

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO Nº 013-2009-CCO/OSIPTEL**

Lima, 22 de junio de 2009

| | |
|---------------|---|
| EXPEDIENTE | 003-2008-CCO-ST/CD |
| MATERIA | COMPETENCIA DESLEAL |
| ADMINISTRADOS | TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C. DIRECTV PERÚ S.R.L. |

SUMILLA: Se declara fundada en parte la demanda presentada por TELEFÓNICA MULTIMEDIA contra DIRECTV por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración tipificados en el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, en el extremo referido al texto y fotografías de la página 2 de la revista DIRECTV ZONE del mes de octubre de 2008.

En consecuencia, se sanciona a DIRECTV con una amonestación por la comisión de una infracción leve, se dispone el cese de la conducta infractora y se le condena a costos.

Se declara infundada la demanda presentada por TELEFÓNICA MULTIMEDIA contra DIRECTV por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración tipificado en el citado artículo 11°, en el extremo referido a la escenificación de los personajes de ángel y diablo.

Asimismo, se declaran infundados los pedidos de TELEFÓNICA MULTIMEDIA para que se ordene el pago de las costas y la publicación de la resolución.

El Cuerpo Colegiado a cargo de la controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, TELEFÓNICA MULTIMEDIA) y Directv Perú S.R.L. (en adelante, DIRECTV) por la presunta comisión de actos de competencia desleal.

VISTO:

El Expediente N° 003-2008-CCO-ST/CD, correspondiente a la controversia entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y DIRECTV, sobre actos de competencia desleal.

CONSIDERANDO:**I. EMPRESAS INVOLUCRADAS****1.1. Demandante**

TELEFÓNICA MULTIMEDIA es una empresa privada dedicada a brindar servicios de distribución de radiodifusión por cable en las modalidades de cable inalámbrico u óptico y de difusión directa por satélite. Por Resoluciones Ministeriales N° 108-93-TCC/15.17 del 12 de marzo de 1993 y N° 030-96-MTC/15.17 del 11 de enero de 1996, esta empresa obtuvo la concesión para prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable a nivel de Lima y Callao y otras provincias, respectivamente. Mediante Resoluciones Ministeriales N° 191-98-MTC/15.03, 191-98-MTC/15.04, 486-2001-MTC/15.03, 486-2001-

MTC/15.04 y 485-2006-MTC/03, se realizaron modificaciones a sus contratos de concesión.

Asimismo, mediante Resolución Ministerial N° 672-2008-MTC-03 de fecha 02 de setiembre de 2008 se adecuan las concesiones otorgadas a TELEFÓNICA MULTIMEDIA mediante las Resoluciones Ministeriales N° 108-93-TCC/15.17 y N° 030-96-MTC/15.17 y sus modificatorias, al régimen de concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones a nivel del territorio nacional.

1.2. **Demandada**

DIRECTV es una empresa privada dedicada a brindar servicios de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de difusión directa por satélite. Por Resolución Ministerial N° 686-2005-MTC/03 del 05 octubre de 2005, esta empresa obtuvo la concesión para prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable a nivel del territorio nacional.

II. **ANTECEDENTES**

2.1. Mediante escrito recibido con fecha 03 de noviembre de 2008, TELEFÓNICA MULTIMEDIA solicita la conformación de un Cuerpo Colegiado Ordinario que se encargue de resolver la controversia sobre actos de competencia desleal surgida entre esta empresa y DIRECTV. Al respecto, TELEFÓNICA MULTIMEDIA plantea las siguientes pretensiones:

- (i) Como pretensión principal, TELEFÓNICA MULTIMEDIA solicita que se declare que DIRECTV ha desarrollado actos de competencia desleal con el propósito de menoscabar su prestigio comercial. En particular, solicita que se declare que DIRECTV ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de denigración infringiendo lo establecido por el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.
- (ii) Como pretensiones accesorias solicita que (a) al amparo del artículo 52° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal se sancione a DIRECTV por la comisión de los actos de competencia desleal con la multa máxima correspondiente, (b) se ordene a DIRECTV el cese inmediato de todas las prácticas ilegales que viene cometiendo y (c) se ordene la publicación de la resolución sancionatoria, a costo de DIRECTV, de conformidad con lo establecido por el artículo 33° de la Ley de Desarrollo y Facultades de OSIPTEL, Ley N° 27336.

2.2. TELEFÓNICA MULTIMEDIA describe las conductas desleales denunciadas señalando que DIRECTV viene realizando la siguiente escenificación, en un lugar abierto al público en general, tal como lo es la tienda por departamentos Saga Falabella del Centro Comercial Jockey Plaza y frente a un vasto número de consumidores: *“un hombre, de porte alto, completamente disfrazado de ángel, vistiendo un traje, alas y aureola blanca, con la marca de DIRECTV colocada en la parte pectoral del traje, visible a todas luces, debate acerca de las los beneficios del servicio de cable provisto por la denunciada y los provistos por otro personaje”*. (sic).

Con relación al otro personaje de la escenificación, TELEFÓNICA MULTIMEDIA señala que “es un individuo de baja estatura, magro y desaliñado que viste un traje de color naranja – exactamente de la misma tonalidad del color que caracteriza el servicio de CABLE MÁGICO de MULTIMEDIA-, unos cuernos y trinche de color rojo y atado a su cuerpo unos metros de cable coaxial, con la imagen lluviosa de una pantalla de televisión en el pecho, quien representa una figura diabólica”.

TELEFÓNICA MULTIMEDIA precisa que la discusión entre ambos personajes se centra principalmente en dar a notar cuál de los servicios de cable brindados, es mejor.

- 2.3. Asimismo, TELEFÓNICA MULTIMEDIA señala que en la página 2 de la revista informativa DIRECTV ZONE de octubre de 2008 que DIRECTV entrega mensualmente a sus clientes se observa la siguiente imagen:



TELEFÓNICA MULTIMEDIA señala que dicha página demuestra como es que DIRECTV comunica a sus clientes que ha venido realizando la escenificación descrita. La denunciante señala que en la misma revista DIRECTV publica el siguiente texto:

“DIRECTV vs. CABLE

Cada vez más clientes se dan cuenta: el Cable ha estado haciendo de las suyas ofreciendo una pobre calidad y tecnología. Pero no se preocupen, que para eso ha llegado DIRECTV con lo mejor en televisión satelital”.
(subrayado agregado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA).

TELEFÓNICA MULTIMEDIA considera que la denunciada comete actos de competencia desleal en la modalidad de actos de denigración, infracción tipificada en el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la medida que presenta al servicio de CABLE MÁGICO como una figura diabólica, transmitiendo información errónea y parcializada acerca de TELEFÓNICA MULTIMEDIA e incumpliendo con las exigencias de licitud requeridas para los actos denigratorios.

- 2.4. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 001-2008-CCO/OSIPTEL de fecha 13 de noviembre de 2008, se admitió la pretensión principal y las pretensiones accesorias planteadas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA y se

dispuso correr traslado de la demanda a DIRECTV. Asimismo, se dispuso la tramitación de la presente controversia como una que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con el Capítulo II del Título VII del Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias (en adelante, Reglamento de Controversias).

- 2.5. Mediante escrito recibido con fecha 03 de diciembre de 2008, DIRECTV contesta la denuncia solicitando que ésta sea declarada infundada. DIRECTV señala que TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha basado su denuncia en las fotografías que fueron publicadas en la revista DIRECTV ZONE, sin embargo, ello no acredita que en el local de Saga Falabella se llevara a cabo una representación y menos que ésta implique un acto de denigración hacia TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

DIRECTV señala que los medios probatorios presentados por TELEFÓNICA MULTIMEDIA para acreditar los hechos discutidos constituyen pruebas de parte que no acreditan lo señalado en la denuncia. En ese sentido, considera que a falta de medios probatorios que permitan dilucidar los hechos controvertidos y que generen convicción sobre la materia discutida, se deberá declarar infundada la denuncia por la presunta infracción al artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

- 2.6. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 003-2008-CCO/OSIPTEL de fecha 09 de diciembre de 2008, se corre traslado de la contestación de la denuncia formulada por DIRECTV a TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- 2.7. Mediante Oficio N° 005-ST/2009 de fecha 15 de enero de 2009, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 78° del Reglamento de Controversias, solicitó al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando esta institución en materia de actos de denigración para la generalidad de mercados y agentes económicos.
- 2.8. Mediante escrito recibido con fecha 19 de enero de 2009, TELEFÓNICA MULTIMEDIA absuelve el escrito de contestación de la denuncia presentado por DIRECTV.
- 2.9. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 004-2009-CCO/OSIPTEL de fecha 21 de enero de 2009, se pone en conocimiento de DIRECTV el escrito presentado con fecha 19 de enero de 2009 por TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- 2.10. Mediante Oficio N° 004-2009/CCD-INDECOPI recibido con fecha 27 de enero de 2009, el INDECOPI presentó el Informe solicitado por la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado mediante Oficio N° 005-ST/2009 de fecha 15 de enero de 2009. INDECOPI señala que el 26 de julio de 2008 entró en vigencia la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Precisa que en el artículo 11° de dicha Ley se han regulado los actos de competencia desleal en la modalidad de denigración.

Asimismo, esta institución informa que, a la fecha de remisión del Oficio, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, no ha resuelto casos en aplicación del citado precepto legal, por lo que no ha desarrollado criterios

interpretativos respecto de dicho artículo. No obstante, señala que pueden ser de utilidad los criterios empleados en base a la legislación precedente – el Decreto Ley N° 26122 – Ley de Represión de la Competencia Desleal – la misma que en el campo de los actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, no presenta diferencias sustanciales con la legislación vigente sobre la materia.

En ese sentido, presenta copia de los pronunciamientos emitidos por la mencionada Comisión en los años 2007 y 2008, en los que se analizó la configuración de actos de denigración. Asimismo, adjunta copia del precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 0347-2006/TDC-INDECOPI, así como la parte pertinente de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobados mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI.

- 2.11. Mediante Oficios N° 020-ST/2009 y N° 021-ST/2009 de fecha 18 de febrero de 2009, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado requirió a TELEFÓNICA MULTIMEDIA y a DIRECTV, respectivamente, la presentación de información necesaria para el análisis de la controversia.
- 2.12. Mediante escritos recibidos con fechas 25 y 26 de febrero de 2009, TELEFÓNICA MULTIMEDIA y DIRECTV absuelven el requerimiento de información efectuado por la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado, respectivamente.
- 2.13. Mediante escritos recibidos con fechas 04 y 13 de marzo de 2009, DIRECTV absuelve el escrito presentado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA de fecha 19 de enero de 2009 y realiza precisiones adicionales respecto del escrito de TELEFÓNICA MULTIMEDIA de fecha 25 de febrero de 2009.
- 2.14. Con fecha 18 de marzo de 2009, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado emite el Informe Instructivo N° 001-ST/2009, en el cual se concluye que DIRECTV habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de denigración infringiendo lo establecido por el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; por lo que corresponde la imposición de una sanción bajo los parámetros establecidos en el artículo 52° de la citada ley.
- 2.15. Mediante Resolución N° 009-2009-CCO/OSIPTEL de fecha 19 de marzo de 2009, el Cuerpo Colegiado tiene por presentado y pone en conocimiento de las partes el Informe Instructivo de la Secretaría Técnica; y otorga a las partes el plazo correspondiente para la presentación de sus alegatos por escrito.
- 2.16. Mediante escritos recibidos con fechas 01 y 02 de abril de 2009, TELEFÓNICA MULTIMEDIA y DIRECTV presentan sus alegatos, respectivamente.
- 2.17. Con fecha 22 de abril de 2009, se realizó la Audiencia de Informe Oral con la asistencia de ambas partes.
- 2.18. Mediante Resolución N° 011-2009-CCO/OSIPTEL de fecha 14 de mayo de 2009, el Cuerpo Colegiado requirió a DIRECTV que, a efectos de mejor resolver la presente controversia, informe el número total de ejemplares de la revista DIRECTV ZONE del mes de octubre de 2008 repartidos a los abonados de su servicio.

- 2.19. Mediante carta s/n de fecha 25 de mayo de 2009, DIRECTV absolvió el requerimiento del Cuerpo Colegiado al presente la información solicitada.

III. PETITORIO DE LA DEMANDA - PRETENSIONES ADMITIDAS

- 3.1. Mediante escrito de fecha 03 de noviembre de 2009, TELEFÓNICA MULTIMEDIA formuló denuncia contra DIRECTV, solicitando al Cuerpo Colegiado las siguientes pretensiones:

- Pretensión Principal: se declare que DIRECTV ha desarrollado actos de competencia desleal con el propósito de menoscabar su prestigio comercial. En particular, solicita que se declare que DIRECTV ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de denigración infringiendo lo establecido por el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044.
- Pretensiones accesorias:
 - (i) Se sancione a DIRECTV, conforme al artículo 52° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la comisión de los actos de competencia desleal que son materia de denuncia, con la multa máxima.
 - (ii) Se ordene a DIRECTV el cese inmediato de todas las prácticas ilegales que viene cometiendo en contra de DIRECTV, y;
 - (iii) Se ordene la publicación de la resolución sancionatoria, a costo de DIRECTV, de conformidad con lo establecido por el artículo 33° de la Ley de Desarrollo y Facultades de OSIPTEL, Ley N° 27336.

- 3.2. Mediante Resolución del Cuerpo Colegiado N° 001-2008-CCO/OSIPTEL de fecha 13 de noviembre de 2008, se admitió la pretensión principal y las pretensiones accesorias presentadas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, y se dispuso la tramitación de la controversia como una que involucra la comisión de una infracción, de conformidad con el Capítulo II del Título VII del Reglamento de Controversias.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES

- 4.1. Con relación con las posiciones expuestas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA y DIRECTV, el Cuerpo Colegiado se remite a lo señalado por la Secretaría Técnica en su Informe Instructivo.

V. ALEGATOS DE LAS PARTES

5.1. Alegatos de TELEFÓNICA MULTIMEDIA sobre la pretensión principal

Mediante escrito recibido con fecha 01 de abril de 2009, TELEFÓNICA MULTIMEDIA presentó sus alegatos y comentarios al Informe Instructivo, sosteniendo lo siguiente:

- (i) Si bien coinciden con las conclusiones de la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado en el extremo que señala que DIRECTV ha incurrido en actos de

competencia desleal en la modalidad de denigración al presentar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA como una empresa que presta un servicio de pobre calidad y tecnología, discrepa en el extremo que la mera asociación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA con el personaje de diablo realizada por DIRECTV no resulta denigratoria.

- (ii) En cuanto al segundo extremo señalado en el numeral (i), la Secretaría Técnica descontextualiza el análisis de la configuración del acto denigratorio, que es justamente presentar a MULTIMEDIA como un diablo, enfocándose únicamente en la visualización de las fotografías.
- (iii) Las características del personaje no fueron presentadas por DIRECTV para presentar un comportamiento “jocoso” o “divertido”, sino para desdeñar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA públicamente dentro de una representación en la que su imagen y reputación empresarial fueron burladas y denigradas intencionalmente.
- (iv) Las reacciones de los consumidores no debe ser el centro del análisis de la conducta en la medida que para que una representación logre transmitir un mensaje negativo, no es necesario que los personajes involucrados gesticulen o articulen movimientos corporales desafiantes, ni que pretendan intimidar a los espectadores, para que el público receptor capte el mensaje negativo y lo relacione automáticamente con TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- (v) La sola asociación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA con el personaje de diablo es suficiente para configurar el acto denigratorio. DIRECTV indujo al espectador de la representación a relacionar aspectos negativos con el servicio de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, colocando como signo identificador la figura de un personaje demoníaco que por sí mismo transmite un concepto maligno y que conlleva a que se relacione con características negativas del objeto que representa.
- (vi) La Secretaría Técnica ha amparado la posición respecto de la alusión a TELEFÓNICA MULTIMEDIA, al señalar que de la representación realizada por la demandada se desprende de forma inequívoca que DIRECTV pretendió asociar a la denunciante con el personaje de diablo y que dicho personaje fue captado por los consumidores. Ello, en la medida que TELEFÓNICA MULTIMEDIA es la empresa con mayor participación en el mercado, y por tanto el competidor de referencia de DIRECTV.
- (vii) El disfraz naranja utilizado por el personaje de diablo en la representación de DIRECTV hace más evidente la alusión a TELEFÓNICA MULTIMEDIA, la cual es la única empresa de televisión por cable que utiliza de forma importante dicho color en sus signos distintivos.
- (viii) Con la representación y las frases vertidas en la revista DIRECTV ZONE, la denunciada ha pretendido relacionar a CABLE MÁGICO con una pésima señal, una baja calidad en el servicio, un trato abusivo frente a los consumidores y un comportamiento contrario a las normas sectoriales, entre otras conductas de connotación negativa.
- (ix) La realización de la representación de “Ángel y el Diablo” y la subsiguiente publicación de las imágenes y las frases denigratorias en la revista

DIRECTV ZONE ha seguido una secuencia temporal en la que cada uno de los sucesos acontecidos se encuentra relacionado directamente y persiguen como único objetivo generar un daño concurrencial ilícito, empleando la denigración por alusión implícita.

5.2. Alegatos de DIRECTV sobre la pretensión principal

Mediante escrito recibido con fecha 02 de abril de 2009, DIRECTV presentó sus alegatos al Informe Instructivo, señalando lo siguiente:

- (i) DIRECTV no ha hecho alusión ni representado a TELEFÓNICA MULTIMEDIA con la figura de diablo ni a través de la utilización del color naranja en el disfraz, la consignación de la palabra “CABLE” y el uso de los cables coaxiales.
- (ii) No se puede pretender que cada vez que se mencione la palabra “CABLE” se esté haciendo alusión directa a TELEFÓNICA MULTIMEDIA porque ésta a junio de 2008 tenía un 77,40% de los abonados, cuando éste es un nombre genérico, no siendo la única empresa de este servicio que incluye dicha denominación al interior de su nombre comercial. El mismo Director de Comunicación y Responsabilidad Social de Telefónica del Perú S.A.A. señala que existen 265 concesiones de televisión pagada otorgadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
- (iii) Reitera que el color fuego en el disfraz del diablo no fue con la intención de representar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA sino que este color es propio del personaje del diablo, por lo que esta empresa no debería sentirse aludida.
- (iv) Los cables coaxiales que envuelven al personaje del diablo se utilizaron con la finalidad de representar el servicio de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable óptico, el mismo que utiliza dicho medio como principal tecnología.
- (v) DIRECTV sólo pretendía al utilizar la imagen del ángel y el diablo obtener fotografías jocosas y resaltar las ventajas de su tecnología digital, sin ánimo de representar o compararse con TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- (vi) Al señalar “DIRECTV vs. CABLE” no se hace referencia a TELEFÓNICA MULTIMEDIA, sino a todas las empresas de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable óptico que participan en el mercado, las mismas que no pueden subestimarse por tener poca participación en el mercado.
- (vii) La Secretaría Técnica no puede desconocer la diferencia tecnológica existente entre las empresas que brindan el servicio de distribución de radiodifusión y basarse en este desconocimiento y en la participación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA en el mercado para alegar que DIRECTV cuando se refiere al “cable” lo está haciendo directamente respecto de TELEFÓNICA MULTIMEDIA y no al resto de empresas que prestan este servicio, cuyo sistema difiere del prestado por DIRECTV.
- (viii) Las frases publicadas en el Revista DIRECTV ZONE deben ser analizadas en conjunto y no por separado, pues ello sólo conllevaría a

sacarlas del contexto en que se dieron. En lo referente a la frase “*pobre calidad y tecnología*” ha quedado demostrado que ello resulta verdadero y exacto, pues la transmisión analógica brindada por las diferentes empresas del servicio de cable es inferior a la transmisión digital que brinda DIRECTV.

- (ix) La “Guía para el Usuario de Televisión Digital” del Ministerio de Transportes y Comunicaciones de fecha 30 de octubre de 2008 presentada en el procedimiento, contrariamente a lo señalado por la Secretaría Técnica, aplica perfectamente para este caso debido a que no existen diferencias entre la transmisión brindada a través de la televisión abierta y la televisión paga. La única diferencia reside en si el cliente debe pagar o no para recibir la señal.
- (x) El sistema satelital utilizado por DIRECTV sólo puede ser brindado a través de la tecnología digital, es decir, dicha característica es inherente al servicio de DIRECTV; por lo que no era necesaria su referencia en el texto en cuestión. Asimismo, al momento de la difusión de la frase “DIRECTV vs. CABLE” en octubre de 2008, DIRECTV consideró la oferta que en general brindaban las empresas del servicio de distribución de radiodifusión en la modalidad de cable óptico y no satelital.

VI. CUESTIONES PREVIAS

6.1. Valoración de los medios probatorios que obran en el expediente

La presente controversia se resuelve en atención a los medios probatorios ofrecidos por las partes a lo largo del procedimiento administrativo.

En ese sentido, antes de analizar el fondo de la controversia entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y DIRECTV, es conveniente efectuar algunas precisiones sobre los criterios que empleará este Cuerpo Colegiado para valorar el material probatorio del procedimiento.

En los procesos de solución de controversias rige el **sistema de libre valoración de la prueba** en virtud del cual el Cuerpo Colegiado tiene libertad para valorar todos los medios de prueba de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la psicología, la técnica, la ciencia, el derecho y las máximas de experiencia aplicables al caso.

En este sentido, conforme ha sido señalado por el Tribunal de Solución de Controversias⁽¹⁾, el juzgador debe valorar en forma conjunta todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, pero sólo debe expresar en su resolución las valoraciones esenciales y determinantes de su decisión⁽²⁾.

¹ Ver Resolución N° 005-2005-TSC emitida el 9 de marzo de 2005 en el Expediente N° 001-2004-CCO-ST/IX seguido entre Telefónica del Perú S.A.A. contra Nortek Communications S.A.C.

² El artículo 197° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente procedimiento según lo dispuesto por la segunda disposición final del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la vía Administrativa, aprobado mediante Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL, dispone lo siguiente: “*Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustenten su decisión*”.

El valor probatorio de un medio de prueba es la aptitud que tiene dicho medio para demostrar la existencia o inexistencia del hecho a probar.

Los medios de prueba tienen distinta intensidad de fuerza o valor probatorio. En ese sentido, existen grados de fuerza o valor probatorio que llevan al juzgador – luego de la valoración correspondiente – a un estado de ignorancia, a uno de duda, a uno de probabilidad, o, finalmente, a uno de convicción o certeza sobre la existencia o inexistencia de los hechos materia de prueba⁽³⁾.

Conforme a la doctrina⁽⁴⁾, de estos grados de fuerza o valor probatorio sólo la certeza o convicción tendrán relevancia para servir de sustento a las decisiones finales del juzgador. En efecto, el juzgador sólo puede declarar la existencia o inexistencia del hecho materia de prueba sobre la base de la certeza o convicción que tenga de él, luego de haber valorado todo el material probatorio.

En consecuencia, en el presente caso, el Cuerpo Colegiado valorará todos los medios probatorios que obran en el expediente de manera conjunta y se pronunciará respecto a la existencia de los hechos e infracciones materia de la controversia, sobre la base de la certeza o convicción que la evaluación de tales medios probatorios le haya generado.

VII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LA PRESENTE CONTROVERSIA

De acuerdo a los antecedentes y medios probatorios que obran en el expediente, este Cuerpo Colegiado deberá determinar si DIRECTV habría incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de denigración infringiendo lo establecido por el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

7.1. Sobre los presuntos actos de denigración que habría realizado DIRECTV.

La Ley de Represión de la Competencia Desleal tipifica dentro de los actos de competencia desleal vinculados con la reputación de otro agente económico a los actos de denigración. Conforme al artículo 11.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de denigración consisten en *“la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos”*.

Este artículo tipifica los actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, sustituyendo a la redacción anterior contenida en el artículo 11° de la derogada Ley sobre Represión de la Competencia Desleal⁽⁵⁾.

³ Al respecto, ver **BUSTAMANTE ALARCÓN**, Reynaldo. Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba. En: **Revista de Derecho Procesal**, Vol. II, Lima, marzo 1998, páginas 49-65.

⁴ *Ibidem*, página 55.

⁵ El Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de la Competencia Desleal fue aprobado por Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI. El artículo 11° señala lo siguiente:

“Artículo 11.- Actos de denigración: Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de 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.

Cabe señalar que los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Competencia Desleal en el Ámbito de Telecomunicaciones, aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 075-2002-CD/OSIPTEL publicados en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2002 (en adelante, Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL), establecen lo siguiente respecto de los actos de competencia desleal en la modalidad de denigración: *“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”*.

Los citados Lineamientos señalan que 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 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 de Competencia Desleal del OSIPTEL 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 ese sentido, la difusión de afirmaciones puede ser pública o privada, e inclusive es sancionable la amenaza de difusión, siempre que sea cierta e inminente⁽⁶⁾. 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 afirmaciones.

Cabe precisar que este Cuerpo Colegiado hace suyo lo expresado por los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, en la medida que considera que, a pesar de haberse producido una sucesión normativa en cuanto a los artículos que tipifican los actos de denigración, se mantienen los elementos característicos de las conductas sancionables y por ello, debe mantenerse el mismo esquema de análisis.

Finalmente, debe señalarse que el artículo 11.2. de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que se reputan como actos lícitos aquellos que:

- Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
- Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
- Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,

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”.

⁶ Ver numeral 6.3.1. de los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL.

- Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

7.2. Aplicación al caso materia de análisis

7.2.1. Análisis de si se ha producido el acto materia de la denuncia.

De los términos de la denuncia presentada por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, se aprecia que se imputa a DIRECTV la realización de dos actos, uno previo al que se le denominará *“la escenificación”*, y el otro posterior, consistente en la nota aparecida en la revista DIRECTV ZONE en el cual se reseña el primer acto y DIRECTV realiza determinadas afirmaciones.

TELEFÓNICA MULTIMEDIA describe las conductas desleales denunciadas señalando que DIRECTV viene realizando la siguiente escenificación entre dos personajes, en un lugar abierto al público en general, tal como lo es la **tienda por departamentos Saga Falabella del Centro Comercial Jockey Plaza** y frente a un importante número de consumidores:

- Primer personaje de la escenificación, de acuerdo a lo descrito por la denunciante: *“un hombre, de porte alto, completamente disfrazado de ángel, vistiendo un traje, alas y aureola blanca, con la marca de DIRECTV colocada en la parte pectoral del traje, visible a todas luces, debate acerca de las los beneficios del servicio de cable provisto por la denunciada y los provistos por otro personaje”*. (negritas y subrayado omitidos).
- Segundo personaje de la escenificación: de acuerdo a lo descrito por la denunciante: *“(…) un individuo de baja estatura, magro y desaliñado que viste un traje de color naranja (...), unos cuernos y trínche de color rojo y atado a su cuerpo unos metros de cable coaxial, con la imagen lluviosa de una pantalla de televisión en el pecho, quien representa una figura diabólica”*.

Asimismo, conforme obra en el expediente a fojas 40, en la página 2 de la revista informativa DIRECTV ZONE se observa la siguiente imagen:



Esta imagen muestra fotos de la escenificación materia de denuncia y se publica el siguiente texto:

***“DIRECTV vs. CABLE
Cada vez más clientes se dan cuenta: el Cable ha
estado haciendo de las suyas ofreciendo una
pobre calidad y tecnología. Pero no se
preocupen, que para eso ha llegado DIRECTV con
lo mejor en televisión satelital”.***

Por su parte, DIRECTV reconoce la existencia de la revista DIRECTV ZONE y que en ella figura la imagen y el texto antes citado; sin embargo, cuestiona que la representación se haya realizado en el local de Saga Falabella. Así, señala que la denunciante *“basa su denuncia en las fotografías que fueron publicadas en la revista DIRECTV ZONE; sin embargo, ello no acredita que en el local de Saga Falabella se realizó una representación y menos que ésta implique un acto de denigración hacia la denunciante”.*

En la medida que existe discrepancia entre las partes respecto de los hechos materia de denuncia referidos a si se ha realizado la escenificación denunciada en el local de Saga Falabella del Jockey Plaza, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado, requirió información a TELEFÓNICA MULTIMEDIA y DIRECTV:

- (i) Ante el requerimiento de la Secretaría Técnica⁽⁷⁾ a TELEFÓNICA MULTIMEDIA de presentar los medios probatorios que acrediten que la representación ha sido realizada en el lugar señalado en la denuncia y que precise el día en que fue realizada, esta empresa señaló que la escenificación pública tuvo lugar en la tienda Saga Falabella del Centro Comercial Jockey Plaza, el día domingo 14 de setiembre de 2008.

Asimismo, precisó que este hecho fue informado por el señor Eduardo Scamarone Echaiz, funcionario de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, quien presenció directamente el acto denigratorio en el lugar y hora señalados.

- (ii) Ante el requerimiento de la Secretaría Técnica⁽⁸⁾ a DIRECTV de informar el día y lugar en que se realizó la representación materia de denuncia así como su frecuencia, esta empresa señaló que se trató de una sesión fotográfica realizada en el local de Saga Falabella del Jockey Plaza el día domingo 28 de setiembre de 2008.

Debe señalarse que este Cuerpo Colegiado actúa sobre la base del Principio de Verdad Material contenido en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y teniendo en consideración que se trata de un procedimiento trilateral⁽⁹⁾. Así, en

⁷ Oficio N° 020-ST/2009 de fecha 18 de febrero de 2009.

⁸ Oficio N° 021-ST/2009 de fecha 18 de febrero de 2009.

⁹ El Principio de Verdad Material contenido en el artículo 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala lo siguiente:

el presente procedimiento administrativo se han realizado los requerimientos de información y verificado los hechos propuestos por las partes por los medios disponibles. No obstante ello, es preciso considerar que ello no significa una sustitución del deber probatorio que corresponde a las partes.

De los hechos expuestos y los medios probatorios que obran en el expediente, este Cuerpo Colegiado advierte que ambas partes coinciden en que los hechos se han presentado en la tienda Saga Falabella del Centro Comercial Jockey Plaza. En cuanto a la fecha de los hechos presentados, ambas coinciden en que se realizó un día domingo del mes de setiembre de 2008, discrepando en cuanto a la fecha.

Asimismo, se aprecia que ambas partes coinciden en cuanto a que los hechos se presentaron en un lugar público, como lo es la tienda Saga Falabella, discrepando en cuanto a su naturaleza. TELEFÓNICA MULTIMEDIA considera que se trató de una escenificación en tanto que DIRECTV considera que sólo se trató de una sesión fotográfica. En ambos casos, las partes reconocen la presencia de los dos personajes: el ángel y el diablo, discrepando en el mensaje que cada uno de ellos podía transmitir por las características de la vestimenta utilizada.

Este Cuerpo Colegiado considera que una escenificación implica la puesta en escena de una obra⁽¹⁰⁾, la cual puede conllevar la utilización de un guión con un mensaje verbal. Por su parte, la sesión fotográfica consiste en un espacio de tiempo ocupado en la toma de fotografías en un determinado lugar. Por su naturaleza, las fotografías expresan un mensaje visual, y no verbal.

En ese sentido, en cuanto a los hechos presentados por las partes, sólo se ha acreditado la representación de los personajes de ángel y diablo en el local de Saga Falabella del Jockey Plaza. Por los medios probatorios, la única constancia de esta representación son las fotos que obran en la revista DIRECTV ZONE y las manifestaciones realizadas por las partes. No se ha acreditado un mensaje verbal que hayan manifestado los personajes de ángel y diablo en el día y lugar de los hechos.

Ahora bien, este Cuerpo Colegiado considera que sí se ha producido la difusión de la información bajo los criterios establecidos en los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL. En efecto, se aprecia que aún cuando no se ha acreditado la existencia de un mensaje verbal que hayan manifestado los personajes de ángel y diablo, la representación escenificada por dichos personajes con la vestimenta y elementos accesorios que utilizan tiene la

"1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público".

¹⁰ Conforme a Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la escenificación es la acción y efecto de escenificar. En tanto que escenificar es poner en escena una obra o espectáculo teatral. Ver: <http://www.rae.es> (11.06.09).

capacidad de transmitir un mensaje a las personas que lo pudieran haber apreciado el día de los hechos.

En ese sentido, sí se ha producido la difusión de la información, en cuanto a la utilización de una representación de ángel y diablo.

En cuanto al segundo hecho consistente en las fotos de la representación de ángel y diablo conjuntamente con el texto denunciado como denigratorio aparecido en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE, debe señalarse que la misma denunciada reconoce la existencia de esta revista con las fotos y el texto.

Por ello, resulta clara la difusión de la información -compuesta de manera conjunta por las fotos y el texto- a través de la revista DIRECTV ZONE del mes de octubre de 2008 a los suscriptores de DIRECTV que la recibieron.

7.2.2. La identificación del afectado por el acto materia de la denuncia.

Una vez que se ha acreditado la difusión de la información materia de denuncia, corresponde la identificación del afectado. Para ello, conforme a los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL 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 las afirmaciones.

Para efectos de la identificación del afectado, es decir, para determinar si la representación de diablo y el texto denunciado están referidos a TELEFÓNICA MULTIMEDIA es preciso analizar cada uno de los elementos contenidos en la representación como en el texto.

(i) Personaje de diablo

A lo largo de la etapa de investigación, las partes han expresado sus apreciaciones respecto de los elementos contenidos en la representación del personaje de diablo:

Con relación al color naranja del personaje: DIRECTV considera que la representación utilizada recoge el color del fuego que es similar al color naranja, pero no es el mismo. Este color es propio del personaje del diablo. Precisa que la denunciante no es la única que utiliza el color naranja, existen otras empresas como Cable Visión, SOL TV, Solar Televisión que lo utilizan. Por su parte, TELEFÓNICA MULTIMEDIA señala que el personaje emplea los colores corporativos característicos de su servicio y que la marca CABLE MÁGICO cuenta con un gran reconocimiento y recordación, siendo el color anaranjado uno de sus elementos.

Con relación a los cables coaxiales: DIRECTV señala que el personaje se encuentra rodeado de cables debido a que representa el servicio de distribución de radiodifusión por cable, el cual utiliza cables coaxiales como medio de transmisión. Precisa que este servicio se presta en las ciudades mediante cables coaxiales superpuestos. TELEFÓNICA

MULTIMEDIA, por su parte, señala que el personaje está envuelto en cables coaxiales que ésta utiliza en gran medida en su red.

(ii) Texto publicado

Con relación al empleo de la palabra “cable”: DIRECTV señala que la palabra “Cable” corresponde al servicio de distribución de radiodifusión por cable, recogido en la normativa vigente. Precisa que este servicio no sólo es brindado por la denunciante, sino que existen 278 empresas que lo prestan. Señala que el término cable es un nombre genérico y es utilizado por empresas tales como Cable Andino, Cable Chicha, Cable Express, entre otras. TELEFÓNICA MULTIMEDIA considera que el empleo en mayúscula de la palabra “cable” en el texto de la revista corresponde a nombres propios: CABLE MÁGICO.

Este Cuerpo Colegiado aprecia que en la representación no se hace referencia directa a TELEFÓNICA MULTIMEDIA o a su servicio prestado bajo la marca de servicio CABLE MÁGICO. En este caso, es necesario analizar si los usuarios pueden determinar que la representación del personaje del diablo puede asociarse con la empresa TELEFÓNICA MULTIMEDIA o con el servicio que presta a través de la marca de servicio CABLE MÁGICO.

De las fotografías contenidas en la revista DIRECTV ZONE se aprecia con claridad que la vestimenta utilizada para el personaje de diablo es de color naranja diferenciándose de los otros elementos que utiliza como el trinchete y los cuernos que son de color rojo. Este Cuerpo Colegiado considera que la percepción general de los usuarios en cuanto al color del personaje estará orientada a los colores usuales como el naranja. Por ello, debe descartarse lo argumentado por DIRECTV en el sentido que el disfraz del diablo es de color fuego, el color propio del personaje del diablo.

Asimismo, este Cuerpo Colegiado verifica que, en efecto, como señala DIRECTV, existen otras empresas operadoras del servicio de distribución de radiodifusión por cable que utilizan el color naranja; sin embargo, no lo utilizan de manera preponderante en su signo distintivo como sí lo está realizando TELEFÓNICA MULTIMEDIA con el logo de su marca de servicio⁽¹¹⁾:



¹¹ Ello puede apreciarse en la página web de TELEFÓNICA MULTIMEDIA: <http://www.cablemagico.com.pe/quienessomos.php> (11.06.09)

De la apreciación de los dos signos que utilizarían el color naranja en una mayor medida – es el caso de SOL TV y Solar Televisión citados por la denunciada y cuyos signos obran a fojas 104 – se advierte lo siguiente:

- En el caso de SOL TV no es un signo asociado a una empresa que preste el servicio de distribución de radiodifusión por cable, sino una empresa que presta servicios privados de interés público – servicio de radiodifusión por televisión (televisión abierta) y que opera en las ciudades de Trujillo (canal 21), Chiclayo (canal 27), Huaraz (canal 25), entre otros⁽¹²⁾.
- La misma situación de evidencia en el caso de Solar Televisión. No es un signo asociado a una empresa que tenga concesión para prestar el servicio de distribución de radiodifusión por cable, sino que está asociado a la prestación del servicio de radiodifusión por televisión (televisión abierta). Este servicio se presta en Abancay, Apurímac⁽¹³⁾.

Las otras dos empresas citadas por DIRECTV – Cable Visión y Portal Educativo Huascarán – no contienen el color naranja de manera predominante en su signo (fojas 104 del expediente). En ese sentido, no se puede afirmar que las personas asocien que el personaje de diablo con un color naranja corresponde a los signos que distinguen a empresas que prestan servicios de radiodifusión por televisión como SOL TV y Solar Televisión, y mucho menos a las otras empresas citadas por la denunciada.

Asimismo, debe considerarse el nivel de la participación de mercado de TELEFÓNICA MULTIMEDIA que a junio de 2008, tenía un 77,40% de los abonados, de acuerdo a la información remitida al OSIPTEL por las empresas operadoras en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 121-2003-CD/OSIPTEL⁽¹⁴⁾.

Este Cuerpo Colegiado coincide con la Secretaría Técnica en afirmar que la alta participación de mercado de TELEFÓNICA MULTIMEDIA permite corroborar que el servicio provisto a través de la marca CABLE MÁGICO es uno de los principales competidores del servicio de DIRECTV y que los consumidores tengan dicho servicio entre sus opciones de consumo. Ello se aprecia con mayor acentuación en el departamento de Lima – departamento en el cual se encuentra el local de Saga Falabella del Centro Comercial Jockey Plaza donde se presentaron los hechos-, en la cual la participación de mercado de TELEFÓNICA MULTIMEDIA asciende a un total de 82% a junio de 2008⁽¹⁵⁾.

Asimismo, este Cuerpo Colegiado conviene en descartar lo señalado por DIRECTV en el sentido que son numerosas las empresas que prestan el servicio de distribución de radiodifusión por cable⁽¹⁶⁾. En efecto, si bien pueden existir numerosas empresas de este servicio en el mercado, los niveles de participación de mercado y de concentración de la industria que se presentan priman sobre el número de empresas. La percepción de los usuarios en cuanto

¹² La empresa cuenta con una página web en la cual se puede apreciar el logo de SOL TV: www.soltvperu.com (11.06.09)

¹³ La empresa tiene la siguiente página web http://www.corporacionsolar.com/tv_solar.htm (11.06.09) en la cual se puede apreciar el logo de Solar Televisión.

¹⁴ Este nivel de participación a nivel nacional – sin considerar a DIRECTV – se incrementa a 82,06%.

¹⁵ Este nivel de participación a nivel de Lima – sin considerar a DIRECTV – se incrementa a 84,57%.

¹⁶ DIRECTV cita las declaraciones del Director de Comunicación y Responsabilidad Social de Telefónica del Perú S.A.A. relativas a que en el Perú existen 265 concesiones de televisión pagada.

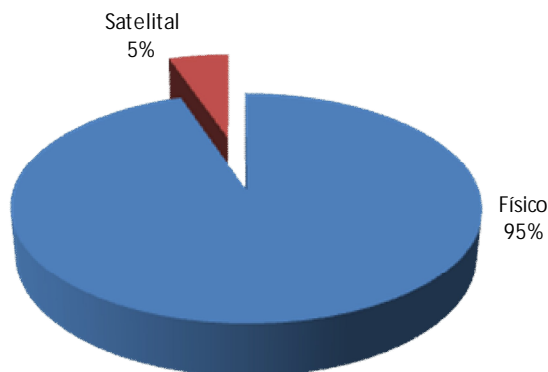
al competidor aludido por DIRECTV, naturalmente, se orientará al principal competidor con mayor participación de mercado.

En ese sentido, puede afirmarse que los consumidores en una representación diablo – ángel, en la cual el ángel representaría a DIRECTV asocian que el otro personaje es un competidor, siendo razonable que sea el principal competidor, el que posee la mayor participación de mercado, es decir TELEFÓNICA MULTIMEDIA con su marca de servicio CABLE MÁGICO.

Con relación a los cables coaxiales que están envueltos en el personaje de diablo, este Cuerpo Colegiado considera que apreciados de manera conjunta con el color naranja del personaje coadyuvan a que se asocie al personaje a TELEFÓNICA MULTIMEDIA, en la medida que es la principal tecnología que ha utilizado esta empresa en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. TELEFÓNICA MULTIMEDIA presta el servicio bajo la modalidad de cable físico o coaxial en los siguientes departamentos: Piura, Lambayeque, La Libertad, Ancash, Lima, Arequipa, Junín y Cusco.

De igual manera, esta asociación se acentúa en el departamento de Lima - en el cual se presentaron los hechos- donde se aprecia que el 95% de los suscriptores tiene contratada la modalidad de cable físico.

Suscriptores de Telefónica Multimedia S.A.C. en Lima por modalidad (cable físico y satelital)



Fuente: Información periódica de las empresas operadoras (Resolución N° 121-2003-CD/OSIPTEL)
Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales – OSIPTEL

Conforme a lo señalado anteriormente respecto de las características del mercado y de los signos utilizados en él, este Cuerpo Colegiado considera que utilizar al personaje de diablo con vestimenta de color naranja y además envuelto en cables coaxiales, tiene por consecuencia que los consumidores asocian a dicho personaje con TELEFÓNICA MULTIMEDIA y a su servicio prestado con la marca de servicio CABLE MÁGICO.

De otro lado, con relación al texto que acompaña a las fotografías analizadas en los párrafos precedentes, se advierte que no se hace una referencia directa a TELEFÓNICA MULTIMEDIA o a su servicio CABLE MÁGICO, es decir no son citados textualmente.

Este Cuerpo Colegiado aprecia que efectivamente la palabra “cable” es genérica y es utilizada para identificar al servicio público de distribución de radiodifusión por cable, del cual son concesionarias las partes del presente procedimiento, así como otras empresas a nivel nacional. Sin embargo, considera que, para el presente caso, esta palabra no puede ser evaluada de manera aislada sino en conjunto con otros elementos como la forma de presentación y las fotografías a las que acompaña:

- (i) Se aprecia, en primer lugar, que el texto es presentado como un pie de fotografía¹⁷. Es decir, no es un texto aislado sino que está asociado a las tres fotografías incluidas en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE, las mismas que muestran la imagen de los personajes de ángel y diablo materia de denuncia.
- (ii) La palabra “cable” es utilizada en el texto en dos oportunidades, la primera en el título con una letra de mayor tamaño, en mayúscula y resaltada con negrita. La segunda vez es utilizada con la letra inicial en mayúscula.
- (iii) La forma de mostrar el título “DIRECTV vs CABLE” correspondería a una comparación entre empresas y no a una comparación entre una empresa y un servicio, del cual ella misma es concesionaria (el servicio de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de difusión directa por satélite).
- (iv) La utilización de la palabra “cable” con la letra inicial en mayúscula, tampoco puede corresponder al servicio antes señalado, siendo razonable considerar que se está haciendo referencia a una empresa del mismo servicio.
- (v) Si bien coexisten diversas empresas operadoras que tienen en su denominación social, nombre comercial o marca de servicio el término “cable”, se advierte que ninguna de ellas tiene el nivel de participación de mercado de TELEFÓNICA MULTIMEDIA con su marca de servicio CABLE MÁGICO.

Ahora bien, atendiendo a que (i) el texto debe ser apreciado de manera conjunta con las fotografías incluidas en la revista DIRECTV ZONE, (ii) el texto estaría aludiendo a otra empresa competidora de DIRECTV, (iii) los niveles de participación en el mercado de TELEFÓNICA MULTIMEDIA antes descritos la presentan como su principal competidora y (iv) en su marca de servicio CABLE MÁGICO se utiliza la denominación “cable”; es razonable considerar que los usuarios asocien que la comparación y las afirmaciones que se realizan en el texto incluido en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE corresponden a TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

Así, se debe descartar una referencia general a todas las empresas de distribución de radiodifusión por cable que participan en el mercado como ha señalado DIRECTV en su escrito de alegatos.

¹⁷ Se entiende por “pie de fotografía” al “*Texto que acompaña a una fotografía cuando se publica. Suele ser una pequeña explicación de sus contenidos. Puede complementar un artículo*”. Diccionario de Marketing. Coordinador: Bruno Pujol Bengoechea. Editorial Cultural, Madrid, 1999, página 251.

En ese sentido, este Cuerpo Colegiado considera que la representación del personaje de diablo y la utilización de la palabra “cable” en el texto denunciado, en virtud del análisis antes realizado, tienen por consecuencia que los usuarios determinen que se está haciendo referencia a TELEFÓNICA MULTIMEDIA con su servicio prestado a través de la marca de servicio CABLE MÁGICO.

7.2.3. Análisis del contenido del acto materia de la denuncia.

Una vez que se ha identificado al afectado por las presuntas afirmaciones denigratorias difundidas, conforme a los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL corresponde que se analice el contenido de las afirmaciones.

Para dichos efectos, es preciso realizar una evaluación de si la representación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA como el personaje de diablo y si las afirmaciones que se realizan sobre TELEFÓNICA MULTIMEDIA – CABLE MÁGICO, califican como denigratorias.

(i) Análisis del personaje de diablo

En la etapa de investigación las partes han expresado sus apreciaciones respecto de los elementos contenidos en la representación del personaje de diablo que harían que la misma sea denigratoria:

Con relación a la personificación del diablo: DIRECTV señala que en las fotografías se aprecia a ambos personajes en actitudes traviesas y juguetonas, el ángel y el diablo representan la antítesis entre el sujeto moderado y el sujeto jugueteón; y que desde su lanzamiento en Perú, DIRECTV utiliza personajes humorísticos en sus anuncios y en las actividades realizadas.

Por su parte, TELEFÓNICA MULTIMEDIA señala que asociar un servicio a un personaje demoníaco significa atribuirle al mismo una connotación negativa. Considera que el diablo es presentado en contraposición al ángel. El personaje presuntamente “malo” es representado por la figura diabólica. Precisa que las principales definiciones de “diablo” según la Real Academia de la Lengua Española están relacionadas con la esencia de la maldad, las mismas que tienen connotación e implicancia negativa.

Presentación del personaje: DIRECTV señala que el diablo y el ángel se encuentran correctamente vestidos y que no existe una apariencia desaliñada del personaje de diablo, en cambio, TELEFÓNICA MULTIMEDIA considera que el personaje es presentado por un individuo de baja estatura, magro y desaliñado.

Pantalla colocada en el traje del personaje del diablo: TELEFÓNICA MULTIMEDIA señala que la imagen de una pantalla de televisión con señal lluviosa y distorsionada se muestra como si dicha calidad fuera propia del servicio.

Este Cuerpo Colegiado verifica que en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE hay tres fotografías, en dos de las cuales aparece el personaje de diablo materia de evaluación. Como se ha señalado anteriormente, de los medios probatorios, la única constancia de la representación son las

fotografías que obran en la revista DIRECTV ZONE y las manifestaciones realizadas por las partes, no habiéndose acreditado un mensaje verbal que hayan manifestado los personajes de ángel y diablo en el día y lugar de los hechos.

En ese sentido, el análisis de este Cuerpo Colegiado sólo se puede realizar en función a las fotografías y lo que se pueda apreciar visualmente de ellas. Así, en cuanto a la personificación del diablo en las dos fotografías se advierte que el personaje no está vestido o en posición corporal que inspire miedo, temor o represente la maldad. Todo lo contrario, las situaciones que transmiten las fotografías resultan amenas y creativas.

Asimismo, este Cuerpo Colegiado discrepa de lo argumentado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA en lo referido a que se descontextualizaría el análisis si se enfoca únicamente en la visualización de las fotografías. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que es incorrecto realizar la calificación del personaje únicamente por la mera representación del diablo. Deben considerarse, adicionalmente, el entorno, las actitudes y la vestimenta del personaje, así como las reacciones que puedan causar en los consumidores.

Del único medio probatorio visual presentado por la denunciante en la presente controversia, se advierte que la denunciada no ha pretendido enfatizar en el concepto de diablo como figura del mal sino en la relación ángel – diablo, con efectos creativos y amenos.

En ese orden de ideas, deben descartarse las primeras definiciones de diablo contenidas en el Diccionario de la Lengua Española⁽¹⁸⁾ en el sentido que representa al espíritu del mal, siendo más apropiado considerar las definiciones orientadas a persona traviesa, atrevida, astuta.

En cuanto a la presentación del personaje, este Cuerpo Colegiado considera que, de las fotografías de la revista DIRECTV ZONE, no se aprecia que el personaje se encuentre sucio o mal vestido o que por su vestimenta inspire rechazo por parte de las personas que observen las fotografías.

Asimismo, este Cuerpo Colegiado advierte que TELEFÓNICA MULTIMEDIA señala que en el personaje de diablo se encuentra la imagen de una pantalla de televisión con señal lluviosa y distorsionada que se muestra como si dicha calidad fuera propia del servicio. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera que las fotografías de la revista DIRECTV ZONE no permiten apreciar la imagen denunciada, por lo que no se ha acreditado la denuncia en este extremo.

Por lo antes señalado, y conforme a los medios probatorios que obran en el expediente, este Cuerpo Colegiado considera que la utilización del personaje de diablo por parte de DIRECTV, visualmente no resulta denigratoria, ni contiene características que puedan menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial de TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

¹⁸ Al respecto ver: <http://www.rae.es> (11.06.09)

(ii) Análisis del texto colocado como pie de fotografía

El texto materia de denuncia debe ser apreciado de manera conjunta con las fotografías incluidas en la revista DIRECTV ZONE. Visualmente los usuarios aprecian las fotografías y el texto que da información sobre ellas.

En ese sentido, corresponde que se evalúe el siguiente texto, considerando que, como se ha señalado anteriormente, se está haciendo referencia a TELEFÓNICA MULTIMEDIA, competidor de DIRECTV:

“DIRECTV vs. CABLE

Cada vez más clientes se dan cuenta: el Cable ha estado haciendo de las suyas ofreciendo una pobre calidad y tecnología. Pero no se preocupen, que para eso ha llegado DIRECTV con lo mejor en televisión satelital”.

Sobre el citado texto, TELEFÓNICA MULTIMEDIA y DIRECTV han señalado lo siguiente:

Con relación al texto: “Cada vez más clientes se dan cuenta: el Cable ha estado haciendo de las suyas, ofreciendo una pobre calidad y tecnología. (...)”: DIRECTV señala que el servicio de TELEFÓNICA MULTIMEDIA se ha venido prestando a través de la transmisión analógica, a diferencia de DIRECTV cuya transmisión es digital, con mejor imagen y sonido.

Asimismo, precisa que las afirmaciones son verdaderas y exactas en cuanto a la calidad y tecnología. Considera que se trata de una nota graciosa, en la cual se destacan las diferencias existentes respecto de la calidad y tecnología de la señal y que son frases informales vertidas dentro del contexto de la revista y que deben ser analizadas en conjunto y no por separado. Señala que las frases referidas a la calidad y tecnología brindada por DIRECTV resultan verdaderas y exactas, en la medida que la transmisión analógica brindada por las diferentes empresas del servicio de cable es inferior a la transmisión digital que brinda DIRECTV.

Por su parte, TELEFÓNICA MULTIMEDIA considera que la frase “*el Cable ha estado haciendo de las suyas*” hace alusión a un comportamiento abusivo en contra de los usuarios; y no resulta objetiva ni verificable siendo, por el contrario, una aseveración arbitraria, maliciosa y parcializada.

En cuanto a la frase “*ofreciendo una pobre calidad y tecnología*” señala que otorga una condición negativa, subjetiva y arbitraria. Considera que la asociación de un servicio a una baja calidad, sin que exista forma de comprobarlo o habiéndola no se utilice, implica la comisión de un acto de denigración. Precisa que no se hace referencia a que la televisión digital cuenta con mejor calidad que la televisión analógica, sino que el cable – CABLE MÁGICO – ofrece a sus usuarios pobre calidad y tecnología.

Asimismo, señala que presta el servicio con los más altos estándares de la industria, por lo que no es exacto que se ofrezca un servicio de pobre calidad y tecnología.

Sobre este particular, este Cuerpo Colegiado considera que el texto *“Cada vez más clientes se dan cuenta: el Cable ha estado haciendo de las suyas, ofreciendo una pobre calidad y tecnología (...)”* debe ser analizado en cuanto a su contenido, es decir, el mensaje que transmite.

Así, se considera que resulta válido que un agente en el mercado realice afirmaciones sobre el servicio que prestan sus competidores en el mercado; no obstante, al momento de difundir estas afirmaciones, debe tenerse el cuidado necesario para utilizar únicamente información verdadera, evitar el empleo de 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.

Este Cuerpo Colegiado advierte que las afirmaciones incluidas en el texto contenido en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE – apreciadas en conjunto - son susceptibles de menoscabar la imagen, el prestigio, y la reputación empresarial de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, al presentar a esta empresa como una que presta un servicio de pobre calidad y tecnología. Es decir, que ofrece un servicio de baja o inferior calidad y tecnología (por el texto *“una pobre calidad y tecnología”*), situación que no habrían estado advirtiendo los usuarios (por el texto *“Cada vez más clientes se dan cuenta: el Cable ha estado haciendo de las suyas”*).

Estas frases sólo se podrían reputar como lícitas si es que se encuentran dentro de los supuestos contenidos en el artículo 11.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁽¹⁹⁾. En efecto, este Cuerpo Colegiado considera que esta frase no puede reputarse como lícita debido a que no constituye información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad ni constituye información exacta por su condición clara y actual.

Con relación a las dos características (pobre calidad y tecnología) referidas por DIRECTV, esta empresa señala que las frases son verdaderas, exactas y pertinentes, enfatizando en la diferencia tecnológica. Para acreditar sus afirmaciones, DIRECTV presenta como medio probatorio la *“Guía para el Usuario de Televisión Digital”* de fecha 30 de octubre de 2008 publicada en la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones⁽²⁰⁾.

¹⁹ El artículo 11.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala lo siguiente:

“Artículo 11°.- Actos de denigración.-

(...)

11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:

- a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
- b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
- c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,
- d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.”

²⁰ http://www.mtc.gob.pe/portal/tdt/Documentos/TV_DIGITAL_EXPLICATIVO_usuario_Final_04112008.pdf

Sobre el particular, este Cuerpo Colegiado advierte que este documento no está referido a la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable, sino a la televisión digital, es decir al servicio de radiodifusión por televisión (servicio de señal abierta).

Aún si se considera que se hace referencia a las señales digitales, la televisión digital presenta elementos de transmisión y modulación de señales que serían diferentes a los ofrecidos por el servicio de distribución de radiodifusión por cable sea en la modalidad de difusión directa por satélite y cable coaxial u óptico. En ese sentido, no resulta exacta la afirmación de DIRECTV contenida en su escrito de alegatos que la única diferencia entre los servicios reside en si se paga o no por recibir la señal.

En ese orden de ideas, este documento no contiene información que permita realizar una comparación entre los servicios ofrecidos por las partes del presente procedimiento, y mucho menos acreditar que TELEFÓNICA MULTIMEDIA está prestando el servicio con una inferior o baja calidad y tecnología (“pobre calidad y tecnología”).

Ahora bien, aún cuando se considere que las redes digitales tienen mejor calidad y funcionalidad⁽²¹⁾, se aprecia que DIRECTV no ha demostrado que el texto denunciado tal como ha sido redactado e incorporado en el revista DIRECTV ZONE sea exacto y pertinente. Para ello debe tenerse en consideración que:

- (i) En cuanto a la utilización de la *tecnología digital* y a que el sistema satelital de DIRECTV sólo puede ser brindado a través de esta tecnología, debe señalarse que el texto materia de denuncia sólo hace referencia a *televisión satelital*, sin explicitar sus características. A los usuarios se les presenta el servicio satelital sin resaltar sus propias características y haciendo afirmaciones del servicio prestado por otra empresa competidora.
- (ii) Del texto no se desprende que ambas empresas, aún cuando prestan el mismo servicio de distribución de radiodifusión por cable (“televisión por cable”), se diferenciarían por sus tecnologías de transmisión distintas. Es decir, en un caso con transmisión analógica y en el otro con transmisión digital. Cada una con sus propias características, beneficios y limitaciones.
- (iii) En caso se considerase que la tecnología digital ofrece una mejor calidad, debe tenerse en cuenta que el texto denunciado no precisa que la transmisión digital no es exclusiva de la modalidad de difusión directa por satélite, sino que también se puede ofrecer en la modalidad de cable alámbrico u óptico.

Así, las frases tienen la capacidad de afectar la imagen, el prestigio, y la reputación empresarial de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, afectando las preferencias y las decisiones de (i) los usuarios de TELEFÓNICA MULTIMEDIA así como de sus potenciales usuarios que, por cualquier

²¹ Se entiende por “digital” la representación de la voz o de otra información utilizando dígitos 0 y 1. Ver SCHIFER, Claudio y PORTO, Ricardo. Diccionario Jurídico Enciclopédico de los Medios de Comunicación. Primera Edición. Buenos Aires: Universitas, 2004, página 130.

circunstancia particular, pudieran haber leído el texto y apreciado las fotos contenidas en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE y (ii) los usuarios de DIRECTV en el sentido, de mantener a DIRECTV como su opción de consumo frente a la oferta comercial de TELEFÓNICA MULTIMEDIA en el mercado, basándose en elementos que no son exactos ni pertinentes.

Este Cuerpo Colegiado considera que los usuarios de DIRECTV tienen derecho a contratar y a permanecer vinculados a esta empresa operadora en función al servicio que ésta les presta en el mercado, y no a ver afectada su decisión de permanencia, por afirmaciones que DIRECTV pueda hacer respecto de sus competidores en el mercado.

Una vez que se ha determinado que las frases incluidas como pie de fotografía en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE no son exactas ni pertinentes, ello es suficiente para establecer que son denigratorias conforme a los supuestos señalados en el artículo 11.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En ese sentido, las afirmaciones son susceptibles de menoscabar la imagen, el prestigio, y la reputación empresarial de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, al presentar a esta empresa como una que presta un servicio de pobre calidad y tecnología; por lo que este Cuerpo Colegiado concluye que DIRECTV ha incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de denigración infringiendo lo establecido por el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

VIII. Determinación de la sanción

8.1. Marco legal aplicable a las sanciones por actos de competencia desleal.

El artículo 26.1 de la 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 criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁽²²⁾.

El artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal considera que la realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada bajo los siguientes parámetros: de leve, grave y muy grave, sin perjuicio de la aplicación de las correspondientes medidas correctivas.

Conforme al artículo 53° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción, se podrán considerar los siguientes criterios: beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la modalidad y el alcance del acto de competencia desleal; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado del infractor; el efecto del acto de competencia desleal sobre

²² El artículo 26.1 de la Ley N° 27336 señala lo siguiente:

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

los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios; la duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y, la reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

8.2. Graduación de la sanción por la comisión del acto de competencia desleal en la modalidad de denigración.

8.2.1. Beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción

Se puede utilizar como criterio para identificar si existen beneficios ilícitos resultantes de la comisión de la infracción la tasa de crecimiento de suscriptores de DIRECTV, en el período materia de análisis comprendido entre los meses de octubre y noviembre de 2008.

De la revisión del crecimiento de suscriptores de DIRECTV, se aprecia que el número de abonados de esta empresa se ha mantenido dentro del promedio. No se ha producido un aumento importante de abonados sobre el promedio del año, ni se presenta evidencia que el aumento presentado en octubre de 2008 sea atribuido al acto de competencia identificado:

Evolución del Nivel de Suscriptores a nivel nacional (Enero – Diciembre de 2008)

| Fecha | Suscriptores Directv | Suscriptores Telefónica Multimedia | Suscriptores TdP* | Tasa de crecimiento Directv | Tasa de crecimiento Telefónica Multimedia | Tasa de crecimiento TdP |
|--------|----------------------|------------------------------------|-------------------|-----------------------------|---|-------------------------|
| ene-08 | 41251 | 630316 | 3967 | | | |
| feb-08 | 42306 | 628476 | 4479 | 2,56% | -0,29% | 12,91% |
| mar-08 | 43409 | 628657 | 5305 | 2,61% | 0,03% | 18,44% |
| abr-08 | 45021 | 632071 | 9940 | 3,71% | 0,54% | 87,37% |
| may-08 | 46458 | 625200 | 21367 | 3,19% | -1,09% | 114,96% |
| jun-08 | 47883 | 613054 | 40671 | 3,07% | -1,94% | 90,34% |
| jul-08 | 49029 | 579667 | 64418 | 2,39% | -5,45% | 58,39% |
| ago-08 | 49780 | 556286 | 89949 | 1,53% | -4,03% | 39,63% |
| sep-08 | 50624 | 536988 | 108986 | 1,70% | -3,47% | 21,16% |
| oct-08 | 51362 | 521539 | 123498 | 1,46% | -2,88% | 13,32% |
| nov-08 | 51291 | 515697 | 133757 | -0,14% | -1,12% | 8,31% |
| dic-08 | 51964 | 502021 | 139045 | 1,31% | -2,65% | 3,95% |

*Corresponde a la comercialización de servicios empaquetados (servicios telefónicos de voz y/o acceso a internet de banda ancha y televisión de paga) brindados en los departamentos de Ancash, Arequipa, Cajamarca, Cusco, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Piura y Tacna. Cabe resaltar que en septiembre de 2008, Telefónica del Perú adquirió el 100% de las acciones representativas de la empresa Star Global Com S.A.

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

En el caso del mes de octubre, el crecimiento ascendió a 1,46% un monto por debajo del promedio de crecimiento de esta empresa en el período. En el caso del mes de noviembre, por el contrario, la tasa decreció a -0,14%, es decir se presentó una reducción del número de suscriptores de 51362 a 51291. Inclusive si se extiende el análisis al mes de diciembre de 2008, se verifica que

el crecimiento de esta empresa es de 1,31%, cantidad que se encuentra debajo del promedio de crecimiento anual.

Asimismo, TELEFÓNICA MULTIMEDIA no ha acreditado otros beneficios ilícitos que pueda haber obtenido DIRECTV en el período que realizó el acto de competencia desleal.

8.2.2. La probabilidad de detección de la infracción

Se advierte en el presente caso que la probabilidad de detección de esta infracción es alta en la medida que el texto materia de análisis ha sido difundido en una revista de acceso público, de la cual podían tomar conocimiento con facilidad los operadores competidores como el regulador.

En ese sentido, no se puede afirmar la presencia de circunstancias o actos de la denunciada orientados a disminuir la probabilidad de detección de la conducta desleal.

8.2.3. La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal

El acto de competencia desleal denigratorio se ha plasmado en un texto colocado como pie de fotografía conjuntamente con las fotografías incluidas en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE. De los medios probatorios presentados se advierte que es un texto difundido únicamente en esta revista y que no ha sido resaltado en un nivel tal que llame la atención de los lectores de la revista.

Asimismo, se aprecia que el texto denigratorio -en cuanto a la palabra utilizada (pobre) para calificar la calidad y la tecnología de TELEFÓNICA MULTIMEDIA- si bien es inexacto e impertinente, no tiene la capacidad de afectar intensamente a esta empresa en el mercado; por lo que atenúa la responsabilidad del infractor.

8.2.4. La dimensión del mercado afectado y la cuota de mercado del infractor

Debe tenerse en consideración que en el mercado de servicios de distribución de radiodifusión por cable se presentan numerosos competidores. No obstante, se advierten niveles de participación de mercado importantes en el caso de TELEFÓNICA MULTIMEDIA y de DIRECTV.

En el siguiente cuadro se aprecia la participación de mercado a nivel nacional de DIRECTV, TELEFÓNICA MULTIMEDIA y Telefónica del Perú S.A.A.:

**Participación a nivel nacional de DIRECTV, TELEFÓNICA MULTIMEDIA y
Telefónica del Perú S.A.A.**

| Empresa | oct-08 | nov-08 | dic-08 |
|------------------------------|---------------|---------------|---------------|
| Directv Perú S.R.L. | 6,31% | 6,25% | 6,37% |
| Telefónica Multimedia S.A.C. | 64,09% | 62,88% | 61,53% |
| Telefónica del Perú S.A.A* | 15,18% | 16,31% | 17,04% |

*Corresponde a la comercialización de servicios empaquetados (servicios telefónicos de voz y/o acceso a internet de banda ancha y televisión de paga) brindados en los departamentos de Ancash, Arequipa, Cajamarca, Cusco, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Piura y Tacna. Cabe resaltar que en septiembre de 2008, Telefónica del Perú adquirió el 100% de las acciones representativas de la empresa Star Global Com S.A.

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales - OSIPTEL

En ese sentido, este cuadro permite apreciar, por un lado que DIRECTV presenta una baja participación de mercado en comparación con la participación del principal competidor en el mercado; y por otro lado, se identifica que la eventual afectación producida por el acto recaería, principalmente, en TELEFÓNICA MULTIMEDIA por su condición en el mercado.

8.2.5. El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios

Como se ha señalado anteriormente, el acto de competencia desleal afectaría las preferencias y las decisiones de (i) los usuarios de TELEFÓNICA MULTIMEDIA así como de sus potenciales usuarios que, por cualquier circunstancia particular, pudieran haber leído el texto y apreciado las fotos contenidas en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE y (ii) los usuarios de DIRECTV en el sentido, de mantener a DIRECTV como su opción de consumo frente a la oferta comercial de TELEFÓNICA MULTIMEDIA en el mercado, basándose en elementos que no son exactos ni pertinentes.

En ese sentido, se aprecia que el acto desleal sí tenía la capacidad de afectar a los competidores y usuarios. No obstante, de la revisión del comportamiento del mercado en el período en que se presenta el acto de competencia desleal (octubre de 2008), se puede afirmar que, en principio, no existe evidencia suficiente de que este perjuicio se haya producido.

En el cuadro que figura en el numeral 8.2.1 precedente se presenta el número de suscriptores y la tasa de crecimiento de la industria en el año 2008. En dicho cuadro se está considerando a Telefónica del Perú S.A.A. en la medida que ofrece una oferta empaquetada que permite la migración de abonados de TELEFÓNICA MULTIMEDIA a Telefónica del Perú S.A.A., es decir, dentro del mismo grupo empresarial y sin que TELEFÓNICA MULTIMEDIA pierda la calidad de operadora del servicio.

Se puede apreciar que en el mes de octubre de 2008, el crecimiento de DIRECTV ascendió a 1,46% en tanto que el Grupo Telefónica obtuvo un crecimiento de 13,32 % por parte de Telefónica del Perú S.A.A. con un decrecimiento de -2,88% por parte de TELEFÓNICA MULTIMEDIA. Así, en

este mes no se evidenciaría perjuicio de TELEFÓNICA MULTIMEDIA si se considera que se presentarían migraciones dentro del mismo grupo empresarial.

En el mes de noviembre de 2008, se presenta una disminución del crecimiento de suscriptores de DIRECTV en -0,14% en tanto que el Grupo Telefónica mantiene niveles altos de crecimiento si se considera que Telefónica del Perú S.A.A. creció 8,31% en cantidad muy superior al -1,12% de disminución de TELEFÓNICA MULTIMEDIA. La misma tendencia se presenta en diciembre de 2008.

De esta información se puede considerar que no se evidencia una disminución clara de abonados a causa del acto de competencia desleal. Asimismo, se advierte que la denunciante no ha presentado información que acredite que se han presentado estos perjuicios.

8.2.6. La duración en el tiempo del acto de competencia desleal

De los medios probatorios presentados en el presente procedimiento, se advierte que el acto de competencia desleal consistente en el texto contenido en la revista DIRECTV ZONE fue difundido aproximadamente un mes calendario, considerando que correspondía al mes de octubre de 2008.

Este Cuerpo Colegiado considera que estas revistas de periodicidad mensual, por lo general, se remiten días antes que empiece el mes y son revisadas por los usuarios hasta que el mes concluye. Además, debe considerarse que la demanda fue interpuesta el 03 de noviembre de 2008, inmediatamente después de concluido el mes de octubre de 2008 y no se han identificado nuevos actos idénticos o similares en períodos posteriores.

8.2.7. La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal

No se ha detectado reincidencia o reiteración en el caso de la infracción determinada en el presente procedimiento administrativo, de acuerdo a los criterios establecidos en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL y la Ley del Procedimiento Administrativo General.

8.2.8. Determinación de la sanción a imponer

Conforme al artículo 53° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los criterios tienen por finalidad brindar elementos de juicio para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas. Así, aplicando los criterios de gradación se constata que no se han acreditado beneficios ilícitos del infractor, la probabilidad de detección de la infracción ha sido alta, la modalidad y el alcance del acto atenúan la responsabilidad, no existe evidencia suficiente del perjuicio producido, el acto se realizó por corto tiempo y no existe reincidencia o reiteración.

Asimismo, se debe tener en cuenta el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y

manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁽²³⁾.

En atención a los hechos acreditados, a la ausencia de una afectación real en el mercado, a los criterios establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal y al principio de razonabilidad; este Cuerpo Colegiado concluye que corresponde sancionar a DIRECTV con una amonestación por la comisión de una infracción leve, conforme al inciso a) del artículo 52.1 de la citada ley.

IX. Pedido de costas y costos formulado por Telefónica Multimedia

En su demanda, TELEFÓNICA MULTIMEDIA solicitó al Cuerpo Colegiado que se orden a DIRECTV el pago de las costas y costos incurridos por su empresa durante la tramitación del procedimiento administrativo.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 410° del Código Procesal Civil⁽²⁴⁾, *“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, conforme al artículo 411° del mismo Código, son costos del proceso *“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 Mutua y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial”*.

El Artículo 412° del citado Código establece que el reembolso de las costas y costos del proceso es de cargo de la parte vencida e incluso no requiere ser demandado⁽²⁵⁾.

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

²³ El numeral 1.4. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala lo siguiente:

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

²⁴ Norma aplicable a los procesos de solución de controversias, de conformidad con lo dispuesto por la Segunda Disposición Final del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre empresas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD/OSIPTEL. Esta norma señala lo siguiente:

“DISPOSICIONES FINALES

(...) **SEGUNDA.-** Para todo lo no previsto expresamente por el presente reglamento se aplicará, de ser pertinente, la Ley del Procedimiento Administrativo General y el Código Procesal Civil.”

²⁵ **“Artículo 412 del Código Procesal Civil.-** Principio de la condena en costas y costos.-

El reembolso de las costas y costos del proceso no requiere ser demandado y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de exoneración.

La condena en costas y costos se establece por cada instancia, pero si la resolución de segunda revoca la de primera, la parte vencida pagará las costas de ambas. Este criterio se aplica también para lo que resuelva la Corte de Casación.

Si en un proceso se han discutido varias pretensiones, las costas y costos se referirán únicamente a las que hayan sido acogidas para el vencedor (...).” (subrayado agregado)

Con relación al pedido de TELEFÓNICA MULTIMEDIA para que se ordene a DIRECTV el pago de los costos incurridos por el denunciante durante la tramitación del presente procedimiento administrativo, el Cuerpo Colegiado considera que la infracción cometida por DIRECTV ha sido manifiesta en la medida que difundió en su revista DIRECTV ZONE frases que tienen la capacidad de afectar la imagen, el prestigio, y la reputación empresarial de la denunciante, conforme a lo verificado a lo largo del procedimiento.

Por las razones expuestas, el Cuerpo Colegiado considera que corresponde ordenar a DIRECTV que asuma el pago de los costos incurridos por TELEFÓNICA MULTIMEDIA durante la tramitación de este procedimiento.

X. Cese de conductas

En su denuncia, TELEFÓNICA MULTIMEDIA solicitó al Cuerpo Colegiado que se ordene a DIRECTV el cese inmediato de todas las prácticas ilegales que viene cometiendo.

Al respecto, el artículo 23.1 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL señala que este organismo podrá dictar medidas correctivas para corregir una conducta infractora. Por su parte, el artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, establece que la autoridad puede ordenar la cesación del acto, o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica.

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

Por tanto, este Cuerpo Colegiado ordena el cese de la difusión de cualquier afirmación que, en el contexto descrito y los parámetros establecidos en la presente resolución, sea susceptible de desacreditar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA en cuanto a la calidad y tecnología de su servicio.

Esta medida deberá ser cumplida por DIRECTV 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 Sanciones⁽²⁶⁾.

XI. Publicación de la resolución

²⁶ El artículo 44° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones señala lo siguiente: “*Artículo 44.- La empresa que incumpla con las resoluciones de un Cuerpo Colegiado o del Tribunal de Solución de Controversias en las materias contempladas en las normas referidas a la solución de controversias, 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*”.

TELEFÓNICA MULTIMEDIA solicita que se ordene la publicación de la resolución sancionatoria, a costo de DIRECTV, de conformidad con lo establecido por el artículo 33° de la Ley de Desarrollo y Facultades de OSIPTEL⁽²⁷⁾.

Al respecto, debe señalarse que el citado artículo sólo dispone la publicación de las resoluciones que impongan sanciones por infracciones graves y muy graves; por lo que tratándose de una infracción leve la calificada en el presente procedimiento, no corresponde disponer la publicación de la resolución.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar **FUNDADA** en parte la demanda presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Directv Perú S.R.L. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración tipificados en el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, en el extremo referido al texto y fotografías de la página 2 de la revista DIRECTV ZONE del mes de octubre de 2008; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Sancionar a Directv Perú S.R.L. con una amonestación por la comisión de una infracción leve, de conformidad con lo dispuesto por el inciso a) del artículo 52.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, por actos de competencia desleal en la modalidad de denigración.

Artículo Tercero.- Disponer que Directv Perú S.R.L. cese la conducta infractora a la leal competencia, y en consecuencia, cese la difusión de cualquier afirmación que, en el contexto descrito y los parámetros establecidos en la presente resolución, sea susceptible de desacreditar a Telefónica Multimedia S.A.C. en cuanto a la calidad y tecnología de su servicio; conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Esta medida deberá ser cumplida por Directv Perú S.R.L. 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 Sanciones.

Artículo Cuarto.- Ordenar a Directv Perú S.R.L. el pago de los costos incurridos por Telefónica Multimedia S.A.C. durante la tramitación de este procedimiento, de conformidad con lo establecido en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Quinto.- Declarar **INFUNDADA** la demanda presentada por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Directv Perú S.R.L. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración tipificado en el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, en

²⁷ Este artículo de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL señala lo siguiente: *"Artículo 33.- Publicación. Las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves serán publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo".*

el extremo referido a la escenificación de los personajes de ángel y diablo; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Sexto.- Declarar **INFUNDADO** el pedido de Telefónica Multimedia S.A.C. para que se ordene a Directv Perú S.R.L. el pago de las costas incurridas por dicha empresa durante el trámite del procedimiento administrativo; por las razones expuestas en la presente resolución.

Artículo Séptimo.- Declarar **INFUNDADO** el pedido de Telefónica Multimedia S.A.C. para que se ordene la publicación de la resolución sancionatoria; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con la firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Shoschana Zusman Tinman, Jorge Fernández-Baca Llamosas y Lorena Alcázar Valdivia.