

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 006-2002-CCO/OSIPTEL

Lima, 11 de diciembre de 2003

EXPEDIENTE	013-2003-CCO-ST/CD
MATERIA	COMPETENCIA DESLEAL
ADMINISTRADOS	Telefónica Multimedia S.A.C. Boga Comunicaciones S.A.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante Multimedia) y Boga Comunicaciones S.A. (en adelante Boga) por la presunta comisión de actos de competencia desleal.

VISTO:

El Expediente N° 013-2003-CCO-ST/CD.

CONSIDERANDO:**I. EMPRESAS INVOLUCRADAS:****1. Denunciante:**

Multimedia es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resoluciones Ministeriales N° 108-93-TCC/15.17 del 12 de marzo de 1993, N° 30-96-MTC/15.07 del 11 de enero de 1996 y N° 191-98-MTC/15.03 del 15 de abril de 1998, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante televisión por cable) en las provincias de Lima, Callao, Arequipa, Cuzco, Chiclayo, Santa, Huancayo, Piura y Trujillo¹.

2. Denunciada:

Boga es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 180-97-MTC/15.03 del 6 de mayo de 1997, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de televisión por cable en el distrito de San Juan de Lurigancho, provincia y departamento de Lima. Actualmente, Boga presta dicho servicio en los distritos del Cercado de Lima, Los Olivos, Zárate, Rímac, Independencia, El Agustino, Santa Anita, Comas, San Juan de Miraflores, Surco, Puente Piedra, Carabaylo, San Martín de Porres y Villa El Salvador, así como en la ciudad de Chiclayo. El nombre comercial con el que presta su servicio es "Cable Express".

¹ Debe señalarse que las concesiones para la prestación del mencionado servicio fueron otorgadas originalmente a la Compañía Peruana de Teléfonos S.A., quien posteriormente transfirió dichas concesiones a Multimedia mediante la Resolución N° 191-98-MTC/15.03 del 15 de abril de 1998.

II. ANTECEDENTES:

Con respecto a los antecedentes, se remite a lo señalado en el Informe de la Secretaría Técnica N° 008-2003/GRE de fecha 28 de octubre de 2003 (en adelante, el Informe Instructivo).

III. PETITORIO DE LA DENUNCIA:

En su denuncia Multimedia solicitó:

- i. Que se declare que Boga infringió la regulación de telecomunicaciones y cometió actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas al incumplir sistemáticamente las condiciones de uso aplicables al servicio de televisión por cable, limitando el derecho de sus abonados a elegir el servicio de su preferencia.
- ii. Que se declare que Boga cometió actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas e infracción a la cláusula general, al retransmitir señales en su parrilla de programación sin contar con las licencias correspondientes.
- iii. Que se declare que Boga cometió actos de competencia desleal en la modalidad de denigración a través de la difusión de información y declaraciones institucionales de contenido inexacto, falso y denigratorio, con el fin de menoscabar la reputación de Multimedia.
- iv. Que se imponga a Boga las sanciones correspondientes por las infracciones de normas regulatorias y por la comisión de actos de competencia desleal.
- v. Que se ordene a Boga el cese inmediato de todas las conductas ilegales cometidas por dicha empresa.
- vi. Que se ordene la publicación de la resolución sancionadora; y,
- vii. Que se ordene a Boga el pago de las costas y costos incurridos por su empresa en el presente procedimiento.

IV. INFORME INSTRUCTIVO:

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica concluye lo siguiente:

1. Los hechos que en opinión de Multimedia constituirían actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general están expresamente tipificados en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, por lo que el análisis de los mismos debe realizarse únicamente sobre la base de los criterios de interpretación utilizados para evaluar los presuntos actos de competencia desleal en esta modalidad.
2. Boga no ha infringido las Condiciones de Uso aplicables al servicio de televisión por cable² en el caso de los abonados que suscribieron un contrato a plazo indeterminado y que solicitaron la resolución del mismo, por cuanto no ha quedado acreditado que la denunciada exija formalidades adicionales a las establecidas en dichas condiciones, ni que condicione la resolución de los contratos de abonado al pago de las deudas que el abonado tuviese pendientes.

² Condiciones de Uso y Cláusulas Generales de Contratación de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet, aprobadas mediante Resolución N° 015-2001-CD/OSIPTEL del 27 de abril de 2001; en adelante las Condiciones de Uso.

3. Boga declaró improcedente las solicitudes de resolución de contrato de los abonados que suscribieron contratos a plazo forzoso argumentando que las mismas se sustentaron en causales no previstas por las Condiciones de Uso, restringiendo el derecho de los consumidores a dejar sin efecto una relación contractual de la cual ya no quieren formar parte; infringiendo el artículo 46° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones al tratarse de una práctica coercitiva en perjuicio de los consumidores en los términos señalados en el 5°, literal d) de la Ley sobre Protección al Consumidor. Sin perjuicio de lo expuesto, en este caso no ha quedado acreditado que se haya generado una ventaja competitiva significativa a favor de la denunciada, por lo que no puede considerarse que esta empresa haya incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.
4. Está acreditado que Boga está afiliada a HBO Latin America (en adelante HBO), empresa propietaria de las señales de diversos canales de televisión, entre los cuales están A&E Mundo, Sony Entertainment Television y Warner Channel (en adelante A&E, SET y WC respectivamente), teniendo como código de afiliación el 5239. Por otro lado, está demostrado que, en el período comprendido por los meses de marzo y abril de 2003 - período en el cual Boga habría emitido las referidas señales sin licencia de acuerdo a la indicado por Multimedia -, HBO facturó a la denunciada por la transmisión de diversos canales de su propiedad, entre ellos los canales mencionados anteriormente; razones por las cuales Boga contaba con las autorizaciones exigidas por la Ley sobre el Derecho de Autor para difundir dichos canales dentro de su programación, no incurriendo en los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas alegados por Multimedia.
5. En relación con los supuestos actos de denigración denunciados por Multimedia:
 - 5.1 Las declaraciones de los congresistas que integran la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores del Congreso de la República (en adelante la Comisión) no constituyen actos denigratorios de acuerdo con lo establecido en el artículo 11° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal por tratarse de declaraciones que expresan la opinión de los mismos, realizadas en ejercicio de la función pública que les corresponde, sin tener un mandato de representación de la denunciada, por lo que no se puede atribuir a esta empresa la responsabilidad de las mismas.
 - 5.2 Las declaraciones de los representantes de Boga difundidas en radio, televisión y prensa no constituyen un acto de competencia desleal en la modalidad de denigración, por cuanto reflejan la opinión de dichos representantes acerca de la controversia existente entre dicha empresa y Multimedia, no existiendo en estas expresiones algún término que pudiera dar a entender a los destinatarios de este mensaje que ya existiría un pronunciamiento definitivo por parte de la autoridad con relación a la demanda que Boga iba a presentar cuestionando la legalidad de la promoción implementada por Multimedia.
 - 5.3 Las afirmaciones de Boga contenidas en el comunicado difundido a través de su señal de cable, en los recibos por el servicio que presta, en las cartas remitidas a sus abonados que solicitaron la resolución de sus contratos y en la nota de prensa son susceptibles de afectar el prestigio de Multimedia en el mercado, toda vez que estas afirmaciones presentan a la denunciante como una empresa que

constantemente recurre a prácticas ilegales en perjuicio de sus competidores y de los consumidores, refiriéndose a conductas y prácticas cuya veracidad no ha sido demostrada y utilizando referencias al origen extranjero de los capitales de la denunciante, con el fin de presentarla como una empresa extranjera que abusa tanto de las empresas como de los consumidores nacionales, pudiendo generar dichas afirmaciones un perjuicio a la imagen y reputación de Multimedia.

Las afirmaciones contenidas en las cartas remitidas a los abonados que solicitaron la resolución de sus contratos denigran a Multimedia por cuanto hacen referencia a la existencia de casos supuestamente acreditados de consumidores que habrían sido engañados por la denunciante, cuando no existe medio probatorio alguno que demuestre este hecho, siendo impertinentes dentro del contexto en el cual han sido difundidas; por lo que la denunciada ha infringido el artículo 11º del Decreto Ley N° 26122.

V. ANÁLISIS DE LA DENUNCIA:

5.1 Posiciones de las partes e información solicitada por la Secretaría Técnica

Respecto a las posiciones de las partes, así como a los pedidos de información realizados por la Secretaría Técnica³, el Cuerpo Colegiado se remite a lo señalado sobre el particular en el Informe Instructivo.

5.2 Informe Oral

El 27 de noviembre de 2003 se realizó el informe oral ordenado por el Cuerpo Colegiado mediante la Resolución N° 005-2003-CCO/OSIPTEL del 17 de noviembre de 2003. En dicha diligencia se escuchó únicamente la posición de Multimedia por cuanto la persona que se presentó a nombre de Boga carecía de poder de representación de la denunciada.

VI. ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS:

1. Conductas denunciadas

Tal como se indica en el Informe Instructivo, Multimedia denunció a Boga por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de infracción a la cláusula general, denigración y violación de normas, tipificados en los artículos 6º, 11º y 17º, respectivamente, del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

Según Multimedia, los hechos constitutivos de las infracciones en las que habría incurrido Boga serían los siguientes: (i) condicionar la resolución de los contratos suscritos con sus abonados al cumplimiento de diversas formalidades no establecidas en las condiciones de uso aplicables a dicho servicio, infringiendo las mismas y restringiendo el derecho de los usuarios a elegir el servicio de su preferencia; (ii) transmitir señales de diversos canales sin contar con las licencias necesarias para ello; y, (iii) difundir afirmaciones referidas a Multimedia a través de distintos medios de

³ Información solicitada a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y a la Oficina de Derechos de Autor del INDECOP, así como información adicional solicitada a Boga y a la Gerencia de Fiscalización del OSIPTTEL.

comunicación, las mismas que serían falsas, inexactas y denigratorias, con el objeto de menoscabar la reputación de su empresa en el mercado.

En este sentido, mediante Resolución N° 001-2003-CCO/OSIPTEL del 16 de julio de 2003, el Cuerpo Colegiado determinó que:

“(...) las conductas constitutivas de las infracciones en las que supuestamente habría incurrido Boga y las normas que prevén éstas como infracciones administrativas, son las siguientes: (i) la práctica de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por incumplir las condiciones de uso del servicio de cable e impedir que los abonados puedan optar por el servicio de su preferencia lo que constituiría una infracción al artículo 17° del Decreto Ley 26122; (ii) la práctica de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por retransmitir señales en su parrilla de retransmisión sin las licencias correspondientes, lo que constituiría una infracción al artículo 6° y 17° del Decreto Ley 26122; y, (iii) la práctica de competencia desleal en la modalidad de denigración por la difusión de información y declaraciones institucionales con contenido inexacto, falso y denigratorio, con el objeto de menoscabar la reputación de MULTIMEDIA en el mercado, lo que constituiría una infracción al artículo 11° del Decreto Ley 26122.”

En sus alegatos, Multimedia manifestó que Boga tenía como práctica comercial incumplir las normas del sector de telecomunicaciones, por lo que las infracciones a las Condiciones de Uso alegadas por su empresa no podían considerarse como hechos aislados o circunstanciales sino como una práctica sistemática que debía ser sancionada de acuerdo con lo establecido por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Multimedia indicó que su empresa contaba con elementos de juicio suficientes para concluir que Boga infringió el Reglamento General de Tarifas, la Directiva de Atención de Reclamos de Usuarios y las Condiciones de Uso; hechos que afectaban a su empresa y generaban un “daño mayúsculo para los consumidores afectados y para el correcto funcionamiento del mercado”.

El Cuerpo Colegiado considera que estos hechos citados por Multimedia en sus alegatos no pueden ser analizados como infracciones a la regulación del sector ni como actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por cuanto ello significaría aceptar una ampliación de la denuncia que, de conformidad con lo establecido por el artículo 428° del Código Procesal Civil⁴, no procede en esta etapa del procedimiento.

En este sentido, en concordancia con lo señalado por la Secretaría Técnica en el Informe Instructivo y de acuerdo con lo denunciado por Multimedia y a lo dispuesto en la Resolución N° 001-2003-CCO/OSIPTEL, en el presente caso corresponde analizar si Boga ha incurrido en los siguientes actos de competencia desleal: (i) condicionar la resolución de los contratos suscritos con sus abonados al cumplimiento de diversas formalidades no establecidas en las condiciones de uso aplicables a dicho servicio,

⁴ Código Procesal Civil

Artículo 428°.- Modificación y ampliación de la demanda.- El demandante puede modificar la demanda antes que ésta sea notificada.

Puede, también, ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal derecho. A este efecto, se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte.

Iguals derechos de modificación y ampliación tiene el demandado que formula reconvencción.

infringiendo las mismas y restringiendo el derecho de los usuarios a elegir el servicio de su preferencia; (ii) transmitir señales de diversos canales sin contar con las licencias necesarias para ello; y, (iii) difundir afirmaciones referidas a Multimedia a través de distintos medios de comunicación, las mismas que serían falsas, inexacta y denigratorias, con el objeto de menoscabar la reputación de dicha empresa en el mercado.

2. Los actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general

El artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal considera como acto de competencia desleal, *“toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.”*

Por su parte, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones (en adelante los Lineamientos), aprobados por Resolución N° 075-2002-CD/OSIPTEL, señalan que *“OSIPTEL considera que las conductas comprendidas por las prohibiciones genéricas son los comportamientos estratégicos que explotan indebidamente la asimetría de información y la racionalidad limitada del consumidor, generada por el tipo de bienes que caracteriza el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones (experiencia y/o confianza), o los que creen o incrementen ilegalmente obstáculos para el ingreso de potenciales competidores al mercado...OSIPTEL sólo aplicará las prohibiciones genéricas con carácter residual, ante la inexistencia de un supuesto prohibido expresamente que sea aplicable a la práctica controvertida. En caso contrario, declarará la improcedencia de la demanda en virtud de la prohibición genérica, tramitando la controversia únicamente sobre la base del supuesto prohibido expresamente...”*

El Cuerpo Colegiado hace suyas las conclusiones que sobre este punto contiene el Informe Instructivo. En consecuencia, en aplicación de los criterios de interpretación mencionados en el párrafo precedente, y teniendo en cuenta que los hechos que en opinión de Multimedia constituirían actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general estarían tipificados en el artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, referido a los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, el análisis de los mismos debe realizarse únicamente en base a los principios y criterios de interpretación utilizados para evaluar los presuntos actos de competencia desleal en dicha modalidad.

3. Sobre los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

El artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal dispone que *“Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.”*

Para que se configure esta conducta, los Lineamientos señalan que OSIPTEL considerará solamente la infracción de normas legales de carácter imperativo, es decir, aquellas que establecen deberes al administrado, salvo que exista evidencia de que la infracción de las normas declarativas, que reconocen derechos, pueda ser aprovechada para incurrir en prácticas desleales que no se encuentren reguladas por otras

disposiciones de la ley. Asimismo, la Gerencia de Fiscalización de OSIPTEL constatará la infracción cuando le corresponda controlar su cumplimiento; de lo contrario solicitará la opinión no vinculante del organismo encargado de vigilar el cumplimiento de la norma que corresponda, sin que dicha opinión sea requisito de admisibilidad de las demandas.

Con respecto a la ventaja "significativa" ilícita a la que se refiere el citado artículo 17° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, la misma debe determinarse evaluando los beneficios que reporta al infractor el incumplimiento de la norma⁵.

Establecido el marco general aplicable a los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, corresponde analizar si los comportamientos atribuidos por la denunciante a Boga constituirían actos de competencia desleal en esta modalidad.

Aplicación al presente caso

Los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas en los que habría incurrido Boga consistirían en las siguientes conductas:

- (i) establecer requisitos adicionales para la resolución de los contratos suscritos por sus abonados, condicionando este hecho al pago de las cuotas pendientes y/o penalidades, infringiendo lo establecido por los artículos 34° y 35° de las Condiciones de Uso y restringiendo de este modo la libertad de elección de sus consumidores; y,
- (ii) la retransmisión de las señales de los canales A&E, SET y WC sin autorización de HBO, infringiendo lo dispuesto en los artículos 140°, 141° y 142° de la Ley sobre el Derecho de Autor.

a) Sobre las presuntas infracciones a las Condiciones de Uso

Multimedia denunció a Boga por establecer una política destinada a obstaculizar el retiro de sus abonados que comunican su decisión de resolver el contrato celebrado con dicha empresa, estableciendo una serie de requisitos para condicionar su salida, como por ejemplo la presentación de cartas notariales y la remisión de las mismas dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes; el pago previo de las deudas que tuvieran y de una penalidad por la terminación del contrato, aún en los casos en los que los abonados invocan como causal para la resolución, el corte de una de las señales contratadas; contraviniendo los artículos 34° y 35° de las Condiciones de Uso.

⁵ Según KRESALJA, "(...) no toda violación de normas por parte del competidor puede ser calificada de desleal; en primer término, la violación ha de reportar una "ventaja competitiva" en relación con los restantes operadores en el mercado que cumplan con la norma violada -representada en una disminución en los costos de producción o distribución de los productos o servicios de que se trate-, o también el acceso privilegiado a un determinado mercado. En segundo lugar, la ventaja mencionada ha de ser "significativa", tal como dice textualmente la ley, pues sólo de esa manera el infractor obtendrá un diferencial de competitividad determinante frente a sus competidores en la lucha por la clientela. Y, finalmente, el infractor tiene que valerse, es decir, hacer efectiva en el mercado esa ventaja competitiva, más allá de si ello le produce o no una "ganancia" (aunque algunos dicen que "siempre" la obtiene)."

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

A modo de ejemplo, esta ventaja significativa debería definirse en términos de la disminución en los costos de agente que infringe la norma legal o en su acceso privilegiado al mercado debido a la infracción de la norma.

Multimedia precisa que, a través de este comportamiento, Boga pretende obtener ventajas competitivas a costa de la infracción de normas de carácter imperativo, incurriendo no sólo en infracciones a la regulación propia del mercado de telecomunicaciones, sino también cometiendo actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

En el Informe Instructivo, la Secretaría Técnica concluyó que:

- a) para el caso de los abonados que suscribieron un contrato a plazo indeterminado, Boga no ha infringido las Condiciones de Uso por cuanto no está acreditado que la denunciada exija formalidades adicionales a las establecidas en tales Condiciones de Uso, ni que condicione la resolución de los contratos de abonado al pago de las deudas que el abonado tuviese pendientes.
- b) en el caso de los abonados que suscribieron contratos a plazo forzoso, está demostrado que Boga declaró improcedente las solicitudes de resolución de contrato presentadas por sus abonados argumentando que las mismas se sustentaron en causales no previstas por las Condiciones de Uso, restringiendo el derecho de los consumidores a dejar sin efecto una relación contractual de la cual ya no quieren formar parte, comportamiento que constituye una infracción al artículo 46° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones al tratarse de una práctica coercitiva en los términos señalados en el 5°, literal d) de la Ley sobre Protección al Consumidor.

Asimismo, la Secretaría Técnica concluyó que, en aplicación de lo establecido por el Reglamento General de Infracciones y Sanciones, la infracción cometida por Boga debía calificarse como grave y que no se había acreditado la existencia de una ventaja competitiva significativa en beneficio de esta empresa.

El artículo 34° de las Condiciones de Uso establece las causales por las cuales los abonados que hubieran suscrito un contrato a plazo forzoso pueden resolver unilateralmente el mismo, señalando que en caso la resolución del contrato se produjese por alguna de las causales previstas en dicha norma, la empresa operadora estará impedida de imponer penalidades o algún otro cargo análogo. Asimismo esta norma dispone que la solicitud de resolución del contrato deberá presentarse por escrito dentro de los treinta (30) días calendario siguientes de producida la causal, acompañando copia de la documentación probatoria correspondiente, siendo ésta la única formalidad exigida por la norma.

Por su parte, el artículo 35° de las Condiciones de Uso dispone que la terminación del contrato de abonado por las causales contenidas en los artículos 33° y 34° de las mismas no exime al abonado del pago de los importes adeudados y los servicios prestados hasta la fecha de terminación del contrato; agregando que no se condicionará la resolución del contrato a la cancelación de las deudas o cargos pendientes de pago que pudieran existir.

A fin de acreditar los argumentos referidos a la supuesta exigencia de formalidades adicionales a las establecidas para la resolución de los contratos, Multimedia presentó, entre otros medios probatorios, copia certificada de las actas de verificación correspondientes a las visitas realizadas en los meses de octubre de 2002 y mayo de 2003 por los Notarios Públicos de Chiclayo, Dr. Carlos Caballero Burgos y Dra. Patricia

Torres del Águila, respectivamente, a las oficinas comerciales de Boga ubicadas en dicha ciudad⁶, los mismos que estaban destinados a acreditar que esta empresa exigía a sus abonados que decidían resolver sus contratos a plazo fijo presentar cartas notariales dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes, así como cancelar las sumas supuestamente adeudadas por el mencionado servicio bajo amenaza de remitir sus datos a INFOCORP.

El Cuerpo Colegiado considera que si bien dichos documentos indican que los representantes de Boga habrían informado a sus clientes que las cartas solicitando la resolución de sus contratos debían presentarse durante los cinco (5) primeros días de cada mes, existen en el expediente otros medios probatorios que desvirtúan lo señalado en dicho documento. En efecto, tal como puede observarse de las cartas remitidas por los clientes de Boga a la mencionada empresa, las mismas han sido enviadas en fechas posteriores a los cinco primeros días del mes, como denuncia Multimedia⁷; siendo que, en las respuestas de la denunciada a tales comunicaciones, esta empresa se limitó a recordarles acerca de la obligación de pagar la penalidad fijada en los contratos celebrados en su oportunidad, sin hacer ninguna observación a la fecha de presentación de dichas cartas.

En este sentido, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en que no puede concluirse que Boga exija a sus abonados presentar las cartas para la resolución de sus contratos dentro de los cinco primeros días del mes, puesto que aquellas que son presentadas en otras fechas son atendidas. Asimismo, el Cuerpo Colegiado considera que de lo actuado no está acreditado que Boga exija a sus abonados la presentación de cartas notariales como requisito para la tramitación de sus solicitudes de resolución de los contratos.

En lo que se refiere al pago previo - a la resolución del contrato - de las deudas que tuvieran los abonados, Boga ha presentado las liquidaciones de orden de servicio correspondientes a los quince (15) clientes cuyos casos fueron presentados por Multimedia, conjuntamente con los estados de cuenta de estas personas⁸, documentos en los cuales aparece que en todos estos casos, Boga cortó el servicio prestado a sus clientes pese a que los mismos mantenían deudas con esta empresa por cuotas mensuales no canceladas oportunamente⁹, por lo que el Cuerpo Colegiado hace suyas las conclusiones de la Secretaría Técnica en el sentido de que no está demostrado que Boga exija la cancelación de las deudas pendientes para resolver los contratos de sus abonados.

Asimismo, en la inspección realizada en las oficinas comerciales de Boga¹⁰ se verificó que esta empresa acepta las solicitudes de resolución de los contratos a plazo indeterminado sin condicionar la resolución de los mismos al pago de las deudas que

⁶ Ver fojas 144 y ss.

⁷ A modo de ejemplo, podemos señalar la carta remitida a Boga por el señor Marco Castañeda Gastelo, la misma que obra a fojas 74 y que fue recibida por la demandada el 26 de marzo de 2002.

⁸ Ver fojas 275 y ss.

⁹ A manera de ejemplo, podemos citar el caso de la señora Elpidia Ríos Rentería de Ruiz, a la cual se le suspendió el servicio a solicitud de esta persona el día 27 de mayo de 2003 y que a esa fecha adeudaba la suma de US\$ 28,87 (ver fojas 295 y ss).

¹⁰ Informe N° 586-A/GFS/09/2003 elaborado por la Gerencia de Fiscalización.

sus abonados pudieran mantener con su empresa, y sin exigir alguna formalidad adicional a aquellas establecidas por las Condiciones de Uso aplicables a este servicio. De acuerdo con lo indicado por el informe en cuestión, en estos casos Boga corta el servicio e informa a los abonados respecto de la deuda que tuvieran y la posibilidad de cancelarla antes o después del mencionado corte.

Con relación a la exigencia del pago de una penalidad por la terminación del contrato, el Cuerpo Colegiado considera que la prohibición establecida en el artículo 34° de las Condiciones de Uso respecto a que las empresas operadoras puedan cobrar una penalidad por la resolución anticipada de los contratos pactados a plazo forzoso, sólo se aplica para aquellos casos en los cuales la finalización del mismo se sustenta en alguna de las causales previstas en la citada disposición; no existiendo impedimento legal para que las empresas operadoras puedan cobrar una penalidad por la resolución anticipada de los contratos a plazo forzoso o determinado cuando se invoque una causal que no estuviera señalada en el citado artículo y siempre que el abonado haya sido debidamente informado de tal circunstancia al momento de suscribir el respectivo contrato.

A fin de determinar si Boga ha infringido las citadas Condiciones de Uso debe analizarse si los casos presentados por Multimedia en los que denuncia el cobro de penalidades a los abonados que deciden resolver sus contratos, corresponden a contratos celebrados por los abonados a plazo determinado y, si las causales invocadas por los abonados y que dan lugar a tales solicitudes de resolución están previstas por el artículo 34° de las Condiciones de Uso.

De las cartas presentadas en calidad de medios probatorios por Multimedia, está demostrado que los abonados que solicitaron a Boga la resolución de sus contratos suscribieron con esta empresa un contrato a plazo determinado; siendo prueba de ello las comunicaciones remitidas por estos abonados a la denunciada, así como las cartas de respuesta que les envió esta empresa, documentos en los cuales los abonados reconocen haber suscrito un contrato a plazo fijo¹¹.

Por otro lado, los contratos a plazo determinado suscritos por los abonados de Boga contienen una cláusula que expresamente establece que en los casos en los que el abonado dé por concluido su contrato antes del vencimiento del plazo pactado, la denunciada aplicará una penalidad consistente en el cobro de los meses faltantes hasta la fecha de vencimiento del referido contrato¹², penalidad que tal como ha sido señalado en los párrafos precedentes, en tanto se aplique a los casos de resolución anticipada por causales no previstas en el artículo 34°, no contraviene las normas vigentes sobre la materia.

¹¹ A modo de ejemplo, podemos citar lo manifestado por la señora Elpidia Yolanda Ríos Rentería de Ruiz, quien en su carta de fecha 25 de abril de 2003, la misma que obra a fojas 128, señaló que "Si bien es cierto no he cumplido el plazo de un año para el vencimiento del contrato..." En el mismo sentido, en su carta del 30 de marzo de 2002, la misma que corre a fojas 93, la señora Nery Clotilde Martínez Delgado indicó que "La presente Resolución de Causales para la terminación del Contrato de Abonado sujeto a plazo Forzoso se sustenta en el Art. 34 de la resolución 15-2001-CD/OSIPTEL..." En términos bastante similares, el señor Miguel Antonio Vilchez Manay solicitó la resolución de su contrato: "La presente Resolución del Contrato de Abonado a plazo forzoso se sustenta en lo dispuesto por el Art. 34 INC. III de la Resolución 15-2001-CD/OSIPTEL..." (ver fojas 86)

¹² "7.3 Si EL ABONADO ha elegido el contrato de plazo forzoso para él, por un año y éste decidiera dar por terminado el contrato antes del vencimiento del plazo pactado, éste se obliga a pagar una penalidad equivalente a la suma total de los cargos que correspondan al servicio contratado por los meses faltantes hasta la fecha prevista para su vencimiento."

Respecto a las causales invocadas por los abonados, Multimedia ha señalado que Boga se negaba a resolver los contratos de abonados en los casos en los que estos últimos invocaban como causal de tal resolución la suspensión de las señales contratadas, causal expresamente prevista por el artículo 34° de las Condiciones de Uso. Analizadas las pruebas que obran en el expediente el Cuerpo Colegiado considera que si bien se han presentado solicitudes de resolución invocando esta causal¹³, - no existen en el expediente evidencias que acrediten que efectivamente Boga suspendió tales señales y que en el caso que esto hubiese ocurrido tales suspensiones se hubiesen producido por causas imputables a la misma y distintas al caso fortuito o fuerza mayor. Tal como aparece de las copias de las revistas de programación presentadas por Boga¹⁴, esta empresa continúa transmitiendo las señales mencionadas por sus clientes y, en ciertos casos, las cartas de respuesta remitidas por Boga a sus clientes indican que la suspensión de los canales señalados por sus abonados se debió a causas ajenas a su voluntad, como por ejemplo la quiebra de uno de ellos¹⁵.

Por lo tanto, al no encontrarse incursos los casos presentados por Multimedia en alguna de las causales de resolución de los contratos a plazo determinado a las que se refiere el artículo 34° de las Condiciones de Uso, el Cuerpo Colegiado coincide con lo señalado en el Informe Instructivo en el sentido de que no resulta aplicable la prohibición de cobrar penalidades por la resolución anticipada de los contratos a plazo determinado celebrados por los clientes de Boga.

Sin perjuicio de lo expuesto, en la inspección realizada en las oficinas comerciales de Boga por la Gerencia de Fiscalización, a fin de determinar el tratamiento que esta empresa daba a las solicitudes de resolución de los contratos presentadas por sus abonados, se verificó que en los casos de contratos a plazo forzoso, la denunciada ha venido declarando improcedentes ciertos pedidos por considerar que no había concluido el plazo estipulado en el contrato y que, además, los abonados invocaron causales no previstas expresamente por el artículo 34° de las Condiciones de Uso.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que las causales a las cuales se hace referencia en el artículo 34° de las Condiciones de Uso no son las únicas que puede utilizar un abonado sujeto a esta modalidad de contratación. En efecto, esta norma señala que, en aquellos casos de contratos a plazo forzoso que se resolvieran en forma anticipada por alguna de las causales previstas en la misma, la empresa que brinda el servicio está impedida de cobrar una penalidad por tal resolución; lo cual no impide la resolución de estos contratos invocando causales no previstas en el referido artículo 34°, casos en los que la empresa prestadora del servicio, de haberlo establecido así en el contrato suscrito con el abonado, podrá aplicar una penalidad a esta persona.

En este sentido, el Cuerpo Colegiado hace suyas las conclusiones que sobre este punto contiene el Informe Instructivo respecto a que en este caso ha quedado acreditado que Boga ha establecido una barrera injustificada para los abonados sujetos a contratos a

¹³ De acuerdo con las comunicaciones de los clientes de Boga que solicitaron la resolución de sus contratos, las mismas que han sido presentadas por Multimedia y que obran a fojas 63 y ss., los abonados de la demandada sustentaron su decisión de resolver los contratos suscritos en el retiro de las señales de Torneos y Competencia, ESPN, PSN, Gran Canal Latino, Clara Visión, y Hallmark.

¹⁴ Las mismas que obran a fojas 416 y ss.

¹⁵ Es el caso del canal de deportes PSN.

plazo forzoso que desean resolver los mismos por causales distintas a las establecidas por el artículo 34° de las Condiciones de Uso aplicables a este servicio, obligando a estas personas a seguir siendo parte de una relación contractual de la cual ya no quieren participar.

Al respecto, el artículo 46° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL, establece que "La empresa que vulnere, mediante cualquier mecanismo, los derechos de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones señalados en los literales b), c) y d) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716 incurrirá en infracción grave." Sobre el particular, el artículo 5°, literal d) del Decreto Legislativo N° 716, Ley sobre Protección al Consumidor, señala que los consumidores tienen derecho a *"la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios"*.

Por lo tanto, el Cuerpo Colegiado considera que Boga ha cometido una infracción al citado artículo 46° al haber vulnerado los derechos establecidos por el literal d) del artículo 5° del Decreto Legislativo 716, incurriendo de este modo en una infracción grave.

Sin perjuicio de lo expuesto, el Cuerpo Colegiado coincide con lo expresado en el Informe Instructivo en el sentido que, pese a la infracción señalada, en este caso no se habría generado una ventaja competitiva significativa a favor de Boga, por cuanto los montos a pagar por los abonados que deciden dejar sin efecto sus contratos a plazo forzoso son los mismos montos que tendrían que pagar en caso decidieran respetar el plazo pactado, toda vez que la penalidad establecida para la terminación anticipada de estos contratos equivale a los meses que restan para el cumplimiento del mismo. En este sentido mantener a los clientes de Boga en el servicio ofrecido por esta empresa no le significa a la denunciada un beneficio significativo respecto del que habría recibido en el caso de resolver los contratos suscritos por sus abonados. Adicionalmente cabe indicar que tratándose de contratos a plazo forzoso serán muy pocos los casos en los que los abonados decidan pagar la penalidad y trasladarse a la competencia, ello debido al alto monto de la misma.

En ese sentido, no existiendo una ventaja competitiva significativa derivada de esta infracción a las Condiciones de Uso, el Cuerpo Colegiado considera que Boga no ha incurrido en los actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas alegados por Multimedia.

Por otro lado, debe señalarse que en sus alegatos, Multimedia manifestó que un elemento importante de la estrategia comercial de Boga era impedir el retiro de sus abonados, para lo cual esta empresa había implementado diversos mecanismos contrarios a la normativa sectorial con el único propósito de evitar por todos los medios posibles la culminación de los contratos suscritos por sus clientes. Según la denunciante, a través de estos mecanismos, Boga dilataba y, de ser posible, impedía el retiro de sus abonados, restringiendo sus posibilidades de elegir ofertas que considerasen más convenientes en el mercado.

Asimismo, Multimedia precisó que su empresa presentó diversas evidencias que en su opinión acreditaban la conducta de Boga consistente en incumplir sistemáticamente las condiciones de uso aplicables al servicio de televisión por cable, precisando que además había comprobado que la denunciada tenía como política infringir diversas normas del sector de telecomunicaciones, específicamente el Reglamento General de Tarifas y la Directiva de Atención de Reclamos de Usuarios, lo cual constituía una evidencia más de que el incumplimiento por parte de Boga de las regulaciones del sector era una práctica sistemática de esta empresa que debía ser sancionada.

Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que los argumentos expresados por Multimedia en sus alegatos no desvirtúan las conclusiones que sobre este punto contiene el Informe Instructivo, por cuanto en el mismo se hace un análisis detallado de los medios probatorios presentados por las partes a lo largo del procedimiento, así como de las investigaciones realizadas por la Gerencia de Fiscalización por encargo de la Secretaría Técnica, llegándose a las conclusiones señaladas en el mencionado informe. En este sentido, el Cuerpo Colegiado es de la opinión que en el presente caso no corresponde recurrir a la prueba indiciaria a la cual hace referencia Multimedia en sus alegatos, toda vez que en el expediente obran las pruebas suficientes que permiten evaluar si Boga ha incurrido en los presuntos actos de competencia desleal en esta modalidad alegados por la denunciante.

Adicionalmente, debe mencionarse que las posibles infracciones al Reglamento General de Tarifas y a la Directiva de Atención de Reclamos de Usuarios en las cuales habría incurrido Boga no son hechos que correspondan ser analizados en esta resolución por cuanto no han sido alegados oportunamente por la denunciante; a lo cual debe agregarse que el hecho de que Boga hubiera infringido estas disposiciones no es un elemento que necesariamente lleve a la conclusión de que esta empresa hubiera incurrido en las infracciones a las condiciones de uso alegadas por Multimedia en su denuncia.

Por las razones expuestas, el Cuerpo Colegiado considera que debe desestimarse los argumentos expresados por Multimedia en sus alegatos.

Por otro lado, debe señalarse que si bien Boga presentó sus alegatos extemporáneamente, el Cuerpo Colegiado ha evaluado los mismos y considera que los argumentos expresados por esta empresa en el referido escrito no desvirtúan las conclusiones contenidas en el Informe Instructivo; razón por la cual deben desestimarse los argumentos de esta empresa.

En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, corresponde declarar que Boga ha infringido el artículo 34º de las Condiciones de uso y el artículo 46º del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, debiendo declararse infundado este extremo de la denuncia presentada por Multimedia contra Boga. Por otro lado, en la medida que no se ha acreditado que esta infracción hubiera generado en beneficio de Boga una ventaja competitiva significativa, debe declararse infundada la denuncia en el extremo referido a la presunta comisión de actos de competencia desleal derivados del incumplimiento de las normas regulatorias.

b) Sobre las presuntas infracciones a la Ley sobre el Derecho de Autor

Multimedia señala que Boga infringió la legislación sobre derechos de autor al retransmitir, durante los meses de marzo y abril de 2003, las señales de A&E, SET y WC sin contar con la debida autorización de HBO; obteniendo, como consecuencia de esta infracción, una ventaja competitiva considerable al verse beneficiada con una ilícita exoneración de las regalías que debía asumir de haber cumplido con dicha legislación, en perjuicio de su empresa y de cualquier otro operador que quisiera competir en los mercados en los cuales actuaba la denunciada.

Al momento de analizar si Boga ha incurrido en las infracciones alegadas por Multimedia, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo manifestado por la Oficina de Derechos de Autor¹⁶,

*"En la emisión de señales por cable es importante tener presente los siguientes derechos:
a) Derecho del organismo de radiodifusión a sus emisiones; y,
b) Derecho de los titulares de las obras o producciones audiovisuales a la comunicación pública de sus obras o producciones.
(...)"*

Por otro lado, esta oficina concluyó que:

*"1. La retransmisión de señales de radiodifusión realizadas sin la autorización previa y por escrito del organismo de radiodifusión titular de dichas señales, constituye una infracción a la legislación de derechos de autor.
2. La comunicación pública de obras o producciones audiovisuales, a través de la retransmisión de las señales de radiodifusión, en la que no se ha acreditado de manera suficiente la autorización previa y por escrito de los titulares de las obras o producciones audiovisuales, constituirá una infracción a la legislación de derechos de autor."*

En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, las empresas que prestan el servicio público de distribución de radiodifusión por cable que no cuenten con las autorizaciones respectivas para difundir las señales vulneran el derecho de los titulares de las obras o producciones audiovisuales que se reproducen en ellas, así como de quienes hubieren adquirido los derechos sobre tales obras o producciones, constituyendo tales vulneraciones infracciones a las normas imperativas establecidas en la Ley sobre el Derecho de Autor aprobada por el Decreto Legislativo N° 822.

De acuerdo con lo manifestado por Multimedia, *"BOGA emitió las señales de HBO sin autorización desde el 1ro de marzo hasta el 9 de abril de 2003"*¹⁷; razón por la cual, en atención a lo indicado en los párrafos precedentes, corresponde evaluar si en dicho período Boga contaba con la autorización de HBO para transmitir en su paquete "Cable Max" las señales de SET, A&E y WC.

En calidad de medios probatorios, Boga ha presentado copia de las facturas N° 50742, N° 51596, N° 52522, N° 53132, N° 53681 y N° 54250, emitidas HBO por la transmisión de las señales de canales de televisión de propiedad de dicha empresa,

¹⁶ Informe N° 028-2003/ODA, remitido mediante Oficio N° 595-2003/ODA-INDECOPI del 15 de septiembre de 2003.

¹⁷ Ver fojas 29.

correspondientes a los meses de diciembre de 2002 y de enero a mayo de 2003 respectivamente. Tal como aparece en las facturas N° 53132 y N° 53681 emitidas por HBO el 31 de marzo y el 30 de abril de 2003 respectivamente, Boga pagó a esta empresa por la transmisión del paquete denominado "Supercombo", el mismo que estaba integrado, entre otros, por las señales de A&E, SET y WC¹⁸; asimismo, en dichos documentos se indica que los servicios facturados correspondían a los períodos comprendidos entre el 1° y el 31 de marzo de 2003 y entre el 1° y el 30 de abril del presente años¹⁹.

Asimismo, la denunciada remitió copia de una comunicación de fecha 22 de septiembre de este año²⁰ remitida por HBO a la demandada en la cual se señala lo siguiente: *"Por este medio, hago de su conocimiento que esta empresa mantiene relaciones comerciales con HBO Latin America Group para la distribución de las señales desde el año 1998"*²¹.

Sin embargo, Multimedia presentó copia de una carta del 16 de junio de 2003 remitida por HBO a la denunciante²² en la que se señala lo siguiente: *"...les informamos que, de acuerdo a inspecciones realizadas por representantes de nuestra empresa a las señales de programación emitidas por Boga Comunicaciones S.A., tomamos conocimiento que dicha empresa efectivamente emitía la programación de las mencionadas señales sin contar con nuestra debida autorización, por lo cual hemos tomado las acciones correspondientes y dicha empresa dejó de retransmitir dichas señales."* Por otro lado, en sus alegatos Multimedia acompañó la comunicación del 11 de noviembre de 2003 remitida por HBO en la cual esta empresa se ratificó en lo manifestado en la carta mencionada anteriormente²³.

Para mejor resolver, la Secretaría Técnica solicitó a HBO la presentación de la siguiente información: (i) si las personas que suscribían las cartas presentadas por Boga y Multimedia efectivamente trabajaban en dicha empresa y ocupaban los cargos que afirmaban tener²⁴; (ii) si el número 5239 corresponde al código de afiliado de Boga; (iii) si

¹⁸ Las otras señales que integraban el paquete denominado "Supercombo" eran HBO, Cinemax, E! Entertainment Television, AXN e History Channel.

¹⁹ Ver fojas 313 y ss.

²⁰ Ver fojas 412.

²¹ La referida información fue presentada por la demandada como parte de la información que le fuera requerida por la Secretaría Técnica mediante Oficio N° 242/2003-ST del 21 de agosto de 2003. Cabe indicar al respecto que, sin embargo, Boga no presentó las copias de los contratos suscritos con los titulares de las señales de A&E, SET, WC y HBO desde enero de 2002 hasta el 4 de julio de 2003, requeridos por la Secretaría Técnica a través del mencionado Oficio, indicando que se encontraba a la espera de la respuesta por parte de HBO para poder exhibir los contratos celebrados con dicha empresa, toda vez que estos documentos contendrían información confidencial y la posible difusión de la misma podría constituir un incumplimiento de las obligaciones asumidas frente a dicha empresa.

²² Ver fojas 105.

²³ En esta comunicación, HBO manifestó lo siguiente: "Damos alcance a nuestra comunicación de la referencia (habla acerca de la carta del 16 de junio de 2003) en la que les informamos haber tomado las acciones necesarias para que la empresa Boga Comunicaciones S.A. (BOGA) cesara de incluir las señales de A & E Mundo, Sony Entertainment Television y Warner Channel en el producto denominado Cablemax que lanzaron en cierto sector de Lima, al carecer de autorización para dicho producto. Sobre el particular reiteramos el contenido de nuestra comunicación de la referencia en cuanto a que BOGA emitió durante los meses de marzo y abril de 2003, la programación de nuestra señales sin contar con nuestro consentimiento previo, razón por la cual posteriormente ante nuestro requerimiento, BOGA dejó de transmitir las mismas." (la aclaración es agregada)

Boga está autorizada para incluir dentro de su parrilla de programación las señales de A&E, SET y WC; (iv) desde cuando Boga está autorizada para difundir tales señales; (v) si las autorizaciones otorgadas por dicha empresa eran por áreas geográficas determinadas; (vi) si el pago por parte de Boga de los derechos del paquete "Supercombo" la autorizaba a transmitir las señales de éste que esta empresa considere conveniente; y, (vii) si Boga está autorizada para difundir en el paquete "Cable Max" las señales de A&E, SET y WC.

En respuesta a dicho requerimiento, mediante facsímil de fecha 5 de diciembre de 2003, HBO manifestó lo siguiente:

- (i) las personas que suscribían las cartas presentadas por Multimedia y Boga eran funcionarios de su empresa y ocupaban los cargos mencionados en tales comunicaciones;
- (ii) el número 5239 era el código de afiliado de Boga;
- (iii) Boga está autorizada a incluir dentro de su programación las señales de A&E, SET y WC;
- (iv) Boga tiene autorización para difundir las señales indicadas anteriormente desde enero de 1998;
- (v) al momento de suscribir cada contrato se establecen las áreas geográficas en las cuales se transmitirá en exclusiva las señales de propiedad de su empresa;
- (vi) el hecho de que Boga pague los derechos por el paquete "Supercombo" no autoriza a esta empresa para transmitir las señales que integraban el mismo del modo que considerase conveniente; y,
- (vii) durante el mes de marzo de 2003 Boga transmitió las señales de A&E, SET y WC dentro del paquete "Cable Max" pese a no estar autorizada para ello; sin embargo, esta conducta fue subsanada por Boga inmediatamente después de que su empresa se lo indicara.

En atención a lo expresado por HBO, el Cuerpo Colegiado considera que en algún momento Boga difundió sin autorización señales de propiedad de esta empresa, infringiendo de este modo la legislación de derechos de autor. Sin perjuicio de lo expuesto, es importante mencionar que esta empresa difundió las señales de HBO en un periodo corto de tiempo; razón por la cual no puede hablarse de la existencia de una ventaja competitiva significativa en beneficio de la denunciada derivada de la transmisión de las señales de A&E, SET y WC en el paquete "Cable Max".

Por las razones expuestas, el Cuerpo Colegiado coincide con lo señalado por la Secretaría Técnica en el sentido de que en este caso debe declararse infundado este extremo de la denuncia presentada por Multimedia contra Boga, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificados por el artículo 17º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

4. Sobre los presuntos actos de denigración

El artículo 11º de la Ley sobre Represión de Competencia Desleal establece que, "*Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de*

²⁴ Los funcionarios que suscribieron las cartas presentadas por las partes fueron los señores Luis Fonseca y Gustavo López, quienes suscribieron dichas comunicaciones en su calidad de Sales Manager Andean & Caribbean Region y Director, Legal Counsel, respectivamente.

manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.”

Con relación a esta disposición, en los Lineamientos²⁵ se indica que *“La denigración es una conducta que afecta directamente al competidor, ya que está destinada a dañar la reputación ajena, difundiendo información que desmerece los bienes o alguna característica de la actividad de un tercero en el mercado. Además, también afecta directamente al consumidor o usuario, en tanto le produce una impresión falsa.”* Asimismo se señala que *“OSIPTEL considera que se produce un acto de denigración cuando se difunde de manera pública o privada o cuando existe amenaza de difusión de afirmaciones, verdaderas o falsas, que de acuerdo a las circunstancias de hecho sean capaces de menoscabar la reputación de un agente determinado, salvo que se trate de información verdadera, exacta y pertinente.”*

Considerando lo anterior, al momento de analizar si una conducta determinada constituye un acto de denigración, se deberá evaluar : (i) si se ha producido la difusión de la información o existe la amenaza de que se difunda; (ii) la identificación del afectado por las afirmaciones difundidas; y, (iii) el contenido de las afirmaciones.

En relación con la difusión de la información, en los Lineamientos se señala que la difusión de la información denigratoria no requiere ser pública para que se configure el ilícito, siendo suficiente que la misma llegue a un consumidor. En este sentido, la difusión de las afirmaciones puede ser pública o privada, e inclusive es sancionable la amenaza de difusión, siempre que sea cierta e inminente²⁶. Con relación a la identificación del afectado, es necesario que las afirmaciones denigratorias se refieran a un agente determinado o determinable por los usuarios, para que su reputación pueda verse mellada por tales afirmaciones²⁷.

Por otro lado, respecto del contenido de las afirmaciones, por lo general se trata de información falsa, pero incluso podría tratarse de información verdadera si es que por la situación de hecho en que se difunde es capaz de dañar la reputación ajena. No obstante, la conducta no es ilegal si la información, además de ser verdadera, es exacta, es decir que corresponda estrictamente a la realidad, y pertinente dentro del contexto en que fue propalada.

Aplicación al presente caso

Tal como se indica en el Informe Instructivo, los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de denigración denunciados consistirían en las siguientes conductas:

²⁵ Ver numeral 6.3.1 de los Lineamientos.

²⁶ Ver numeral 6.3.1 de los Lineamientos.

²⁷ Para mayor ilustración respecto a este punto, ver numeral 2.3.6., literal b) de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial aprobados por INDECOPI.

- i. la difusión de entrevistas periodísticas y declaraciones tanto de los representantes de Boga como de los congresistas integrantes de la Comisión, las mismas que contendrían afirmaciones falsas respecto a las actividades de su empresa, sin esperar el pronunciamiento de las autoridades competentes sobre el particular; y,
- ii. la inclusión en su señal de cable, así como en comunicaciones dirigidas a sus clientes y en una nota de prensa, de mensajes de contenido denigratorio, los mismos que afectarían el prestigio de su empresa exclusivamente por el origen de sus principales accionistas.

a) Sobre las declaraciones de los congresistas de la Comisión

Multimedia denuncia a Boga por iniciar una campaña en su contra utilizando información falsa e inexacta sobre sus promociones habiendo inducido a los integrantes de la Comisión a intervenir en este caso, ofreciendo una conferencia de prensa en la cual emitieron declaraciones referidas al presunto carácter ilegal de las promociones y campañas realizadas por Multimedia sin que la denunciada haya manifestado oposición alguna a la información difundida por los congresistas, lo cual demostraría su consentimiento con el contenido de dicha información.

En este caso el Cuerpo Colegiado coincide con lo indicado en el Informe Instructivo en el sentido que si bien se produjeron las declaraciones de los congresistas que integran la Comisión y que las mismas se habrían basado en información proporcionada por Boga respecto de las promociones que venía ofreciendo Multimedia - tal como aparece de las copias de las noticias publicadas en los diversos medios de comunicación presentadas en parte de prueba por la denunciante -, las mismas reflejan la opinión de los congresistas acerca de determinados hechos que en su concepto serían de interés para la opinión pública, por lo que no puede aplicarse en este caso las disposiciones contenidas en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

En este sentido, el hecho de que Boga no haya manifestado su posición respecto de las referidas declaraciones no constituye un argumento válido para atribuir a esta empresa responsabilidad por el contenido de las mismas; toda vez que, tal como se ha indicado, éstas son de exclusiva responsabilidad de los congresistas que las emitieron quienes al no ejercer la representación de la denunciada no pueden comprometerla con sus declaraciones.

Por las razones expuestas, el Cuerpo Colegiado considera que Boga no habría cometido actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, en el caso de las declaraciones emitidas por los congresistas integrantes de la Comisión; por lo que debe declararse infundado este extremo de la denuncia presentada por Multimedia contra dicha empresa, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, tipificados en el artículo 11º del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

b) Sobre las declaraciones en medios de comunicación realizadas por los representantes de Boga

Multimedia denuncia que Boga realizó declaraciones y publicó comunicados en diversos medios de prensa, como diarios, estaciones de radio y canales de televisión, los cuales contenían una serie de mensajes cuya veracidad no había sido verificada por la

denunciada, sin esperar el pronunciamiento de las autoridades competentes sobre los hechos denunciados. Multimedia precisa que si bien estas declaraciones hacían alusión indistintamente a su empresa, a Telefónica del Perú S.A.A. y a Cable Mágico, lo cierto es que la prestadora del servicio "Cable Mágico" es ella y, por lo tanto, resulta siendo la directa aludida y afectada por la información difundida.

Al respecto, cabe indicar que, de conformidad con lo establecido por el artículo 2º, numeral 4) de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho *"A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común. Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación."*

De la norma transcrita en el párrafo precedente puede concluirse que si bien quienes concurren en el mercado tienen el derecho a expresar libremente su opinión, incluso si la misma está referida a sus competidores, este derecho está limitado, entre otras, por las disposiciones que reprimen los actos de competencia desleal en la modalidad de denigración; razón por la cual corresponderá sancionar únicamente aquellas afirmaciones difundidas por un agente del mercado que pudieran afectar a un competidor; siendo que, en aquellos casos en los cuales no existan elementos para demostrar que una información sobre un tercero pudiera ser denigratoria, se considerará que se ha hecho un ejercicio válido de este derecho.

A fin de acreditar este extremo de su denuncia, Multimedia presentó copia de los artículos publicados en diversos diarios en los cuales se hace referencia a la demanda presentada por Boga contra su empresa²⁸, así como una cinta de audio y una de video correspondientes a entrevistas dadas por los representantes de Boga en CPN Radio y en Canal 13, respectivamente. Por otro lado, en la cinta de video se incluye un reportaje emitido en el programa ATV Noticias, en el cual se hace referencia a la controversia existente entre Multimedia y Boga.

b.1) Sobre las declaraciones de los representantes de Boga en los diarios

Tal como aparece de las copias de los artículos difundidos en prensa, los mismos hacen referencia a la demanda presentada por Boga contra Multimedia por presuntos actos de competencia desleal que habría realizado esta empresa en perjuicio de aquélla, consistentes en una promoción exclusiva para los abonados de la denunciada citando las declaraciones de los congresistas de la Comisión y de los representantes de Boga sobre el particular, reproduciendo parte del comunicado difundido por Multimedia en respuesta a las afirmaciones difundidas por Boga.

En efecto, en dichas los representantes de Boga hacen referencia a la promoción implementada por Multimedia, expresan su opinión sobre la misma y se refieren a la demanda presentada ante OSIPTEL cuestionando la legalidad de dicha promoción.

²⁸ Ver fojas 167 y ss.

Ambas partes están de acuerdo en que se produjo la difusión de las afirmaciones cuestionadas por Multimedia y que las mismas están referidas a esta empresa y a la promoción que implementó en el mes de junio de 2003, por lo que corresponde evaluar si las referidas afirmaciones son exactas, verdaderas y pertinentes en el contexto en el cual las mismas han sido difundidas.

Respecto de la afirmación contenida en la nota publicada en el diario "Síntesis" en la edición del 20 de junio del presente en la que se indica que *"...el presidente del directorio de Boga Comunicaciones, Richard Weinstein, reclamó contra la política antiperuana de Telefónica y su voracidad por eliminar la competencia, sin tener en cuenta que ésta, su única competidora, sólo tiene el uno por ciento del mercado local."*²⁹ el Cuerpo Colegiado coincide con lo indicado en el Informe Instructivo en que esta nota no corresponde a una cita textual de lo que sobre este punto hubiera expresado el representante de Boga, sino que la misma constituye una opinión del autor del mencionado artículo periodístico acerca de las declaraciones que habría efectuado el representante de la denunciada³⁰.

Por otro lado, el Cuerpo Colegiado considera que las afirmaciones contenidas en los artículos publicados en los diarios "Ajá"³¹ y "Gestión"³² están referidas al procedimiento iniciado por Boga contra Multimedia, en el cual se cuestiona la legalidad de la promoción implementada por esta empresa, y que las mismas no pueden ser consideradas como denigratorias por cuanto si bien están referidas a la legalidad de la campaña y promoción implementada por la denunciante, se usan expresiones de carácter condicional y en ningún caso se da a entender que existe un pronunciamiento definitivo de la autoridad sobre el tema.

En atención a lo expuesto en los párrafos precedentes, el Cuerpo Colegiado considera que en este caso Boga no ha incurrido en un acto de competencia desleal en la modalidad de denigración; por lo que debe declararse infundado este extremo de la denuncia.

b.2) Sobre las declaraciones de los representantes de Boga en radio y televisión

En relación con la cinta de audio correspondiente a una entrevista dada por un representante de Boga en CPN, así como una cinta de vídeo conteniendo un reportaje difundido en ATV Noticias sobre la controversia existente entre Boga y Multimedia y las declaraciones del gerente general de la denunciada en el programa "Enfoque

²⁹ Ver fojas 169.

³⁰ En efecto, conforme puede observarse del texto en cuestión, cuando su autor cita declaraciones literales de quienes intervinieron en la conferencia de prensa dada en el Congreso de la República, tales citas han sido colocadas entre comillas y con un tipo de letra diferente al resto del texto; mientras que esta expresión aparece sin ningún agregado adicional que pudiera dar a entender que se trataría de declaraciones dadas por el representante de Boga.

³¹ En el artículo que obra a fojas 179 se indica lo siguiente: "Representantes legales de Cable Express también han enviado su denuncia ante la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso...en la cual alertan que Cable Mágico incurre en competencia desleal, abusando de su condición de dominante en el mercado con el fin de desaparecer a una empresa peruana que se ha ganado la preferencia de los sectores económicamente menos favorecidos. Asimismo, cuestionaron el hecho que esta oferta no se haga a otros distritos de la capital donde Cable Mágico domina el mercado. Alertaron además que no existen especificaciones sobre cuál será la tarifa que deberán pagar después de los 11 meses."

³² Copia de este artículo obra a fojas 173, en el cual se señala que "La empresa del Grupo Telefónica, Telefónica Multimedia, estaría incurriendo en la práctica de competencia desleal en el mercado de televisión por cable, con su producto Cable Mágico, al ofrecer tarifas que estarían por debajo de la rentabilidad de este negocio de telecomunicaciones, afirmó el representante del Departamento Legal de Boga Comunicaciones, José Talavera..."

Económico" de Canal 13 presentadas por Multimedia, el Cuerpo Colegiado considera que las declaraciones ahí contenidas constituyen la opinión de Boga sobre la promoción implementada por Multimedia en el mercado y de las acciones legales que la denunciada presentaría ante las autoridades en relación con esta campaña que podría generarle consecuencias perjudiciales, no empleándose ningún término que pudiera dar a entender que ya existiría un pronunciamiento de la autoridad que hubiera calificado como ilegal la conducta de la denunciante.

Cabe indicar, adicionalmente, que en relación al reportaje difundido en ATV Noticias, el mismo recoge declaraciones sobre el particular tanto de representantes de Boga como de vendedores de Multimedia, no existiendo en dicho reportaje ningún juicio de valor acerca del carácter de la promoción implementada y señalando al final del mismo que estos hechos serían evaluados por OSIPTEL.

Por las razones expuestas, el Cuerpo Colegiado considera que en este caso Boga no habría cometido actos que pudiesen considerarse como denigratorios de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 11º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal; por lo que debe declararse infundado este extremo de la denuncia.

c) Sobre las afirmaciones difundidas por Boga en la nota de prensa, en su señal de cable y en los recibos de pago del servicio de televisión por cable

Por otro lado, Multimedia manifestó que Boga insertó en su señal de cable, así como en los recibos de pago de sus servicios, diversos mensajes cuyo contenido, en opinión de la denunciante, era denigratorio. Esta empresa agregó que la denunciada había aprovechado toda ocasión para lesionar la reputación de su empresa y para denostarla por el origen de sus principales accionistas.

A fin de acreditar estos argumentos, Multimedia presentó copia de tres recibos emitidos por Boga por la prestación de sus servicios³³, en los cuales, bajo el título "Mensajes Importantes", se incluye el siguiente texto:

"¡NO SE DEJE SORPRENDER!

La empresa española de la competencia, viene ofreciendo a nuestros abonados una tarifa preferencial y exclusiva.

Tenga cuidado, ya que la oferta es por el paquete económico que consta de 35 canales.

Sólo Cable Express, le ofrece 70 canales a la tarifa más baja del mercado.

Nadie le da más por su dinero. Cable Express, peruanos como tú."

Asimismo, Boga remitió³⁴ a algunos de sus abonados³⁵ que solicitaron la resolución del contrato suscrito con dicha empresa una carta en la cual se incluyen, entre otras, las siguientes afirmaciones:

³³ Estos recibos constan a fojas 205 y ss.

³⁴ Ver al respecto el Memorandum N° 913-GFS/2003 de la Gerencia de Fiscalización.

³⁵ Estas cartas han sido remitidas a los señores Eduardo Conde Antonio, Rubén Mamani Navarro, Samuel Ríos Merino, Alfredo Cuadra Gonzales, Zenón Nieto Salas y Godofredo Taboada Falcón, así como a las señoras Evelyn Vargas Chamocho y Palmira Salazar de Marticorena.

"Deseamos hacer propicia la oportunidad para expresarle nuestra preocupación por la decisión que usted nos hace saber...sin embargo, queremos compartir con usted las experiencias de otras personas que tomaron la decisión de dejar el servicio que le brindamos, motivados por una desleal campaña promocional por la empresa española de telecomunicaciones.

*Hemos tenido la oportunidad de atender a algunos abonados nuestros que luego de renunciar a nuestro servicios nos han pedido dejar sin efecto su comunicación al comprobar que han sido víctimas de un engaño ya que la oferta de US\$ 11.00 mensuales por los próximos once meses es por un paquete económico que ofrece solo 35 canales, mientras que nuestra empresa le ofrece 70 canales a tan solo US\$ 19.85. Nuestra intención es invitarlo a reflexionar sobre la decisión que nos hace saber y tomar conciencia que usted este suscribiendo los servicios de una empresa peruana que da trabajo a muchas familias peruanas y apuesta por las zonas mas populares y de menos recursos de la población..."*³⁶

Adicionalmente, Multimedia presentó copia de una cinta de vídeo en la cual se incluye un mensaje institucional difundido por Boga a través de la señal del canal 6, en el cual se incluyen, entre otras, las siguientes afirmaciones:

"(...) Esta denuncia es contra los españoles de Telefónica. La empresa Telefónica Multimedia - Cable Mágico, integrante del grupo Telefónica ha desatado una feroz y desmedida arremetida contra la empresa Boga Comunicaciones - Cable Express, violando todas las normas y reglamentaciones vigentes que regulan el libre comercio así como la competencia leal y correcta....Cable Mágico incurre en competencia desleal abusando de su condición dominante en el mercado, utilizando precios y condiciones predatorias...Valdría la pena preguntarse por qué estas condiciones especiales ofrecidas por Cable Mágico, empresa española sólo para Comas y San Juan de Lurigancho...Asimismo, también cabe preguntarnos qué sucederá con aquellos hogares que, tentados por esta oferta, opten por cambiarse de señal. Dentro de un año tendrán la misma tarifa de US\$ 11,00? Lo más probable es que se les nivelará a la tarifa de US\$ 35,00 que actualmente cobra a todos sus clientes o tal vez, con esa habilidad que tienen los españoles de Telefónica y Cable Mágico, incrementen a una tarifa superior a los US\$ 35,00 porque al desaparecer Cable Express sería monopolio. Hace pocos meses Cable Mágico decidió unilateral y abusivamente dejar a todos sus abonados sin la señal de Fox Sports...algunos meses después se vieron obligados a reponer dicha señal en vista que cable Express contaba con esta señal...Gracias a la presencia de Cable Express, Telefónica Multimedia se vio obligada a retomar la señal de Fox Sports para satisfacción de sus abonados; una clara muestra del valor de la competencia y del porqué no debe permitirse el monopolio de los españoles una vez más en nuestro país, en las actividades económicas en nuestros mercados...Los chiclayanos prefieren Cable Express, a pesar de las ofertas de estos mafiosos españoles...¿Hasta cuando debemos someternos a abusos de empresas foráneas de gran respaldo financiero y económico...recurriendo a prácticas ilegales y abusivas, en muchos casos con la anuencia o pasividad de las autoridades pertinentes...los señores de INDECOPI tienen la palabra: o prefieren una empresa peruana como Cable Express o le dan el "Sí" a una empresa española como Cable Mágico - Telefónica..."

³⁶ El subrayado está en el texto de las cartas.

El Cuerpo Colegiado coincide con lo señalado en el Informe Instructivo en el sentido de que, si bien es válido que un agente del mercado exprese su opinión acerca de las campañas, promociones y demás acciones que realicen sus competidores en el mercado, al momento de difundir este tipo de afirmaciones, debe tenerse el cuidado necesario para utilizar únicamente información verdadera, evitar emplear términos que pudieran generar en los destinatarios del mensaje una impresión distorsionada de la realidad y que, eventualmente, pudieran afectar el prestigio de otras empresas que concurren en el mismo mercado.

El Cuerpo Colegiado considera que las afirmaciones utilizadas por Boga tanto en los recibos de pago del servicio de televisión por cable, como en las cartas remitidas a sus abonados y en el comunicado difundido a través de su señal de cable son susceptibles de afectar el prestigio y reputación de Multimedia en el mercado, al presentar a esta empresa como un agente abusivo que implementa políticas convenientes a sus intereses en perjuicio de los consumidores y de sus competidores, al hacer referencia a una serie de hechos cuya exactitud y veracidad no ha sido demostrada, como por ejemplo la declaración de ilegalidad de las prácticas implementadas por Multimedia o el supuesto riesgo que existiría de que esta empresa no cumpliera con los términos de la promoción difundida por ella; y al utilizar términos susceptibles de generar en los consumidores una percepción negativa de la denunciante, al dar a entender que existiría una intención subyacente de esta empresa de desaparecer al resto de sus competidores para tener la posibilidad de implementar políticas perjudiciales para los consumidores.

Asimismo, las afirmaciones contenidas en las cartas remitidas por Boga a sus clientes en respuesta a sus solicitudes de corte de servicio, hacen referencia a quejas de clientes que habrían sido engañados por los términos de la promoción implementada por Multimedia. Al igual que la Secretaría Técnica, el Cuerpo Colegiado considera que las mismas son denigratorias por cuanto dan a entender a sus destinatarios que existen casos documentados de personas que se habrían perjudicado al contratar la promoción de Multimedia, pese a que Boga no ha presentado medio probatorio alguno que demuestre que efectivamente ha recibido reclamos de sus ex - clientes y que se ha comprobado la existencia de un engaño cometido por Multimedia. En este orden de ideas, se trata de afirmaciones falsas e inexactas cuya finalidad es afectar el prestigio de la denunciante en el mercado; siendo impertinentes en el contexto en el cual han sido difundidas.

Por otro lado, es importante mencionar que en estos medios Boga hace referencia continuamente a la nacionalidad española de los accionistas de Multimedia y de Telefónica del Perú S.A.A., empresa vinculada a la denunciante ya que integran el mismo grupo empresarial; en contraposición al origen nacional de los capitales de Boga. De conformidad con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 11º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, *"Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado."*

El Cuerpo Colegiado considera que las afirmaciones referidas a la nacionalidad de Multimedia, así como a la nacionalidad de las empresas que forman parte de su grupo empresarial resultan denigratorias de la denunciante, ya que esta mención al origen extranjero de los capitales de Multimedia, en contraposición al origen nacional de Boga,

es realizada con el propósito de generar en los consumidores una percepción negativa de la denunciante, al presentar a las empresas de origen extranjero como empresas cuya forma de actuación consiste principalmente en recurrir a mecanismos ilegales y abusivos en perjuicio de los consumidores y de los demás competidores, en contraposición a las empresas de capitales nacionales; afectando de este modo el prestigio y la imagen de la denunciante en el mercado.

Por las razones expuestas, el Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica y considera que Boga ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de denigración tipificados en el artículo 11º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal; por lo que debe declararse fundado este extremo de la denuncia presentada por Multimedia.

Finalmente, con relación a las afirmaciones contenidas en la nota de prensa difundida por Boga, el Cuerpo Colegiado recoge la opinión de la Secretaría Técnica respecto a que, tal como aparece de los medios probatorios presentados por Multimedia, la misma contiene afirmaciones similares a las utilizadas por la denunciada en el comunicado difundido a través de la señal de su canal de cable. Al respecto, el Cuerpo Colegiado considera que si bien estas expresiones podrían ser consideradas como la opinión de Boga acerca de la promoción implementada por Multimedia, los términos utilizados por la denunciada, así como la forma en la cual han sido difundidas las afirmaciones en cuestión, son susceptibles de afectar el prestigio de la denunciante en el mercado.

Por lo tanto, el Cuerpo Colegiado concluye que también en este caso Boga ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, tipificados en el artículo 11º de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal; debiendo declararse fundado este extremo de la denuncia.

VII. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

7.1 Sobre la sanción aplicable a las infracciones a las Condiciones de Uso y al Reglamento General de Infracciones y Sanciones

De conformidad con lo establecido por el artículo 25º de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL³⁷, las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves o leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido. Por otro lado, este artículo fija los límites mínimos y máximos de las multas de acuerdo a cada tipo de infracción; agregando que las

³⁷ Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Artículo 25º.- Calificación de infracciones y niveles de multa

25.1. Las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido o emita. Los límites mínimos y máximos de las multas correspondientes serán los siguientes:

Infracción	Multa mínima	Multa máxima
Leve	0.5 UIT	50 UIT
Grave	51 UIT	150 UIT
Muy grave	151 UIT	350 UIT

Las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión.

25.2. En caso de infracciones leves puede sancionarse con amonestación escrita, de acuerdo a las particularidades del caso.

multas que se impongan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor en el ejercicio anterior al acto de supervisión y que, en el caso de las infracciones leves, puede sancionarse con una amonestación escrita, de acuerdo a las particularidades del caso.

Tal como se ha indicado al momento de analizar las infracciones al artículo 34° de las Condiciones de Uso incurridas por Boga, el obligar a los abonados que suscribieron un contrato a plazo fijo a continuar en el mismo pese a que estas personas manifestaron su voluntad de resolver dicho contrato, constituye una práctica coercitiva en los términos establecidos por el artículo 5°, literal d) de la Ley sobre Protección al Consumidor; conducta que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 46° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, constituye una infracción grave.

Al momento de establecer la sanción aplicable a Boga por esta infracción, debe considerarse que a través de su conducta, la denunciada ha restringido injustificadamente el derecho de sus abonados a optar por el servicio de televisión por cable de su preferencia, lo cual efectivamente es un comportamiento grave ya que limita el ejercicio de la autonomía de la voluntad de estas personas. Sin perjuicio de ello, debe señalarse que no está demostrado que, como consecuencia de esta práctica, Boga hubiera obtenido beneficios económicos significativos o que su comportamiento hubiera afectado a un número importante de consumidores; asimismo, no está acreditado que la conducta de Boga hubiera generado distorsiones significativas en el correcto funcionamiento del mercado.

En este sentido, el Cuerpo Colegiado considera que debe sancionarse a Boga con una multa de CINCUENTA Y UNO (51) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo establecido por el artículo 25° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

7.2 Sobre la sanción aplicable a los actos de competencia desleal en la modalidad de denigración

Respecto a la sanción que corresponde a Boga por los actos de competencia desleal incurridos por esta empresa, debe recordarse que el artículo 26° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, establece que para la aplicación de sanciones a la leal competencia, se aplicarán los montos y los criterios de gradación de sanciones establecidos en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal³⁸.

En este sentido, el artículo 24° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal³⁹ - modificado por el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 807 -, señala que la imposición y

³⁸ Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

Artículo 26°.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales

26.1 Se exceptúan del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre y leal competencia a la cuales se aplicarán los montos establecidos en el Decreto Legislativo N° 701, Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de las sanciones establecidos en dicha legislación.

³⁹ Ley sobre Represión de la Competencia Desleal

Artículo 24°.- "El incumplimiento de las normas establecidas por esta Ley dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de competencia desleal o para evitar que éstos se produzcan.

Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por infracciones a la presente Ley serán de hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la

graduación de las multas serán determinadas, teniendo en consideración criterios tales como la gravedad de la falta, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, se considere adecuado adoptar⁴⁰.

Al momento de graduar la sanción aplicable a Boga, debe tenerse en cuenta por un lado que la denunciada ha utilizado afirmaciones destinadas a afectar directamente el prestigio de Multimedia ante los consumidores y que dichas afirmaciones han sido difundidas a través de medios dirigidos directamente a los abonados de Boga que informaron a esta empresa su decisión de dejar sin efecto los contratos suscritos con ella. A lo anterior debe agregarse que la denunciada difundió las afirmaciones materia de denuncia a sabiendas de que carecía de los medios probatorios para acreditar la veracidad y exactitud de las mismas. Finalmente, debe tenerse en cuenta el hecho de que Boga no ha tenido un comportamiento procesal adecuado, toda vez que no presentó la totalidad de la información que le fuera solicitada por la Secretaría Técnica, impidiendo de esta manera que el Cuerpo Colegiado cuente con información importante para evaluar los hechos materia de este procedimiento.

Por tanto, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde sancionar a Boga con una multa de DIEZ (10) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo establecido por el artículo 24º del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

VIII. SOBRE EL CESE DE LOS ACTOS MATERIA DE DENUNCIA

En su denuncia, Multimedia solicitó al Cuerpo Colegiado que se ordene a Boga el cese definitivo de las infracciones regulatorias y de los actos de competencia desleal materia de este procedimiento.

Al respecto, el artículo 22º, literal b) del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, establece que el afectado por un acto de competencia desleal podrá solicitar la cesación del acto, o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica.

En este sentido, teniendo en cuenta que la finalidad de las medidas complementarias es revertir los efectos derivados de las conductas ilícitas materia de un procedimiento, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde adoptar las medidas necesarias a fin de evitar que se continúen produciendo las infracciones a las Condiciones de Uso así como los actos de competencia desleal materia de denuncia.

Por lo tanto, en calidad de medidas definitivas, debe ordenarse a Boga lo siguiente:

Comisión. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente."

⁴⁰ Conforme a lo establecido en los Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTEL:

"(...) de acuerdo con el marco legal vigente, OSIPTEL se encuentra encargado de investigar y sancionar los actos prohibidos por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, que se produzcan en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, sea que se traten de controversias que involucren a empresas operadoras entre sí o inclusive cuando una sola de las partes tenga condición de operadora de servicios públicos de telecomunicaciones.

La aplicación de las normas de competencia al mercado de telecomunicaciones tiene carácter de supletorio frente a la regulación especial. En consecuencia, siguiendo el principio de supletoriedad, OSIPTEL sólo aplicará las normas de competencia desleal si no existe norma especial del sector de telecomunicaciones que regule expresamente la materia controvertida".

- a) Que esta empresa acepte las solicitudes de resolución de los contratos de abonados sujetos a plazo forzoso, incluso cuando las causales invocadas por los consumidores que desean poner fin a los mismos no sean las previstas por el artículo 34° de las Condiciones de Uso para estos contratos; y,
- b) El cese definitivo de la difusión, por cualquier medio de comunicación, de las afirmaciones señaladas en la parte considerativa de la Resolución N° 001-2003-MC1-CCO/OSIPTEL del 16 de julio de 2003⁴¹, así como de cualquier afirmación, imagen, ilustración y/o descripción que sea susceptible de desacreditar a Multimedia, entre ellas aquellas referidas exclusivamente al origen foráneo de los capitales de la denunciante o de las empresas que conforman el grupo empresarial de Multimedia o que atribuyan a esta empresa la comisión de infracciones a las leyes vigentes; salvo que, en este último caso, Boga cuente con el sustento probatorio correspondiente.

Estas medidas deberán ser cumplidas por Boga en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, contados a partir de la fecha de que la presente resolución quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias; caso contrario, el incumplimiento de esta orden será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido por el artículo 44° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones⁴².

IX. SOBRE EL PAGO DE COSTAS Y COSTOS

En su denuncia, Multimedia solicitó al Cuerpo Colegiado que se ordene a Boga el pago de las costas y costos incurridos por su empresa durante la tramitación del procedimiento.

Al respecto, debe recordarse que el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI⁴³, establece que el Cuerpo Colegiado podrá

⁴¹ Estas afirmaciones son las siguientes: "(...)esta denuncia es contra los españoles de Telefónica(...)La empresa Telefónica Multimedia, Cable Mágico, integrante del grupo Telefónica, ha desatado una feroz y desmedida arremetida contra la empresa Boga Comunicaciones, Cable Express, violando todas las normas y reglamentaciones vigentes que regulan el libre comercio así como la competencia leal y correcta(...)De esta manera, Cable Mágico incurre en competencia desleal, abusando de su condición dominante en el mercado, utilizando precios y condiciones predatorias, con el único fin de desaparecer del mercado a una empresa peruana(...)Lo más probable es que se les nivelará a la tarifa de US \$ 35.00 dólares que actualmente cobran a todos sus clientes, o tal vez se incremente a una tarifa superior a los US \$ 35.00 dólares, ya que al haber logrado posición de monopólica, que a todas luces pretende, podrá hacer lo que quiera con los clientes(...)por qué estas condiciones especiales ofrecidas por Cable Mágico, empresa española(...)o tal vez, con esa habilidad que tienen los españoles de Telefónica (...) Una clara muestra del valor de la competencia y del porque no debe permitirse el monopolio de los españoles en nuestro país(...)a pesar de las ofertas de estos mafiosos españoles(...)El hecho es más grave aún si se considera que esta misma práctica abusiva, desleal y predatoria se repite con cierta frecuencia, también en la ciudad de Chiclayo(...)a los abusos que empresas foráneas de gran respaldo financiero y económico(...)recurriendo a prácticas ilegales y abusivas, en muchos casos con la anuencia o pasividad de las autoridades pertinentes(...)"

⁴² Reglamento General de Infracciones y Sanciones

Artículo 44°.- La empresa que incumpla con las resoluciones del Cuerpo Colegiado Ordinario de primera instancia, del Cuerpo Colegiado de Tipo Arbitral o del Presidente de OSIPTEL en las materias contempladas en las normas referidas a la solución de controversias entre empresas, incurrirá en infracción muy grave; salvo que el órgano que emitió la resolución incumplida hubiera señalado en ésta otra calificación. No se podrá señalar otra calificación tratándose de resoluciones que pongan fin a una instancia del procedimiento administrativo.

⁴³ Norma aplicable a los procesos de solución de controversias seguidos ante OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, así como por el artículo 100° del Reglamento General de OSIPTEL, Decreto Supremo N° 008-2001-PCM. Estas normas señalan lo siguiente:

Ley N° 27332

Artículo 5°.- Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas

Los Organismos Reguladores gozarán de las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807.

ordenar al infractor que asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante⁴⁴.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 410° del Código Procesal Civil, "Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y los demás gastos judiciales realizados en el proceso"; por su parte, el artículo 411° del mismo Código define a los costos como "el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial."

Al respecto, debe señalarse que el OSIPTEL no cobra tasas por la presentación de denuncias ante los Cuerpos Colegiados Ordinarios; razón por la cual en este caso no procede ordenar el pago de las costas solicitado por Multimedia.

Con relación al pedido de Multimedia para que se ordene a Boga el pago de los costos incurridos por esta empresa durante el trámite del procedimiento, el Cuerpo Colegiado considera que las infracciones incurridas por Boga han sido flagrantes y además muy graves, por cuanto las conductas de esta han afectado los intereses de los consumidores al restringir sus derechos a la libertad de elección y de contratación; a la vez que han perjudicado la imagen de Multimedia en el mercado al hacer referencia a presuntas conductas ilegales cometidas por esta empresa pese a carecer del sustento probatorio correspondiente. A ello, debe agregarse que el comportamiento procesal de Boga no ha sido adecuado, ya que no presentó la totalidad de la información solicitada por la Secretaría Técnica a lo largo del procedimiento; obstaculizando de este modo su labor de investigación.

Por las razones expuestas, debe ordenarse a Boga que asuma el pago de los costos incurridos por Multimedia durante la tramitación de este procedimiento.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **INFUNDADA** la denuncia presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Boga Comunicaciones S.A. por presuntas infracciones a las Condiciones de Uso y Cláusulas Generales de Contratación de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet, aprobadas mediante Resolución N° 015-2001-CD/OSIPTEL, así como por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la

Decreto Supremo N° 008-2001-PCM

Artículo 100°.- Ejercicio de las Facultades de los Órganos del OSIPTEL

Los órganos funcionales del OSIPTEL gozan de las facultades previstas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27332 y las que señala la Ley N° 27336.

Tales facultades pueden ser usadas para obtener la información necesaria para dictar reglamentos, normas de carácter general, establecer regulaciones, mandatos u otras disposiciones de carácter particular, para llevar a cabo investigaciones preliminares, para obtener información a ser puesta a disposición del público, o para resolver un expediente o caso sujeto a las competencias del OSIPTEL. Las entidades delegadas también podrán hacer uso de las facultades concedidas a los órganos funcionales y estarán sujetas a las mismas incompatibilidades, restricciones, prohibiciones y limitaciones.

⁴⁴ Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI

Artículo 7.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

modalidad de violación de normas, tipificados en el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido a la supuesta exigencia de formalidades adicionales a las previstas en las mencionadas condiciones de uso para la resolución del contrato de abonados en la modalidad de plazo indeterminado.

Artículo Segundo.- Declarar **FUNDADA** la denuncia presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Boga Comunicaciones S.A. por infracciones a las Condiciones de Uso y Cláusulas Generales de Contratación de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet, aprobadas mediante Resolución N° 015-2001-CD/OSIPTEL, en el extremo referido a la exigencia de formalidades adicionales a las previstas en las mencionadas condiciones de uso para la resolución del contrato de abonados en la modalidad de plazo forzoso.

Artículo Tercero.- Sancionar a Boga Comunicaciones S.A. con una multa de CINCUENTA Y UNO (51) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 25° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, por las infracciones a las Condiciones de Uso y Cláusulas Generales de Contratación de los Servicios Públicos de Difusión y de Servicios de Valor Añadido para Acceso a Internet, aprobadas mediante Resolución N° 015-2001-CD/OSIPTEL, así como al artículo 5°, literal d) de la Ley sobre Protección al Consumidor y al artículo 46° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

Artículo Cuarto.- Declarar **INFUNDADA** la denuncia presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Boga Comunicaciones S.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificados en el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido a la exigencia de formalidades adicionales a las previstas en las mencionadas condiciones de uso para la resolución del contrato de abonados en la modalidad de plazo forzoso.

Artículo Quinto.- Declarar **INFUNDADA** la denuncia presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Boga Comunicaciones S.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, tipificados en el artículo 17° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido a la difusión en su programación de señales de canales de televisión sin contar con las autorizaciones correspondientes.

Artículo Sexto.- Declarar **INFUNDADA** la denuncia presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Boga Comunicaciones S.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, tipificados en el artículo 11° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido a las declaraciones de los congresistas integrantes de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores del Congreso de la República, así como las declaraciones de los representantes de la denunciada en prensa, radio y televisión.

Artículo Séptimo.- Declarar **FUNDADA** la denuncia presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Boga Comunicaciones S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, tipificados en el artículo 11° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en el extremo referido a la difusión por parte de la denunciada de afirmaciones denigratorias de la denunciante mediante el comunicado difundido a través de su señal de cable, en los recibos por el servicio que presta, en las cartas remitidas a

sus abonados que solicitaron la resolución de sus contratos y en la nota de prensa distribuida por dicha empresa.

Artículo Octavo.- Sancionar a Boga Comunicaciones S.A. con una multa de DIEZ (10) Unidades Impositivas Tributarias, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24º del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

Artículo Noveno.- Ordenar a Boga Comunicaciones S.A., en calidad de medidas definitivas:

- a) Que esta empresa acepte las solicitudes de resolución de los contratos de abonados sujetos a plazo forzoso, incluso cuando las causales invocadas por los consumidores que desean poner fin a los mismos no sean las previstas por el artículo 34º de las Condiciones de Uso para estos contratos; y,
- b) El cese definitivo de la difusión, por cualquier medio de comunicación, de las afirmaciones señaladas en la parte considerativa de la Resolución N° 001-2003-MC1-CCO/OSIPTEL del 16 de julio de 2003⁴⁵, así como de cualquier afirmación, imagen, ilustración y/o descripción que sea susceptible de desacreditar a Multimedia, entre ellas aquellas referidas exclusivamente al origen foráneo de los capitales de la denunciante o de las empresas que conforman el grupo empresarial de Multimedia o que atribuyan a esta empresa la comisión de infracciones a las leyes vigentes; salvo que, en este último caso, Boga cuente con el sustento probatorio correspondiente.

Estas medidas deberán ser cumplidas por la denunciada en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, contados a partir de la fecha de que la presente resolución quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias; caso contrario, el incumplimiento de esta orden será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido por el artículo 44º del Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

Artículo Décimo.- Declarar **IMPROCEDENTE** el pedido de Telefónica Multimedia S.A.C. para que se ordene a Boga Comunicaciones S.A. el pago de las costas incurridas por dicha empresa durante el trámite del procedimiento; por las razones expuestas en la presente resolución.

Artículo Undécimo.- Ordenar a Boga Comunicaciones S.A. el pago de los costos incurridos por Telefónica Multimedia S.A.C. durante la tramitación de este procedimiento, de conformidad con lo establecido por el artículo 7º del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con el voto favorable de los miembros del Cuerpo Colegiado de OSIPTEL, señores Juan Carlos Mejía y Lorena Alcázar Valdivia.

⁴⁵ Ver nota 36.