establece que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, así como el deber de la administración de evitar tipificar infracciones



administrativas con idéntico supuesto de hecho y fundamento respecto a infracciones previamente establecidas en otras normas administrativas.

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras”.

[el énfasis agregado es nuestro]

43. Así, al realizar el análisis de tipicidad, se deberá verificar que el acto imputado corresponda con la conducta descrita en el supuesto de hecho de la norma que contiene el tipo infractor, teniendo en cuenta los elementos estructurales que diferencian su configuración respecto de otro tipo. Además, se deberá observar que el tipo infractor se fundamente en la protección de un bien jurídico distinto a los considerados en otros regímenes sancionadores.
44. Al respecto es necesario mencionar que el presente procedimiento se inició y se viene tramitando por la presunta infracción a las normas de competencia desleal, específicamente, por la vulneración a normas imperativas, supuesto tipificado en el artículo 14.1 y en el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD.
45. La mencionada infracción se distingue del retiro de la autorización de la señora Vargas por parte del MTC mediante la Resolución Ministerial N° 680-2014/MTC/03, pues la misma no constituye una sanción, ya que no se incurre en una infracción pasible de ser sancionada administrativamente. Sino que se trata de una causal de resolución del contrato de concesión señalada en el numeral 10) del artículo 137 del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, concordado con el numeral 18.01 de la Cláusula Décimo Octava del Contrato de Concesión Única suscrito por la señora Vargas, por haber retransmitido las señales o programación de otra empresa concesionaria sin contar con acuerdo previo para ello.
46. En ese sentido, considerando la diferencia entre la infracción en materia de competencia desleal, y una causal de resolución del contrato de concesión es necesario mencionar que la autoridad competente para conocer las presuntas comisiones de actos de competencia desleal en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, el artículo 2 del Reglamento de Solución de Controversias ⁽⁷⁾ indica que es el OSIPTEL, y no el MTC, la autoridad encargada de

7

Reglamento de Solución de Controversias

“Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL El OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con:
a. El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.”



resolver las controversias respecto al incumplimiento de las obligaciones sobre la libre y leal competencia.

3.3.2. Sobre la presunta afectación al principio de non bis in ídem

47. La señora Vargas ha señalado en su recurso de apelación que la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD ya habría sido sancionada anteriormente por otra Autoridad Administrativa. En específico, la recurrente señala que dicha sanción le habría sido impuesta por parte de la SPI del INDECOPI mediante la imposición de una multa de 37.5 UIT (Treinta y siete y 50/100 Unidades Impositivas Tributarias).
48. Dicho cuestionamiento se enmarcaría en una supuesta vulneración al Principio Non Bis In Ídem, el cual constituye uno de los principios que actúan como límite a la potestad sancionadora y se encuentra contemplado en el numeral 11 del artículo 248 del TUO de la LPAG ⁽⁸⁾, estableciendo que no se puede sancionar más de una vez a un administrado por el mismo hecho. Tal como lo precisa dicha norma general, esta limitación solo aplicará en aquellos casos en los que se aprecie la triple identidad del sujeto, hecho y fundamento.
49. El concepto propuesto se complementa con lo establecido por el Tribunal Constitucional. El máximo intérprete de la Constitución ha entendido que el principio de non bis in ídem tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal ⁽⁹⁾.
50. La formulación material del citado principio implica el siguiente presupuesto: “*nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho*”, con el cual se expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma conducta. En contraste, la formulación procesal se funda en lo siguiente: “*nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos*”; aspectos que son exigibles siempre que se verifique la triple identidad antes referida ⁽¹⁰⁾.
51. En el presente caso, la señora Vargas considera que la sanción impuesta por el CCP vulneraría el principio de non bis in ídem, debido a que se le habría sancionado bajo el mismo fundamento que la sanción previamente impuesta por el INDECOPI en el procedimiento sancionador que se llevó a cabo bajo el expediente N°2161-2013/DDA.
52. Al respecto, este Tribunal considera pertinente analizar si en el presente procedimiento, así como en el caso tramitado ante el INDECOPI por la infracción a

⁸ **Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

11. *Non bis in ídem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.*

⁹ En particular, en la sentencia emitida en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC (Lima) seguido por el señor Carlos Israel Ramos Colque, el Tribunal Constitucional.

¹⁰ Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 02572- 2018- PHC/TC lo siguiente: “5. (...) *En buena cuenta, el principio ne bis in ídem veda la imposición de una dualidad de sanciones o la iniciación de una duplicidad de procesos sancionadores en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.*”





los derechos de autor y conexos, existe la triple identidad requerida en el TUO de la LPAG, es decir, si en uno y otro caso se trata del mismo sujeto, hecho y fundamento, para verificar si se produjo una vulneración al principio de non bis in ídem.

53. Respecto a la identidad en el sujeto pasivo de la sanción administrativa, es evidente que en ambos procedimientos la empresa imputada es la misma: la señora Vargas.
54. Con relación al hecho infractor, entendido como el hecho material o natural, es el acto realizado por el sujeto infractor. En el presente caso, el hecho investigado tanto por el INDECOPI como por el OSIPTEL es la actuación de la señora Vargas en el mercado mediante la retransmisión ilícita de cincuenta y nueve (59) emisiones sin autorización, el mismo que es la fuente fáctica de origen a la que le es aplicable tanto la legislación de competencia como la regulación sobre derechos de autor. Por ello, este Tribunal aprecia que existe identidad en los hechos imputados en uno y otro caso.
55. Finalmente, con relación al bien jurídico protegido, el Tribunal Constitucional ha señalado en el caso “Encuestas a Boca de Urnas” del Exp.002-2001-AI/TC, que el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio de non bis in ídem, señalando que no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido.
56. Así, en el presente caso, se tiene que la sanción impuesta por el INDECOPI, se sustentó en la vulneración o afectación a los derechos de autor y conexos de los titulares de las señales retransmitidas, es decir, en el respeto a la propiedad intelectual.
57. En contraste, la sanción impuesta por el CCP tiene su sustento en la afectación a la leal competencia en el mercado que la señora imputada habría realizado. En este sentido, lo que se imputa en este caso es que la retransmisión sin autorización de diversas señales por parte de la empresa imputada ha alterado las condiciones de competencia, al mejorar la posición competitiva de la denunciada en el mercado. Como consecuencia, se ha estado afectando el proceso competitivo en el que participan tanto la empresa imputada como el resto de competidores. El resultado de la ejecución de los actos desleales implicó entonces la obtención de una ventaja significativa que no se generó a raíz de eficiencia comercial, sino, por el contrario, de actos ilícitos en el mercado.
58. Así, en los “Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Represión de la Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones”, aprobados por Resolución N° 007-2016-TSC/OSIPTEL, se ha señalado lo siguiente:

*“Hasta el momento, la mayoría de casos analizados por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, vinculados a la existencia de una decisión previa y firme, están relacionadas con la retransmisión de canales sin la debida autorización del titular. Esto debido a que se ha considerado de carácter imperativo la normativa de derecho de autor y conexos, por lo que en caso de acreditarse los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal será considerada como una infracción distinta, en la medida que **ambas tutelan bienes jurídicos distintos**. Por consiguiente, **la sanción por actos de competencia desleal en la modalidad de***





violación de normas no configurará una vulneración del principio non bis in ídem.”

[Énfasis agregado]

59. En consecuencia, a criterio de este Tribunal, y en concordancia con lo señalado en los precitados Lineamientos, resulta evidente que en el procedimiento sancionador seguido en contra de la señora Vargas, la imputación realizada por la infracción al literal a) del artículo 14.2 de la LRCD no vulnera el Principio Non Bis In Ídem.

3.4. Sobre la determinación de la ventaja significativa

60. Para acreditar la configuración de una infracción a la LRCD en la modalidad de violación de normas conforme a lo dispuesto en el artículo 14.1 y en el literal a) del artículo 14.2 de dicho cuerpo legislativo ⁽¹¹⁾, resulta necesario que los siguientes elementos estén presentes de forma concurrente: (i) la norma que se haya infringido sea una norma de carácter imperativo, (ii) la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia, y (iii) que mediante dicha infracción se haya generado una ventaja significativa para el infractor que le posibilite mejorar de manera indebida su posición en el mercado.
61. Con relación a los tres (3) elementos señalados, la apelante ha cuestionado la determinación de la ventaja significativa y señala que no existe una ventaja significativa. Al respecto indica que el CCP ha determinado una ventaja significativa que no resulta lógica, pues no se ha realizado conforme a criterios objetivos válidos, ni en base a datos que correspondan con el periodo a sancionar.
62. En ese sentido, la señora Vargas señala en su recurso de apelación que su participación se encontraba limitada en el mercado y ha sido irrelevante, pues su ámbito de competencia territorial era únicamente en la localidad de Chaupimarca de la ciudad de Pasco, por tanto, no es posible que su conducta haya “limitado la competencia” dado que es físicamente imposible. Asimismo, señala de los 500 abonados que tenía, solo se mantenían al día con el pago el 30%, es decir solo 350 abonados; sin embargo, el CCP calculó más del doble y utiliza una fuente alternativa de información del MTC.
63. Por otro lado, advierte que de una revisión del SIRT se puede observar que existe otras empresas en provincia que manejaban tarifas incluso de 20 soles mensuales, por lo que no es correcto señalar que los costos de la señora Vargas fueran realmente inferiores por obtener una ventaja significativa.
64. Sobre la relevancia de la parrilla comercial, alega que es incorrecto lo señalado por el CCP respecto a que los canales que contiene su parrilla serían los más vistos de lunes a viernes, pues no hay sustento sobre lo que aduce.

11

DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

“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. (...)

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

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





65. Sobre el beneficio ilícito la señora Vargas señala que no obtuvo ningún beneficio ilícito y no es correcto que el CCP disponga de plano que este equivale a 72.1 UIT, pues no hace mayor análisis y solo se limita a establecer sin sustento o fundamento que ese monto sería la sanción a imponer.
66. En ese sentido, la señora Vargas alega que la resolución impugnada acarrea vicios, pues es incriminatoria y transgrede sus derechos ya que no se cumple con el requisito de la ventaja significativa exigido por el artículo 14.1. de la LRCD.
67. Al respecto, el artículo 14.2 literal a) de la LRCD señala que, la comisión de la infracción a una norma imperativa determinada en una decisión previa y firme debe generar la obtención de una ventaja competitiva significativa, que permita mejorar la posición competitiva del agente infractor, derivada de la vulneración al ordenamiento jurídico.
68. En efecto, la configuración de este tercer elemento del tipo infractor resulta fundamental para afirmar que la controversia debe estar bajo análisis de la autoridad de competencia, toda vez que la obtención de la ventaja significativa como herramienta para mejorar de forma indebida la posición en el mercado del agente infractor es lo que diferencia a los actos de violación de normas de la mera vulneración al marco jurídico sectorial.
69. De este modo, resulta necesario determinar los criterios para establecer que la infracción a la referida norma imperativa ha generado una ventaja significativa para la señora Vargas, y posteriormente evaluar si dicha ventaja le ha generado una mejor posición competitiva en el mercado.
70. Al respecto, debe mencionarse que el artículo 14.1 establece que, a fin de determinar la existencia de una ventaja significativa, se evaluará la mejora de la posición competitiva obtenida o que pueda obtenerse mediante la infracción de una norma imperativa. De la misma manera, la exposición de motivos de la LRCD señala que la infracción a la norma imperativa será considerada desleal, únicamente cuando genere una ventaja significativa. Así, la ventaja significativa que permita que el infractor pueda mejorar ilícitamente su posición en el mercado deberá ser acreditada, pues este elemento es el que diferencia a los actos de violación de normas de la mera vulneración al marco jurídico sectorial.
71. Adicionalmente, este Tribunal considera importante tener en cuenta los criterios adoptados por el INDECOPI, así como los lineamientos emitidos por el OSIPTEL para el cumplimiento de la legislación en materia de leal competencia ⁽¹²⁾, lo cual ha sido señalado en reiterados pronunciamientos de este órgano colegiado ⁽¹³⁾.

¹² 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.

¹³ A modo de ejemplo, en cuanto a los pronunciamientos más recientes sobre la materia emitidos por este Tribunal, véase los siguientes: (i) La Resolución N° 001-2016-TSC/OSIPTEL emitida en el marco del Expediente N° 003-2013-CCO-ST/CD, (ii) la Resolución N° 002-2016-TSC/OSIPTEL emitida en el marco del Expediente N° 004-2013-CCO-ST/CD, (iii) la Resolución N° 012-2017-TSC/OSIPTEL emitida en el marco del Expediente N° 005-2016-CCO-ST/CD, (iv) la Resolución N° 001-2018-TSC/OSIPTEL emitida en el marco del Expediente N° 008-2016-CCO-ST/CD, (v) la Resolución N° 002-2018-TSC/OSIPTEL emitida en el marco del Expediente N° 007-2016-CCO-ST/CD y, por último,



72. Por su parte, los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL han establecido que la ventaja competitiva puede determinarse en función a la disminución de costos en la producción o acceso privilegiado al mercado derivados de la infracción a una norma imperativa, siendo que este ahorro de costos permite al infractor alterar las condiciones de competencia, pudiendo mejorar su posición competitiva en el mercado, a través de la reducción de sus precios o mejora en la calidad de sus productos o servicios, por razones distintas a su propia eficiencia. De esta forma, para acreditarse la ventaja competitiva no es necesario verificar un resultado en el mercado, sino que la ventaja le habilita a lograr ese resultado.

“(…) la ventaja competitiva puede determinarse en función a la disminución en sus costos de producción o de un acceso privilegiado al mercado. El ahorro de costos del cual se beneficia el agente infractor al incumplir la norma imperativa le permite alterar las condiciones de competencia, pudiendo así mejorar su posición competitiva en el mercado, a través de una reducción de sus precios, por ejemplo. De este modo, 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.”
(Énfasis agregado)

73. En la misma línea, el INDECOPI definió la ventaja significativa en términos similares a través de diversos pronunciamientos ⁽¹⁴⁾, esta puede entenderse como la disminución en costos de producción o de distribución de los productos o servicios que oferta el agente infractor, la cual genera una distorsión en el proceso competitivo al colocar en una mejor posición competitiva al agente infractor respecto de aquellos que sí cumplieron la norma e internalizaron en su estructura de costos los gastos que demanda el cumplimiento del marco normativo.
74. En la resolución impugnada, se establece que debe delimitarse que el principal problema que acarrea la obtención de una ventaja significativa por la comisión de actos de violación de normas es la distorsión que se genera al proceso competitivo en razón de las señales erróneas que se envían al mercado ⁽¹⁵⁾. Así, aquellos agentes económicos que incurran en dicha infracción evitarán internalizar la totalidad de costos de competir lícitamente y, por tanto, podrán ofrecer sus productos o servicios a un precio menor sin que ello sea consecuencia de políticas empresariales eficientes.
75. Asimismo, los potenciales efectos de la ventaja también deben ser tenidos en cuenta, pues el ahorro de costos percibido por la apelante no solo implica que dicha empresa efectivamente reduzca el precio de su oferta de servicios, sino que también supone que, eventualmente, las empresas locales ya no puedan seguir compitiendo con la empresa infractora al no poder incurrir en mayores costos para enfrentar menores tarifas.

(vi) la Resolución N° 00025-2020-TSC/OSIPTEL emitida en el marco del Expediente N° 002-2019-CCP-ST/CD.

¹⁴ A modo de ejemplo, se puede consultar las siguientes resoluciones: N° 1573-2008/TDC-INDECOPI; N° 020-2010/CCD-INDECOPI; N° 064- 2010/CCD-INDECOPI; N° 2509-2010/SC1-INDECOPI; N° 2552-2010/SC1-INDECOPI; N° 120-2011/CCD-INDECOPI; N° 170- 2011/CCD-INDECOPI; N° 107-2012-CCD-INDECOPI; N° 3412-2012/SDC-INDECOPI; N° 3541-2012/SDC-INDECOPI; y N° 477-2013/SDC-INDECOPI.

¹⁵ Un criterio similar ha sido adoptado en la Resolución N° 009-2005-TSC/OSIPTEL.



76. Ello se debe a que el tipo infractor no requiere que expresamente exista un traslado del ahorro de costos al precio por el cual se oferta el servicio a los usuarios, sino que, por el contrario, deberá ser parte del análisis que exista la mera posibilidad de incrementar el margen de ganancia, extender la red de la empresa operadora o, cuanto menos, obtener una mayores utilidades para poder definir aquella ventaja obtenida como significativa y, por tanto, para poder mejorar la situación de la imputada en el mercado ⁽¹⁶⁾.
77. Así, de acuerdo con autores especializados ⁽¹⁷⁾, así como en la experiencia jurisprudencial comparada ⁽¹⁸⁾, será posible acreditar la significatividad de la ventaja competitiva cuando alcance un nivel suficiente para poder provocar la desviación de los consumidores o usuarios a tal punto que obligue a las empresas competidoras de la infractora a reducir sus márgenes, o a realizar innovaciones para estar en condiciones de neutralizar la ventaja obtenida por la infracción de normas.
78. Un análisis ⁽¹⁹⁾ de la disposición a pagar de los hogares, que no cuentan con el servicio, por acceder al servicio de televisión de paga, permite observar que un 31.8% de estos estaba dispuesto a pagar hasta S/ 20 por el servicio y un 58.8% estaba dispuesto a pagar entre S/ 20 y menos de S/ 50 en el 2015. Estas tarifas están por debajo de las observadas en los operadores de televisión de paga que prestan servicio en dicho mercado, siendo Devaos Altura Televisión y TV Cable Televisión Milenio, los que presentan valores más cercanos al segundo rango tarifario (S/ 20 < Precio < S/ 50), aunque en su máximo nivel, y muy alejados del primer rango tarifario donde se ubican, principalmente, las empresas informales.
79. La diferencia entre la disposición a pagar y el precio observado en los principales operadores de televisión de paga se explicaría por la existencia de empresas informales que como consecuencia del ahorro en costos pueden ofrecer tarifas de hasta S/ 20 ó hasta S/ 50 por su servicio.
80. En el presente caso se ha observado que la señora Vargas comercializó el servicio durante el periodo de infracción, que va desde el 14 de febrero de 2013 al 3 de

¹⁶ Así se han pronunciado también autores como Otamendi, quien ha resaltado que: “la ventaja competitiva debe tener una intensidad ‘significativa’ desde el punto de vista concurrencial, es decir, debe jugar un cierto papel en la elección de esa alternativa de mercado y que, en la mayoría de los casos, supondrá un ahorro de costes que deberá traducirse en la oferta que formula el infractor”. Véase en: OTAMENDI, J. (1994). Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, p. 242.

¹⁷ Ver, por ejemplo, MASSAGUER, J. (1999) Comentario a la Ley de Competencia Desleal, p. 439; y, CAMARGO, E. (2016). Ventaja competitiva significativa: una propuesta para determinar la significatividad de la ventaja, en Revista Con-Texto, N° 46, p. 57.

¹⁸ Un punto de referencia son los pronunciamientos emitidos por la autoridad de competencia colombiana, la Sociedad Nacional de Industria y Comercio – SIC sobre actos de violación de normas (artículo 18 de la Ley 256 de 1996 – Norma sobre Competencia Desleal), en los cuales se ha explicado que esta mejora en la posición competitiva puede obtenerse a través de la implementación del ahorro de costos en los que incurre el infractor en los precios de venta del servicio que este ofrece. Se pueden ver, por ejemplo, los siguientes pronunciamientos de la SIC: (i) Sentencia N° 1462 de fecha 13 de diciembre de 2011, (ii) Sentencia N° 1426 de fecha 7 de diciembre de 2011, (iii) Sentencia N° 847 de fecha 21 de octubre de 2011, (iv) Sentencia N° 746 de fecha 30 de septiembre de 2011, (v) Sentencia N° 481 de fecha 31 de agosto de 2011, (vi) Sentencia N° 48 de fecha 11 de julio de 2011, (vii) Sentencia N° 39 de fecha 28 de junio de 2011, (viii) Sentencia N° 41 de fecha 28 de junio de 2011, (ix) Sentencia N° 840 de fecha 29 de febrero de 2012, (x) Sentencia N° 823 de fecha 29 de febrero de 2012 y (xi) Sentencia N° 173 de fecha 31 de enero de 2012.

¹⁹ Encuesta Residencial de Telecomunicaciones elaborada en el 2015 - Erstel

diciembre de 2013, a una tarifa de S/ 25 y por una cantidad de 61 canales. En ese sentido dicho valor/cantidad de canales ofrecidos le habría permitido acceder a una mayor proporción de la demanda por el servicio respecto de sus potenciales competidores. Dicha tarifa de la señora Vargas representó la menor tarifa mensual por el servicio, respecto de la tarifa de su más cercano competidor (Devaos Altura Televisión por Cable), tal como se muestra en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 2 – Oferta comercial de los servicios de televisión paga

La informalidad genera que el mercado este dispuesto a pagar una tarifa menor a S/ 40 por el servicio en su mayoría.



Empresa	Tarifa mensual S/	Canales ofrecidos
Avelina Vargas (*)	S/ 25.00	61
DEVAOS(**)	S/ 30.00	N.E.
TV & Cable Visión Milenio	S/ 40.00	N.E.
AMÉRICA MÓVIL	S/ 59.00	51
DIRECT TV	S/59.0	30
TELEFÓNICA	S/79.00	67

Fuente: Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones – ERESTEL (2013)
Elaboración: STTSC

81. Adicionalmente, la literatura económica ⁽²⁰⁾ señala que el establecimiento de precios bajos podría constituir una barrera estratégica diseñada por las empresas. En el caso particular, la tarifa establecida por la señora Vargas desincentiva el ingreso de operadores formales toda vez que no podrían competir con las tarifas establecidas por esta empresa y, a su vez, promueve la informalidad de las empresas ya establecidas a fin de poder competir con la señora Vargas.
82. Asimismo, también se debe tomar en consideración la cantidad total de contenidos retransmitidos ilícitamente. En el presente caso la señora Vargas retransmite de forma ilícita 59 de los 61 canales de su parrilla, lo que representa el 96.7%. Esto debido a que mientras mayor sea el porcentaje de contenidos de su parrilla comercial retransmitidos sin asumir los costos en los que debía incurrir para obtener las licencias correspondientes, más se afecta a los competidores reales o potenciales de la empresa infractora, en particular, a las empresas con presencia local, dado que estas generalmente tienen una programación homogénea y compiten en base a precios, viéndose estas más afectadas que las empresas con presencia nacional dado que la conducta infractora permite a la empresa infractora reducir sus precios de forma artificial y no por efecto de la eficiencia económica.
83. Ahora bien, la punibilidad de la producción de efectos potenciales negativos en el mercado desencadenado por la comisión de los actos de violación de normas se fundamenta en la susceptibilidad de afectar la dinámica del proceso competitivo. De este modo, siguiendo lo señalado por el CCP en la Resolución Impugnada con relación a que la señora Vargas, al retransmitir ilícitamente señales, tuvo un ahorro de costos ascendente a trescientos diecisiete mil ochenta y dos soles (S/ 317, 082). Dicho monto habría sido estimado considerando la duración de la retransmisión ilícita, el número de conexiones en servicio promedio, los canales retransmitidos ilícitamente y el costo de los canales para la empresa.
84. Respecto al ahorro en costos, cabe indicar que el pago de derechos por las señales, en general, comprende un porcentaje importante de los costos de las



empresas de televisión de paga ⁽²¹⁾. En ese sentido, la retransmisión del 96.7% de parrilla de programación sin pagar los respectivos derechos, tal como ha ocurrido con la empresa investigada, constituye un ahorro con relación a los costos totales para la prestación del servicio ⁽²²⁾.

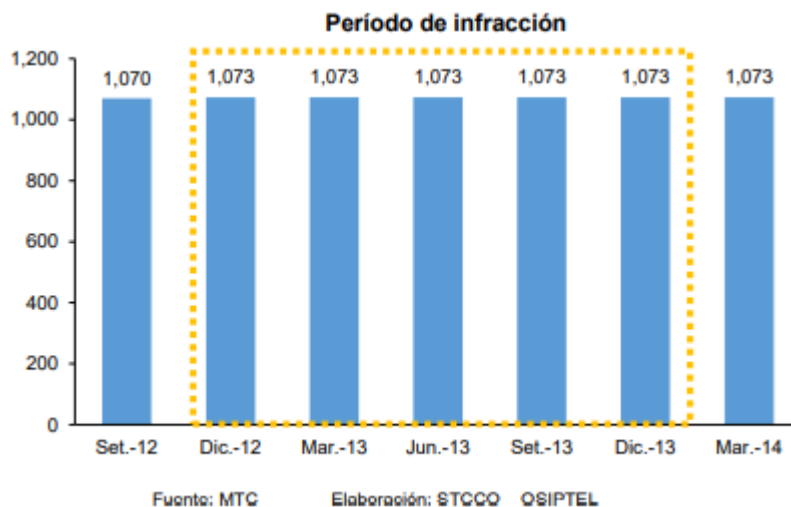
85. Asimismo, se debe tener en cuenta que, según la Encuesta Residencial de Telecomunicaciones elaborada en el 2015, el 92.3% de los hogares ve menos de veinte (20) canales de los que cuenta la parrilla comercial contratada, lo que demuestra la importancia de los canales con contenidos relevantes en la oferta comercial de las empresas de televisión de paga para mantenerse competitivas en el mercado.
86. En el presente caso, dentro de los canales retransmitidos ilícitamente por la señora Vargas se encontraban emisiones que cuentan con una temática particular, tales como Fox Sports, Disney Channel y TNT que ofrecen contenido especializado de tipo variado (coyuntura nacional, programas de entretenimiento, deporte, entre otros) y cultural. En ese sentido, la cantidad de contenidos clasificados como relevantes asciende a diecisiete (17) de los canales retransmitidos ilícitamente por la señora Vargas que representan el 56.7% del total de emisiones más sintonizadas ⁽²³⁾. Se puede apreciar que la retransmisión ilícita de señales le reportó a la señora Vargas una doble ventaja significativa: **(i) económica, al no pagar a las empresas proveedoras de contenido los derechos correspondientes y (ii) competitiva, ya que a diferencia de los otros concurrentes en el mercado no tuvo que asumir los costos por ofrecer más señales en su programación.**
87. En ese sentido, este Tribunal coincide con lo señalado en la Resolución Impugnada, teniendo en consideración la importancia del pago de derechos de las señales en los costos de las empresas de televisión paga y que la imputada retransmitió el 96.7% de su parrilla de canales de forma ilícita durante el período el 14 de febrero de 2013 hasta 3 de diciembre de 2013, aproximadamente 9.73 meses, lo que genera en la señora Vargas la obtención de una ventaja significativa derivada de la infracción a la norma imperativa.
88. De la misma manera, para evaluar el efecto de la infracción cometida por la señora Vargas como indicador de la significatividad de la ventaja competitiva obtenida, se ha tenido en cuenta el uso de diferentes indicadores del mercado. En específico, se consideró que el número de clientes de la señora Vargas no presentó una tasa de crecimiento, pero tampoco se redujeron, es decir no presentó variaciones ni positivas ni negativas en sus conexiones en servicio desde diciembre de 2012 hasta, aproximadamente, marzo de 2014, plazo dentro del cual se encuentra incluido el período de infracción. Esto se puede apreciar mejor en el siguiente gráfico:

²¹ Ver: "Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable. Documento de Trabajo N° 001-2008. Gerencia de Relaciones Empresariales – OSIPTEL".

²² Sin perjuicio de ello, el impacto general en el mercado de dicho ahorro dependerá de muchos factores, algunos de los cuales no se pueden determinar a causa de la informalidad que predomina en el mercado de televisión de paga.

²³ Se consideró como contenidos más sintonizados 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.



Gráfico N° 3 – EVOLUCIÓN DE LAS CONEXIONES EN SERVICIO DE EVELYN

89. Dicha situación refleja que la señora Vargas mantuvo una cantidad de líneas constante basada en base señales retransmitidas de forma ilícita siendo esperable que sin estas señales pierda atractivo su oferta comercial. Asimismo, esta situación era posible de ser apreciada en el incremento de la cuota de mercado de la señora Vargas que se estima no sufrió mayores variaciones entre diciembre 2012 y marzo 2014 rango de fechas que abarca el periodo de infracción (febrero a diciembre 2013).
90. De acuerdo a lo señalado, este Tribunal coincide con el CCP al sostener la existencia de una afectación real sobre el mercado en virtud de la evaluación de contenidos retransmitidos y de las conexiones del servicio. Al respecto, se ha tomado en consideración que retransmitió de forma ilícita cincuenta y nueve (59) emisiones que equivale al 96.7% de su parrilla comercial y que, diecisiete (17) de las emisiones era considerada con contenido relevante, que representa el 56.7% en relación al total de emisiones más sintonizadas.
91. Por tanto, se puede determinar que efectivamente el acto de violación de normas cometido por la señora Vargas le permitió valerse en el mercado de una ventaja competitiva significativa, por tanto, corresponde desestimar los argumentos señalados por la recurrente en este extremo.

3.5. Sobre la estimación de la sanción en función a los parámetros para el cálculo de multas en materia de competencia desleal

3.5.1. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

92. La señora Vargas señala que en la resolución emitida por la primera instancia se vulnera el principio de razonabilidad y que por ello la resolución incurre en un vicio de nulidad. Alega que el CCP habría calculado de manera desproporcionada la sanción, toda vez que la sanción de 72.1 UIT resulta excesiva para una persona natural.
93. En ese sentido, señala que el CCP debió imponerle una amonestación de acuerdo al literal a) del numeral 52.1. del artículo 52 del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de



Represión de la Competencia Desleal. De acuerdo al mencionado artículo, y a criterio de la señora Vargas, dado que las multas no deben superar el 10% de los ingresos brutos del infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión, imponer una multa de 72.1 UIT evidentemente constituye una afectación del Principio de Razonabilidad.

94. Al respecto, habiéndose corroborado la comisión de la infracción al artículo 14.1 y al literal a) del artículo 14.2 de la LRCD en el mercado de televisión de paga, corresponde a este Tribunal analizar la sanción impuesta y verificar que la misma haya sido determinada de conformidad con el marco legal aplicable.
95. De acuerdo con la doctrina, la sanción administrativa es aquel “mal infringido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa” ⁽²⁴⁾. Para tal efecto, la LRCD ⁽²⁵⁾ ha establecido los siguientes criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción:

“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.”*

96. Asimismo, al graduar la sanción, la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción ⁽²⁶⁾. Esta finalidad disuasiva

²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo/Tomás-Ramón Fernández. Vol. 2. Novena edición. Madrid: Thomson: Civitas, 2004; p.163. La doctrina también define la imposición de sanciones administraciones como “el mecanismo mediante el cual la potestad sancionadora de la Administración Pública se expresa o se materializa (...) luego de haberse verificado la comisión de la infracción y en el marco de un procedimiento administrativo sancionador iniciado por la autoridad competente”. Ver: APAC, Hugo; ISLA, Susan; TRUJILLO, Gianfranco. “Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor”. Derecho & Sociedad. No 34. Lima, 2015; p. 136.

²⁵ 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 Ley de Represión de Competencia Desleal: “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 N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación.”

²⁶ DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL “Artículo 248.- Principios de la potestad

busca evitar una conducta estratégica por parte del administrado, dado que, si la multa resulta baja, este optará por volver a infringir la norma; mientras que, si resulta alta para el administrado se genera una distorsión en el mercado, debiendo la autoridad estimar una sanción que sea proporcional a la infracción cometida. Esta es la formulación del principio de razonabilidad, contemplado en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, que debe guiar la graduación de la sanción por parte de la autoridad.

97. Asimismo, el principio de razonabilidad se encuentra establecido en el artículo IV del TUO de la LPAG que señala que, entre otras situaciones, al momento de imponer sanciones debe tenerse en cuenta los límites de la facultad atribuida a la administración pública e implica mantener la proporción de medios que resulten estrictamente necesarios para el cumplimiento de los fines.

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

98. El principio de razonabilidad busca orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa. En este sentido, el principio de razonabilidad sugiere una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión. En este caso, al imponer una sanción.
99. En dicho contexto, debemos considerar que la multa, como instrumento sancionador de carácter pecuniario al servicio de la política de defensa de la competencia, tiene como finalidad la prevención de comportamientos anticompetitivos en la medida en que los agentes económicos puedan esperar más costos que beneficios al evaluar la conveniencia y/o rentabilidad de involucrarse en una conducta ilegal, con lo cual, la imposición de multas deberá cumplir dos objetivos: castigar y disuadir ⁽²⁷⁾.

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

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación: a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción; b) La probabilidad de detección de la infracción; c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido d) El perjuicio económico causado; e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción. f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.”

- 27 COUTINHO DE ABREU, Jorge M. “La Aplicación Privada del Derecho de Defensa de la Competencia en Portugal”. En HERRERO SUAREZ, Carmen y otros. La aplicación privada del Derecho de la competencia. Valladolid: Lex nova, 2011; p.103. “La llamada aplicación pública (public enforcement) del Derecho (de defensa) de la competencia, a cargo de autoridades públicas, se sirve de medidas de naturaleza administrativa, principalmente de decisiones de inhibición y disuasión de prácticas anticompetitivas y multas (sanciones pecuniarias). Tiene una función primordialmente sancionadora/disuasoria (prevención general y prevención especial).” COMISIÓN EUROPEA. Multas por incumplir el Derecho de la Competencia, 2011. Consulta: 18 de marzo de 2016, 17:35 horas. COMISIÓN EUROPEA. Thirteenth Report on Competition Policy 1983, párrafo 162. Texto original: “the



100. Respecto al objetivo disuasorio de la multa, esta tendrá dicho efecto en la medida en que se asocie a la infracción un costo esperado mayor al beneficio esperado. De modo que, se sancionará al(los) infractor(es) en cuestión (efecto disuasorio específico) y, a su vez, se disuadirá a otros agentes económicos de no adoptar o mantener conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia (efecto disuasorio general) ⁽²⁸⁾.
101. En términos económicos, “se asume que una persona comete un agravio si la utilidad esperada excede la utilidad que obtendría empleando su tiempo y recursos en otras actividades” ⁽²⁹⁾. Siendo que, en el cálculo de dicha utilidad o beneficio esperado, el potencial infractor considerará, entre otras cosas, la probabilidad de ser detectado y las posibles sanciones a enfrentar.
102. Es así que la doctrina califica como una sanción óptima, desde el punto de vista de la disuasión, aquella en la cual los beneficios esperados por involucrarse en una conducta ilegal sean menores al costo de la sanción dividido por la probabilidad de detección ⁽³⁰⁾.

purpose of the fines is twofold: to impose a pecuniary sanction on the undertaking for the infringement and prevent a repetition of the offence, and to make the prohibition in the Treaty more effective.” Texto traducido: “las multas cuentan con un doble propósito: imponer una sanción pecuniaria a la empresa por la infracción cometida y prevenir la repetición de la misma; así como también el brindar una mayor efectividad a la prohibición establecida en el Tratado.”

²⁸ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23°, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003. Diario oficial de la Unión Europea. Núm. C.2010, de 1 de septiembre de 2006. “A tal efecto, la Comisión debe velar por el carácter disuasorio de su actuación (...) Procede fijar multas en un nivel suficientemente disuasorio, no solo para sancionar a las empresas en cuestión (efecto disuasorio específico), sino también para disuadir a otras empresas de adoptar o mantener conductas contrarias a los artículos 81° y 82° del Tratado (efecto disuasorio general).” TREVISAN, Pablo. Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia. Buenos Aires, 2013 - JA 2013-IV, fascículo No. 4. p.6. Consulta: 20 de abril de 2022, 14:06 horas. En Chile, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) mediante Sentencia 85/09, Empresas Sanitarias, c° 193, reconoce la importancia del efecto disuasorio en la determinación de las multas, al establecer: “Que también se considerará, para determinar el monto de la multa, la efectiva disuasión que ésta debe necesariamente tener respecto de las empresas que se sancionarán, así como su objetivo de prevención y disuasión general. [...] Así, en todo incumplimiento de la ley en el cual no exista, en términos ex ante, certeza jurídica plena y absoluta de que el ejecutante de tal ilícito será en definitiva sancionado por cometer dicho ilícito, el valor efectivo de la multa a imponerse debe ser superior al beneficio económico obtenido al realizar la conducta ilícita”.

²⁹ BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. Essays in the Economics of Crime and Punishment. NBER, 1974, p.9. Consulta: 18 de marzo de 2016, 17:40 horas. Texto original: “The approach taken here follows the economists’ usual analysis of choice and assumes that a person commits an offense in the expected utility to him exceeds the utility he could get by using his time and other resources at other activities.” Texto traducido: “El enfoque que aquí se adopta es el análisis de habitual elección por los economistas, el cual asume que una persona comete un agravio si la utilidad esperada excede la utilidad que obtendría empleando su tiempo y recursos en otras actividades.”

³⁰ WILS, Wouter P.J. “Optimal antitrust fines: Theory and practice”. World Competition, 2006, vol. 29, no 2. p.12. Texto original: “Deterrence through the use of fines will work if, and only if, from the perspective of the company contemplating whether or not to commit a violation, the expected fine exceeds the expected gain from the violation. (...) The optimal fine should exceed the expected gain from the violation multiplied by the inverse of the probability of a fine being effectively imposed, so as to eliminate all violations.” Texto traducido: “La disuasión a través del uso de las multas funcionará si, y sólo si, desde el punto de vista de la empresa al contemplar la posibilidad de cometer o no una infracción, la multa prevista excede la ganancia esperada de la infracción. (...) La multa óptima debe ser superior a la ganancia esperada de la infracción multiplicado por el inverso de la probabilidad de una multa que se imponga de manera efectiva, esto con el fin de eliminar todas las infracciones.” En el mismo sentido, ver FISCALIA NACIONAL ECONÓMICA. Op. Cit. p.3

103. Del mismo modo, en el caso de los órganos de solución de controversias del OSIPTEL, estos han interpretado de forma consistente ⁽³¹⁾ que la imposición de una multa debe ser calculada teniendo en cuenta la determinación de una multa base, que considere el beneficio ilícitamente obtenido por el infractor y la probabilidad de detección de la conducta ⁽³²⁾. Esto sin perjuicio de las circunstancias agravantes o atenuantes que la autoridad administrativa pueda tomar en consideración como criterios de graduación para el cálculo final de la multa.
104. Bajo el planteamiento anterior, se verifica que el cálculo de la multa impuesta por el CCP a señora Avelina Vargas se realizó utilizando la siguiente fórmula:

$$\text{Multa} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}} (1 + \text{Factores atenuantes y agravantes})$$

105. En este punto cabe añadir, que cuando exista información para cuantificar el daño generado como consecuencia de la conducta, resulta pertinente incluir dicho criterio en el cálculo de la multa, sumándolo al beneficio ilícito. En ese sentido, se considera un nivel óptimo de las sanciones cuando consideren el beneficio ilícito obtenido por la comisión de la infracción, así como el daño o la externalidad negativa que ocasione, cuando se cuente con dicha información ⁽³³⁾.
106. En línea de lo anterior, se ha verificado que en los párrafos del 32 al 43 de la Resolución impugnada se ha tomado en consideración cada uno de los criterios descritos en el párrafo precedente a efectos de graduar la sanción por la comisión de la infracción por violación de normas prevista en el artículo 14.2 literal a) de la LRCD.

³¹ En el caso del Tribunal de Solución de Controversias, por ejemplo: (v) la Resolución N° 001-2018-TSC/OSIPTEL emitida el 5 de enero de 2018 en el Exp. 008-2016-CCO-ST/CD, iniciado de oficio contra Antenas Cable Visión Satélite S.A, Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa S.A.C. y Telemundo Internacional S.A.C.; (ii) la Resolución N° 002-2018-TSC/OSIPTEL emitida el 12 de febrero de 2018 en el Exp. 007-2016-CCO-ST/CD, iniciado de oficio contra Cable TV Maxuy S.A.C., Cable Visión del Norte S.A.C., Mundo TV Cable E.I.R.L., RC&C E.I.R.L. y Telecable SS S.A.C.; entre otras. Cabe mencionar que dicha metodología también es recogida por otras instituciones facultadas para ejercer la potestad sancionadora administrativa, tales como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP): La Sala Especializada en Defensa de la Competencia ha establecido que una multa adecuada debe contemplar la utilización del beneficio ilícito y la probabilidad de detección, así como de factores de graduación adicionales en caso de que se cuente con dicha información. Por ejemplo, así se expresa en: (i) Resolución N° 0008-2015/SDCINDECOP emitida el 6 de enero de 2015 en el Expediente N° 003-2014/CCD, (ii) Resolución N° 0581-2015/SDCINDECOP emitida el 29 de octubre de 2015 en el Expediente N° 062-2013/CCD y (iii) Resolución N° 1167- 2013/SDC-INDECOP emitida el 15 de julio de 2013 en el Expediente N° 002-2008/CLC.

³² A fin de compensar la dificultad de detección de la conducta infractora, la multa debe ser inversamente proporcional a la probabilidad de detección. Por ende, en aquellos casos en los que la probabilidad de detección sea baja, se le asignará un porcentaje bajo, razón por la cual la multa base será mayor.

³³ Landes, William M. "Optimal Sanctions for Antitrust Violations", 50 University of Chicago Law Review 652. (1983), URL: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2543&context=journal_articles. Citado por Ruiz Díaz, Gonzalo. "Aspectos conceptuales sobre la determinación de multas en los casos de Libre Competencia" *Revista De Derecho Administrativo*, (10), 124. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13655>.



107. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, para considerar que un acto administrativo incurre en una causal de nulidad, en tanto la consecuencia que le corresponde será la más grave, es decir su expulsión del ordenamiento jurídico, los supuestos para concretar nulidad están explícitamente delimitados y no cualquier cuestionamiento tendrá dicha consecuencia ⁽³⁴⁾.
108. Conviene agregar que, en concordancia con el artículo 6 del TUO de la LPAG, la distinta apreciación respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho no constituye una causal de nulidad. Por lo que, a partir de la discrepancia en la apreciación, la consecuencia es estimar parcial o totalmente el recurso presentado, mas no declarar su nulidad.
109. Por tanto, habiéndose verificado que la primera instancia aplicó los criterios establecidos en la normativa aplicable para la graduación de la multa se descarta la transgresión al Principio de Razonabilidad.

3.5.2. Sobre la cuantificación de la sanción

110. De acuerdo con la Resolución impugnada, el CCP estimó la multa en base al ahorro de costos que obtuvo la señora Vargas, considerando la información de la duración de la retransmisión ilícita, el número de conexiones en servicio promedio, las emisiones retransmitidas ilícitamente, el costo de estas emisiones para la señora Vargas.
111. El Beneficio Ilícito se estimó considerando la siguiente fórmula:

$$\text{Beneficio Ilícito} = C \times S \times Q \times N$$

Donde

- C: representa los costos promedio (en Nuevos Soles) por la retransmisión ilícita de las señales durante el período de infracción, por canal y por usuario, al mes.
 - S: representa el número de señales retransmitidas de forma ilícita que involucran ahorros de costos.
 - Q: representa el número de conexiones en servicio que la empresa tuvo en promedio durante el período de infracción.
 - N: representa el número de meses de infracción
112. A continuación, se pasará desarrollar la determinación de cada una de las variables considerados en la Resolución Impugnada:
113. En relación con el costo evitado por señal (variable C), este dato se estimó como un promedio ponderado por tamaño de empresa (porcentaje de conexiones en servicio) de los costos por señal, relacionados al pago de proveedores, estimados para 35 empresas contenidas en 11 expedientes iniciados entre 2016 y 2017 ⁽³⁵⁾, el

³⁴ Al respecto, el artículo 14 del TUO de la LPAG dispone que son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, y por lo tanto corresponde su conservación, el acto que haya sido emitido con una motivación insuficiente o parcial.

³⁵ Se usó la información de costos contenidas en los siguientes expedientes: Expediente N° 4 al N° 9 del 2016 y Expediente N° 1 al N° 5 del 2017.



mismo que se ajusta mediante IPC a fin de considerar los efectos de la variación de los precios y equivale a S/ 0.3667 por señal retransmitida.

114. En lo concerniente al número de señales que involucran ahorros de costos (variable S), el CCP consideró adecuado utilizar únicamente 57 de las 59 señales retransmitidas ilícitamente, dato equivalente al utilizado en el informe instructivo de la STCCO.
115. En lo que respecta al número de conexiones en servicio (variable Q), el CCP consideró adecuado mantener el valor utilizado en el Informe Instructivo emitido por la STCCO, el cual equivale a 1 073 conexiones en servicio por los fundamentos que ya se señalaron anteriormente.
116. Al respecto, la señora Vargas ha reiterado en su recurso de apelación que solo tenían un aproximado de 500 abonados, de los cuales se mantenían al día con el pago un 30%, es decir solo 350 abonados, sin embargo, el cuerpo colegiado no tomó en cuenta lo mencionado, y en su lugar calculó más del doble a lo que informaron y utiliza una fuente alternativa de información que para este caso sería las estadísticas reportadas en el MTC. Asimismo, agrega que en la resolución impugnada se señala un sitio web del MTC ⁽³⁶⁾ que sería la fuente de dicha información, no obstante, alega que cuando se han remitido a ella no han podido encontrar de donde se obtuvo la data a la que se hace referencia. Al respecto, resulta necesario precisar que la fuente de información es oficial y se mantiene disponible el acceso público a la misma.
117. Ahora bien, de los actuados en el expediente se verifica que la señora Vargas no ha presentado mayor información que acredite que contaba con 500 abonados, por lo que de forma correcta el CCP ha utilizado la data oficial publicada por el MTC y donde se aprecia que la señora Vargas tuvo, en promedio, durante el período de infracción 1073 conexiones en servicio. De otro lado, para acceder a la data solo es preciso ingresar a la información estadística por año e ingresar a la información estadística detallada de los servicios públicos de telecomunicaciones.
118. Con relación al período de comisión de la infracción (variable N), el CCP consideró razonable mantener el valor estimado por la STCCO en su Informe Instructivo, el cual corresponde a 9.73 meses.

Cuadro N° 1 – Estimación del Beneficio Ilícito

Conceptos	Variable	Montos
Ahorro promedio por canal (fecha de infracción), por usuario al mes.	C	S/0.3667
<i>Duración de retransmisión (meses)</i>	<i>N</i>	<i>9.73</i>
<i>Inicio de la conducta</i>		<i>14-feb-13</i>
<i>Fin de la conducta</i>		<i>03-dic-13</i>
<i>Abonados promedio</i>	<i>Q</i>	<i>1,073</i>
Canales retransmitidos	S	57
BI (Ahorro costos) - a la fecha de infracción ($C \times S \times Q \times N$)		S/218,222



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

119. De esta forma, se estima que el beneficio ilícito generado por la comisión de la infracción (medido como ahorro en costos para el infractor), calculado a la fecha de la infracción, ascendió a S/. 218 222.
120. Asimismo, corresponde actualizar el beneficio ilícito considerando un WACC en soles de 4.81% ⁽³⁷⁾, a octubre de 2021, siendo el período de actualización de 95,467 meses ⁽³⁸⁾.
121. Al respecto, este Tribunal coincide con el CCP cuando efectúa el cálculo del beneficio ilícito a valores actuales, considerando que ha transcurrido un considerable periodo de tiempo desde la comisión de la conducta infractora hasta la fecha de cálculo de la multa en este procedimiento administrativo sancionador, periodo en el que el administrado habría venido generando más rentas con este beneficio ilícito como parte de su patrimonio.
122. En ese sentido, se consideró que el WACC consiste en el factor de actualización más preciso, dado que las infracciones evaluadas por retransmisiones ilícitas consideran ahorros de costos de las empresas que afectan directamente su capacidad de endeudamiento y su capital propio, siendo que el WACC valora precisamente el costo de endeudamiento y el costo del capital de la empresa
123. En base a lo anterior, el CCP cuantificó un beneficio ilícito actualizado de S/. 317 082, equivalente en setenta y dos punto una (72.1) UIT como el obtenido por la señora Vargas por efecto de la comisión de la infracción.

Cuadro N° 2 – Estimación del Beneficio Ilícito actualizado

Variables	Montos
BI (Ahorro costos)	S/218,222
WACC mensual	0.39216%
Período de actualización (meses)	95.467
BI (Ahorro costos) actualizado	S/317,082

124. Conforme al artículo 53 de la LRCD, la infracción fue calificada como grave considerando el beneficio ilícito obtenido por la señora Vargas y fue ratificada por los otros criterios evaluados por la primera instancia como fueron la cuota de mercado, el efecto de la conducta en el mercado y la duración de la conducta infractora. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el literal c) del artículo 52.1 de la LRCD ⁽³⁹⁾ al haberse calificado la infracción como grave es pasible de ser

³⁷ 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>

³⁸ El periodo de actualización se da entre 3 diciembre de 2013 y 6 octubre de 2021.

³⁹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

BICENTENARIO
PERÚ 2021

sancionada con una multa de hasta doscientos cincuenta (250) UIT. En el presente caso, la multa ha sido calculada de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 de la LRCD y sin superar el tope legal establecido para las infracciones graves.

125. Como se ha señalado en el párrafo 123 el Beneficio Ilícito actualizado calculado a través del ahorro en costos por el CCP equivale a S/ 317 082 soles, utilizando la tasa WACC del 4.81% en soles, estimado para los servicios de telecomunicaciones.
126. Con relación a la probabilidad de detección, este Tribunal coincide con el CCP en que la probabilidad de detección para la presente infracción en efecto es muy alta y, por tanto, del 100% (valor 1), toda vez que el supuesto para que se configure una infracción de competencia desleal evaluada en el presente caso requiere una decisión previa y firme, lo que genera un alto grado de detección, pues bastará el intercambio de información entre entidades (OSIPTEL e INDECOPI) para que se detecte al presunto infractor, sin resultar necesaria mayor evidencia.
127. Asimismo, mientras mayor sea la probabilidad de detección -y, por tanto, más alto sea el valor que se asigne a este criterio-, menos se incrementa la multa a imponer. De esta manera, si la probabilidad de detección es muy alta (100%), la multa base a imponer se mantiene, reflejando el valor del beneficio ilícito, dado que este sigue siendo un componente importante para el cálculo de esta. En el presente caso, se está asignando el valor más alto a este criterio, lo que se verá evidenciado en la multa sin dejar de reflejar el beneficio ilícito obtenido por la señora Vargas en la comisión de la infracción
128. Adicionalmente, se concuerda con el CCP en que no corresponde cuantificar factores agravantes y/o atenuantes a la señora Vargas, toda vez que no se ha evidenciado la existencia de alguno de estos elementos durante el procedimiento.
129. En ese sentido, se estima una multa de 72,1 UIT de acuerdo al siguiente cuadro:

Gráfico N° 3 – Estimación de la multa

Variables	Montos
BI (Ahorro costos) actualizado	S/ 317 082
Prob. de detección	1
Multa Base (S/) = BI/Pdetección	S/ 317 082
Agravantes y Atenuantes	0%
No aplica	0%
Multa final (UIT)	317 082
UIT 2021	4,400
Multa propuesta (UIT)	72,1

Elaboración: CCP

“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:

(...)

c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientos cincuenta (250) 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; y,

(...).”



130. Ahora bien, con relación al límite financiero legal para la aplicación de multas, como se ha señalado previamente, la señora Vargas cuestionó la multa impuesta (72.1UIT) por el CCP con relación al tope financiero aplicado, señalando que las multas no deben superar el 10% de los ingresos brutos del infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión de acuerdo a lo establecido el artículo 52.1 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
131. En específico, con relación al tope financiero, la LRCD señala en el numeral 1 de su artículo 52 que las multas que se establezcan **no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor durante el ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la autoridad administrativa correspondiente** ⁽⁴⁰⁾.

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:

(...)

c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) 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;

(...)"

(Subrayado agregado)

132. En ese sentido, la señora Vargas en su escrito del 18 de mayo de 2021 ha indicado que, como persona natural con negocio no ha contado con ingresos en los años 2019 y 2020, sustentando dicho argumento con la ficha RUC en la que se observa que como persona natural con negocio su estado de contribuyente se encuentra de baja desde el 31 de marzo de 2016.
133. Al respecto, se concuerda con el CCP, respecto a que el estado de baja de una persona natural con negocio como contribuyente ante la SUNAT, no supone una exoneración de la responsabilidad administrativa y su consecuente sanción. Asimismo, tampoco ha acreditado los ingresos brutos percibidos durante el año 2020.
134. Asimismo, es importante tener en cuenta que de acuerdo al numeral 2 del artículo 52 de la LRCD los porcentajes sobre ingresos brutos percibidos por el infractor no serán considerados como parámetros para determinar el nivel de multa cuando el infractor "no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio".

Artículo 52. - Parámetros de la sanción.

"(...)

*52.2.- **Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente** **no***

40

Cuando en el artículo citado se hace alusión a la Comisión debe entenderse a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD), órgano resolutor de primera instancia del INDECOPI encargado de sancionar las infracciones a la LRCD en todos los sectores económicos, salvo en el sector del servicio público de telecomunicaciones. Siendo su equivalente, para este sector, los cuerpos colegiados del OSIPTEL.

serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.

(...)"

(Subrayado agregado)

135. Dicho artículo establece que, para que se aplique el límite financiero del 10% de los ingresos brutos del infractor para la determinación de la multa, se requiere que haya remitido información que acredite el monto de los ingresos brutos percibidos. Sin embargo, de acuerdo a los actuados en el presente procedimiento administrativo sancionador, la señora Vargas no remitió información que acredite o permita a este Tribunal estimar sus ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas correspondientes al año 2020, por lo que no corresponde aplicar dicho parámetro.
136. Al respecto, este Tribunal considera que se debe de realizar la evaluación estricta en cada caso en concreto de la aplicación del límite financiero, dado que lo contrario podría generar escenarios no óptimos para la sociedad y la defensa de la libre y leal competencia, tales como: i) incentivos perversos para la subvaluación de ingresos y/o dar de baja formalmente a agentes económicos con el fin de evitar multas; y ii) determinación de multas que excedan la capacidad de pago del infractor y/ o que generen la quiebra del administrado.
137. En ese sentido, el hecho que la administrada acredite que su RUC se encuentra de baja no es sinónimo de acreditar ingresos brutos, pues no podría considerarse que está declarando ingresos brutos en cero, por cuanto al estar de baja su RUC dicha administrada no constituye un agente económicamente activo. Una posición diferente podría propiciar que los agentes económicos desarrollen un comportamiento oportunístico y se generen los incentivos perversos descritos en el numeral i) precedente. En todo caso, el límite financiero establecido en la normativa vigente propicia incentivos para evitar que produzca el escenario descrito en el numeral ii) precedente.
138. Asimismo, es importante volver a resaltar que la multa, como instrumento sancionador de carácter pecuniario al servicio de la política de defensa de la competencia, tiene como finalidad la prevención de comportamientos anticompetitivos, de modo tal que los agentes económicos estimen que existen más costos que beneficios al evaluar la conveniencia y/o rentabilidad de involucrarse en una conducta ilegal, con lo cual, la imposición de multas deberá cumplir los objetivos de sancionar y disuadir en el marco de la función de prevención general de las sanciones.
139. Por lo tanto, de conformidad con los fundamentos expuestos corresponde declarar infundado el recurso de apelación presentado por la señora Vargas y corresponde confirmar la sanción impuesta a la señora Vargas de setenta y dos punto uno (72,1) UIT, en la medida que resulta la sanción idónea para garantizar la finalidad de la sanción.





HA RESUELTO:

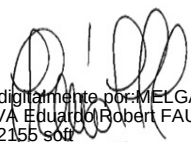
Artículo Primero.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación presentado por la señora Avelina Vargas, y en consecuencia CONFIRMAR la Resolución N° 00094-2021-CCP/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente el 9 de diciembre 2021, que declaró su responsabilidad administrativa y le impuso una multa de setenta y dos punto uno (72.1) Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de la infracción tipificada 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, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.

Artículo Segundo: DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución N° 094-2021-CCP/OSIPTEL, formulada por la señora Avelina Vargas.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE. –

Con el voto favorable de los señores vocales Eduardo Robert Melgar Córdova, Milagritos Pilar Pastor Paredes y Richard Mark Sin Porlles en la Sesión N° 537 de fecha 21 de abril de 2022.

Regístrese y comuníquese,


Firmado digitalmente por: MELGAR
CORDOVA Eduardo Robert FAU
20216072155.sof

EDUARDO ROBERT MELGAR CÓRDOVA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS





Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Firmado digitalmente por:
VERA TUDELA WITHER Rafael
Alejandro FAU 20131370645 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 22/04/2022 17:03:37-0500

El voto en discordia del señor Rafael Alejandro Vera Tudela Wither, miembro del Tribunal de Solución de Controversias, es el siguiente:

1. Mediante Resolución N° 00014-2021-STCCO/OSIPTEL, de fecha 5 de marzo de 2021, la Secretaria Técnica de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO) inició, de oficio, un procedimiento administrativo sancionador contra la señora Avelina Vargas Chacón (en adelante, la señora Vargas), por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en el mercado de distribución de radiodifusión por cable (en adelante, mercado de televisión de paga), infracción tipificada en el artículo 14.1 y en el literal a) del artículo 14.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, 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 la retransmisión sin autorización de setenta (59) emisiones de organismos de radiodifusión desde el 14 de febrero de 2013 hasta el 3 de diciembre de 2013, lo cual habría generado una ventaja significativa ilícita sobre sus competidores.
2. Con fecha 9 de diciembre del 2021 el Cuerpo Colegiado Permanente (en adelante, CCP) emitió la Resolución N° 00094-2021-CCP/OSIPTEL, en la cual resolvió lo siguiente:

Artículo Primero. - *Declarar la responsabilidad administrativa de la señora Avelina Vargas Chacón por incurrir 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 Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.*

Artículo Segundo. - *Sancionar a la señora Avelina Vargas Chacón con una multa de setenta y dos punto uno (72.1) Unidades Impositivas Tributarias, por incurrir en la infracción tipificada en el artículo 14.1 y el literal a) del artículo 14.2 del Decreto Legislativo N° 1044, infracción calificada como grave.*

3. Con fecha 11 de enero de 2022, la señora Vargas interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 00094-2021-CCP/OSIPTEL del 9 de diciembre de 2021, argumentando lo siguiente:
 - (i) Señala que, al 5 de marzo de 2021, fecha en la que se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador ante el OSIPTEL, ya habrían transcurrido más de cinco (5) años desde el último acto infractor imputado que habría sido verificado. En ese sentido, señala que no se puede perpetuar una persecución por hechos que datan del 2012-2013. Asimismo, alude a que INDECOPI determinó la responsabilidad administrativa por retransmisión ilícita de emisiones el 11 de agosto de 2015, por lo que, en atención a lo dispuesto en el artículo 51 de la LRCD ⁽¹⁾, el plazo de prescripción habría terminado el 11 de agosto de 2020, por lo que, estaríamos frente a la pérdida de la potestad sancionadora del OSIPTEL

1

DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 – LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

“Artículo 51.- Plazo de prescripción de la infracción administrativa. -

Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de ejecutado el último acto imputado como infractor. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Secretaría Técnica relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable. El cómputo del plazo se volverá a iniciar si el



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Firmado digitalmente por:
VERA TUDELA WITHER Rafael
Alejandro FAU 20131370645 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 22/04/2022 17:03:50-0500

- (ii) La señora Vargas sostiene en su recurso de apelación que la Resolución N°00014-2021-STCCO/OSIPTEL, resolución que da inicio al procedimiento administrativo sancionador contra dicha señora, incurre en vicios de nulidad ya que no se le notificó oportunamente el Informe Técnico (el cual recomienda iniciar el procedimiento sancionador) previsto en el artículo 42.2 del Decreto Legislativo 1044, por lo que debe retrotraerse los efectos al momento de ser notificados con dicho informe.
 - (iii) En su recurso de apelación, la señora Vargas sostiene que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones es la autoridad encargada de revisar posibles infracciones en la prestación del servicio de radiodifusión por cable, y no el OSIPTEL; toda vez que fue quien autorizó a la señora Vargas para la prestación de servicios de telecomunicaciones. Por tanto, el OSIPTEL no sería competente para tramitar el presente procedimiento sancionador.
 - (iv) Asimismo, sostiene que la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 14.2 de la LRCD ya habría sido sancionada anteriormente por otra Autoridad Administrativa. En específico, la recurrente señala que dicha sanción le habría sido impuesta por parte de la SPI del INDECOPÍ mediante la imposición de una multa de 37.5 UIT (Treinta y siete y 50/100 Unidades Impositivas Tributarias), y de ser sancionada nuevamente se estaría vulnerando el principio *non bis in ídem*.
 - (v) La apelante ha cuestionado la determinación de la ventaja significativa y señala que no existe una ventaja significativa. Al respecto indica que el CCP ha determinado una ventaja significativa que no resulta lógica, pues no se ha realizado conforme a criterios objetivos válidos, ni en base a datos que correspondan con el periodo a sancionar.
 - (vi) La señora Vargas señala que en la resolución emitida por la primera instancia se vulnera el principio de razonabilidad y que por ello la resolución incurre en un vicio de nulidad. Alega que el CCP habría calculado de manera desproporcionada la sanción, toda vez que la sanción de 72.1 UIT resulta excesiva para una persona natural, considerando que las multas no deben superar el 10% de los ingresos brutos del infractor del ejercicio anterior a la fecha de imposición de la sanción.
4. Respecto a la prescripción, el suscrito coincide con lo sostenido por la mayoría referente a que la Resolución N° 3279-2015-TPI/INDECOPÍ adquirió la condición de firme el día 30 de octubre de 2019. Por consiguiente, al 5 de marzo de 2021 -fecha en que se inició el presente procedimiento administrativo sancionador- la facultad del OSIPTEL para determinar la responsabilidad administrativa de la señora Vargas por infracción al artículo 14.1 y al literal a) del artículo 14.2 de la LRCD, no había prescrito puesto que aún no habría transcurrido 5 años conforme a lo descrito en el artículo 51 de la LRCD.
5. Asimismo, con relación a la validez de la resolución que dispone el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, se coincide con la mayoría respecto a que la Resolución N° 00014-2021-STCCO/OSIPTEL que dispone el inicio del

procedimiento permaneciera paralizado durante más de sesenta (60) días hábiles por causa no imputable al investigado.”
[el énfasis agregado es nuestro]

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
TelecomunicacionesFirmado digitalmente por:
VERA TUDELA WITHER Rafael
Alejandro FAU 20131370645 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 22/04/2022 17:04:01-0500

procedimiento sancionador contra la señora Vargas, no se encuentra incurso en alguna causal de nulidad, debido a que cumplió con todos los requisitos de validez.

6. En relación al cuestionamiento sobre la competencia del OSIPTEL, se coincide con la mayoría respecto a de acuerdo al artículo 2 del Reglamento de Solución de Controversias ⁽²⁾ es el OSIPTEL, y no el MTC, la autoridad encargada de resolver las controversias respecto al incumplimiento de las obligaciones sobre la libre y leal competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones.
7. Sobre la vulneración al non bis in ídem, se coincide con la mayoría respecto a que no existe la triple identidad requerida en el TUO de la LPAG, la diferencia recae en el fundamento de ambas sanciones. Así, se tiene que la sanción impuesta por el INDECOPI, se sustentó en la vulneración o afectación a los derechos de autor y conexos de los titulares de las señales retransmitidas, es decir, en el respeto a la propiedad intelectual; en contraste, la sanción impuesta por el CCP tiene su sustento en la afectación a la leal competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones donde la señora Vargas habría realizado la conducta.
8. En lo referente a la ventaja significativa, se coincide con la mayoría respecto a que la señora Vargas obtuvo una ventaja significativa derivada de la infracción a la norma imperativa, teniendo en consideración la importancia del pago de derechos de las señales en los costos de las empresas de televisión paga y que la imputada retransmitió el 96.7% de su parrilla de canales de forma ilícita durante el período el 14 de febrero de 2013 hasta 3 de diciembre de 2013, aproximadamente 9.73 meses.
9. Con relación al beneficio ilícito, se coincide con la mayoría respecto a que se estima que el beneficio ilícito generado y actualizado, por la comisión de la infracción (medido como ahorro en costos para el infractor), asciende a S/ 317 082.
10. Respecto a la calificación de la infracción, se coincide con la mayoría respecto a calificar la infracción como grave considerando el beneficio ilícito obtenido por la señora Vargas y que es ratificada por los otros criterios evaluados por la primera instancia como fueron la cuota de mercado, el efecto de la conducta en el mercado y la duración de la conducta infractora
11. No obstante, con relación al límite financiero, a diferencia de lo sostenido por la mayoría considero que sí corresponde aplicar el límite financiero en este caso en concreto por los fundamentos que señalo a continuación:
12. La señora Vargas cuestionó la multa impuesta (72.1UIT) por el CCP con relación al tope financiero aplicado, señalando que las multas no deben superar el 10% de los ingresos brutos del infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión de acuerdo a lo establecido el artículo 52.1 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
13. En específico, con relación al tope financiero la LRCD, en su artículo 52 señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor durante el ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la autoridad

²

Reglamento de Solución de Controversias

"Artículo 2.- Competencia del OSIPTEL. El OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con: a. El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Firmado digitalmente por:
VERA TUDELA WITHER Rafael
Alejandro FAU 20131370645 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 22/04/2022 17:04:16-0500

administrativa correspondiente (3) y no se aplicará dicho límite financiero solo en dos casos (i) cuando el infractor no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos o (ii) se encuentre en situación de reincidencia.

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:

(...)

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

(...)

*52.2.- **Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor**, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente **no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio;** o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.*

(...)"

(Subrayado agregado)

14. En ese sentido, la señora Vargas en su escrito del 18 de mayo de 2021 ha indicado que como persona natural con negocio no ha contado con ingresos en los años 2019 y 2020, sustentando dicho argumento con la ficha RUC en la que se observa que como persona natural con negocio su estado de contribuyente se encuentra de baja desde el 31 de marzo de 2016; lo que provee evidencia de fuente oficial de que sus ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio que corresponde analizar para evaluar si corresponde la aplicación del límite financiero en el caso en concreto, son equivalentes a un monto de S/. 0.00.
15. Al respecto, se concuerda con el CCP en el sentido de que el estado de baja de una persona natural con negocio como contribuyente ante la SUNAT, no supone una exoneración de la responsabilidad administrativa y su consecuente sanción.
16. Sin embargo, no comparto el criterio del CCP de no aplicar el tope financiero dispuesto en el numeral 2 del artículo 52 de la LRCD bajo el argumento de que la señora Vargas no habría presentado la documentación referida a todos los ingresos brutos de sus actividades económicas correspondiente al año 2020.
17. Ello debido a que, como se ha mencionado, con documentación de origen oficial alcanzada por la señora Vargas como responsable de la carga de la prueba para la presente evaluación, se provee acreditación de que su estado de contribuyente se encuentra de baja en el ejercicio que corresponde analizar para evaluar la aplicación del límite financiero (2020), en tanto la señora Vargas -conforme información que tiene

³

Cuando en el artículo citado se hace alusión a la Comisión debe entenderse a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD), órgano resolutor de primera instancia del INDECOPI encargado de sancionar las infracciones a la LRCD en todos los sectores económicos, salvo en el sector del servicio público de telecomunicaciones. Siendo su equivalente, para este sector, los cuerpos colegiados del OSIPTEL.



como fuente a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria- no habría desarrollado actividad económica formal desde marzo del año 2016, por lo que no configura como un agente económico que realice actividad económica y, por ende, genere ingresos.

18. Al respecto, es importante tener en cuenta que, en la exposición de motivos de la LRCD (4), con relación a la aplicación del límite financiero, se señala que en dicha Ley se establecen porcentajes que tienen en cuenta la gravedad de la infracción y se encuentran calculados sobre 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, y con ello se busca imponer una sanción que genere un efecto verdaderamente disuasivo, pero que a su vez no aplique un castigo mortal a los agentes económicos.
19. En el presente caso, el efecto disuasivo especial de la sanción -entendido como aquel que busca desincentivar la comisión de la misma infracción o de otras de parte del mismo agente- no resultaría necesario; toda vez que la señora Vargas ya no ejerce actividad económica en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, pero sí resulta necesario una sanción a efectos de garantizar el efecto disuasivo general. Esto es, evitar que otros agentes económicos cometan la misma infracción.
20. No obstante, dada la obligación legal que se tiene de aplicar el límite financiero establecido en el artículo 52 de la LRCD en caso que no exista reincidencia y se considere que sí se acredita información sobre ingresos brutos generados por toda actividad económica del infractor, la imposición de una multa pecuniaria en este caso en concreto no sería acorde con el principio de razonabilidad en la medida que no se corresponde con los ingresos productos de sus actividades económicas, que se han acreditado como equivalentes a S/. 0.00 conforme información de fuente oficial, como se aprecia en el presente análisis.
21. Por dicho motivo, la determinación de la amonestación aplicable en este procedimiento se realiza en observancia estricta del principio de capacidad financiera dispuesto en el artículo 52 del LRCD. En específico, para este caso en concreto a partir de la evaluación de la información de ingresos y actividades económicas brindada por la administrada, considero que sí se acreditó con documentación de fuente oficial información sobre sus ingresos brutos por toda actividad económica en el ejercicio que corresponde para el análisis (2020) y, que estos, resultan iguales S/ 0.00.
22. Asimismo, como parte de esta evaluación sobre la aplicación del límite financiero, es necesario resaltar que en este caso en concreto no se identifican indicios razonables de falta de verosimilitud o de completitud de la información acreditada por la señora Vargas con respecto a sus ingresos brutos por toda actividad económica en el año 2020.
23. Sin perjuicio de ello, es imprescindible señalar que la aplicación del límite financiero que supone el cumplimiento estricto del artículo 52 de la LRCD -a criterio de este voto en discordia- para este caso en concreto, no inhibe de forma alguna el reconocimiento formal de la infracción cometida por la señora Vargas, por lo que esta resolución confirma la responsabilidad administrativa del infractor y establece la multa que debería pagar en un escenario que se verifique reincidencia, y/ o que sus ingresos

4

Se puede revisar la Exposición de motivos en la URL http://spji.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Firmado digitalmente por:
VERA TUDELA WITHER Rafael
Alejandro FAU 20131370645 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 22/04/2022 17:04:29-0500

acreditados sean consistentes con el límite financiero que impone la ley o que no haya brindado información alguna o verosímil sobre su capacidad financiera para afrontarla.

24. Asimismo, cabe resaltar que la evaluación de la multa aplicable específica en este procedimiento se enmarca rigurosamente en la observancia que ordena la ley sobre el límite financiero y en el análisis de la información acreditada en este caso sobre ingresos brutos por actividades económicas de la infractora (S/. 0.00 en el año 2020); por lo que no supone de forma alguna un antecedente o regla de aplicación general futura en tanto que la capacidad financiera -como corresponde- debe evaluarse específicamente para cada caso en función a la información que presente el administrado que tiene la carga de la prueba, en conjunto con los indicios razonables -de existir- con los que se cuente sobre la verosimilitud y completitud de la información alcanzada.
25. Finalmente, considero necesario resaltar que la evaluación estricta en cada caso en concreto de la evaluación de la aplicación del límite financiero resulta de importancia mayor en tanto que un análisis no exhaustivo de la información brindada por el administrado así como del contexto e información relevante adicional sobre el caso que pueda ser accesible (por ejemplo, consideración de ingresos de fuente informal, en caso se cuente con indicios razonables sobre la existencia de estos), genera riesgos de escenarios no óptimos para la sociedad y defensa de la libre y leal competencia.
26. En ese sentido, el análisis exhaustivo sobre la verosimilitud y completitud de la información de ingresos brutos que provea el infractor constituye una evaluación necesaria y relevante para cada caso en concreto, con la finalidad de minimizar los riesgos de: i) de un lado, generar incentivos perversos para la subvaluación de ingresos y/o dar de baja formalmente a agentes económicos con el fin de evitar multas, mientras se desarrolla actividades informales que generen ingresos; o, ii) de otro lado, establecer multas que excedan la capacidad real de pago del infractor y/ o que generen la quiebra del administrado.
27. Por lo tanto, de conformidad con los fundamentos expuestos considero que corresponde declarar fundado en parte el presente extremo del recurso de apelación presentado por la señora Vargas y corresponde aplicar el límite financiero lo que imposibilita el establecimiento de una multa pecuniaria, por lo que se debe modificar la sanción impuesta a la señora Vargas de setenta y dos punto uno (72,1) UIT a una amonestación, en observancia estricta del límite financiero que establece la LRCD, en la medida que resulta la sanción idónea -dentro de las alternativas posibles conforme a ley- para garantizar la finalidad de la sanción.

Por las consideraciones expuestas, mediante el presente voto considero que el fallo debería ser:

Artículo Primero.- Declarar FUNDADO EN PARTE el recurso de apelación presentado por la señora Vargas contra la Resolución N° 00094-2021-CCP/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente el 9 de diciembre 2021, y, en consecuencia, corresponde MODIFICAR la multa impuesta de setenta y dos punto uno (72.1) Unidades Impositivas Tributarias a amonestación por la comisión de la infracción leve tipificada 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, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente pronunciamiento.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Artículo Segundo.- DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución N° 094-2021-CCP/OSIPTEL, formulada por la señora Avelina Vargas



Firmado digitalmente por:
VERA TUDELA WITHER Rafael
Alejandro FAU 20131370645 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 22/04/2022 17:03:06-0500

Rafael Alejandro Vera Tudela Wither
Miembro del Tribunal de Solución de Controversias