

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 006-2005-CCO-ST/CD y 010-2005-ST/CD (acumulados)
PARTES : Virtual Service Perú S.A.C (**Virtual Service**) y Wi Net Perú S.A.C. (**Wi Net**).
MATERIA : Supuestos actos de competencia desleal.
APELACIÓN : Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPTEL.

SUMILLA: *Se confirma la Resolución N° 019-2005-CCO-OSIPTEL en todos los extremos apelados.*

Lima, 21 de marzo del año 2006.

VISTOS:

Los expedientes N° 006-2005-ST/CD y 010-2005-CCO-ST/CD (acumulados), elevados al Tribunal de Solución de Controversias el 19 de enero del año 2006.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Virtual Service es una empresa privada autorizada para comercializar el servicio de portador local. Con el N° 053-CO está inscrita en el Registro de Comercializadores de Tráfico y/o de Servicios de Telecomunicaciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC) desde el 12 de junio de 2002.
2. Wi Net es una empresa privada que, mediante Resolución Ministerial N° 041-2001-MTC/15.03 de fecha 19 de enero de 2001, obtuvo concesión para prestar el servicio portador local en Lima y Callao. Esta fue ampliada al territorio nacional por Resolución Ministerial N° 379-2002-MTC/15.03 del 22 de junio del 2002. Asimismo, a solicitud de Wi Net, mediante Resolución Ministerial N° 519-2005-MTC/03 del 3 de agosto de 2005, el MTC declaró la extinción de la concesión otorgada para Lima y Callao. Además Wi Net, se encuentra inscrita mediante

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

resolución No. 028-CO del MTC en el Registro de Comercializadores desde el 16 de mayo de 2001.

3. El día 22 de octubre de 2002, Wi Net y Virtual Service celebraron un contrato de comercialización de servicios de telecomunicaciones para que el primero le provea al segundo, éste en su calidad de comercializador, el servicio de portador local¹.
4. El 21 de marzo de 2004 Virtual Service firmó un "Convenio Marco de Colaboración Empresarial" con Millicom Perú S.A. En virtud a la segunda cláusula de dicho documento las partes contratantes "(...) *convienen en formalizar la migración del servio de última milla de un grupo de clientes de Virtual Service a Millicom así como la definición de tarifas a las que estarán sujetos los mismos así como los futuros clientes de Virtual Service(...)*".
5. El 1 de septiembre de 2003 Virtual Service solicitó la frecuencia 5.8 GHZ para tener la concesión de portador local, la cual fue otorgada el 29 de octubre de 2005.
6. Con relación al pago de los servicios recibidos a partir de enero del 2004 en información presentada por Wi Net y no contradicha por Virtual Service se acredita que ésta última habría pagado sus obligaciones en forma tardía² y quedando saldos pendientes de pago. Asimismo, se ha verificado la

¹ Virtual Service afirmó que el contrato de comercialización es de fecha 5 de mayo de 2003 pero ello no ha sido acreditado, por tanto se tiene por fecha cierta la de octubre del 2002.

² Si bien Wi Net en escrito del 23 de junio de 2005 afirma que las facturas debían ser pagadas a los 15 días de emitida. Sin embargo, en el Contrato se establece en el Anexo 2 "Tabla de Montos y/o Tarifas" se señala Precio Mensual según ancho de banda. En consecuencia, el pago de los servicios debería haberse efectuado, al menos con una periodicidad de 30 días. Asimismo, la cláusula séptima del contrato de comercialización establece que a partir del día 45 días, encontrándose obligaciones impagas, podría operar la cesión de posición contractual. En consecuencia, podría asumirse que la periodicidad de pago era de 30 días y que a partir del día 45 podría adoptarse acciones legalmente expresamente establecidas en el contrato. Conviene señalar que en el citado escrito de Wi Net con relación a la secuencia de pagos presenta la siguiente información:

Empresa Virtual Service	Fecha	Pagada luego de emitida
	Enero 2004	a los 56 días
	Febrero 2004	a los 65 días
	marzo 2004	a los 56 días (pago parcial. Deuda pendiente)
	Abril 2004	a los 53 días (pago parcial. Deuda pendiente)
	Mayo 2004	a los 44 días (pago parcial. Deuda pendiente)
	Junio 2004	a los 272 días (financiamiento de letras)
	Julio 2004	a los 63 días (pago parcial. Deuda pendiente)
	Agosto 2004	a los 74 días (pago parcial. deuda pendiente)
	Septiembre 2004	a los 78 días (pago parcial. Deuda pendiente)
	Octubre 2004	a los 232 días(pago parcial. Letra protestada)
	Noviembre 2004	a los 96 días (pago parcial. Deuda pendiente y letra)
	Diciembre 2004	dos facturas impagas. Letras protestadas
	Enero 2005	factura impaga. Letras protestadas
	Febrero 2005 y Marzo 2005	facturas refinanciadas en letras pero no firmadas.

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

refinanciación de la facturas de junio de 2004 y las correspondientes al período octubre 2004 a enero 2005.

7. Así, la deuda pendiente de pago ascendería a US\$ 72,722 dólares³.
8. Entre el 31 de enero y el 02 de febrero de 2005, el Sr. Guido Cánepa Gerente General de Virtual Service y el Sr. Santiago Geborlini, Gerente General de Wi Net, se comunicaron a través de correos electrónicos para coordinar y establecer un cronograma de pago de la deuda pendiente.
9. El 24 de febrero de 2005, el Sr. Geborlini remitió vía correo electrónico una propuesta económica de compra de cartera de clientes, haciendo referencia a la reunión habida entre ambos gerentes el 23 de febrero en la que habría intercambiado opiniones sobre la venta de la cartera de clientes de Virtual Service.
10. Ante la falta de respuesta a dicha comunicación el 07 de marzo de 2005, el Sr. Geborlini se dirigió nuevamente vía correo electrónico a Virtual Service otorgándole un plazo de 24 horas para aceptar la propuesta económica planteada.
11. Virtual Service no respondió a las dos comunicaciones electrónicas anteriormente mencionadas por lo que Wi Net le envía una carta el 08 de marzo de 2005 en la que hace referencia a que la relación comercial no puede mantenerse en esos términos y reitera la propuesta económica de adquisición de la cartera de clientes.
12. El 08 de marzo de 2005, Virtual Service denunció penalmente al Sr. Santiago Geborlini por delito de coacción ante la Comisaría del Distrito de San Isidro en Lima.
13. El 09 de marzo de 2005, Wi Net remite dos comunicaciones por vía notarial. En una de ellas revoca los términos de financiamiento y le otorga un plazo perentorio de 24 horas para cumplir con sus obligaciones impagas y en la otra le informa su decisión de no renovar el contrato de comercialización de servicios.
14. El 11 de marzo de 2005, Virtual Service respondió a Wi Net a través de comunicación escrita enviada por vía notarial en la cual manifestó que estaba siendo sometido a coacción para vender su cartera de clientes y no que reconocía la existencia de obligaciones de pago vencidas.
15. El 14 de marzo de 2005, Virtual Service remitió una carta notarial a Wi Net en la que lamenta la decisión de ésta de no renovar el contrato suscrito el 05 de mayo del 2003.

En la apelación presentada por Wi Net a la Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPTEL se consigna dicho monto como deuda pendiente total

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

16. El 14 de marzo de 2005 el Sr. Santiago Geborlini mediante comunicación escrita se dirigió a varios clientes de Virtual Service para hacerles saber de los hechos que estaría afectando la relación comercial de Wi Net y Virtual Service
17. El 16 de marzo de 2005, Wi Net remitió una comunicación notarial Virtual Service en respuesta a su comunicación de fecha 11 de marzo y precisó que no hubo una intención de compra de la empresa sino de la cartera de clientes y le solicitó una solución para la situación existente ente ambas empresas.
18. El 21 de marzo de 2005, Virtual Service presentó una demanda en OSIPTTEL por presuntas infracciones a la norma de competencia desleal y solicitó la adopción de una medida cautelar⁴.
19. El 21 de marzo de 2005, Wi Net mediante comunicación escrita a OSIPTTEL informó de los hechos sucedidos y manifestó su interés en llegar a una solución comercial con la empresa.
20. El 28 de marzo de 2005 Wi Net contestó la carta de Virtual Service de fecha 14 de marzo, indicando desconocer la existencia de un contrato de comercialización firmado el 05 de mayo del 2003 y le solicitó le remita copia del mismo. En la misma fecha y mediante otra carta notarial Wi Net solicitó a Virtual Service que cumpla con las obligaciones pendientes de pago y le otorgó un plazo de 15 días útiles para cumplir con dichas obligaciones bajo sanción de resolución de pleno derecho del contrato de comercialización de servicios. Estas cartas no fueron respondidas por Virtual Service.
21. El 18 de abril de 2005 Wi Net cortó el servicio prestado a Virtual Service por incumplimiento de los pagos adeudados.
22. El 19 de abril de 2005 el Cuerpo Colegiado encargado de conocer la presente controversia (en adelante, el Cuerpo Colegiado) admitió la denuncia presentada por Virtual Service contra Wi Net por "(...) *presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de infracción a la cláusula general, denigración e inducción a la infracción contractual, tipificados en los artículos 6, 11 y 16 respectivamente de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal(...)*". Asimismo aceptó el Desistimiento de la Medida Cautelar solicitada por Virtual Service⁵.

⁴ Virtual Service denunció a Wi Net por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de denigración, inducción a la infracción contractual y violación de normas. Asimismo, solicitó la adopción de una medida cautelar y luego se desistió de ella. El Cuerpo Colegiado mediante Resolución N° 003-2005/OSIPTEL admitió a trámite la denuncia indicando que los hechos materia de la misma podrían constituir actos de competencia desleal en las modalidades denigración, infracción a la cláusula general e inducción a la infracción contractual, tipificados en los artículos 11°, 6° y 16°, respectivamente, de la Ley de Competencia Desleal. Asimismo, se aceptó el desistimiento de la medida cautelar.

⁵ Previo a la admisión de la denuncia el Cuerpo Colegiado solicitó a Virtual Service precisa las pretensiones formuladas en su denuncia, sus fundamentos y los medios probatorios correspondientes.

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

23. El 09 de mayo de 2005 Wi Net contestó la denuncia y planteó reconvencción bajo los siguientes argumentos:

- Wi Net ha actuado bajo un principio de buena fe comercial y ha mantenido una relación contractual con Virtual Service en la que ésta prestaba los servicios de comercialización.
- Wi Net no es competidor de Virtual Service, el cual ha sido cliente importante al que otorgó facilidades de pago excepcionales refinanciando deudas exigibles y renegociando financiamientos otorgados. Y que se interesó en la adquisición de la cartera de clientes de Virtual Service para poder solucionar el problema financiero que le ocasionaba la falta de pago de los servicios prestados.
- La falta de interés en responder las comunicaciones cursadas por Wi Net a Virtual Service demuestran la falta de seriedad comercial y en atención a ello es que deciden tomar acciones destinadas a solucionar el problema de morosidad de pago.
- Paralelamente a las comunicaciones cursadas en el ámbito de una relación comercial, Virtual Service interpuso una denuncia penal contra el Gerente General de Wi Net, desconociendo que hubieran estado en tratativas comerciales para adquirir y / o vender la cartera de clientes.
- Desconocían tener una relación de competidores con Virtual Service.
- Respecto a la comunicación cursada a los clientes de Virtual Service manifiestan que no consignaron información relativa a la mala situación económica de dicha empresa. Asimismo, tomando en cuenta que a los constantes intentos de comunicación con Virtual Service no hubo respuesta por parte de ésta, Wi Net podría presumir validamente que Virtual Service no tenía intención alguna ni de vender su cartera de clientes ni de presentar alguna alternativa de solución de pago.
- La comunicación cursada fue realizada bajo el entendido que Virtual Service estaba llevando a cabo una estrategia de deliberado incumplimiento contractual contra Wi Net.
- La cláusula séptima del contrato de comercialización faculta la cesión contractual a favor de WINET por voluntad de la partes o por deuda morosa a más de 45 días de emitida alguna factura por concepto de servicios prestados, sin mediar consulta alguna. En tal sentido, no existen actos de denigración ni de competencia desleal en la comunicación cursada el 14 de marzo a clientes de Virtual Service porque el contrato permitía adoptar acciones de mayor repercusión comercial. Sin embargo, la comunicación referida buscaba informar a los clientes del cambio de relación comercial que se iba producir por la falta de pago.
- Del escrito de denuncia de Virtual Service puede concluirse que esta empresa no tuvo problemas económicos y que se negó injustificadamente a cumplir con sus obligaciones de pago por los servicios recibidos.
- Las facilidades económicas y financieras otorgadas a Virtual Service la colocaban como un cliente importante más no como un competidor. En tal sentido, no habría existido intención de parte de Wi Net de sacar a Virtual Service del mercado toda vez que le hizo importantes concesiones para el pago de lo adeudado.

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

- No ha habido un intento de modificación unilateral de condiciones contractuales porque las comunicaciones cursadas acreditan que hubieron comunicaciones destinadas a encontrar soluciones comerciales a las deudas impagas o pagadas con retraso por Virtual Service y la decisión fue adoptada al no haber aceptado ésta empresa un calendario de pago o renegociación de las deudas pendientes de pago.
 - Respecto a la Reconvención solicitan como pretensión principal que se declare que Virtual Service ha cometido actos de infracción a la cláusula general contenida en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 26122. Como pretensión subsidiaria se imponga una multa a Virtual Service conforme a lo previsto en el artículo 24 del citado Decreto Legislativo y la Ley 27336. Asimismo, se ordene el pago de las costas y costos que devenguen de la denuncia y de la reconvención planteada.
 - Sustentan su petitorio en el hecho que Virtual Service i) simuló problemas financieros e incumplió sus obligaciones de pago para adquirir su propia red, financiando su adquisición por parte de quien consideraba su competidor; ii) simulación de interés en solucionar los problemas financieros a través de conversaciones destinadas a la cesión de clientes; iii) estrategias y maniobras dilatorias como falta de respuesta a las comunicaciones escritas para conseguir una solución, y, iv) ocultamiento deliberado de un conflicto de interés al no informar el interés de Virtual Service de convertirse en competidor de Wi Net.
24. El 11 de mayo de 2005 mediante Resolución N° 004-2005-CCO/OSIPTEL el Cuerpo Colegiado aceptó los descargos presentados por Wi Net y declaró improcedente la reconvención interpuesta por dicha empresa por haber sido presentada en forma extemporánea⁶.
25. El 08 de junio de 2005 la Secretaría Técnica del Cuerpo Colegiado requirió a Virtual Service y a Wi Net información complementaria para el procedimiento. En la misma fecha solicitó a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI un informe sobre los lineamientos precedentes y criterios interpretativos en materia de leal competencia aplicados por dicha Comisión.
26. Los días 23 y 27 de junio de 2005, las partes presentaron la información solicitada y el INDECOPI remitió el 1 de septiembre de 2005 el Oficio N° 059-2005/CCD-INDECOPI.
27. El 15 de junio del 2005 Wi Net interpuso una denuncia contra Virtual Service por la presunta comisión de actos de competencia desleal al haber implementado una

⁶ Reglamento de Solución de Controversias entre Empresas.

Artículo 46.- Traslado y contestación.- Si no se objetó la demanda de conformidad con lo establecido en el artículo 45, se correrá traslado al demandado al día siguiente de vencido el plazo establecido en el artículo citado.

El demandado deberá proceder a contestar la demanda en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente a la notificación de la misma.

El plazo para contestar y reconvenir es el mismo y simultáneo.

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

estrategia anticompetitiva con el objeto de perjudicarla y afectar el normal desarrollo de sus operaciones comerciales. En tal sentido, solicitó como pretensiones i) se declare que Virtual Service ha infringido la cláusula general de la norma de competencia desleal contenida en el artículo 6 y por tanto, i; ii) se sancione a dicha empresa de conformidad con lo establecido en el artículo 24 del Decreto Legislativo 26122, y, iii) se ordene el pago de costas y costos derivados del presente procedimiento. Respecto a los hechos que configurarían la infracción imputada reiteran los argumentos señalados en su reconvención⁷ del 09 de mayo de 2005 y adicionan la interposición de una acción penal presentada contra el Gerente General de Wi Net la que califican de notoria y evidentemente maliciosa.

28. El 23 de junio de 2005 mediante Resolución N° 001-2005-CCO/OSIPTEL el Cuerpo Colegiado admitió a trámite la denuncia presentada por Wi Net contra Virtual Service por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general, tipificados en el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
29. El 07 de julio del 2005, mediante Resolución 002-2005-CCO/OSIPTEL el Cuerpo Colegiado dispuso la acumulación de los expedientes administrativos (N° 006 y 010) y que se tramitarán en el expediente N° 006 y por lo tanto, la acumulación de las denuncias presentadas por Virtual Service y por Wi Net.
30. El 20 de octubre de 2005 la Secretaría Técnica emitió el Informe Instructivo N° 008-2005/ST el cual concluyó respecto a :

Denuncia presentada por Virtual Service contra Wi Net

- La carta remitida por Wi Net a los clientes –materia de la denuncia- no afirma que Virtual Service esté atravesando por problemas económicos por lo tanto no corresponde analizar si dichas afirmaciones afectan el prestigio de Virtual Service frente a sus clientes, y por ello no se habría acreditado el actos de denigración señalado.
- No es aplicable el artículo 16 literal a) respecto a la inducción a la infracción contractual toda vez que la comunicación que dirigió Wi Net a los clientes de Virtual Service no buscaba que dichos clientes incumplieran sus obligaciones contractuales con dicha empresa sino que dicha comunicación estaba referida a que dichos clientes dejen sin efecto los contratos celebrados con Virtual Service.
- Las cartas mencionadas habrían tenido como finalidad y habrían conseguido que los clientes de Virtual Service cuestionaran la idoneidad del servicio prestado y propiciaran la culminación de la relación contractual que tenían con Virtual Service. Por tanto, la conducta de Wi Net sí constituiría una conducta de competencia desleal.
- La decisión de dejar sin efecto las facilidades de pago y la decisión de no renovar el contrato de comercialización de servicios por parte de Wi Net a


Ver considerando 24

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

Virtual Service se sustenta en el incumplimiento de las obligaciones de pago de dicha empresa y no constituirían una infracción a la cláusula general.

Denuncia presentada por Wi Net contra Virtual Service

- No ha sido acreditado la existencia de una estrategia desleal destinada a perjudicar el normal desarrollo de las actividades comerciales de Wi Net por lo que no se habría configurado la infracción contenida en la cláusula general del Decreto Legislativo 26122.

31. El 27 de diciembre de 2005 mediante Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPTEL el Cuerpo Colegiado resolvió declarar :

Denuncia presentada contra Virtual Service contra Wi Net

- Infundada la denuncia por presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración establecida en el artículo 11
- Fundada la denuncia por inducción a la infracción contractual en la modalidad prevista en el artículo 16 literal b) e imponer una sanción de dos (2) UIT por dicha infracción.
- Fundada la denuncia por infracción a la cláusula general contenida en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 26122 consistente en el uso de la base de datos de los clientes de Virtual Service con fines distintos a los establecidos en el contrato de comercialización e imponer una sanción de tres (3) UIT por dicha infracción.
- Infundada la denuncia por infracción a la cláusula general contenida en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 26122 consistente en dejar sin efectos las facilidades de pago y la oportunidad elegida para informar a Virtual Service de la decisión de no renovar el contrato de comercialización.
- El cese definitivo de las comunicaciones cursadas a los clientes de Virtual Service y el uso de la base de datos de los clientes de Virtual Service para fines distintos a los establecidos en el contrato de comercialización.
- Improcedente el pago de costas y costos a favor de Virtual Service

Denuncia presentada por Wi Net contra Virtual Service

- Improcedente el pago de costas y costes procesales por parte de Virtual Service
- Infundada la denuncia por infracciones contenidas en la cláusula general contenida en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 26122 consistente en la implementación de una estrategia desleal para perjudicar a WINET..
- Improcedente la inclusión de nuevas infracciones en el presente procedimiento
- Improcedente la solicitud de WINET de publicación de la presente resolución y se deniega el pedido de Virtual en el mismo sentido

32. El 12 de enero de 2006 Wi Net interpuso recurso de apelación solicitando que la misma sea revocada en todos sus extremos.

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

33. El 16 de enero de 2006 Virtual Service presentó recurso de apelación contra la Resolución del Cuerpo Colegiado solicitando la declaración de infracción en la modalidad de denigración, el incremento de las multas impuestas a Wi Net y el pago de costas.
34. El 17 de febrero de 2006, el Tribunal de Solución de Controversias emitió la Resolución N° 006-2006-TSC/OSIPTEL mediante la cual se otorga el uso de la palabra a Wi Net y Virtual Service. El Informe Oral se realizó el 22 de febrero de 2006 y concurrieron ambas partes.

II. CUESTION EN DISCUSIÓN

35. La cuestión en discusión consiste en determinar si Wi Net ha incurrido en infracciones a la norma de competencia desleal en la modalidad de inducción a la infracción contractual, actos de denigración e infracción a la cláusula general de acuerdo a lo previsto en el artículo 6, 11 y 16 literal b) de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.
36. Asimismo, es cuestión en discusión establecer si Virtual Service habría incurrido en una práctica de competencia desleal en infracción a la cláusula general del artículo 6° de la Ley sobre Represión de Competencia Desleal al haber llevado a cabo una estrategia anticompetitiva para perjudicar a Wi Net.

III. ANÁLISIS

3.1. Denuncia presentada por Virtual Service contra Wi Net

3.1.1. La comunicación de fecha 14 de marzo de 2005. Documento que contendría afirmaciones denigratorias.

37. Ha quedado acreditado y ha sido reconocido por Wi Net en el presente expediente que el 14 de marzo de 2005 remitió una comunicación a 34 clientes de Virtual Service con el siguiente texto:

"San Isidro, 14 de Marzo de 2005 (...)

*Referencia: **VIRTUAL SERVICE PERU – VSP (...)***

Por la presente nos presentamos a usted para saludarlo cordialmente. Somos Wi-Net, la empresa a través la cual (sic) su proveedor de servicios Virtual Service Perú – VSP – le presta el servicio de transmisión de data, voz, etc. Es nuestro deber proporcionarle la siguiente información con el fin de que el servicio que usted recibe actualmente sea totalmente satisfactorio y no se vea afectado en el corto plazo.

***WI-NET PERU S.A.C.** es una empresa de Telecomunicaciones con licencia N°041-2001MTC/15.03 (sic) de portador Local de comunicaciones a nivel de Lima Metropolitana expedida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones el 19 de*

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

Enero de 2001 y ampliada con Licencia N°379-2002-MTC/15.03 expedida el 26 de Junio de 2002 de portador local de comunicaciones a nivel nacional para brindar servicios de conectividad de banda ancha inalámbrica. En la actualidad **VIRTUAL SERVICE PERU (VSP)** viene brindándole a usted servicios tales como transporte de datos y/o Internet a través de **nuestras instalaciones e infraestructura**.

VIRTUAL SERVICE PERU - VSP es nuestro distribuidor desde finales del 2002, fecha que viene (sic) ofreciendo nuestros servicios de Internet y VPN a sus clientes, dentro de una amplia gama de soluciones que ofrecemos en el sector empresarial.

Debido a razones de índole comercial, la relación que mantenemos con Virtual Service Perú sufrirá drásticos cambios que pueden a su vez afectar el servicio que usted recibe de dicha empresa a través de nuestra infraestructura, por lo que consideramos que es del mejor interés de su empresa contratar el servicio que usted tiene directamente con nosotros a fin de mejorar la calidad que usted actualmente goza y contar con condiciones de confiabilidad y continuidad que sólo nosotros podemos garantizarle. (...) (Las negritas están en el texto)

38. Sobre dicha comunicación Virtual Service manifiesta que en ella se afirma que estaría atravesando problemas económicos que podrían afectar la calidad del servicio prestado. Con estas afirmaciones Wi Net afectaría el prestigio de Virtual Service.
39. Wi Net ha manifestado que la cláusula séptima⁸ del contrato de comercialización la facultaba a dirigirse a los clientes de Virtual Service en forma directa sin mediar consulta con éste.
40. Una revisión literal de lo mencionado en la carta en cuestión no deja duda que no se hace referencia alguna a la mala situación económica que atravesaría Virtual Service. Esta comunicación sólo afirma que, en el futuro, la relación comercial entre Wi Net y Virtual Service sufrirían cambios importantes.
41. Toda vez que no se señalan los motivos por los que se presentarían dichos cambios importantes, el receptor de dicha comunicación puede atribuirlos a cualquier motivo y no necesariamente concluir que se hace referencia a una mala situación económica de Virtual Service. En tal sentido, no habiendo ninguna referencia a una afirmación de esta naturaleza, y tal como ha sostenido el Cuerpo Colegiado, carece de sentido analizar si esas afirmaciones serían de índole denigratorio.
42. En su Recurso de Apelación Virtual Service reitera que sí se habría producido un acto de denigración porque la comunicación de Wi Net se cursó a sus clientes en un contexto en el cual ellos estaban recibiendo un servicio de mala calidad y las afirmaciones⁹ contenidas en la cuestionada comunicación, ocasionaron en dichos

⁸ Contrato de Comercialización
"SETIMA.- CESION

Wi Net podrá ceder su posición contractual, ceder derechos u obligaciones, comunicando previamente por escrito a EL COMERCIALIZADOR, de igual manera EL COMERCIALIZADOR podrá ceder su posición contractual a Wi Net y/o de cobranza con respecto a sus clientes directos si así lo estima conveniente o por deuda morosa a más de 45 días de emitida alguna factura por concepto de servicios prestados por Wi Net sin mediar consulta alguna con EL COMERCIALIZADOR".

⁹ En su apelación Virtual Service se refiere expresamente de afirmaciones denigratorias a "(...) es nuestro deber proporcionarle la siguiente información con el fin de que el servicio que usted recibe actualmente sea totalmente satisfactorio y no se vea afectado en el corto plazo.(...)" y "(...) debido a razones de índole

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

clientes la decisión de no renovar los contratos celebrados argumentado que Virtual Service no contaba con la capacidad para prestar el servicio de telecomunicaciones contratado.

43. Al respecto, el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal señala que:

"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."

44. En consecuencia, de acuerdo a los considerandos precedentes, este Tribunal considera que de conformidad con lo previsto en el artículo 11 de la citada ley, la mencionada comunicación no tiene un contenido denigratorio por tanto coincide con el Cuerpo Colegiado en no sancionar la conducta de Wi Net por este supuesto normativo.
45. Sin embargo, considerandos más adelante analizaremos si Wi Net estaba facultado o no para remitir dichas comunicaciones al amparo de lo previsto en la cláusula séptima del contrato de comercialización

3.1.2 Inducción a la infracción Contractual

Relación de Competencia

46. Wi Net durante la tramitación de la presente controversia y en su apelación ha cuestionado la existencia de una relación de competencia entre ella y Virtual Service.

Por lo tanto corresponde analizar este primer punto antes de evaluar la existencia de las presuntas infracciones en la modalidad de inducción a la infracción contractual.¹⁰

47. Wi Net afirma que la relación comercial entablada con Virtual Service fue una relación cliente proveedor. Prueba de ello es el tratamiento preferencial que le otorgó para el pago de las facturas.

comercial, la relación que mantenemos con VIRTUAL SERVICE Perú sufrirá drásticos cambios que pueden afectar a su vez el servicio que usted recibe de dicha empresa a través de nuestra infraestructura"

¹⁰ Los afectados por actos de competencia desleal pueden ser cualquier agente económico y por tanto, cualquier persona tiene expediente de presentar una procedimiento por dichas infracciones. Sin embargo, los actos de competencia desleal por inducción a la infracción contractual requieren que la controversia por la presunta infracción sea planteada por un competidor de ahí la necesidad de acreditar la relación de competencia.

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

48. Al respecto, conviene precisar que el tratamiento que le haya dado para su forma de pago no es lo que define la relación de competencia entre ambas empresas¹¹. Tampoco el hecho que Wi Net nunca haya visto a Virtual Service como su competidor o que Virtual Service si lo haya considerado así.
49. La relación de competencia, tal como lo señala el Cuerpo Colegiado está definida por la concurrencia de dos o más agentes a un mercado actuando de manera independiente y que dirigen su actuar a la misma clientela. Este accionar puede ser potencial o efectivo.
50. Así, al analizar la presencia de Wi Net en el mercado se observa que esta se encuentra autorizada a ofrecer los servicios que presta por sus propios medios o a través de otras empresas comercializadoras¹². Precisamente, de acuerdo a la concesión que recibió del MTC es que Wi Net podía estar en la capacidad técnica y legal de ofrecer directamente sus servicios a terceros.
51. En consecuencia, además de existir una relación proveedor cliente, Wi Net y Virtual Service tenían una relación de competencia.

Ejecución de la inducción a la infracción contractual

52. En el presente caso, los hechos acreditan que Wi Net habría remitido cartas a los clientes de Virtual Service con la finalidad de que dejen sin efecto los contratos que los vinculaban con esta empresa, aunque Wi Net sabía de la existencia de una relación contractual vigente y válida entre dicha empresa y sus clientes puesto que les proveía el servicio y los equipos, además que les brindaba el servicio técnico. Así, la conducta de Wi Net no habría tenido el objetivo de que los clientes de Virtual Service incumplieran los deberes contractuales básicos asumidos con esta empresa, sino habría tenido como objetivo propiciar la finalización de la relación contractual que vinculaba a ambos y posiblemente la firma de un contrato con Wi Net. Siendo ello así, el presente caso se enmarcaría una conducta prevista en el artículo 16 literal b) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

¹¹ La existencia de la relación de competencia será analizada en mayor detalle en el análisis de la presunta estrategia anticompetitiva.

¹² En el Contrato de Comercialización celebrado entre las partes se lee

"PRIMERA.- DE LAS PARTES

WI-NET es una empresa concesionaria prestadora del servicio público de portador local, según contrato de concesión de fecha 19/01/2001 celebrado con el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Vivienda y Construcción -MTC (en adelante denominado SERVICIO), encontrándose autorizada a ofrecerlo por sus propios medios o a través de terceros comercializadores debidamente inscritos en el Registro de Comercializadores del MTC." (Las negritas están en el texto)

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

53. Así el artículo 16 literal b) señala que:

"Se considera desleal

(...)

b) La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas."

54. Como puede advertirse, la norma indica la necesidad de la existencia de un contrato vigente y éste ha sido acreditado por ambas partes durante la tramitación de la presente controversia con la presentación de documentos que prueban la relación contractual existente con anterioridad a la fecha de los sucesos que motivaron la presente controversia¹³.

55. La actividad inductora realizada por Wi Net habría sido la remisión por parte de esta empresa de cartas a los clientes de Virtual Service informándoles que, por razones de índole comercial, la relación existente entre estas empresas iba a sufrir cambios que podrían afectar el servicio prestado por Virtual Service, recomendándoles contratar directamente con ella los servicios brindados por su antiguo proveedor.

56. Así la comunicación dirigida a los clientes de Virtual Service literalmente señala:

"(...) consideramos que es del mejor interés de su empresa contratar el servicio que usted tiene directamente con nosotros a fin de mejorar la calidad que usted actualmente goza y contar con condiciones de confiabilidad y continuidad que sólo nosotros podemos garantizarle.

En el transcurso de esta semana lo estará visitando el (...) Asesor Comercial de Wi Net para darle mayor información y absolver cualquier duda que existiera. (...)"(el subrayado es nuestro)

57. Una revisión del contenido de dicha comunicación genera certidumbre que se buscaba con ella propiciar la migración de los clientes de Virtual Service a Wi Net. En tal sentido, la decisión de cambiarse de proveedor de servicios no sólo se fundaría en elementos de decisión objetiva por parte de los clientes sino en la inducción a un cliente de un competidor para que abandone sus servicios.

58. Además Wi Net ha reconocido que su empresa al remitir dicha comunicación, tuvo como intención rescatar la mayor cantidad de clientes atendidos por Virtual Service lo cual, en su opinión, estaba previsto dentro de los términos del contrato de comercialización suscrito con esta empresa¹⁴.

¹³ Documentos como órdenes de compra, instalaciones de servicios han sido presentados por Wi Net y Virtual Service en sus escritos del 23 y 27 de junio de 2005, respectivamente. Asimismo, acreditan la existencia del contrato la posterior solicitud de devolución de los equipos de Wi Net instalados a los clientes de Virtual y las cartas enviadas por los clientes de Virtual Service reclamando por la calidad del servicio.

¹⁴ En su escrito del 09 de mayo de 2005 Wi Net respecto de la carta del 14 de marzo señala:

"(...) Ante esto, Wi Net desde el punto de vista comercial no podía permanecer impassible y dejar que su negocio siguiera perjudicándose por un cliente que no cumplía con pagar y que además no planteaba

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

59. El Cuerpo Colegiado ha afirmado que los clientes de Virtual Service resolvieron los contratos que los vinculaban con esta empresa como consecuencia de la comunicación remitida por Wi Net y que este hecho no constituye *per se* un acto de competencia desleal, ya que para ello sea así, debe acreditarse la existencia de las circunstancias mencionadas por el artículo 16°, literal b)..
60. Al respecto, Virtual Service ha entregado¹⁵ como medios probatorios copia de los correos electrónicos del 30 y 31 de marzo de 2005 remitidos por su empresa a Wi Net, por los cuales Virtual Service manifiesta haber tomado conocimiento de la carta del 14 de marzo de 2005 remitida por Wi Net a sus clientes y le solicita que se retracte de las afirmaciones contenidas en la misma, por cuanto sus clientes se estarían negando a pagarle por temor a que les corten el servicio. Por otro lado, Virtual Service ha presentado cartas de sus clientes en las que manifiestan que no van a renovar el contrato suscrito entre ambos argumentando las siguientes razones: (i) que Virtual Service carece de la infraestructura necesaria para prestar servicios adecuados¹⁶; (ii) el cambio de proveedor de Virtual Service¹⁷; y, (iii) la indefinición acerca de lo que va a ocurrir con Virtual Service luego de que culmine la relación entre esta empresa y WI NET¹⁸. Asimismo, Virtual Service ha suscrito un contrato con Millicom Perú S.A.¹⁹ (en adelante Millicom) a fin de migrar a los

ninguna salida. La situación se advertía como inviable comercialmente por parte del cliente (VSP) que esperaba un servicio sin pagar retribución. Resultaba no sólo legítimo, sino absolutamente razonable que Wi Net pudiera buscar directamente a los clientes de VSP con el fin de que el servicio que recibían se mantenga, pues de cortarse el mismo por la resolución o la terminación del contrato, perdía Wi Net y perdían los clientes. (...)

¹⁵ Estos correos han sido presentados por Virtual Service junto con su escrito del 27 de junio de 2005.

¹⁶ Ver la carta del 28 de marzo de 2005 remitida por Corporación Meier a Virtual Service. Esta empresa señala lo siguiente: *"Debido (...) sobre todo a la más que demostrada falta de infraestructura técnica de su empresa (...) nos vemos en la obligación de notificarles que a partir del próximo 31 de marzo del presente año prescindimos de sus servicios (...)".* Asimismo, es importante mencionar los correos electrónicos del 14 y 15 de marzo de 2005 remitidos a Virtual Service por la Municipalidad de Independencia (presentados por Virtual Service como anexo 1-W de la denuncia del 21 de marzo de 2005). Si bien en estos correos la Municipalidad no resuelve el contrato que la vinculaba con Virtual Service, informa que ha recibido la visita de representantes de Wi-Net que le habrían informado que Virtual Service no tendría la capacidad técnica para prestar el servicio de acceso a Internet en ese distrito, solicitándole que le explique la verdad de esta situación. Estos correos terminan con la siguiente frase: *"Ante todo necesito transparencia en este tema."*

¹⁷ En el correo electrónico del 28 de marzo de 2005 remitido por Polimetales S.A.C. a Virtual Service se indica lo siguiente: *"Esta situación de cambio de proveedor de Virtual, está afectando seriamente nuestro acceso a Internet. Todos los días presentamos problemas con el correo o con la navegación (...) Exigimos una solución definitiva e inmediata. En caso contrario nos veremos obligados a suspender nuestra relación comercial..."*

En el mismo sentido, ver el correo electrónico del 30 de marzo de 2005 remitido por Panorama Services a Virtual Service; así como la carta del 29 de marzo de 2005 remitida a Virtual Service por el señor Emilio Malásquez Canales.

¹⁸ En el correo electrónico del 30 de marzo de 2005 remitido por Panorama Service a Virtual Services se informa a esta empresa que han tomado conocimiento de que ya no trabajarían con Wi-Net y que no pueden esperar cuál va a ser el destino de Virtual Service. En dicha comunicación se señala lo siguiente: *"Espero la sinceridad de los acontecimientos pues no voy a arriesgar la continuidad operativa de mi compañía por sus problemas."*

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

clientes que aun se mantenían con su empresa²⁰; finalmente, obra en el expediente la relación de clientes de Virtual Service que recibieron la carta materia de denuncia²¹ y que dejaron sin efecto los contratos que los vinculaban con Virtual Service²².

61. Una revisión de dicha documentación no permite concluir fehacientemente que los clientes hayan decidido resolver los contratos en virtud a la comunicación de Wi Net. Este Tribunal considera que de toda la documentación recopilada en el considerando precedente sí se puede concluir que la comunicación remitida por Wi Net a los clientes de Virtual Service si consiguió, afectar el normal desarrollo de las actividades económicas de esta empresa, así como a la relación que ésta mantenía con sus clientes, con la posibilidad de que esta empresa salga del mercado al no tener a quien ofrecer sus servicios.

En efecto, aunque existen en el expediente comunicaciones de los clientes de Virtual Service reclamando por la calidad del servicio prestado por esta empresa²³ remitidas con anterioridad a la fecha en la que ocurrieron los hechos materia de este extremo de la denuncia, luego de la remisión por parte de Wi Net de la carta del 14 de marzo de 2005 los clientes de Virtual Service empezaron a cuestionar no sólo la idoneidad del servicio sino también la capacidad de esta empresa para prestar el mismo, en especial en aspectos referidos a la infraestructura y capacidad técnica de esta empresa.

62. Así, Wi Net habría actuado conociendo que su conducta afectaría el normal desarrollo de las actividades comerciales de Virtual Service generando inclusive que esta empresa pudiera dejar de prestar sus servicios.
63. En consecuencia se habrían cumplido los requisitos establecidos en el Literal b) del artículo 16 de la Ley de Competencia Desleal y por tanto Wi Net habría incurrido en infracción por inducción contractual.

¹⁹ Este documentos ha sido presentados por Virtual Service conjuntamente con sus escritos del 14 de abril y 27 de junio de 2005.

²⁰ No ha podido ser acreditado que el contrato con Millicom se haya celebrado como respuesta a las comunicaciones de Wi Net de marzo de 2005. Toda vez que Virtual Service ha alegado que el contrato con Millicom fue celebrado en el año 2005 mientras que obra como parte del expediente copia del contrato celebrado entre Millicom y Virtual Service con fecha de 2004.

²¹ Presentada por WI NET en su escrito del 23 de junio de 2005.

²² Presentada por Virtual Service con fecha 27 de junio de 2005.

²³ Las cuales han sido presentadas por esta empresa conjuntamente con sus escritos del 21 de marzo, 14 de abril y 27 de junio de 2005.

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

3.1.3 Infracción a la Cláusula General

64. Wi Net apela de la infracción a la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal en la que habría incurrido y por lo que habría sido sancionada en la Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPTEL manifestando que el Contrato de Comercialización era de naturaleza contraprestativa y por tanto en virtud a la cláusula octava²⁴ y en aplicación supletoria del Código Civil su representada se encontraba para concluir el contrato ante la falta de pago, sin embargo, decidió no hacerlo para no perjudicar a su cliente, Virtual Service.
65. La Resolución apelada sanciona a Wi Net por haber utilizado la información de los clientes de Virtual Service que obraba en su base de datos para ocasionarle perjuicios y con fines distintos a los que fue pactada en los términos del contrato. Al respecto, este Tribunal considera que ha sido acreditado el uso indebido de la base de datos toda vez que la cláusula séptima del contrato de comercialización celebrado entre Wi Net y Virtual Service sólo permitía que ante la falta de cumplimiento de las contraprestaciones económicas Wi Net utilizara la figura de cesión de posición contractual y así cautelara sus intereses económicos.
66. La invocación a la cláusula octava del contrato de comercialización no valida, que ante la falta de pago Virtual Service, Wi Net este autorizada legalmente o contractualmente al uso de la información de los clientes de Virtual Service y dirigirse a ellos directamente con la finalidad de ocasionarle perjuicios a ésta.
67. En todo caso, la cláusula octava habría facultado a Wi Net a la modificación de la relación contractual hecho que también fue imputado por Virtual Service como una infracción a la cláusula general por parte de Wi Net, pretensión que el Cuerpo Colegiado declaró infundada.
68. En consecuencia, corresponde desestimar la pretensión de Wi Net para que se declare que no ha incurrido en infracción a la cláusula general de la norma de Competencia Desleal.

3.2. Denuncia presentada por Wi Net contra Virtual Service

69. Wi Net apela de la decisión del Cuerpo Colegiado de declarar infundada la existencia de una estrategia anticompetitiva y afirma que el Cuerpo Colegiado ha

²⁴ Cláusula Octava Normatividad Supletoria

"En todo lo no regulado por el presente contrato, será de aplicación supletoria las leyes y los reglamentos de telecomunicaciones vigentes así como las partes pertinentes del Código Civil."

El artículo del Código Civil al que Wi Net hace referencia es el artículo 1426:

"En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento".

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

hecho una indebida valoración de las pruebas presentadas para declarar su pretensión infundada.

70. Al respecto, conviene precisar que una revisión de la Resolución apelada nos remite al numeral 4.7 páginas 34 a la 40, en ellas se analiza detalladamente los hechos materia de la denuncia de Wi Net y uno a uno la ilegalidad de cada elemento y con ello van desestimando la existencia de una estrategia anticompetitiva. En consecuencia, el Cuerpo Colegiado sí ha realizado la evaluación de las pruebas sólo que ha expresado una posición distinta a la que sostiene el denunciante y por tanto, contrario a lo afirmado por Wi Net el Cuerpo Colegiado no ha trasgredido lo previsto en el artículo IV, numeral 1.11 de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁵
71. En opinión de este Tribunal la determinación de una estrategia anticompetitiva se sustenta en supuesto que el competidor desleal diseñó una serie de conductas destinadas a obtener un objetivo final cual es perjudicar a su competidor. En su apelación Wi Net considera que el presente caso, las acciones de Virtual Service fueron diseñadas, planificadas y orientadas a perjudicarla. En ese sentido eso es lo que corresponde ser acreditado.

Para ello será necesario analizar cada uno de los argumentos que compondrían la presunta estrategia anticompetitiva

Relación de Competencia

72. Previo a ello es pertinente reiterar que Wi Net insiste en afirmar que no existe una relación de competencia entre dichas empresas y que el Cuerpo Colegiado no ha analizado la relación proveedor cliente. Al respecto, como se ha visto en el considerando 46 la relación de competencia no está desacreditada por la refinanciación de las deudas de Virtual Service por parte de Wi Net la misma que acreditaría el tratamiento de proveedor cliente y también la relación de competencia entre dos empresas²⁶.

²⁵ Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo IV

(...)

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

²⁶ Así, un fabricante de calzado A podría adquirir cuero, como materia prima, a una Curtiembre B. La Curtiembre B podría tener una fábrica de calzado C (o aún cuando no la tuviera podría en cualquier momento ingresar a esa línea de negocio). La Curtiembre B podría ser por tanto ser proveedor de la fábrica A y su competidor en línea de calzado (integrada verticalmente, en nuestro ejemplo).

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

Facturas impagadas, pagadas con retraso y alegación de una mala situación económica financiera.

73. Wi Net afirma que Virtual habría simulado dificultades financieras a fin de retrasar el pago de sus obligaciones. Al respecto, obra en el expediente información que Virtual Service cumplía sus obligaciones de pago pero que las cumplía en forma tardía²⁷. Asimismo, también obra información que acredita que Wi Net decidió refinanciar las deudas de Virtual Service.
74. Una revisión de la cláusula séptima del contrato de comercialización nos permite concluir que las partes pactaron libremente que el plazo máximo para tomar acciones respecto a deudas impagas era de 45 días. Es decir, una vez que hubiera transcurrido dicho plazo Wi Net se encontraba expedita para cautelar sus intereses económicos y ejecutar lo previsto en el contrato, es decir la cesión de posición contractual.
75. En atención a lo anterior, debe quedar establecido que Virtual Service cumplió con sus obligaciones de pago, en forma tardía, pero cumplió con ellas. En tal sentido, no puede afirmarse que a través de la dilación en los pagos constituya una ilegalidad o un acto que forme parte de una estrategia anticompetitiva. Más aún cuando Wi Net tuvo la potestad de adoptar acciones legales para cautelar sus intereses las mismas que no ejerció de motu proprio y por el contrario, decidió conceder facilidades extraordinarias de pago a Virtual Service.

El hecho de ir más allá de lo previsto en el contrato y establecer un régimen de cobranza más laxo al previsto sólo acredita que esa decisión fue una decisión unilateral y voluntaria por encima de lo pactado por las partes. Una decisión de flexibilizar el mecanismo de pago paso, posiblemente, por merituar el mantenimiento de la relación comercial existente y la posibilidad de que Virtual Service pudiese ponerse al día en sus pagos o de incrementarse la deuda.

76. Esto último es importante resaltarlo porque Wi Net señala que Virtual Service habría afirmado tener una mala situación económica. Al respecto, no obra comunicación de Virtual Service en la que solicite el refinanciamiento de las facturas impagas productos de una mala situación económica. Ello no significa que eso no haya sido así, pero lo que sí es un hecho cierto es que las facturas no fueron pagadas oportunamente por Virtual Service y que Wi Net decidió refinanciarlas de manera voluntaria. En tal sentido, este Tribunal considera que correspondía a Wi Net verificar la situación comercial de Virtual Service para merituar el por qué de la dilación en los pagos más aún cuando estaba refinanciando cantidades importantes de dinero.
77. En su apelación Wi Net reitera que siempre actuó en un marco de buena fe comercial. Este Tribunal no duda que ello haya sido así. Sin embargo, la buena fe no implica dejar de tomar medidas que garanticen la protección de los intereses

²⁷ Ver nota a pie de página 2

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

económicos propios de cada empresa. Así por ejemplo, la información que Wi Net presenta sobre las importaciones de equipos que habría realizado Virtual Service y que coincide con el periodo en el cual no habría cumplido con sus obligaciones pecuniarias a Wi Net, acreditan que Wi Net pudo en forma oportuna haber obtenido esa información en centrales de riesgo²⁸ y haber adoptado otro tipo de decisiones comerciales.

78. Asimismo, el hecho que Virtual Service haya tenido disponibilidad económica para adquirir dichos equipos y que se haya rehusado a cumplir con sus obligaciones económicas en forma oportuna implicaría que Virtual Service pudo haber utilizado el dinero de la facturación para dichas inversiones. Lo cierto es que no hay evidencia cierta de ello. Sin embargo, en lo que atañe a la presente controversia y la implicancia de este hecho como parte de una presunta estrategia anticompetitiva, dicha información, específicamente aquella relacionada con el hecho que si los clientes cumplían o no con el pago de los servicios recibidos y que efectivamente, ahí podría encontrarse la razón del posible incumplimiento o retrasos en los pagos de Virtual Service también pudo ser de conocimiento de Wi Net en forma oportuna²⁹.

79. Por otro lado, Wi Net señala en su apelación que el Cuerpo Colegiado se equivoca cuando afirma que *"no puede hablarse de una intención de VIRTUAL SERVICE de incumplir sus obligaciones para perjudicar a WI NET"*, cuando Virtual Service mantiene con ella, a la fecha de interposición del Recurso de Apelación, una deuda ascendente a US\$ 72,722 dólares la misma que no habría tenido la intención de pagar.

Wi Net hace esta afirmación bajo el entendido que cuando se intercambiaron facturas pendientes de pago por letras de cambio las mismas fueron firmadas por el Sr Guido Cánepa Gerente General de Virtual Service y éste en escrito de fecha 27 de octubre de 2005, en el que contesta la demanda de la presente controversia, afirma que dichos títulos valores fueron emitidos sin facultades para ello³⁰.

²⁸ En el escrito de fecha 07 de noviembre de 2005 Wi Net presenta información obtenida en INFOCORP al 16 de agosto de 2005 en el que se acredita la situación financiera de Virtual Service a dicha fecha.

²⁹ Es pertinente señalar que es Wi Net quien infirió la mala situación económica de Virtual Service. Así en su escrito del 09 de mayo de 2005 afirma que *"(....)Wi Net podía válidamente presumir que VSP no tenía intención alguna ni de vender su cartera de clientes a Wi Net ni de presentar algún tipo de alternativa para solucionar un problema aparentemente estructural de capacidad de pago de VSP, la cual a pesar de su actual propio dicho, si aparentaba atravesar problemas económicos. De otro modo ¿cómo entender el constante atraso de los pagos realizados por VSP y expresamente la mención del gerente de VSP (ver correo electrónico mencionando el punto d. Del recuento de los hechos) en que proponía un nuevo calendario de pagos con "letras de menor monto para facilitar el cumplimiento"? (...)"*

³⁰ En el escrito del 27 de octubre del 2005 se menciona:

"1.- Los títulos valores que recaudan la presente demanda (...) fue emitido por representante sin facultades para hacerlo, pues el Sr. Guido Keneth Cánepa Middlebrock al momento de la emisión del título valor ha excedido sus facultades como representante legal de la empresa, pues el título valor debió también ser firmado por el señor Rafael Pesaque Pastor.

2. Que tal como consta en la Escritura Pública que adjuntáramos el señor Guido Kenneth Cánepa Middlebrock a efectos de emitir títulos valores requería de la firma del señor Rafael José Pesaque Pastor"

80. Al respecto, conviene precisar que este hecho no ha sido ni invocado por Wi Net como un elemento que habría formado parte de la estrategia anticompetitiva³¹ ni forma parte de los elementos que han sido analizados en Resolución apelada³², de conformidad con la Resolución N° 001-2005-CCO/OSIPTEL que admitió a trámite la pretensión de Wi Net.

Por tanto, este Tribunal no puede pronunciarse respecto de dichas conductas como parte de una estrategia anticompetitiva.

Conducta evasiva a responder las comunicaciones

81. Wi Net afirma que habría entrado en tratativas con Virtual Service para adquirir su cartera de clientes y que luego Virtual Service habría evitado responder dichas comunicaciones. Este hecho no implica un acto desleal ni contrario a la buena fe. El dejar de responder una comunicación comercial puede ser una falta a la cortesía comercial pero no una ilegalidad. La falta de respuesta a las comunicaciones no está prevista como una obligación contractual por lo que no puede ser calificada como una infracción a dicho acuerdo entre las partes. Por tanto tampoco puede ser considerada como una acción destinada a perjudicar a Wi Net.

Falta de información de los trámites ante el MTC y el Contrato con Millicom

82. Respecto a la obligación de informar las solicitudes y trámites que Virtual Service venía tramitando en el MTC, es necesario precisar que no existe una obligación legal que establezca que las empresas deban informar de sus actividades a otras. Así, tampoco obra en el contrato de comercialización la obligación contractual ni de Wi Net ni de Virtual Service de informar de sus relaciones empresariales y comerciales de la una para con la otra.
83. Siendo ello así, Virtual Service no solo estaba en plena libertad de buscar obtener una licencia para prestar el servicio de portador local sino también en abstenerse de informar dichos trámites a Wi Net.

³¹ En la página 34 de la Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPTEL se menciona lo siguiente:

"Los hechos que sustentaron la presentación de la denuncia y que fueron recogidos en la resolución que la admitió son: (i) la simulación de supuestos problemas de cumplimiento a las obligaciones contractuales de VIRTUAL SERVICE; (ii) la simulación de un interés de solucionar los mencionados problemas mediante el inicio de conversaciones; (iii) la ejecución de una estrategia de maniobras y actos dilatorios, como el silencio y de faltas de respuesta a las continuas comunicaciones por parte de WI-NET; (iv) el ocultamiento deliberado del conflicto de interés; y, (v) la interposición de una acción penal notoria y evidentemente maliciosa en contra del gerente general de WI-NET"

³² La Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPTEL analiza la presunta articulación de conductas que constituirían una estrategia anticompetitiva

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

84. Además como señala el Cuerpo Colegiado las solicitudes presentadas al MTC son de conocimiento general al ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano o de ser el caso se encuentran en la página web de dicho organismo.
85. El contrato que Virtual Service celebró con Millicom también ha sido calificado como uno de los elementos que forman parte de la estrategia anticompetitiva que implementó dicha empresa para perjudicar a Wi Net. Al respecto conviene precisar que en el contrato de comercialización no ha sido pactada una cláusula que obligue a Virtual Service a ser un comercializador exclusivo de los servicios de Wi Net. Siendo ello así, mal podría cuestionarse el derecho de Virtual Service de celebrar un contrato paralelo a la relación de comercialización que mantenía con Wi Net ³³.
86. Asimismo, no existe evidencia que el contrato celebrado entre Virtual Service y Millicom haya entrado en vigencia mientras duró la relación contractual entre Wi Net y Virtual Service. Por lo tanto, este Tribunal concluye que el Cuerpo Colegiado ha revisado la información que obra en el expediente y ha realizado una valoración de las pruebas conforme a Ley.
87. Un punto adicional es el tema de la solicitud de recuperación de equipos y que no se habría producido por la inacción de Virtual Service ocasionando severos perjuicios a Wi Net.
88. Sobre el particular una revisión del contrato de Comercialización en el Anexo "Puntos Adicionales a pedido para el servicio de el Comercializador" nos remite a lo siguiente:

"Proceso de Resolución de Contrato

Retiro de Equipos: Se coordinará junto con Wi Net el recojo de los equipos de comunicaciones de aquellos clientes que salgan de la red de EL COMERCIALIZADOR, éste no se responsabilizará por la pérdida de los mismos, más el Cliente sí, puesto que tendrá una penalidad por pérdida de USD \$2,000.00 que es valor del kit suscriptor (Equipo y accesorios)."

89. Una cláusula de dicha naturaleza determina que la responsabilidad de recuperar los equipos recae exclusivamente en Wi Net así como la responsabilidad de un eventual daño de los mismos es del cliente de Virtual Service. Es decir, para la devolución de equipos no fue pactada la participación de Virtual Service. Ello no quiere decir en modo alguno que este Tribunal avale la conducta de Virtual Service. Lo más adecuado hubiese sido que en el contrato se hubiera pactado la participación de Virtual Service ya que dicha empresa era la que tenía la relación directa con el cliente.

³³ Siguiendo con el ejemplo anterior el fabricante de calzado A podría adquirir una curtiembre D y por tanto dejar de adquirir en el futuro los insumos que le provea la Curtiembre B. Este hecho no tendría porque ser informado previamente a la Curtiembre B, aun cuando mediara una relación comercial de muchos años de antigüedad, con excepción claro está, que en el contrato de comercialización o abastecimiento de insumos se hubiera establecido una cláusula de tal naturaleza.

90. Teniendo en cuenta el análisis realizado, este Tribunal es de la opinión que no ha sido acreditada la ilegalidad de las acciones adoptadas por Virtual Service y más aún no se ha acreditado que todas ellas en su conjunto formen parte de una estrategia anticompetitiva diseñada y planificada con el objeto de perjudicar a Wi Net, ya que ha quedado acreditado que Wi Net pudo adoptar precauciones mínimas que habrían cautelado sus intereses económicos.

IV RESPECTO DE LA GRADUACIÓN DE LAS MULTAS

91. Virtual Service en su apelación cuestiona la sanción impuesta por el Cuerpo Colegiado y considera que la misma no ha sido graduada adecuadamente en virtud a las infracciones cometidas y a la conducta de Wi Net.
92. Al respecto, Virtual Service considera que el uso de la información de la base de datos es una infracción que busca menoscabar seriamente a la competencia y por tanto es una infracción que debe ser declarada grave. Asimismo, debe tomarse en consideración para incrementar la multa que durante todo el procedimiento Wi Net se ha dedicado a confundir al Cuerpo Colegiado alegando la inexistencia de una relación de competencia entre las partes. Así también, ha presentado argumentos que no se encuentran vinculados a desvirtuar las acciones que realizó como por ejemplo, la existencia de las deuda entre las partes y finalmente, afirma Virtual Service que el incremento de multas desincentivará la realización de conductas futuras por parte de Wi Net.
93. Sobre el particular, el hecho que Wi Net insista en su argumento de la inexistencia de una relación de competencia entre las partes durante el procedimiento en primera instancia y que también lo señale en la apelación presentada contra la Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPTEL reside en su legítimo derecho a pretender y a sostener una posición que considera válida. Dicho argumento forma parte del legítimo ejercicio del derecho a la defensa, en el marco de un proceso de solución de controversias.
94. En tal sentido, aún cuando este Tribunal haya considerado que dicho argumento no es correcto, ello no implica que el haberlo sostenido durante la tramitación del presente procedimiento, sea una razón para incrementar la sanción impuesta. Este Tribunal considera que sólo será motivo para incrementar la sanción la evaluación de la práctica desleal y los efectos de la misma.
95. Respecto a la referencia a la presentación de argumentos no vinculados con la presente controversias, tales como la existencia de una deuda por parte de Virtual Service a Wi Net, este Tribunal considera necesario precisar que la existencia de la deuda no sólo es un hecho cierto y debidamente acreditado en la presente controversia, sino que la remisión a las deudas existentes sí han resultado plenamente pertinente en el presente procedimiento porque su existencia desvirtuaron la presunta realización de una infracción a la cláusula general en la que no incurrió Wi Net y que fue invocada por Virtual Service.

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

Dicha conducta fue la modificación de la relación contractual por iniciativa de Wi Net, la misma que no configuró una infracción a la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal precisamente porque el cambio en dicha relación contractual se habría fundado en la existencia de deudas por pagar.

96. Por tanto, este hecho tampoco es un sustento para incrementar las multas impuestas en la Resolución N° 019-2005-CCO/OSIPTEL.
97. Finalmente, con relación al desincentivo que implica la imposición de una multa. Este Tribunal considera que dicha afirmación es correcta. Sanciones pecuniarias altas pueden constituir un desincentivo para la comisión de futuras prácticas desleales. Sin embargo, en el presente procedimiento el Cuerpo Colegiado ha evaluado adecuadamente los requisitos para imponer una sanción y en tal sentido, tomando en cuenta los actuados, la imposición de la sanción sería adecuada.
98. Por otro lado, Wi Net alega que respecto a la comisión de las infracciones en las cuales ha sido encontrada responsable su representada habría incurrido en un supuesto de error y que este constituiría un error invencible³⁴ puesto que Wi Net actuó en la creencia que existía un sustento contractual para utilizar la base de datos de los clientes de Virtual Service ante el reiterado incumplimiento de dicha empresa de sus obligaciones económicas.
99. Al respecto, es conveniente precisar que las disposiciones en materia de leal competencia son disposiciones de orden público y de obligatorio conocimiento en general y más aún de los agentes económicos que realizan actividades en el mercado.
100. Siendo ello así, el cumplimiento de dicha normativa legal es imperativo y por tanto su incumplimiento acarrea sanciones establecidas en dicho cuerpo legal.
101. En consecuencia, un contrato en el cual se hubiera establecido una cláusula mediante la cual una de las partes quedaba facultada legalmente para enviar una comunicación que busca inducir en una inducción a la infracción contractual o una estipulación del contrato que permita conducirse en forma desleal, como ha sido acreditado en la presente controversia, habría sido una cláusula contractual nula de pleno derecho, conforme lo establece el Código Civil³⁵.

³⁴ Código Penal
"Artículo 14.-

*El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culpable cuando se hallare prevista como tal en la ley.
El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena."*

³⁵ Código Civil
"Artículo 1354

Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

102.En consecuencia, en opinión de este Tribunal no corresponde invocar la existencia de un error invencible en el presente procedimiento.

V.- DECLARACIÓN DE IMPROCEDENCIA DE COSTOS

103.Virtual Service apela la declaración de improcedencia sobre la determinación del pago de costos y afirma que ella ha incurrido en gastos de servicios especializados para ejercer su defensa.

104.El ordenamiento del pago de costos es una facultad otorgada a los Cuerpos Colegiados y al Tribunal de Solución de Controversias, en virtud a las leyes de la materia³⁶. Así, es posible disponer que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en los que haya incurrido el denunciante³⁷.

Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo".

³⁶ Norma aplicable a los procesos de solución de controversias seguidos ante OSIPTTEL de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, así como por el artículo 100° del Reglamento General de OSIPTTEL, Decreto Supremo N° 008-2001-PCM. Estas normas señalan lo siguiente:

Ley N° 27332

Artículo 5°.- Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas

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

Decreto Supremo N° 008-2001-PCM

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

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

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

³⁷ LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI,

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

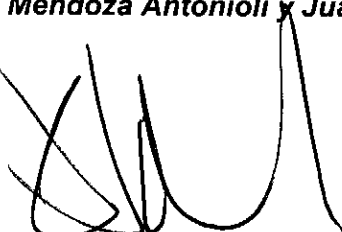
Resolución N° 008-2006-TSC/OSIPTEL

105. Asimismo, disposiciones del Código Procesal Civil nos precisan que debe entenderse por costas del procedimiento³⁸. Sin embargo, no existe una disposición que señale expresamente cuando procede o no el pago de costos.
106. En tal sentido, el Cuerpo Colegido ha considerado para no disponer el pago de costos el hecho que Wi Net ha tenido una conducta procesal adecuada durante todo el procedimiento y también que dicha empresa actuó de buena fe bajo la creencia que el contrato la facultaba enviar comunicaciones a los clientes de Virtual Service con un contenido, al que le facultaba el contrato.
107. Ninguna de estas consideraciones resulta inválida, porque la determinación del pago de costos no es un derecho per se del administrado, sino una liberalidad del órgano resolutorio. Siendo ello así, este Tribunal coincide con las consideraciones que ha tenido el Cuerpo Colegiado para no disponer el pago de costos.

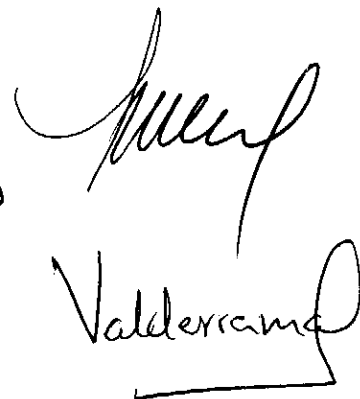
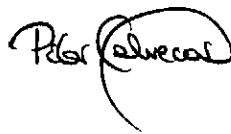
RESUELVE:

Artículo Único: Confirmar la Resolución N° N° 019-2005-CCO-OSIPTEL en todos los extremos apelados.

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



DANTE MENDOZA ANTONIOLI
PRESIDENTE



³⁸ Código Procesal Civil

Artículo 410.- 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.