



Gerencia de Relaciones Empresariales

Controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y Directv Perú S.R.L.

(Expediente Nº 003-2008-CCO-ST/CD)

Informe Instructivo

Informe Nº 001-ST/2009

Lima, 18 de marzo de 2009



ASUNTO	:	Informe Instructivo sobre la Controversia entre Telefónica Multimedia S.A.C. y Directv Perú S.R.L. (Expediente N° 003-2008-CCO-ST/IX)
---------------	----------	--

I. OBJETO

El presente informe instructivo tiene como objeto presentar al Cuerpo Colegiado el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, TELEFÓNICA MULTIMEDIA) contra Directv Perú S.R.L. (en adelante, DIRECTV) por la presunta comisión de actos de competencia desleal.

Para el referido análisis se ha tomado en consideración los documentos y medios probatorios que obran en el expediente.

II. EMPRESAS INVOLUCRADAS

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 los contratos.

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.

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.

III. ANTECEDENTES

3.1. 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. 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.

- 3.2. 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.

- 3.3. Asimismo, TELEFÓNICA MULTIMEDIA señala que en la página 2 de la revista informativa DIRECTV ZONE 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 8° 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.

- 3.4. 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).
- 3.5. 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.

- 3.6. 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.
- 3.7. 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.

- 3.8. Mediante escrito recibido con fecha 19 de enero de 2009, TELEFÓNICA MULTIMEDIA absuelve el escrito de contestación de la denuncia presentado por DIRECTV.
- 3.9. 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.
- 3.10. Mediante Oficio N° 004-2009/CCD-INDECOPI recibido con fecha 27 de enero de 2009, el INDECOPI presenta 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.

- 3.11. 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.
- 3.12. 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.
- 3.13. Mediante escrito recibido con fecha 04 de marzo de 2009, DIRECTV absuelve el escrito presentado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA de fecha 19 de enero de 2009.

IV. PETITORIO DE LA DEMANDA - PRETENSIONES ADMITIDAS

- 4.1. 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.
- 4.2. 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.

V. ALCANCE DEL INFORME INSTRUCTIVO

- Conforme al artículo 80° del Reglamento de Controversias, vencido el plazo de la etapa de investigación, la Secretaría Técnica emitirá el informe instructivo y presentará el caso ante el Cuerpo Colegiado, emitiendo opinión sobre los extremos de la denuncia, y recomendando la imposición de sanciones a que hubiere lugar.
- En ese sentido, por medio del presente Informe Instructivo, la Secretaría Técnica emitirá opinión sobre la pretensión principal que involucra la comisión de una infracción, a fin de determinar si los actos materia de denuncia calificarían como actos de competencia desleal en la modalidad de actos denigratorios, conforme a lo establecido en el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

VI. POSICIONES DE LAS PARTES

6.1 Posición de TELEFÓNICA MULTIMEDIA

TELEFÓNICA MULTIMEDIA considera que DIRECTV comete actos de competencia desleal en la modalidad de actos denigratorios, por los siguientes fundamentos:

- (i) DIRECTV pretende representar el servicio de CABLE MÁGICO a través de un personaje demoníaco tanto en la escenificación descrita como en la revista DIRECTV ZONE. Resulta evidente que asociar un servicio a un personaje demoníaco significa atribuirle al mismo una connotación negativa inquestionable y por tanto, constituye un acto denigratorio.
- (ii) DIRECTV pretende relacionar a CABLE MÁGICO con una pésima señal, una baja calidad, un trato abusivo frente a los consumidores, o un

comportamiento contrario a las normas sectoriales, menoscabando la credibilidad de TELEFÓNICA MULTIMEDIA en el mercado.

- (iii) La frase *“el Cable ha estado haciendo de las suyas”* hace alusión a un comportamiento abusivo en contra de los usuarios y la imagen de una pantalla de televisión con señal lluviosa y distorsionada se muestra como si dicha calidad fuera propia del servicio de TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- (iv) La denigración descrita es más grave si se considera que DIRECTV pretende mostrarse frente a los consumidores como el personaje “bueno”, simbolizado por un ángel, el mismo que se presenta en contraposición al personaje presuntamente “malo” representado por la figura diabólica.
- (v) La escenificación ha sido realizada en un lugar abierto al público y difundida de manera intencional en la revista DIRECTV ZONE a todos los clientes de DIRECTV.
- (vi) Las actuaciones descritas forman parte de una conducta sistemática a través de la cual DIRECTV atenta contra el artículo 11° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, asociando el servicio de CABLE MÁGICO con un personaje demoníaco, y con características que no presenta este servicio. Estos actos tienen como efecto real menoscabar el prestigio, la imagen, el crédito y la reputación profesional de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, causando un daño concurrencial prohibido.
- (vii) En cuanto al análisis de la conducta de DIRECTV como un acto de denigración sancionable señala lo siguiente:

(a) Difusión de la comunicación de DIRECTV. DIRECTV efectuó la comunicación de su conducta denigratoria mediante la escenificación descrita y a través de la revista mensual DIRECTV ZONE, la cual es distribución mensual y general a todos los clientes de DIRECTV.

(b) La determinación del presunto afectado por las afirmaciones difundidas. El material probatorio presentado permite apreciar que DIRECTV, a través del personaje demoníaco, intenta representar el servicio CABLE MÁGICO prestado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, a través de una alusión por implicación. Presenta los siguientes indicios:

- El personaje diabólico emplea los colores corporativos característicos del servicio de TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- Se presenta al personaje demoníaco envuelto en cables coaxiales, utilizados en gran medida por TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- El empleo en mayúscula de la palabra “cable” en el texto de la revista corresponde a nombres propios. En este caso, el servicio CABLE MÁGICO.

Los consumidores razonables que espectaron la escenificación como los usuarios de la revista DIRECTV ZONE, entenderán que con el diablo, DIRECTV quiere representar el servicio de CABLE MÁGICO.

(c) Análisis de la comunicación a la luz de la “exceptio veritatis”.

- Constituya información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad. La afirmación *“haciendo de las suyas”* no resulta objetiva ni verificable, por el contrario, es una aseveración arbitraria, maliciosa y parcializada. Asimismo, la utilización de la frase *“(…) viene ofreciendo una pobre calidad y tecnología (...)”* le otorga una condición negativa, subjetiva y arbitraria. 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.
- Constituya información exacta por su condición clara y actual. La información no se ajusta a la verdad, no puede ser vigente.

- Se ejecuten con pertinencia en la forma. La norma prohíbe la burla, la ironía, la sátira, no obstante, DIRECTV en la escenificación ridiculiza el servicio de TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- Se ejecuten con pertinencia en el fondo. Los actos realizados por la denunciada no permiten que el consumidor razonable pueda evaluar las ofertas comerciales, comparando los diversos parámetros objetivos. Es información subjetiva, arbitraria y no verificable.

En su escrito de fecha 19 de enero de 2009, TELEFÓNICA MULTIMEDIA señaló lo siguiente, con relación a la contestación de la denuncia por parte de DIRECTV:

- (i) El comportamiento contrario a la buena fe comercial de DIRECTV es anterior a la publicación de la revista, perfeccionándose con la representación de la escena del “Ángel y Diablo”. DIRECTV pretende limitar la gravedad de su conducta denunciada a lo publicado en la revista DIRECTV ZONE.
- (ii) El mensaje de DIRECTV así se haya destinado únicamente a los usuarios de esta empresa, configura un acto denigratorio en contra de TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- (iii) 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.
- (iv) Si bien la dicotomía entre ángel – diablo se utiliza de forma regular en la actividad publicitaria, ello es válido en la medida en que se resalten características propias de un mismo producto o servicio, pero no para hacer referencia y denigrar a un competidor.
- (v) La representación del personaje del diablo puede variar de acuerdo a la creatividad, lo cierto es que la tendencia general es a utilizar el color rojo.
- (vi) La marca CABLE MÁGICO cuenta con un gran reconocimiento y recordación, siendo el color anaranjado uno de sus elementos. En la medida que la denunciante es líder en el mercado, es lógico que DIRECTV haya querido hacer una comparación entre los servicios.
- (vii) Las afirmaciones de DIRECTV no hacían 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.
- (viii) TELEFÓNICA MULTIMEDIA presta su 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.

6.2. Posición de DIRECTV

DIRECTV considera que no ha incurrido en los actos de competencia desleal en la modalidad de actos denigratorios imputados por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, por los siguientes fundamentos:

- (i) TELEFÓNICA MULTIMEDIA 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.
- (ii) En la edición de octubre de 2008 de la revista DIRECTV ZONE en la sección “Vida en Directo”, DIRECTV comunicó a sus abonados las actividades desarrolladas durante el mes, entre otras, se difundió una noticia titulada “DIRECTV vs. CABLE” la cual indica la frase “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”.

- (iii) TELEFÓNICA MULTIMEDIA pretende dividir un solo acto en dos a fin de hacer parecer una campaña de denigración, cuando se trata de un hecho aislado la publicación en la revista DIRECTV ZONE de fotografías de un ángel y un diablo.
- (iv) La revista DIRECTV ZONE sólo se encuentra dirigida a los abonados de DIRECTV ZONE, por lo que las imágenes y frases difundidas por DIRECTV no pueden haber tenido la finalidad de desacreditarla en el mercado. La difusión no se ha realizado mediante anuncios publicitarios dirigidos directamente a la captación de clientes.
- (v) Con relación a la apreciación negativa que TELEFÓNICA MULTIMEDIA pretende darle a las fotografías del ángel y diablo, debe considerarse que hace años en la actividad publicitaria se vienen utilizando ambas figuras, no porque el ángel represente bondad y el diablo maldad, sino porque el ángel y el diablo representan la antítesis entre el sujeto moderado y el sujeto juguetón. Es una antítesis que se desarrolla en un contexto lúdico.
- (vi) Con relación a la utilización del color naranja y a la palabra “Cable”, señala lo siguiente:
 - La representación del personaje del diablo no posee un color en particular, dependerá de la creatividad de la persona.
 - La representación utilizada recoge el color del fuego que es similar al color naranja, pero no es el mismo.
 - La denunciante no es la única que utiliza el color naranja, existen otras empresas como Cable Visión, SOL TV, Solar Televisión que lo utilizan.
 - El diablo y el ángel se encuentran correctamente vestidos. No existe una apariencia desaliñada del personaje de diablo.
 - El personaje de diablo 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. Este servicio se presta en las ciudades mediante cables coaxiales superpuestos.
 - La palabra “Cable” corresponde al servicio de distribución de radiodifusión por cable, recogido en la normativa vigente.
 - Este servicio no sólo es brindado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA. Actualmente, existen 278 empresas que lo prestan, siendo el término cable un nombre genérico para nombrar dicho servicio y que es utilizado por empresas tales como Cable Andino, Cable Chicha, Cable Express, entre otras.
- (vii) Las frases de la revista DIRECTV ZONE son verdaderas, exactas y pertinentes, por lo que DIRECTV no ha incurrido en los actos denigratorios. Estas frases deben ser analizadas en conjunto y no por separado:
 - Cuando DIRECTV se refiere al cable, se refiere al servicio de telecomunicaciones antes señalado y no al nombre comercial de la denunciante CABLE MÁGICO.
 - Este servicio se ha venido prestando a través de la transmisión analógica, a diferencia de DIRECTV cuya transmisión es digital, con mejor imagen y sonido. Así, las afirmaciones de DIRECTV son verdaderas y exactas en cuanto a la calidad y tecnología.
 - Se trata de una nota graciosa, en la cual se destacan las diferencias existentes respecto de la calidad y tecnología de la señal. Se trata de frases informales vertidas dentro del contexto de la revista.

- Desde su lanzamiento en Perú, DIRECTV se ha caracterizado por la utilización de personajes humorísticos en sus anuncios y en las actividades realizadas.
- (viii) DIRECTV no ha realizado actos denigratorios contra TELEFÓNICA MULTIMEDIA, sólo ha difundido una noticia humorística, a través de frases verdaderas, exactas y pertinentes.

En su escrito de fecha 04 de marzo de 2009, DIRECTV absuelve el escrito presentado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA de fecha 19 de enero de 2009, señalando lo siguiente:

- (i) Los hechos están referidos a una sesión fotográfica en el local de Saga Falabella, en la cual no existió ninguna representación, ni se siguió guión alguno.
- (ii) TELEFÓNICA MULTIMEDIA no ha presentado medios probatorios que demuestren que sí hubo una representación, sólo ha presentado las fotografías que fueron publicadas en la revista DIRECTV ZONE, las mismas que demuestran que sólo se trató de una sesión fotográfica.
- (iii) La sesión fotográfica en un local abierto al público no tiene por objeto enviar algún “mensaje” a los consumidores, sino solamente obtener fotografías. Las fotografías recién al momento de ser publicadas transmiten un mensaje.
- (iv) TELEFÓNICA MULTIMEDIA pretende sacar de contexto las fotografías que contienen la imagen del “ángel y el diablo” publicadas en la revista DIRECTV ZONE, calificando en especial la figura del diablo como maligno, cuando en estas fotografías se aprecia a ambos personajes en actitudes traviesas y juguetonas.
- (v) Las frases publicadas en la revista DIRECTV ZONE deben ser analizadas en conjunto y no por separado como lo hace TELEFÓNICA MULTIMEDIA. El término “El Cable” se refiere al género del servicio de distribución de radiodifusión por cable.
- (vi) 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.

Mediante escrito recibido con fecha 13 de marzo de 2009, DIRECTV señala que se habría presentado una denuncia sin contar con los medios probatorios idóneos que acrediten que DIRECTV llevó a cabo una representación en el local de Saga Falabella ni que ésta se realizó en fecha diferente a la señalada por DIRECTV. Asimismo, reitera que TELEFÓNICA MULTIMEDIA no puede pretender que cada vez que se mencione la palabra “CABLE” se hace alusión a ella, al existir otras empresas de este servicio, como lo reconoce la misma denunciante.

VII. REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN REALIZADOS POR LA SECRETARÍA TÉCNICA

Mediante Oficio N° 020-ST/2009 de fecha 18 de febrero de 2009, la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado, requirió a TELEFÓNICA MULTIMEDIA que presente los medios probatorios que acrediten que la representación ha sido realizada en el lugar señalado en la denuncia y precise el día en que fue realizada. Ello en atención a que en el escrito de denuncia se señaló que *“DIRECTV viene realizando la escenificación, en un lugar abierto al público en general, tal como es el caso de las tiendas por departamento de SAGA FALABELLA, ubicada en el Centro Comercial Jockey Plaza (...)”*.

Mediante Oficio N° 021-ST/2009 de fecha 18 de febrero de 2009, la Secretaría Técnica requirió a DIRECTV que, en atención a las fotografías que figuran en el pagina 2 de la revista DIRECTV ZONE que obra a fojas 40 del expediente, informe el día y lugar en que se realizó la representación materia de denuncia. Debe indicarse que en su escrito de contestación de la denuncia, DIRECTV señaló que *“(...) Telefónica ha basado su denuncia en las fotografías que fueron publicadas en la Revista DIRECTV ZONE. Sin embargo, ello no acredita que en local de Saga Falabella se llevara a cabo una representación (...)”*.

Asimismo, la Secretaría Técnica requirió a DIRECTV que, en atención a los hechos denunciados, informe los días y lugares en los cuales ha realizado la representación materia de denuncia y precise si las fotografías y el texto denunciado ha sido incluido en documentos distintos a la revista DIRECTV ZONE, y de ser así, presente dichos documentos. Debe considerarse para dichos efectos que en su escrito de denuncia, Telefónica Multimedia S.A.C. señaló lo siguiente: *“(...) ofrecemos la exhibición que DIRECTV deberá efectuar de los documentos que contengan la información relacionada a la pauta con la que ha venido cometiendo los actos de denigración denunciados, así como los medios a través de los cuales se han venido comunicando tales conductas hasta la fecha”*.

Mediante escrito recibido con fecha 25 de febrero de 2009, TELEFÓNICA MULTIMEDIA absolvió el requerimiento de información señalando que la escenificación pública tuvo lugar en la tienda Saga Falabella del Centro Comercial Jockey Plaza, el día domingo 14 de setiembre de 2008. Precisa 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.

Con fecha 26 de febrero de 2009, DIRECTV absuelve el requerimiento de información señalando que TELEFÓNICA MULTIMEDIA trata de tergiversar las fotografías, intentando crear en base a ellas una supuesta representación de un ángel y un diablo, cuando sólo se trató de una sesión fotográfica, la misma que no hace alusión a la denunciante y que fue recogida en la revista DIRECTV ZONE. La sesión se llevó a cabo en el local de Saga Falabella del Jockey Plaza el día 28 de setiembre de 2008. Esta empresa precisa que las fotografías y el texto materia de denuncia no han sido incluidos en otros documentos distintos a la revista DIRECTV ZONE.

VIII. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DENUNCIADA

De acuerdo a los antecedentes y medios probatorios que obran en el expediente, esta Secretaría Técnica, en calidad de órgano instructor, realiza la evaluación de 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 y presenta sus conclusiones al Cuerpo Colegiado.

8.1. 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⁽¹⁾.

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⁽²⁾. 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 esta Secretaría Técnica 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

¹ 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.

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”.

² Ver numeral 6.3.1. de los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL.

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,
- 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.

8.2. Aplicación al caso materia de análisis

8.2.1. 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 imputarían 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 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”.*

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



En la cual se muestran 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⁽³⁾ 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

³ Oficio N° 020-ST/2009 de fecha 18 de febrero de 2009.

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⁽⁴⁾ 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 en esta etapa del Informe Instructivo se ha trabajado 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. De manera que esta Secretaría Técnica ha realizado los citados 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, esta Secretaría Técnica 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 pueda transmitir por las características de la vestimenta utilizada.

Esta Secretaría Técnica considera que una escenificación implica la puesta en escena de una obra⁽⁵⁾, 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.

⁴ Oficio N° 021-ST/2009 de fecha 18 de febrero de 2009.

⁵ 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://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=escenificación.

Ahora bien, esta Secretaría Técnica 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 lo siguiente:

- (i) Aún cuando no se ha acreditado la existencia de un mensaje verbal que hayan manifestado los personajes de ángel y diablo, se advierte que la representación de los personajes de ángel y diablo con la vestimenta y elementos accesorios que utilizan tiene la capacidad de transmitir un mensaje a las personas que lo pudieran haber apreciado el día de los hechos.
- (ii) Independientemente de si se trató de una escenificación con o sin mensaje verbal o una sesión fotográfica – que no contiene mensaje verbal – se aprecia con claridad de la primera fotografía del lado izquierdo contenida en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE que hay personas ajenas que habrían presenciado la representación de ángel y diablo de DIRECTV. Cabe precisar que conforme lo establecen los Lineamientos de Competencia Desleal del OSIPTEL, para efectos de la difusión de la información, la información denigratoria no requiere ser pública para que se configure el acto ilícito, bastando que llegue a un solo consumidor.

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.

8.2.2. 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:

PERSONAJE	DIRECTV	TELEFÓNICA MULTIMEDIA
Color naranja del personaje	La representación utilizada recoge el color del fuego que es similar al color naranja, pero no es el	El personaje emplea los colores corporativos característicos de su servicio.

	<p>mismo.</p> <p>La denunciante no es la única que utiliza el color naranja, existen otras empresas como Cable Visión, SOL TV, Solar Televisión que lo utilizan.</p>	<p>La marca CABLE MÁGICO cuenta con un gran reconocimiento y recordación, siendo el color anaranjado uno de sus elementos.</p>
Cables coaxiales	<p>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.</p> <p>Este servicio se presta en las ciudades mediante cables coaxiales superpuestos.</p>	<p>El personaje está envuelto en cables coaxiales, utilizados en gran medida por la denunciante.</p>

(ii) Texto publicado

PERSONAJE	DIRECTV	TELEFÓNICA MULTIMEDIA
El empleo de la palabra "cable"	<p>La palabra "Cable" corresponde al servicio de distribución de radiodifusión por cable, recogido en la normativa vigente.</p> <p>Este servicio no sólo es brindado por la denunciante. Existen 278 empresas. El término cable es un nombre genérico y es utilizado por empresas tales como Cable Andino, Cable Chicha, Cable Express, entre otras.</p>	<p>El empleo en mayúscula de la palabra "cable" en el texto de la revista corresponde a nombres propios: CABLE MÁGICO.</p>

Esta Secretaría Técnica 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.

Así, esta Secretaría Técnica considera que 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 trinche y los cuernos que son de color rojo.

Esta Secretaría Técnica 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 como sí lo está realizando TELEFÓNICA MULTIMEDIA con el logo de su marca de servicio⁽⁶⁾:



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 – esta Secretaría Técnica procedió a realizar la revisión de los mismos apreciándose 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⁽⁷⁾.
- 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⁽⁸⁾.

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

⁶ Ello puede apreciarse en la página web de TELEFÓNICA MULTIMEDIA: <http://www.cablemagico.com.pe/quienessomos.php>

⁷ La empresa cuenta con una página web en la cual se puede apreciar el logo de SOL TV: www.soltvperu.com

⁸ La empresa tiene la siguiente página web http://www.corporacionsolar.com/tv_solar.htm en la cual se puede apreciar el logo de Solar Televisión.

información remitida por las empresas operadoras en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 121-2003-CD/OSIPTEL⁽⁹⁾.

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 lo tengan 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⁽¹⁰⁾.

En ese sentido, puede afirmarse que los consumidores en una representación diablo – ángel, en la cual el ángel representaría a DIRECTV asocien 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, esta Secretaría Técnica 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. En el siguiente cuadro se pueden apreciar los departamentos en los cuales TELEFÓNICA MULTIMEDIA presta el servicio bajo la modalidad de cable físico o coaxial:

Presencia de Telefónica Multimedia con cable físico

⁹ Este nivel de participación a nivel nacional – sin considerar a DIRECTV – se incrementa a 82,06%.

¹⁰ Este nivel de participación a nivel de Lima – sin considerar a DIRECTV – se incrementa a 84,57%.



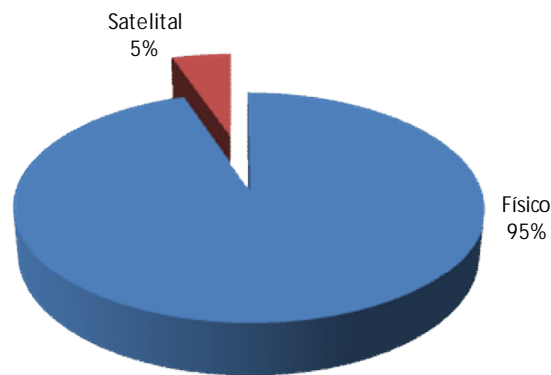
● Departamentos en donde Telefónica Multimedia S.A.C. opera bajo la modalidad de cable físico

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales – OSIPTEL

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: Telefónica Multimedia S.A.C
Elaboración: Gerencia de Relaciones Empresariales – OSIPTEL

Conforme a lo señalado anteriormente respecto de las características del mercado y de los signos utilizados en él, esta Secretaría Técnica considera que utilizar al personaje de diablo con vestimenta de color naranja y además envuelto en cables coaxiales, tiene por consecuencia que los consumidores asocien 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. Sin embargo, por los términos de la denuncia la utilización de la palabra “cable” es mayúscula corresponde a nombres propios y por ello se asocia a CABLE MÁGICO. Por su parte, DIRECTV alega que esta palabra corresponde a la denominación del servicio de distribución de radiodifusión por cable, que es genérico y es utilizado por otras empresas.

Al respecto, esta Secretaría Técnica 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 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 fotografía⁽¹¹⁾. 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 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).

¹¹ 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. p. 251.

- (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.

En ese sentido, esta Secretaría Técnica 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.

8.2.3. 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.

8.2.3.1. 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:

PERSONAJE	DIRECTV	TELEFÓNICA MULTIMEDIA
Personificación del diablo	En las fotografías se aprecia a ambos personajes en actitudes traviesas y juguetonas.	Asociar un servicio a un personaje demoníaco significa atribuirle al mismo una connotación negativa.
	El ángel y el diablo representan la antítesis entre el sujeto moderado y el sujeto juguetón.	El diablo es presentado en contraposición al ángel. El personaje presuntamente "malo" es representado por la figura diablesca.
	Desde su lanzamiento en Perú, DIRECTV utiliza	Las principales definiciones de

	personajes humorísticos en sus anuncios y en las actividades realizadas	“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	El diablo y el ángel se encuentran correctamente vestidos. No existe una apariencia desaliñada del personaje de diablo.	Individuo de baja estatura, magro y desaliñado.
Pantalla colocada en el traje del personaje de diablo		La imagen de una pantalla de televisión con señal lluviosa y distorsionada se muestra como si dicha calidad fuera propia del servicio.

Esta Secretaría Técnica 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 esta Secretaría Técnica 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 descritas por las fotografías resultan amenas y creativas.

En ese orden de ideas, deben descartarse las primeras definiciones de diablo contenidas en el Diccionario de la Lengua Española⁽¹²⁾ 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, esta Secretaría Técnica 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, esta Secretaría Técnica 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, esta Secretaría Técnica 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, esta Secretaría Técnica considera que la utilización del personaje de diablo por parte de DIRECTV visualmente no resulta denigratoria, no contiene

¹² http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=diablo

características que puedan menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial de TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

8.2.3.2. 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:

TEXTO	DIRECTV	TELEFÓNICA MULTIMEDIA
“Cada vez más clientes se dan cuenta: el Cable ha estado haciendo de las suyas, ofreciendo una pobre calidad y tecnología. (...)”	<p>El servicio se ha venido prestando a través de la transmisión analógica, a diferencia de DIRECTV cuya transmisión es digital, con mejor imagen y sonido.</p> <p>Las afirmaciones son verdaderas y exactas en cuanto a la calidad y tecnología.</p> <p>Se trata de una nota graciosa, en la cual se destacan las diferencias existentes respecto de la calidad y tecnología de la señal.</p> <p>Se trata de frases informales vertidas dentro del contexto de la revista.</p> <p>Las frases publicadas deben ser analizadas en conjunto y no por separado.</p> <p>Las frases referidas a la calidad y tecnología brindada por DIRECTV resultan verdaderas y</p>	<p>En cuanto a la frase “el Cable ha estado haciendo de las suyas”:</p> <p>Se hace alusión a un comportamiento abusivo en contra de los usuarios.</p> <p>No resulta objetiva ni verificable, por el contrario, es una aseveración arbitraria, maliciosa y parcializada.</p> <p>En cuanto a la frase “ofreciendo una pobre calidad y tecnología”:</p> <p>Otorga una condición negativa, subjetiva y arbitraria.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>

	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.	Se 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, esta Secretaría 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.

Se advierte que las afirmaciones incluidas en el texto contenido en la página 2 de la revista DIRECTV ZONE 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⁽¹³⁾. En efecto, esta Secretaría Técnica 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. Considera que este servicio se ha venido prestando a través de la transmisión analógica, a diferencia de DIRECTV cuya transmisión es digital, con mejor imagen y

¹³ 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.”

sonido. Precisa que la transmisión analógica brindada por las diferentes empresas del servicio de cable es inferior a la transmisión digital que brinda DIRECTV.

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⁽¹⁴⁾.

Sobre este particular, esta Secretaría Técnica 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).

Es ese sentido, 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⁽¹⁵⁾, 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* a que hace referencia DIRECTV en sus alegaciones debe señalarse que ésta no es mencionada en el texto materia de denuncia, sólo se hace referencia a la *televisión satelital*. No se menciona qué tecnología de transmisión estaría utilizando DIRECTV ni TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- (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. 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.
- (iv) No se considera que la oferta comercial de la denunciante incluye no sólo transmisión analógica sino que también está incluyendo transmisión digital. Asimismo, no se considera que la oferta comercial de TELEFÓNICA MULTIMEDIA no se limitaría a la modalidad de cable alámbrico u óptico sino que también está incluyendo la modalidad de difusión directa por satélite de la cual es concesionaria.

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

¹⁴ http://www.mtc.gob.pe/portal/tdt/Documentos/TV_DIGITAL_EXPLICATIVO_usuario_Final_04112008.pdf

¹⁵ 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. p. 130.

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.

Esta Secretaría Técnica 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.

Cabe señalar que 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.

VII CONCLUSIONES

Por lo expuesto, esta Secretaría Técnica 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, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044; por lo que corresponde la imposición de una sanción bajo los parámetros establecidos en el artículo 52° de la citada ley.

ANA ROSA MARTINELLI
Secretaria Técnica