

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 009-2005-CCO/OSIPTEL
PARTES : Cable Visión S.R.L. (**Cable Visión**) contra Televisión Satelital E.I.R.L. (**Televisión Satelital**).
MATERIA : Supuestos actos de competencia desleal en el mercado de prestación del servicio público de distribución por cable.
APELACIÓN : Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL.

SUMILLA: Se Revocan los artículos primero y tercero de la Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL y , en consecuencia, se declara infundada la demanda de Cable Visión S.R.Ltda.contra Televisión Satelital E.I.R.L. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificados en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal; al haber emitido las señales MGM, Casa Club, Discovery Kids y Disney Channel a través de equipos no homologados.

Lima, 30 de marzo de 2006.

VISTO:

El Expediente N° 009-2005-CCO-ST/CD.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Cable Visión es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 197-2000-MTC/15.03 de fecha 24 de abril de 2000, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante, televisión por cable) en la ciudad de La Oroya, Provincia de Yauli, Departamento de Junín.
2. Televisión Satelital es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 224-99-MTC/15.03 de fecha 25 de mayo de 1999, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de televisión por cable en la ciudad de La Oroya, Provincia de Yauli, Departamento de Junín.
3. El 1 de junio de 2005, Cable Visión interpuso ante OSIPTTEL demanda en contra de ~~Televisión Satelital~~, solicitando lo siguiente:

PC

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

- (i) Sancione como reincidente a Televisión Satelital, de acuerdo con lo establecido por el artículo 24° del Texto Único Ordenado de la Ley sobre de Represión de la Competencia Desleal – Ley 26122 (en adelante, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal), por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas sobre los derechos de autor.
 - (ii) Sancione a Televisión Satelital por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la utilización de equipos que no cuentan con el correspondiente certificado de homologación.
 - (iii) Ordene a Televisión Satelital el cese de la emisión de los canales – materia de denuncia - que carecen de las autorizaciones respectivas.
 - (iv) Realicen dos inspecciones¹, en calidad de medida cautelar, con la finalidad de grabar la grilla de programación de Televisión Satelital.
 - (v) Realice, en coordinación con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC), en calidad de medida cautelar, la incautación y decomiso de los equipos y receptores de Direct TV, que no cuenten con los correspondientes Certificados de Homologación y de Internamiento, de propiedad de Televisión Satelital.
 - (vi) Declare como confidencial la información presentada por Cable Visión respecto de los costos y forma de adquisición de señales de su empresa.
 - (vii) Solicite un informe técnico - legal al MTC para determinar si la utilización de equipos SKY o Direct TV constituye una infracción a las normas de telecomunicaciones.
4. Mediante Resolución N° 003-2005-CCO/OSIPTEL del 21 de julio de 2005, el Cuerpo Colegiado encargado de conocer la presente controversia (en adelante, el Cuerpo Colegiado), entre otros puntos: (i) admitió a trámite la denuncia presentada por Cable Visión; y, (ii) encargó a su Secretaría Técnica que hiciera las coordinaciones necesarias a fin de realizar inspecciones en los locales donde operaba Televisión Satelital, así como en el domicilio de un abonado de esta empresa, autorizando a los funcionarios encargados de dichas inspecciones para que: (a) verifiquen la difusión por parte de la denunciada de canales de televisión sin contar con las licencias y/o contratos respectivos, (b) verifiquen la utilización por parte de esta empresa de equipos Direct TV no homologados por el MTC para la recepción de dichas señales, (c) soliciten la presentación de los documentos que consideren pertinentes y, (d) realicen las grabaciones, filmaciones o tomen las fotografías necesarias².

¹ Cable Visión solicitó una inspección en el local del Hostal Trujillo's, ubicado en la Avenida Grau s/n al costado del Hospital de ESSALUD en Marcavalle; y otra inspección, en la cabecera de Televisión Satelital, ubicado en la Avenida Grau N° 137, segundo piso.

² En la misma resolución, el Cuerpo Colegiado: (i) declaró inadmisibile la solicitud de medida cautelar presentada por Cable Visión; (ii) denegó el pedido de Cable Visión para que se incautaran los equipos utilizados por Televisión Satelital para la difusión de señales de televisión sin contar con las licencias y/o contratos correspondientes; y, (iii) dispuso que la Secretaría Técnica requiera al MTC, una vez iniciada la etapa de investigación, la emisión de un informe a fin de acreditar la existencia de las infracciones a las normas de telecomunicaciones materia de este procedimiento.

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

5. El 22 de julio de 2005 se realizaron las inspecciones ordenadas por el Cuerpo Colegiado mediante la Resolución N° 003-2005-CCO/OSIPTEL, levantándose un acta de inspección en la que se dejó constancia de los hechos acreditados durante la diligencia (en adelante, Acta de Inspección). Asimismo, se emitió el Informe N° 005-2005/ST, en el que se llega a las siguientes conclusiones:

- Tanto en la cabecera de Televisión Satelital como en el local de un abonado de la denunciada, se verificó que ésta transmite las señales correspondientes a los siguientes canales materia de denuncia: Discovery Kids, MGM, Disney Channel y Casa Club³
- El representante de esta empresa manifestó que contaba con las autorizaciones necesarias para difundir dichas señales, mostrando los documentos que, en su opinión, acreditaban dicha afirmación, prometiendo presentar documentación adicional a la entregada.
- En la cabecera de la denunciada se comprobó que, para la difusión de las señales de los canales materia de denuncia, se utilizaba equipos Direct TV, los mismos que se detallan a continuación:

Canal	Descripción del equipo	Información adicional
Canal 11 (Discovery Kids)	Scientific Atlanta, Power Vu Headend Satellite Receiver	El equipo tenía adherida en la parte delantera una etiqueta color verde con la indicación "Discov. Kids, 11, Direct TV".
Canal 13 (MGM)	Direct TV RCA Satellite Receiver 3R04 E182045	El equipo tenía adherida en la parte delantera una etiqueta color verde con la indicación "13, MGM, Direct TV". Asimismo, este equipo tenía una tarjeta con el siguiente texto: "28, #2, 711, 0306".
Canal 14 (Disney Channel)	Direct TV Thomson Multimedia LTDA Model DXD436R3 Serie E313E205H	El equipo tenía adherida en la parte delantera una etiqueta color verde con la indicación "DNY 312".
Canal 28 (Casa Club)	Thomson Consumer Electronics, Inc.	En equipo tenía adherida en la parte delantera una etiqueta color verde con la indicación "28, Casa Club, Direct TV". Asimismo, este equipo tenía una tarjeta con el siguiente texto: "28, #1, 0306".

- El representante de la denunciada reconoció el uso de equipos Direct TV y justificó el empleo de los mismos.
- Se verificó que la denunciada no difundía las señales de los canales Jetix y Nickelodeon; señalando el representante de la empresa que nunca transmitió dichas señales.

3

Canal	Señal
Canal 11	Discovery Kids
Canal 13	MGM
Canal 14	Disney Channel
Canal 28	Casa Club

3

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

6. Mediante Oficio N° 333-ST/2005 de fecha 15 de setiembre de 2005, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado solicitó a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando dicha entidad en materia de leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos con ocasión de los hechos materia de la presente controversia, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 70° del Reglamento de Controversias. Dicho requerimiento fue respondido por el INDECOPI mediante Oficio N° 072-2005/CCD-INDECOPI del 7 de noviembre de 2005.
7. Mediante Oficio N° 334-ST/2005 de fecha 15 de setiembre de 2005, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado solicitó a la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI, informe sobre las posibles infracciones a los derechos de autor denunciadas en la presente controversia.
8. Mediante Oficio N° 385-ST/2005 de fecha 21 de octubre de 2005, la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección General de Control y Supervisión de Telecomunicaciones del MTC, informe sobre las posibles infracciones a las normas de telecomunicaciones y homologación de equipos denunciadas en la presente controversia. Dicho requerimiento fue respondido mediante Oficio 531-2005-MTC/18 del 3 de noviembre de 2005.
9. Mediante Oficio N° 531-2005-MTC/18, con fecha de recepción 4 de noviembre de 2005, el MTC dio respuesta al requerimiento contenido en el Oficio N° 385-ST/2005. Cabe indicar, que la recepción de dicho oficio fue con posterioridad a la emisión del Informe Instructivo emitido por la Secretaría Técnica⁴.
10. Mediante Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL del 20 de diciembre de 2005, el Cuerpo Colegiado decidió lo siguiente: (i) declarar fundada la demanda contra Televisión Satelital por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas al haber usado equipos no homologado; sancionándola con una multa de 5 UIT y ordenando el cese definitivo de dichos actos; y, (ii) declarar infundada la demanda por competencia desleal en la modalidad de violación de las normas sobre los derechos de autor
11. El 20 de enero de 2006, Televisión Satelital interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL, en el extremo referido a la supuesta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por el uso de equipos no homologados; señalando lo siguiente:
 - El Cuerpo Colegiado ha basado su opinión en una inadecuada valoración y apreciación de las pruebas aportadas.
 - Televisión Satelital no incurrió en acto de competencia desleal alguno en lo que respecta al equipo con el que se transmitió la señal Discovery Kids.



El Informe Instructivo fue emitido con fecha 31 de octubre de 2005.

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

- Los equipos receptores Scientific Atlanta Power Vu son una "familia" de equipos que se encuentran homologados por el MTC, hecho que no ha sido contradicho por el denunciante. Pese a ello, el Cuerpo Colegiado, guiado por una etiqueta colocada por Televisión Satelital, presume que lo expresado en el escrito de contestación es falso. El Cuerpo Colegiado debe privilegiar el principio de verdad material teniendo en cuenta que el equipo Scientific Atlanta Power Vu D-9234 es un equipo homologado por el MTC y con homologación vigente.
- Además se debe tener en cuenta que el procedimiento de homologación es uno que debiendo implicar un importante componente técnico, en la práctica se ha convertido en un mero trámite burocrático. Ello genera desorden en la identificación de los equipos materia de homologación pues se ha venido considerando la identificación indicada por el solicitante de la homologación, que no es técnico o especialista en la materia, razón por la cual puede generar confusión entre los usuarios del servicio. Así en la página web del MTC aparecen tres diferentes indicaciones respecto de la homologación de un equipo Scientific Atlanta Power Vu D-9234. El mismo equipo mantuvo dos homologaciones vigentes, en uno de los casos bajo la marca Scientific Atlanta modelo D9234 y en el otro bajo la marca Power Vu-9243. Ambas indicaciones difieren de la descripción de la actual marca Scientific Atlanta modelo Power Vu D9234. Esto demuestra que no ha existido un adecuado orden en las homologaciones de equipos y que la identificación de los mismos no es necesariamente la técnicamente correcta.
- No se ha verificado que el equipo descrito en el Acta de Inspección como un equipo "Scientific Atlanta, Power Vu Headend Satellite Receiver" fuera un equipo no homologado por el MTC.
- Se encuentra comprobado a través del Acta de Inspección y del video grabado en las instalaciones de Televisión Satelital que el equipo usado para transitar la señal Discovery Kids es un equipo Scientific Power Vu, con lo cual la identificación del equipo no se encuentra completa, puesto que de acuerdo a lo demostrado existen diversos equipos dentro de la gama de la "familia" Scientific Atlanta Power Vu. Este equipo es un Scientific Atlanta Power Vu D-9234 debidamente homologado por el MTC, tal como consta en el certificado de homologación que se adjunta al recurso de apelación emitido a favor de Televisión Satelital.
- Según lo establecido en el contrato suscrito con MGM Networks Latin America LLC para la emisión de los canales MGM y Casa Club debían utilizarse equipos Scientific Atlanta Power Vu D-9834. La existencia de dichos equipos fue verificada en la inspección de OSIPTEL. Además, la denunciada presentó copia del Oficio N° 5507-2005-MTC/17.02.SAT, a través del cual se otorga permiso de internamiento definitivo a favor de Televisión Satelital, documento que prueba fehacientemente la homologación de los equipos importados. Asimismo, debe apreciarse la factura emitida por la empresa Global Satellite Technologies en la que consta la adquisición de los cuatro receptores Power Vu D9834, así como el precio pagado por cada uno de ellos.
- Por ello en lo referido a los equipos para la transmisión de las señales MGM y Casa Club no se habría configurado el supuesto ahorro al que se hace referencia

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

en la resolución del Cuerpo Colegiado, toda vez que Televisión Satelital cumplió con adquirir los receptores solicitados por el proveedor de la señal; así como cumplió con realizar los trámites necesarios para la nacionalización e internamiento definitivo de los citados equipos, el pago de los derechos correspondientes para la emisión de la señal. Por esta razón no se ha generado ventaja significativa o ahorro alguno de Televisión Satelital.

- Disney Channel: Televisión Satelital cumplió con adquirir los receptores solicitados por el proveedor de la señal, con realizar todos los gastos necesarios para mantener dichos equipos operativos y con el pago de los derechos correspondientes equipos operativos para emisión de la señal, razón por la cual no se ha generado ventaja significativa alguna a favor de la denunciada. Sin perjuicio de ello, debido a continuos desperfectos técnicos del equipo antes mencionado, en la actualidad se viene emitiendo la señal de Disney Channel por medio de un equipo DSR-4400X, el cual se encuentra homologado por el MTC.
- El Cuerpo Colegiado ha incurrido en una inadecuada apreciación de las pruebas aportadas contraviniendo los principios de presunción de veracidad y de verdad material

12. El 14 de febrero de 2006, Cable Visión absolvió la apelación de Televisión Satelital señalando lo siguiente:

- La demandada aún posee cuando menos tres receptores Direct TV que sigue usando en su cabecera o en las otras dos plantas que posee.
- Teniendo los receptores homologados y requeridos en el contrato aún en sus cajas de importación, utilizaba equipos no homologados Direct Tv con la única intención de generarse una ventaja significativa como lo es el ahorro del pago de las señales.
- A simple vista parece que hay tres homologaciones del MTC sobre el equipo Scientific Atlanta PowerVu D9234; sin embargo, se trata de equipos diferentes
- Se ha creado una ventaja competitiva significativa al ya tener en su poder los equipos homologados en su poder y seguir utilizando equipos no homologados. Una vez que se haya desempacado, instalado a la red y solicitado la apertura de la señal requiriendo al proveedor los códigos, recién éste autoriza la señal y solo de ahí en adelante se considera los días para el pago de las señales. Sabiendo esto, la denunciada estuvo emitiendo las señales MGM y Casa Club desde el 1 de mayo hasta la fecha de inspección del Cuerpo Colegiado, el 22 de julio de 2005; emitiendo hasta por 2 meses y 22 días las señales a través de equipos no homologados sin corregir su actuar al momento de la inspección. El fondo de la controversia no es si poseían o no los equipos homologados sino si los equipos conectados a la red eran o no homologados.
- Otro acto de competencia desleal es el solo hecho de conectar equipos no homologados a su red. Esta disposición es clara en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, TUO de la Ley de Telecomunicaciones) y Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (en adelante, TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones) y contraviene el contrato de concesión.

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

- En el año 2003, el Tribunal redujo la multa impuesta por el Cuerpo Colegiado a Televisión Satelital sustentando su decisión en que esta empresa había cesado inmediatamente los actos de competencia desleal; sin embargo, a la fecha esta empresa no ha cesado la competencia desleal pues sigue utilizando los mencionados equipos.
 - El Cuerpo Colegiado ha avalado que con solo poseer propuestas de distribución, órdenes de servicio y términos para la afiliación de los proveedores de las señales ya están autorizados a emitir canales, sin llegar a la firma del contrato.
13. Mediante escrito del 22 de febrero del año 2006, Televisión Satelital solicitó se le conceda el uso de la palabra. Asimismo, con respecto a la contestación de la apelación de Cable Visión, señaló lo siguiente:
- Cable Visión no ha adjuntado prueba alguna de que Televisión Satelital esté usando al menos tres equipos Direct TV.
 - Ha quedado demostrado que Televisión Satelital no ha violado en modo alguno las normas sobre derechos de autor pues sí contaba con las respectivas licencias.
 - La página web del MTC reporta el listado de equipos de telecomunicaciones homologados únicamente su modelo, marca, modelo función, código de homologación, vigencia y su condición. Por ende no figura el nombre la empresa que utiliza el equipo toda vez que resultaría materialmente imposible tener dicho registro pues existen casas comercializadoras que importan equipos de telecomunicaciones homologados y luego los venden a diversas empresas o clientes sin la obligación de informar al MTC quien es su poseedor o propietario.
 - El equipo utilizado para la emisión de la señal Discovery Kids es un equipo homologado que contaba con dicha homologación con anterioridad a la fecha que señala Cable Visión.
 - Ha quedado acreditado que Televisión Satelital sí adquirió los equipos requeridos por los titulares de las señales, los mismos que se encontraban debidamente homologados por el MTC. En consecuencia, sí incurrió en todos los costos vinculados a la adquisición, importación, nacionalización, importación y legítima utilización de dichos equipos para la transmisión de las señales materia de la presente controversia.
 - El Tribunal debe analizar los hechos materia de controversia a la luz del nuevo Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2006-MTC. El artículo 5 de dicho reglamento establece que no será exigible la homologación cuando los equipos conforman la red de un servicio público de telecomunicaciones, como sucede en este caso.
 - El Tribunal debe dilucidar la aplicación de el referido reglamento teniendo en cuenta la aplicación del principio de retroactividad benigna en materia sancionatoria administrativa. De aplicarse este principio a la controversia, se produciría la sustracción de la materia toda vez que de acuerdo al nuevo reglamento, Televisión Satelital no habría incurrido en violación de norma legal alguna.

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

14. Mediante escrito de fecha 1 de marzo del año 2006, Televisión Satelital señaló lo siguiente:
- El Tribunal debe analizar los hechos materia de controversia a la luz del nuevo Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2006-MTC (en adelante, Nuevo Reglamento de Homologación). El artículo 5° de dicho reglamento establece que no será exigible la homologación cuando los equipos conforman la red de un servicio público de telecomunicaciones, como sucede en este caso.
 - El Tribunal debe dilucidar la aplicación de el referido reglamento teniendo en cuenta la aplicación del principio de retroactividad benigna en materia sancionadora administrativa. De aplicarse este principio a la controversia, se produciría la sustracción de la materia toda vez que de acuerdo al Nuevo Reglamento, Televisión Satelital no habría incurrido en violación de norma legal alguna.
15. Mediante Resolución N° 007-2006-TSC/OSIPTEL, el Tribunal de Solución de Controversias decidió otorgar el uso de la palabra a Cable Visión y Televisión Satelital para que expongan sus posiciones. El informe oral se llevó a cabo el día 17 de marzo de 2006, contando con la asistencia de ambas partes.
16. El 24 de marzo de 2006, la Secretaría Técnica del Tribunal, por encargo de éste, emitió el Oficio N° 042-STTSC/2006, mediante el cual solicitó a Televisión Satelital presente los siguientes documentos: (i) Copia de todas las facturas canceladas por concepto de uso de las señales Discovery Kids, Disney Channel, MGM y Casa Club, desde la celebración de los contratos de autorización de emisión de señal respectivos; y (ii) Copia de la factura que acredite el pago por el equipo General Instrument DSR-4500, receptor de la señal Disney Channel.
17. Como respuesta a dicho requerimiento, mediante escritos 10 y 11, del 28 de marzo de 2006 respectivamente, Televisión Satelital presentó la siguiente información: (i) facturas emitidas por MGM Networks Latin America LLC por las señales MGM y Casa Club, por concepto de pago del uso de señales correspondientes a los meses de mayo, junio y agosto del año 2005, (ii) facturas emitidas por HBO Latin American Group correspondientes a los meses de julio, agosto y setiembre del año 2005, (iii) facturas emitidas por Discovery Latin American correspondiente a los meses de mayo y junio de 2005, (iv) estado de cuenta emitido por Discovery Latin America LLC, (v) cargos en tarjeta de crédito a favor de Discovery Latin America por el monto señalado en el contrato correspondiente, (vi) solicitudes de transferencia de fondos a favor de MGM Networks por el pago de servicios, (vii) solicitudes de transferencia de fondos y solicitudes de cargo de tarjeta de crédito a favor de HBO Latin America Media Services y DSM Media Services.
- Handwritten signature and initials: "PC" and "H"*

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

II. CUESTION PROCESAL PREVIA

2.1. Declaración de confidencialidad de información presentada en segunda instancia

18. Mediante escritos N° 10 y N° 11 del 28 de marzo de 2006, Televisión Satelital presentó información relativa a los costos que implican la transmisión de las señales de titularidad de MGM Networks Latin America LLC, Discovery Latin America LLC Y HBO Latin America Media Services y DSM Media Services, así como, información relativa a los términos de las negociaciones sostenidas con las referidas empresas.
19. De conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Reglamento de Información Confidencial, uno de los supuestos de información confidencial es la difusión de información que pueda afectar el secreto comercial de la empresa, pudiendo ésta considerarse como reservada o restringida, según sea confidencial en atención a su contenido, o en atención a la oportunidad en que sería divulgada o a otro factor razonable.
20. Asimismo, el artículo 3° del Reglamento de Información Confidencial establece que las empresas pueden solicitar la declaración de confidencialidad de la información que presenten a OSIPTEL, cuando consideren que ésta constituye secreto comercial o industrial, siendo responsabilidad de dichas empresas el requerirlo acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de Información Confidencial.
21. La información cuya reserva fue solicitada por Televisión Satelital es la siguiente:
- Copias de las facturas emitidas por los titulares de las señales Disney Channel (HBO Latin America o DMS Media Services), Discovery Kids (Discovery Networks o Discovery Latin America), MGM y Casa Club (MGM Networks Latin America).
 - Copias de transferencias bancarias y cargos en tarjeta de crédito que supuestamente muestran pagos por las señales contratadas.
 - Estado de cuenta de Televisión Satelital emitido por Discovery Latin America LLC.
22. El Tribunal de Solución de Controversias considera que corresponde declarar la confidencialidad de la información detallada previamente en atención a que su contenido revela los términos de las negociaciones contractuales sostenidas con las titulares de las señales involucradas en el procedimiento y los costos en que Televisión Satelital ha incurrido en el desempeño de su actividad empresarial, por lo que su divulgación podría ser susceptible de afectar la estrategia comercial de la recurrente.
- Handwritten marks: "PC" and a signature.*

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

2.2. Nuevo Reglamento de Homologación y su aplicación de retroactividad benigna

23. En su recurso de apelación, Televisión Satelital sostiene que los hechos materia de controversia deben ser analizados a la luz del nuevo Reglamento Específico de Homologación de Equipos y Aparatos de Telecomunicaciones; en aplicación del principio de retroactividad benigna. En dicho reglamento se establece que no será exigible la homologación cuando los equipos conforman la red de un servicio público de telecomunicaciones por lo que, de aplicarse el principio de retroactividad benigna, se produciría la sustracción de la materia toda vez que de acuerdo al nuevo reglamento, Televisión Satelital no habría incurrido en violación de norma legal alguna.
24. Cable Visión ha contradicho lo argumentado por Televisión Satelital señalando que: (i) el reglamento aludido no es aplicable a una infracción cometida en el año 2005, (ii) el espíritu del principio de retroactividad no es el de exculpar al administrado que haya cometido una infracción, sino darle una pena o sanción menor, (iii) el artículo 2° del Reglamento de Homologación señala que para los casos en que la falta de homologación del equipo concurrese con otras infracciones administrativas, serán de aplicación las sanciones dispuestas por la normatividad vigente, como sucede en este caso, (iv) el reglamento es aplicable a las homologaciones posteriores a esa norma y en el caso de equipos de telecomunicaciones y receptores, recién los excluye de la obligación de la homologación, dando un plazo a los que sí requieren homologación de 6 meses; y (v) la disposición sancionadora del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones no ha sido modificada.
25. Sobre el particular, El Tribunal considera que corresponde señalar que la potestad sancionadora de las entidades administrativas se encuentra regida por una serie de principios. Entre dichos principios se encuentra el de irretroactividad que determina que la potestad sancionadora de las entidades sólo será válida si se aplican las normas que tipifican el ilícito y prevén la sanción, una vez que entraron en vigencia con anterioridad a la realización de los actos analizados, y que se encuentren vigentes al momento de la producción y calificación del acto por parte de la autoridad.
26. Esta es la regla pero la misma tiene una excepción. Si después de la realización del acto sancionable según una ley preexistente, se produce una modificación legislativa y la nueva ley es más favorable para el administrado, ya sea porque le quita el carácter de sancionable al acto o porque fija una sanción con menor efecto dañino para el administrado; será esta ley posterior y más favorable la aplicable al caso en concreto. Esto a pesar de que no regía al momento en que se produjo el ilícito administrativo.
27. Teniendo en cuenta lo argumentado por Televisión Satelital, este Tribunal considera que debe analizarse si la norma que contempla el acto denunciado, ante las instancias de solución de controversias de OSIPTEL, como sancionable ha sido modificada por una norma más favorable para el denunciado. En caso de ampararse

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

lo señalado por la denunciada, no se habría presentado el primero de los requisitos para que se configure el supuesto de competencia desleal por violación de normas y, por ende, no podría haber existido un acto de competencia desleal.

28. Al respecto, corresponde señalar que la supuesta infracción materia de análisis por este Tribunal consiste en un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, infracción tipificada en el artículo 17° de la Ley sobre Competencia Desleal.
29. Según dicha norma, se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de normas imperativas. Cabe indicar que lo que se sanciona a través de esta figura de competencia desleal no es el incumplimiento de la ley sino el aprovechamiento de la ventaja competitiva ilegal que se deriva de dicho incumplimiento⁵.
30. Teniendo en cuenta ello, la sanción que se impone por la infracción al artículo 17 de la Ley de Competencia Desleal es distinta a la infracción que dio origen a la ventaja significativa que configura el acto de competencia desleal por violación de normas⁶.
31. La conducta sancionable por las instancias de solución de controversias es el supuesto acto de competencia desleal y no el incumplimiento de la Ley de Telecomunicaciones. Por ende la disposición sancionadora aplicable por el Cuerpo Colegiado y por el Tribunal de Solución Controversias no es la Ley de Telecomunicaciones sino el artículo 17° de la Ley sobre Competencia Desleal.
32. La Ley sobre Represión de Competencia Desleal en su artículo 17° considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes, debiendo tal ventaja ser significativa⁷.
33. La violación de normas por parte de un competidor será calificada de desleal si es que dicha violación genera al infractor una ventaja competitiva en relación con los demás competidores que concurren en el mercado cumpliendo con la norma vulnerada, reflejada en la disminución de los costos de producción o distribución del infractor. Así, la referida ventaja tiene que ser significativa, debiendo el infractor

⁵ LINEAMIENTOS GENERALES PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL ÁMBITO DE LAS TELECOMUNICACIONES

"Finalmente, OSIPTEL considera necesario distinguir la naturaleza de esta infracción y la sanción que le corresponde. En efecto, esta figura no sanciona el incumplimiento de la ley, sino el aprovechamiento de la ventaja competitiva ilegal que se deriva de dicho incumplimiento⁵. De ello se deduce también una sanción distinta a la que corresponde por la infracción a la ley que motivó la ventaja aludida⁵".

⁶ Finalmente, OSIPTEL considera necesario distinguir la naturaleza de esta infracción y la sanción que le corresponde. En efecto, esta figura no sanciona el incumplimiento de la ley, sino el aprovechamiento de la ventaja competitiva ilegal que se deriva de dicho incumplimiento⁶. De ello se deduce también una sanción distinta a la que corresponde por la infracción a la ley que motivó la ventaja aludida⁶.

⁷ **LEY SOBRE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL, Artículo 17.-** Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

obtener un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela⁸.

34. En un supuesto de competencia desleal por violación de normas, las instancias de solución de controversias no sancionan el hecho que un agente económico incurra en infracción de alguna ley sino el que dicho agente haya obtenido una ventaja significativa como consecuencia de la infracción de dicha ley.
35. Independientemente de si a la fecha de emisión de la presente resolución, la transmisión de señales a través de equipos no homologados ya no constituye una infracción a la Ley de Telecomunicaciones, lo cierto es que al momento en que se produjeron los hechos materia de análisis, el no cumplir con los requisitos del procedimiento de homologación podría haber generado una ventaja competitiva significativa ilegal, supuesto que, tanto al momento de realización de los hechos materia de controversia como hoy, siguen siendo calificados como actos de competencia desleal⁹.
36. En consecuencia, no puede admitirse lo argumentado por Televisión Satelital para que se le exima de responsabilidad alguna por la supuesta emisión de señales a través de equipos no homologados, por cuanto ello es distinto a la cuestión en discusión en el presente expediente.

III. CUESTION EN DISCUSION

37. La cuestión en discusión, en el presente caso, consiste en determinar si Televisión Satelital habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, al haberse infringido el artículo 88 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, obteniendo de este modo una ventaja competitiva significativa en el mercado.

⁸ Según la opinión de KRESALJA, "(...) no toda violación de normas por parte del competidor puede ser calificada de desleal; en primer término, la violación ha de reportar una "ventaja competitiva" en relación con los restantes operadores en el mercado que cumplan con la norma violada -representada en una disminución en los costos de producción o distribución de los productos o servicios de que se trate-, o también el acceso privilegiado a un determinado mercado. En segundo lugar, la ventaja mencionada ha de ser "significativa", tal como dice textualmente la ley, pues sólo de esa manera el infractor obtendrá un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela. Y, finalmente, el infractor tiene que valerse, es decir, hacer efectiva en el mercado esa ventaja competitiva, más allá de si ello le produce o no una "ganancia" (aunque algunos dicen que "siempre" la obtiene)."
KRESALJA, Baldo. "Comentarios al Decreto Ley N° 26122 sobre Represión de la Competencia Desleal". En: Derecho, Revista editada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, N° 47, 1993, pág. 59.

⁹ Los agentes económicos participantes del mercado para brindar el servicio de televisión por cable si querían que su actuar esté conforme a derecho debían dar cumplimiento a todo lo ordenado en materia de homologación de equipos y aparatos de telecomunicaciones.

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

IV. ANALISIS

38. De acuerdo con el artículo 17° de la Ley sobre Represión de Competencia Desleal, se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes, debiendo tal ventaja ser significativa¹⁰.
39. Teniendo en cuenta lo dispuesto por esta norma, para que se configure la infracción contemplada deben cumplirse dos (2) requisitos: (i) Que se verifique que el denunciado ha incurrido en infracción de una norma; y, (ii) que, como consecuencia de dicha infracción se haya obtenido una ventaja competitiva significativa.
40. En su recurso, Televisión Satelital ha cuestionado la Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL en el extremo que declara fundada la demanda por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas al haber Televisión Satelital emitido señales de televisión por cable a través de equipos no homologados.
41. Teniendo en cuenta la estructura del análisis realizado por el Cuerpo Colegiado, Televisión Satelital ha señalado que no se ha configurado acto de competencia desleal con respecto a ninguna de las señales materia de análisis.
42. Concretamente, sobre la señal Discovery Kids, afirmó que no se ha cumplido el primero de los requisitos para la configuración de la infracción contemplada en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de Competencia Desleal; pues, en su opinión, no se ha comprobado en el procedimiento que Televisión Satelital haya estado emitiendo la referida señal a través de equipos no homologados.
43. De otro lado, con relación a las señales MGM, Casa Club y Disney Channel, si bien la recurrente no ha cuestionado el hecho que se le encontró emitiendo dichas señales con equipos no homologados, sí sostiene que no había obtenido una ventaja significativa, en la medida que no existió el ahorro señalado por el Cuerpo Colegiado.
44. Teniendo en cuenta ello, el Tribunal de Solución de Controversias procederá a analizar, por un lado, si es que hubo o no violación de normas con relación a la emisión de la señal de Discovery Kids; y, por otro, si es que se verificó la ventaja competitiva significativa a raíz de la emisión de las señales MGM, Casa Club y Disney Channel a través de equipos no homologados.

¹⁰ **LEY SOBRE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 17.-** Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

45. Además, es preciso señalar que, en la medida que la presentación y actuación del material probatorio que obra en el expediente está referido a los hechos que se produjeron entre la fecha de presentación de la denuncia y la inspección del 22 de julio de 2005 realizada por la primera instancia, el análisis de la cuestión en discusión del recurso de apelación presentado ante esta instancia estará referido a este período.

4.1. La violación de normas en la emisión de la señal Discovery Kids

46. En la resolución impugnada, el Cuerpo Colegiado estimó que existían elementos de juicio suficientes para concluir que Televisión Satelital había utilizado equipos no homologados para la transmisión de la señal Discovery Kids. Teniendo en cuenta ello, concluyó que, con respecto a la emisión de esa señal, la denunciada había infringido lo dispuesto en el artículo 88° de la Ley de Telecomunicaciones. Habiendo llegado a dicha conclusión, según el Cuerpo Colegiado se configuró el primer requisito para que se acredite el acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas con relación a la referida señal.
47. En su recurso de apelación, Televisión Satelital contradice el análisis realizado por el Cuerpo Colegiado señalando que no ha incurrido en acto de competencia desleal alguno, pues no se produjo la violación de normas respecto al uso del equipo con el que se transmitió la señal Discovery Kids.

Particularmente, Televisión Satelital ha basado su cuestionamiento en que se habría realizado una *"inadecuada valoración y apreciación de las pruebas aportadas"* sobre el equipo por el que se recepcionaba la señal Discovery Kids, reafirmando en que el equipo a través del cual transmitía dicha señal era el equipo Scientific Atlanta PowerVu D-9234, el cual dice que es un equipo homologado por el MTC.

Según Televisión Satelital, a través del Acta de Inspección y del video grabado durante la Inspección del 22 de julio de 2005, se comprueba que el equipo usado para transmitir la señal Discovery Kids es un equipo Scientific Power Vu; sin embargo, la identificación del equipo no se encuentra completa, pues, a de acuerdo a lo demostrado, existen diversos equipos dentro de la gama de la "familia" Scientific Atlanta Power Vu.

48. Al respecto, este Tribunal ha constatado que, durante la realización de la inspección del 22 de julio de 2005, realmente no se llegó a identificar el código del modelo del equipo con el cual se venía transmitiendo la señal Discovery Kids. En efecto, tal como figura en el Acta de Inspección y en la visualización del video grabado durante dicha diligencia, se observa el equipo con el cual emitían la señal en cuestión, dejando constancia que se trataba de un equipo *"Scientific Atlanta, Power Vu Headend Satellite Receiver"*. No obstante ello, no se realizó la verificación del código del modelo de ese equipo desconociéndose la numeración del mismo; observándose únicamente de forma detallada la parte delantera del chasis del

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

equipo sin tomarse en consideración la parte posterior del mismo, lugar en que normalmente se puede leer el número del equipo¹¹.

49. La información obtenida sobre las características del equipo "*Scientific Atlanta, Power Vu Headend Satellite Receiver*" sólo nos brinda la marca del equipo (Scientific Atlanta), la tecnología de un grupo de equipos receptores de dicha marca (Power Vu) y una descripción genérica del equipo (Headend Satellite Receiver), toda ella información parcial e incompleta. No existe precisión sobre el modelo, lo que imposibilita su clara identificación¹². En conclusión: el equipo no está identificado.
50. Televisión Satelital ha señalado, desde la etapa de presentación de alegatos hasta la fecha de emisión de la presente resolución, que el equipo por el que transmitía la señal Discovery Kids es un Scientific Atlanta PowerVu, modelo D-9234 y que el mismo se encuentra debidamente homologado por el MTC, homologación vigente a la fecha en que se analizaron los hechos en primera instancia, tal como lo ha reconocido el Cuerpo Colegiado en la resolución apelada¹³. Como prueba de su aserto, Televisión Satelital ha presentado ante esta instancia administrativa el certificado de homologación emitido por el MTC el 28 de octubre de 2005 a favor de Televisión Satelital.
51. Para sustentar su conclusión final sobre la emisión de la señal Discovery Kids, el Cuerpo Colegiado ha señalado que el equipo indicado por la denunciada se encuentra en el listado de equipos homologados que figura en la página web del MTC pero que en dicho listado no figura el nombre del titular o poseedor del equipo.
52. Con relación a ello, el Tribunal de Solución de Controversias considera pertinente aclarar algunos aspectos sobre el procedimiento de homologación administrado por el MTC. La homologación de determinado equipo (es decir un específico modelo de una marca cualquiera) la realiza quien importa por primera vez los mismos al país. Una vez homologado dicho modelo, para importar un equipo determinado se requiere que el mismo este homologado. Si nadie lo ha homologado antes, corresponde a dicho importador hacer el trámite ante el MTC para obtener su certificado de homologación y, en caso que ya haya sido homologado con anterioridad por un tercero, bastará verificar que el mismo se encuentre en la lista publicada por el MTC¹⁴.

¹¹ Durante la misma diligencia, cuando tocó identificar los datos de los equipos receptores para las señales MGM y Casa Club puede verse en el video que el modelo de dichos equipos figura claramente en la parte posterior de los mismos. Sin embargo, para el caso de Discovery Kids no se realizó dicha verificación, limitándose a ver la parte delantera del equipo.

¹² En la página web de la empresa Scientific Atlanta se ha podido ver que existe distintos equipos receptores satelitales y cada modelo se encuentra identificado con un grupo de números. Por ejemplo: PowerVu Commercial Satellite Receiver (Model D9223), PowerVu Business Receiver (Model D9234) y PowerVu Headend Satellite Receiver (Model D9225), etc.
<http://www.sciatl.com/customers/source/42d445.pdf>

¹³ Nota 47 de la Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL, página 25.

¹⁴ "Artículo 65.- Para la importación, fabricación y venta en el país de cualquier equipo o aparato de telecomunicación es requisito estar homologado.

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

53. En fechas posteriores, los poseedores de ese mismo modelo de equipo sólo requerirán de una copia autenticada del certificado de homologación ya tramitado por otra empresa en una fecha anterior¹⁵. Todo ello tiene sentido en la medida en que ya se habría cumplido con el objetivo del procedimiento de homologación de equipos y aparatos de telecomunicaciones, respecto a dicho modelo de equipo, que consiste en asegurar el cumplimiento de las normas técnicas nacionales e internacionales para prevenir daños a las redes a las que se conecten y evitar interferencias a otros servicios de telecomunicaciones, garantizando el buen uso del espectro y la seguridad del usuario¹⁶.
54. En consecuencia, no constituiría un elemento a tenerse en cuenta para verificar si se ha cumplido o no con el TUO de la Ley de Telecomunicaciones, que el nombre del titular o poseedor del equipo aparezca o no en el listado publicado por el MTC¹⁷; o si presenta o no el certificado de homologación, como lo ha señalado el Cuerpo Colegiado¹⁸.
55. En virtud del análisis anterior, contrariamente a lo señalado por el Cuerpo Colegiado, este Tribunal considera que no puede afirmarse que el equipo encontrado, en la fecha de inspección a las oficinas de Televisión Satelital, no se encontrara homologado¹⁹. Ello obedece a que hay una deficiencia en la identificación del

El Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción aprobará y publicará una lista de marcas y modelos homologados. La inclusión en esta lista supone el cumplimiento automático del requisito que exige este artículo. Esta lista será permanentemente actualizada de oficio o, a petición de parte. (El resaltado es nuestro).

¹⁵ Lo señalado se acredita en lo señalado por el MTC en su OFICIO N°4439-2005-MTC/18.01, que obra a fojas 000666, dirigido a Televisión Satelital en el se le indica lo siguiente:

"Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al expediente de la referencia, mediante el cual solicitó la Homologación del equipo: Receptor de señales vía satélite; marca SCIENTIFIC ATLANTA modelo D9834.

Al respecto, hago de su conocimiento que este Despacho recibió previo a sus solicitud, el requerimiento de otra empresa para la homologación del referido equipo, el cual luego de su evaluación se consideró procedente, expidiéndose el Certificado de Homologación N° RXSA8479 de fecha 15/04/2004.

En atención a lo expuesto, encontrándose homologado dicho equipo, se procede a la expedición de una Copia Autenticada del Certificado, la cual se adjunta al presente, dando por concluido el procedimiento. (...)"

¹⁶ **Artículo 248.-** El objetivo de la homologación de equipos y aparatos de telecomunicaciones es asegurar el cumplimiento de las normas técnicas nacionales e internacionales para prevenir daños a las redes a las que se conecten y evitar interferencias a otros servicios de telecomunicaciones, garantizando el buen uso del espectro y la seguridad del usuario".

¹⁷ Ello sería poco manejable para la entidad encargada pues puede existir muchos poseedores del mismo equipo en el país.

¹⁸ Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL, página 25.

"En relación con lo sostenido por la denunciada, debe considerarse lo siguiente: (...) (iii) conforme a la información detallada en la página web del MTC, se aprecia que -efectivamente- el equipo indicado por TELEVISIÓN SATELITAL se encuentra incluido en la relación de equipos homologados, sin embargo, del referido listado se ha observado que no figura el nombre del titular o poseedor del equipo¹⁸; y, (iv) la denunciada no ha cumplido con presentar los certificados de homologación respectivos -emitidos a nombre de su empresa- que acrediten fehacientemente que el equipo conforme a la descripción detallada en su escrito de alegatos está homologado".

¹⁹ Cabe precisar que lo encontrado por los funcionarios de OSIPTEL en la Inspección no fue un equipo Direct TV, en cuyo caso, hubiese sido flagrante la infracción. En este caso se encontró un equipo de una de las

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

equipo, generada en la visita de inspección, lo que impide a este Tribunal poder determinar con exactitud qué modelo fue el utilizado para transmitir Discovery Kids y, por tanto, determinar la existencia de una infracción, en virtud del principio de presunción de licitud que rige la potestad sancionadora de todas las entidades, contemplado en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley de Procedimiento Administrativo General²⁰.

56. De acuerdo con dicho principio, la Autoridad debe presumir que los administrados han actuado en cumplimiento de sus deberes, mientras no se cuente con evidencia que acredite lo contrario.
57. Según la doctrina, un administrado no podría ser sancionado en base a una inferencia o sospecha y si no se llega a formar convicción sobre la ilicitud del acto de ese administrado debe aplicarse el mandato de absolución implícito que la presunción de licitud conlleva, aplicando así la regla del indubio pro reo²¹.
58. Este Tribunal considera, con relación a la emisión de la señal Discovery Kids, que no ha quedado acreditado que Televisión Satelital haya incurrido en infracción de la Ley de Telecomunicaciones. Por ello, no es necesario pasar a analizar el siguiente requisito para la configuración del supuesto acto de competencia desleal por violación de normas; debiendo la denuncia ser declarada infundada en el extremo referido a la emisión de la señal.

4.2. La Ventaja Competitiva Significativa en la emisión de las señales MNG, Casa Club y Disney Channel

59. El Cuerpo Colegiado concluyó que Televisión Satelital utilizó para la transmisión de las señales MGM y Casa Club equipos no homologados, concretamente equipos Direct TV, según lo manifestado por la propia denunciada. Asimismo, señaló que al usar dichos equipos no homologados para la transmisión de aquellas señales (incluyendo para el cálculo a las señales Discovery Kids y Disney Channel) obtuvo una ventaja competitiva significativa al ahorrar cuando menos US\$ 5 512,00 (cinco mil quinientos doce y 00/100 dólares americanos).
60. Con relación al análisis hecho por el Cuerpo Colegiado respecto de la emisión de las señales MGM, Casa Club y Disney Channel, Televisión Satelital ha manifestado su discrepancia en lo referido a la determinación de la supuesta ventaja competitiva

marcas que normalmente son contratadas por las titulares de las señales para que a través de sus equipos sean emitidos.

²⁰ Ley de Procedimiento Administrativo General

"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".

²¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Pág. 520-521.

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

significativa generada a raíz de la emisión de dichas señales con equipos no homologados.

En ese sentido, la denunciada ha señalado que, según lo establecido en el contrato suscrito para la emisión de los canales MGM y Casa Club, debían utilizarse equipos Scientific Atlanta PowerVu D-9834 y que la existencia de dichos equipos fue verificada en la inspección realizada por la primera instancia. Además, la denunciada presentó copia del Oficio N° 5507-2005-MTC/17.02.SAT del 27 de junio de 2005, a través del cual se otorga permiso de internamiento definitivo a favor de Televisión Satelital, documento que indica prueba fehacientemente la homologación de los equipos importados. Asimismo, según la recurrente debe apreciarse la factura emitida por la empresa Global Satellite Technologies en la que consta la adquisición de los cuatro receptores Power Vu D9834, así como el precio pagado por cada uno de ellos.

De otro lado, ha señalado que, con relación a la emisión de la señal Disney Channel, Televisión Satelital cumplió con adquirir los receptores solicitados por el proveedor de la señal, con realizar todos los gastos necesarios para mantener dichos equipos operativos y con el pago de los derechos correspondientes a equipos operativos para emisión de la señal, razón por la cual no se había generado ventaja significativa alguna a favor de la denunciada. Sin perjuicio de ello, debido a continuos desperfectos técnicos del equipo antes mencionado, en la actualidad se viene emitiendo la señal de Discovery Channel por medio de un equipo DSR-4400X, el cual se encuentra homologado por el MTC.

61. Teniendo en cuenta lo anterior, en opinión de Televisión Satelital, en lo referido a los equipos para la transmisión de las señales MGM, Casa Club y Disney Channel no se habría configurado el supuesto ahorro al que se hace referencia en la resolución del Cuerpo Colegiado, toda vez que Televisión Satelital cumplió con adquirir los receptores solicitados por el proveedor de la señal; así como cumplió con realizar los trámites necesarios para la nacionalización e internamiento definitivo de los citados equipos, el pago de los derechos correspondientes para la emisión de la señal. Por esta razón, no se ha generado ventaja significativa o ahorro alguno de Televisión Satelital.
62. Con relación a ello, corresponde precisar que lo que se advierte es que ha quedado acreditado en el Acta de Inspección que Televisión Satelital venía transmitiendo las señales MGM y Casa Club utilizando equipos Direct TV RCA Satellite Receiver 3R04 E182045, el equipo Thomson Consumer Electronics, respectivamente. En consecuencia, no hay duda de que Televisión Satelital había incurrido en infracción a la Ley de Telecomunicaciones.
63. Asimismo, ha quedado acreditado que Televisión Satelital venía transmitiendo la señal Disney Channel desde un equipo Direct TV Thomson Multimedia LTDA Model DXD436R3 serie E313E205H, evidentemente no homologado. Según el Acta de Inspección, *"el señor Ramos señaló que su empresa venía transmitiendo el mismo vía Direct Tv, mientras HBO, propietaria de la señal, la autorizaba a utilizar otros"*

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

equipos ya que los decodificadores que utilizaban se habían malogrado y no querían dejar de transmitir esta señal. Como prueba, nos entregó correos electrónicos remitidos por su empresa a HBO en las cuales se acreditaría estas afirmaciones”.

64. En la medida que el artículo 88° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones establece que será infracción grave la instalación de terminales o equipos que no disponen del correspondiente certificado de homologación, al encontrarse que la denunciada venía transmitiendo las señales en cuestión a través de equipos Direct TV, se verificó que incurrió en infracción de la Ley de Telecomunicaciones en la transmisión de las señales MGM, Casa Club y Disney Channel. Esto tampoco ha sido cuestionado por la recurrente.
65. Corresponde ahora determinar si, producto de dicha infracción al TUO de la Ley de Telecomunicaciones, Televisión Satelital obtuvo un ahorro que le permitió generar a su favor una ventaja significativa con respecto a sus competidores.
66. Para ponderar la dimensión de la ventaja competitiva obtenida y concretamente verificar si la misma fue significativa, el Cuerpo Colegiado estimó que, entre otros aspectos a ser considerados, se debían analizar dos aspectos: (a) los montos dejados de pagar por no adquirir los equipos autorizados para la decodificación de señales y (b) los canales de mayor audiencia o mayor “rating” transmitidos por Televisión Satelital mediante los equipos no homologados.
67. Como montos dejados de pagar por no adquirir equipos homologados, la primera instancia incluyó los costos de los equipos autorizados adquiridos directamente de los proveedores, los costos incurridos en la importación de los equipos autorizados (I.G.V. y arancel aduanero), los costos por internamiento y los de homologación de los equipos.
68. Al respecto, en el documento presentado por Televisión Satelital con el título “MGM Network Latin América LLC. Términos para el acuerdo de afiliación”, se indica que el contrato con la titular de las señales MGM y Casa Club se iniciaría a partir del 1 de mayo de 2005 y culminará el 30 de abril de 2007. Además, se establece que los decodificadores que debían ser utilizados por Televisión Satelital para la recepción de las señales mencionadas eran los PowerVu Scientific Atlanta D9834.
69. Durante la inspección del 22 de julio de 2005, al requerirse al representante de Televisión Satelital información sobre la existencia y ubicación de estos equipos, éste mostró dos (2) cajas selladas que contenían dichos equipos, señalando que recién habían sido recibidos. Durante la visualización que hizo este Tribunal del video correspondiente a la Inspección, se pudo apreciar que los equipos empaquetados si correspondían a la marca y modelo descritos en el documento a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.
70. De otro lado, obra en el expediente copia de la Factura 1153 del 15 de junio de 2005, emitida a nombre de Televisión Satelital, documento con el que se verifica la

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

compra de cuatro (4) receptores Scientific Atlanta PowerVu D9834, según indicación del titular de la señal.

71. Asimismo, la recurrente ha cumplido con presentar el Oficio N° 5507-2005-MTC/17.02.SAT del 27 de junio de 2005, mediante el cual el MTC otorga a favor de Televisión Satelital el permiso de internamiento definitivo cuatro receptores Scientific Atlanta PowerVu D9834.
72. Teniendo en cuenta dicha información, este Tribunal discrepa con la estimación hecha por el Cuerpo Colegiado de los factores que reflejarían que Televisión Satelital obtuvo una ventaja competitiva traducida en el ahorro obtenido por dicha empresa al usar equipos no homologados en la emisión de las señales MGM y Casa Club. Por lo tanto, en opinión de este Tribunal, esos montos no podrían ser considerados a efectos de calcular el ahorro que habría obtenido la recurrente como consecuencia de su infracción.
73. De otro lado, de la revisión del documento por el cual se autorizaba a Televisión Satelital a emitir la señal Disney Channel, no se puede apreciar que se haya especificado el modelo del equipo por cual debía ser recepcionada dicha señal.
74. No obstante ello, de los correos electrónicos cursados entre el representante de Televisión Satelital y los representantes de HBO Olé Distribution, LLC.²² se entiende que estos últimos autorizaron, al 11 de julio de 2005, la recepción de la señal Disney Channel a través del equipo Receptor General Instruments modelo DSR-4500.
75. Si bien no se dejó constancia de ello en el Acta de Inspección, durante la visualización que hizo este Tribunal del video correspondiente a la Inspección del 22 de julio de 2005, se pudo apreciar que Televisión Satelital contaba con dicho equipo en su cabecera, indicando a los representantes de OSIPTTEL que se encontraba averiado. En base a ello, se presume que Televisión Satelital asumió el costo del mencionado equipo para poder tenerlo en sus poder.
76. De acuerdo con dicha información, este Tribunal discrepa con la estimación hecha por el Cuerpo Colegiado de los factores que reflejarían que Televisión Satelital obtuvo una ventaja competitiva traducida en el ahorro obtenido por dicha empresa al usar equipos no homologados en la emisión de la señal Disney Channel. Por lo tanto esos montos no podrían ser considerados a efectos de calcular el ahorro que habría obtenido la recurrente como consecuencia de su infracción.
77. Teniendo en cuenta el análisis de los hechos realizado por el Cuerpo Colegiado, este Tribunal es de la opinión que, en el presente caso, el uso de equipos no homologados para transmitir las señales MGM, Casa Club y Disney Channel, no ha generado como consecuencia directa un ahorro en costos para el infractor; ya sea en la adquisición de equipos o en los pagos correspondientes a la importación o internamiento de los mismos.

²² Fojas 259 al 264 del expediente.

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

78. En efecto, como puede advertirse de los hechos acreditados en el expediente, si bien Televisión Satelital incurrió objetivamente en la infracción tipificada en el artículo 88 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, dicha infracción no significó un ahorro en el primero de los factores que tuvo en cuenta la primera instancia para ponderar la ventaja competitiva obtenida con la práctica denunciada. Por ende, este Tribunal discrepa con el razonamiento que sustenta la decisión del Cuerpo Colegiado para declarar que Televisión Satelital había incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.
79. Ahora bien, Cable Visión ha señalado que la recurrente, teniendo los receptores homologados y requeridos en el contrato aún en sus cajas de importación, utilizaba equipos Direct TV con la única intención de generar una ventaja significativa como lo es el ahorro del pago de las señales.
80. Según Cable Visión, se ha creado una ventaja competitiva significativa al ya tener en su poder los equipos homologados y seguir utilizando equipos Direct TV. Una vez que se haya desempacado, instalado a la red y solicitado la apertura de la señal enviando al proveedor los códigos, recién el proveedor autoriza la señal enviando al operador de televisión por cable los códigos y solo de ahí en adelante se considera los días para el pago de la señal. Sabiendo esto, afirma Cable Visión, la denunciada estuvo emitiendo las señales MGM y Casa Club desde el 1 de mayo de 2005 hasta la fecha de inspección del Cuerpo Colegiado, el 22 de julio de 2005; emitiendo hasta por 2 meses y 22 días las señales a través de equipos no homologados sin corregir su actuar al momento de la inspección.

En ese sentido, agregó la recurrente, el fondo de la controversia no es si poseían o no los equipos homologados sino si los equipos conectados a la red eran o no homologados y, por lo tanto, se estaba pagando por el uso de las señales.

81. Según lo señalado por la partes dentro del procedimiento y lo investigado por la Secretaría Técnica del Tribunal, se puede afirmar que, para poder brindar el servicio de televisión por cable, la empresa operadora del servicio de televisión por cable debe solicitar al titular de las señales le autorice a transmitir las mismas a sus abonados. De llegar a un acuerdo la titular de determinada señal y la operadora de televisión por cable, la primera debe brindar las especificaciones técnicas y características (marca y modelo) exactas del equipo por el cual se recepcionará la señal en cuestión.
82. Como señala Cable Visión, estando en posesión de los equipos receptores se comunica al distribuidor de la señal para que proceda a autorizar la liberación de la señal a través de dicho equipo. Es recién a partir de ello, que se debe cobrar los montos correspondientes a la emisión de la señal.
83. Pedida la aclaración por los miembros de este Tribunal durante el informe oral del 23 de marzo de 2006 sobre este aspecto, Televisión Satelital afirmó que venía cumpliendo con el pago mensual por emisión de las señales materia de controversia

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

desde la fecha que figura como de inicio de contrato, la cual es distinta en cada uno de los casos.

84. Ante esto, la Secretaría Técnica del Tribunal, por encargo de éste, el 24 de marzo de 2006 emitió el Oficio N° 042-STTSC/2006, mediante el cual solicitó a Televisión Satelital presente los siguientes documentos: (i) Copia de todas las facturas canceladas por concepto de uso de las señales Discovery Kids, Disney Channel, MGM y Casa Club, desde la celebración de los contratos de autorización de emisión de señal respectivos; y (ii) Copia de la factura que acredite el pago por el equipo General Instrument DSR-4500, receptor de la señal Disney Channel.
85. Como respuesta a dicho requerimiento, mediante escritos 10 y 11, del 28 de marzo de 2006 respectivamente, presentó la siguiente información: (i) facturas emitidas por MGM Networks Latin America LLC por las señales MGM y Casa Club, por concepto de pago del uso de señales correspondientes a los meses de mayo, junio y agosto del año 2005, (ii) facturas emitidas por HBO Latin American Group correspondiente a los meses de julio, agosto y setiembre del año 2005, (iii) facturas emitidas por Discovery Latin American correspondiente a los meses de mayo y junio de 2005, (iv) estado de cuenta emitido por Discovery Lantin America LLC, (v) cargos en tarjeta de crédito a favor de Discovery Latin America por el monto señalado en el contrato correspondiente, (vi) solicitudes de transferencia de fondos a favor de MGM Networks por el pago de servicios, (vii) solicitudes de transferencia de fondos y solicitudes de cargo de tarjeta de crédito a favor de HBO Latin America Media Services y DSM Media Services.
86. Con relación a las facturas por el uso de las señales MGM y Casa Club, se ha verificado quese establece que el monto facturado por el servicio es el de tarifa plana mínima (Contract Adjustment. Minimun flat rate), coincidiendo el monto facturado con el establecido en el documento denominado "*Términos para el acuerdo de afiliación entre MGM Networks Latin America LCC y Televisión Satelital E.I.R.L.*".
87. En cuanto a las facturas emitidas por HBO Latin America Media Services, éstas tienen como fecha de emisión 31 de julio de 2005, 31 de agosto de 2005 y 30 de setiembre de 2005 respectivamente y se señala expresamente en ellas que el concepto por el que fueron emitidas es por los meses de julio, agosto y setiembre respectivamente.
88. Con relación a la señal Discovery Kids, se ha presentado facturas de mayo y junio en las que figura que el concepto por el cual fueron emitidas fue por honorarios por autorización o licencia. Asimismo, se ha presentado el estado de cuenta de Televisión Satelital en el que se ha verificado que se le ha venido facturando a esta empresa los montos correspondiente al pago de derechos por uso de dicha señal.
89. Teniendo en cuenta la información presentada por Televisión Satelital, se puede señalar que esta empresa ha cumplido con acreditar que sí incurrió en el costo de pago por las señales contratadas, independientemente de si venía transmitiendo las

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

señales a través de los equipos autorizados por las titulares de la señales materia de discusión.

90. En virtud del análisis realizado a lo largo de la presente resolución, el Tribunal de Solución de Controversias es de la opinión que siguiendo la estimación de los factores analizados por el Cuerpo Colegiado, de los factores propuestos por Cable Visión así como de la investigación realizada por el Tribunal, no se puede concluir que existen elementos de juicio que acrediten que Televisión Satelital obtuvo un ahorro que le generó una ventaja competitiva significativa.
91. Como consecuencia de ello, el Tribunal de Solución de Controversias considera que no se ha cumplido con acreditar todos los elementos del tipo legal que configura el acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, conducta tipificada en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.
92. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal considera indispensable hacer notar que la conducta de Televisión Satelital no constituye en forma alguna una conducta deseable en el mercado pues, como se ha podido advertir, durante un lapso de tiempo esta empresa venía recepcionando señales a través de equipos que no estaban homologados, por un lado, poniendo en riesgo el correcto funcionamiento de la red pública de los servicios de telecomunicaciones; y, por otro lado, se ha podido percibir que existen indicios de que Televisión Satelital estuvo en un primer momento transmitiendo las señales materia de controversia sin contar con las autorizaciones correspondientes y/o sin tener en su poder y, por ende, instalados los equipos que debía adquirir para la recepción de las señales en cuestión. Asimismo, se ha podido percibir que esta empresa ha venido regularizando sus relaciones con las titulares de los derechos de las señales Discovery Kids, Disney Channel, MGM y Casa Club.
93. En opinión de este Tribunal, el comportamiento de Televisión Satelital no es uno deseable para el mercado. Sin embargo, en esta instancia se encuentra impedida de sancionarla en la medida que no se ha podido acreditar la configuración del tipo legal establecido en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.
94. No obstante ello, existen entidades con facultades para poder analizar y, de ser el caso, sancionar el actuar de Televisión Satelital. Teniendo en cuenta ello, este Tribunal considera necesario hacer llegar copia de lo actuado a la Oficina de Derechos de Autor del INDECOPI.

RESUELVE:

Revocar los artículos primero y tercero de la Resolución N° 011-2005-CCO/OSIPTEL y, en consecuencia, declarar infundada la demanda de Cable Visión S.R.Ltda. contra Televisión Satelital E.I.R.L. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificados en el artículo 17° de la Ley sobre Represión

Resolución N° 009-2006-TSC/OSIPTEL

de la Competencia Desleal; al haber emitido las señales MGM, Casa Club, Discovery Kids y Disney Channel a través de equipos no homologados.

Con el voto favorable de los señores vocales: María del Pilar Cebrecos González, Luz María del Pilar Freitas Alvarado, Dante Mendoza Antonioli y Juan Carlos Valderrama Cueva.



DANTE MENDOZA ANTONIOLI
Presidente

