

INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL)

RESOLUCION NO. 094-10

QUE CONOCE SOBRE LA SOLICITUD DE INVESTIGACION FORMAL ACORDE AL REGLAMENTO DE LIBRE Y LEAL COMPETENCIA, INTERPUESTA POR COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, C. POR A., CONTRA ORANGE DOMINICANA, S.A., POR ALEGADOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN EL MARCO DE LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DENOMINADA “ORANGE SIEMPRE CUMPLE LO QUE PROMETE”.

El Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), por órgano de su Consejo Directivo y de conformidad con las disposiciones de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, de 27 de mayo de 1998, publicada en la Gaceta Oficial No. 9983, reunido válidamente, previa convocatoria, dicta la presente **RESOLUCION**:

Con motivo de la “**Solicitud de investigación conforme al Reglamento de Libre y Leal Competencia**”, interpuesta por **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, C. POR A.**, contra **ORANGE DOMINICANA, S.A.**, el día 19 de agosto de 2009.

Antecedentes.-

1. El 11 de agosto de 2009, el Presidente del Consejo Directivo del **INDOTEL**, doctor José Rafael Vargas, fue entrevistado en el programa de televisión “El Despertador”, el cual se transmite por el canal 7 de “**Antena Latina**”, donde fue cuestionado en relación con una reciente decisión del Consejo Directivo del **INDOTEL**, en la que se acordaron medidas a consecuencia de la degradación en los servicios de telefonía que ofrece **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELÉFONOS, C. POR A.** (en lo adelante, “**CODETEL/CLARO**”);
2. El viernes 14 de agosto de 2009, **ORANGE DOMINICANA, S.A.** (en lo adelante, “**ORANGE**”), lanzó la campaña “**Orange siempre cumple lo que promete**”, a través de los principales canales de televisión del país. En dicha campaña publicitaria, se utilizó un fragmento de las declaraciones dadas por el **Dr. José Rafael Vargas** en la entrevista que le fuera realizada en el programa “El Despertador”, siendo el contenido del anuncio, el que se transcribe a segundas:

“Voz de locutor en off: “Boletín informativo Orange: Orange te trae una reseña de la entrevista del doctor José Rafael Vargas, Presidente del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)”

(Paralelamente sale en pantalla sobre fondo negro la siguiente leyenda:

ENTREVISTA

DR. JOSE RAFAEL VARGAS

PRESIDENTE INDOTEL

EL DESPERTADOR

ANTENA LATINA

11 DE AGOSTO DEL 2009)

Voz e imagen del Dr. José Rafael Vargas: “[...] pero ustedes saben que hubo una ocasión en que ORANGE también, hubo una avería en esa empresa que afectó a los usuarios, bueno, nosotros tomamos la misma decisión que tomamos con CODETEL, comenzamos un proceso con esa empresa, dimos oportunidades, se nos presentaron soluciones durante más de un año y resolvieron el problema. Incluso esa empresa llegó a adquirir frecuencias para ampliar su plataforma de redes y mejorar la calidad de su servicio, y todavía lo están haciendo, desarrollando inversiones. Es cierto

que CODETEL también ha hecho inversiones importantes para ampliar su capacidad de redes, su plataforma tecnológica en los últimos tiempos, pero de lo que no hay duda es que incumplieron el compromiso que habían hecho frente al INDOTEL y frente al país de evitar que se siguieran produciendo averías, degradaciones en la calidad del servicio y eso no lo decimos nosotros, eso lo vive la población. [...]”

Voz de locutor en off, leyendo texto indicado en la pantalla: “ORANGE, siempre cumpliendo lo que promete, con la mejor red GSM del país”.

3. El uso de la imagen y la voz del Presidente del Consejo Directivo, Dr. José Rafael Vargas, y, en consecuencia del **INDOTEL**, fue realizado sin la previa y expresa autorización de éstos, por lo cual, el indicado funcionario requirió a ejecutivos de **ORANGE**, el 15 de agosto de 2009, la suspensión inmediata de la difusión de la propaganda anteriormente indicada;

4. El 17 de agosto de 2009, fue sostenida una reunión entre el Presidente de **ORANGE**, señor Jean Marc Harion y algunos miembros del Consejo Directivo del **INDOTEL** en relación con el uso no autorizado de la imagen del ente regulador con fines publicitarios, realizada por **ORANGE**. En dicha reunión, el Presidente de **ORANGE** se comprometió a difundir una disculpa pública respecto al uso no autorizado de la imagen del **INDOTEL**, y, en especial, de la persona del Presidente de su Consejo Directivo;

5. Mediante comunicación escrita, recibida el 19 de agosto de 2009, y mensaje correo electrónico de la misma fecha, **ORANGE** remitió al **INDOTEL** un borrador del aviso público que sería publicado por dos (2) días consecutivos en la prensa de circulación nacional, donde presentaba su disculpa pública por el uso no autorizado de la imagen del **INDOTEL**, a través de la persona de su Presidente de su Consejo Directivo;

6. En la misma fecha, 19 de agosto de 2009, **CODETEL** depositó ante el **INDOTEL** una instancia contentiva de una “**Solicitud de investigación conforme al Reglamento de Libre y Leal Competencia**”, por la alegada comisión de actos de competencia desleal por parte de **ORANGE**, en el marco de su campaña “*Orange siempre cumple lo que promete*”, iniciada el viernes, 14 de agosto de 2009, presentando los argumentos que citamos a continuación:

“(...) El aviso constituye una “innovación” en materia publicitaria en el sector, que de validarse, se constituirá en una práctica en virtud del cual cualquiera de las empresas del sector podrá utilizar sin reparo alguno la imagen de la autoridad regulatoria para hacer llegar el mensaje a la población que el Presidente del Indotel se adscribe del lado de tal o cual prestadora. Ello constituiría un precedente nefasto, toda vez que se violentaría el principio de neutralidad e imparcialidad que debe ser inherente a quien ocupe el cargo de Presidente del organismo regulador del sector.

La campaña de Orange Dominicana es desleal porque sin duda alguna es contraria a las buenas costumbres comerciales, al usar de forma inconsulta e inadmisibles, la imagen del Presidente de Indotel para “promocionar” su red como la mejor red GSM del país. Pero también es desleal porque sacando de contexto las declaraciones del Presidente de Indotel en un programa matutino de televisión, realiza una práctica que en lugar de limitarse a exaltar las virtudes de sus productos o servicios, se enfoca en desacreditar la actividad y las prestaciones de un tercer, en este caso Codetel, pretendiendo realizar una comparación de “quien cumple y quien no” en el sector, omitiendo información y sin tener en consideración detalles como que las declaraciones utilizadas hacen referencia a situaciones ocurridas hace más de un año.

El mensaje de la campaña publicitaria de Orange constituye una afirmación que además de ser poco delicada y alejada de los buenos usos y costumbres comerciales, es inexacta y por demás ajena a la verdad. En pocas palabras el mensaje que Orange pretende transmitir al público en

general es dar a entender que según el órgano regulador de las telecomunicaciones dominicano, Orange siempre cumple con sus compromisos y CODETEL no.(...)

7. El 20 de agosto de 2009, el Consejo Directivo del **INDOTEL** encomendó a la Directora Ejecutiva, a tenor de lo dispuesto por el artículo 20 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones, dictado mediante Resolución No. 022-05 del Consejo Directivo y el artículo 84 de la Ley No. 153-98, a dar inicio a la correspondiente investigación preliminar, con el propósito de determinar si existen indicios de posibles prácticas desleales por parte de **ORANGE**, en la campaña previamente citada, que motive la realización o no de una investigación formal;

8. Mediante comunicación número 09007009, de 21 de agosto de 2009, la Directora Ejecutiva del **INDOTEL** notificó a **ORANGE** la “solicitud de investigación conforme al Reglamento de Libre y Leal Competencia”, por la alegada comisión de actos de competencia desleal por parte de **ORANGE DOMINICANA, S.A.**, en su campaña publicitaria “Orange siempre cumple lo que promete”, interpuesta por **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, C. POR A. (CODETEL)**, el día 19 de agosto de 2009, con lo cual se daba inicio a la investigación preliminar ordenada por el artículo 20 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones;

9. El viernes, 21 de agosto de 2009, **ORANGE DOMINICANA, S.A.**, difundió una disculpa pública con motivo del uso de la imagen no autorizada del Presidente del Consejo Directivo del **INDOTEL** en el marco de la campaña publicitaria “**Orange siempre cumple lo que promete**”; siendo el contenido de dicha disculpa pública el siguiente:

Voz de locutora en off

Paralelamente sale en pantalla, sobre fondo negro, el siguiente escrito:

“Por este medio, Orange Dominicana, S.A. pide sinceras disculpas al Dr. José Rafel Vargas, Presidente del Consejo Directivo del Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL), y a su Consejo Directivo en pleno, por haber hecho uso de su imagen de manera inconsulta, al reproducir declaraciones de este funcionario en espacio publicitario pagado por esta empresa con fines comerciales y difundido recientemente en diferentes canales de televisión.

Orange Dominicana, S.A. reafirma su compromiso de respetar las reglas de la competencia leal y responsabilidad corporativa, en consonancia con el valor fundamental que rige nuestra marca, la honestidad.

Asimismo, reconoce que la robustez del órgano regulador de las telecomunicaciones le permite mantener un nivel pleno de independencia y neutralidad de cara al sector de las telecomunicaciones en el país.

Reiteramos nuestro apoyo a las ejecutorias del INDOTEL por entender que su gestión encabezada por Dr. José Rafael Vargas, se apega a los principios de transparencia, buena administración y desvelo equilibrado a favor de los usuarios y las prestadoras de los servicios de telecomunicaciones en la República Dominicana.”.

10. Posteriormente, el 18 de septiembre de 2009, la Directora Ejecutiva del **INDOTEL**, actuando de conformidad con las instrucciones impartidas por el Consejo Directivo de este órgano regulador, presentó su “**Informe de Investigación Preliminar**”, cuyas conclusiones y recomendaciones citamos, textualmente, a continuación:

*[...] 20. En el marco de la presente investigación preliminar, es un hecho incontestable que **ORANGE** difundió un anuncio publicitario utilizando la imagen del **INDOTEL**, en la persona del Presidente de su Consejo Directivo, el cual fue realizado sin la previa, expresa y correspondiente*

autorización del **INDOTEL** ni del indicado funcionario. Ese anuncio constituye un **acto de competencia**, pues fue realizado en el mercado, con finalidad concurrencial.

21. El referido acto de competencia utiliza declaraciones realizadas por el Presidente del Consejo Directivo del **INDOTEL**, colocándolas en un contexto a favor de la concesionaria **ORANGE**, en desmedro del papel imparcial, neutral y objetivo que está llamado a hacer y ha venido ejerciendo este órgano regulador en el sector de las telecomunicaciones. En consecuencia, dicho acto de competencia es susceptible de constituir un **acto de confusión**. Al respecto, ha sido determinado por la doctrina de competencia que la existencia de actos de confusión es uno de los principales criterios a tener en cuenta, a la hora de evaluar una actuación que pueda ser considerada como desleal.

22. La **confusión** puede ser definida como la conducta destinada a crear desconcierto respecto de la actividad, servicios, productos y establecimientos ajenos. El anuncio de que se trata, produjo un riesgo de confusión para todos los televidentes, pues se daba la incorrecta impresión de que el **INDOTEL**, cuyo papel debe estar caracterizado siempre por la objetividad, neutralidad e imparcialidad, se encuentra vinculado con la prestadora **ORANGE**. El riesgo de confusión al que los televidentes de dicho anuncio publicitario se vieron expuestos, es suficiente para establecer que existen indicios que apuntan hacia el carácter desleal de esta práctica.

23. Asimismo, el uso de la imagen del **INDOTEL** para la realización del referido acto de competencia podría constituir también un **acto de engaño**, toda vez que se produjo una impresión falsa respecto de la posición del ente regulador respecto del asunto tratado.

24. Por último, es preciso resaltar que la práctica internacional en materia de competencia, sanciona como desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, productos, servicios, establecimientos o relaciones comerciales de un tercero, que pueden causar su descrédito en el mercado. La **denigración** ha sido interpretada para abarcar cualquier información, verdadera o falsa, que se relacione con un competidor e intente desacreditarlo. En Derecho Comparado encontramos casos en los que, cuando la denigración es generada por una afirmación verdadera, la legislación exige que la información de descrédito sea, además, pertinente y exacta.

25. Todos los actos anteriormente señalados, sumado al hecho de que el acto de competencia difundido por **ORANGE** tiene evidentemente la intención de beneficiar a esta concesionaria en el mercado, en base al descrédito de las actividades y prestaciones comerciales de **CODETEL**, constituyen indicios de falta al principio de buena fe comercial, que atenta contra las disposiciones establecidas en los literales “a”, “e” y “f” del artículo 17.1 del Reglamento de Libre y Leal Competencia, relativos a los actos de competencia desleal.

26. En virtud de todo lo anterior, luego de agotar el proceso de investigación y análisis descrito en el presente informe de investigación preliminar, quien suscribe es de criterio de que en el caso que nos ocupa corresponde al Consejo Directivo, en virtud de las facultades otorgadas por los artículos 78 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, 2 y 5 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones, **iniciar la investigación formal** establecida en el artículo 21 del referido Reglamento; en vista de que se ha podido comprobar la realización de un acto de competencia cuyas consecuencias podrían ser tipificadas como desleales, por falta al principio de buena fe comercial, al incurrir en confusión, engaño y denigración; teniendo como principal finalidad desacreditar la actividad y prestaciones comerciales de un competidor y afectando la imagen de imparcialidad que debe primar respecto del órgano regulador de las telecomunicaciones. Los indicios encontrados apuntan a que el acto de competencia de que se trata, transgrede las disposiciones establecidas en el artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones, y del Reglamento de Libre y Leal Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones; así como del artículo 17.1 del mismo Reglamento.”

11. En tal virtud, el día 28 de octubre de 2009, mediante comunicación número 09009194, la Directora Ejecutiva del **INDOTEL** procedió a notificarle a **ORANGE** que el Consejo Directivo de este órgano

regulador quedó apoderado de la apertura de una investigación formal en torno a la campaña publicitaria **“Orange siempre cumple lo que promete”**, y, en consecuencia, en virtud de los artículos 21.5 y 21.6 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones, les remitió copia del informe de investigación preliminar realizado al efecto, así como copia del expediente administrativo que le sirve de soporte, indicándole a esa concesionaria el plazo de veinte (20) días calendario del cual disponía para presentar su escrito de defensa, siguiendo los lineamientos del artículo 21.6 del mencionado Reglamento;

12. En consecuencia, el 16 de noviembre de 2009, **ORANGE** depositó en el **INDOTEL** una instancia contentiva del *“Escrito de Defensa luego del inicio de Investigación Formal en torno a la campaña publicitaria **“Orange siempre cumple lo que promete”**, de la concesionaria Orange Dominicana, S.A., en virtud de la queja formal presentada por CODETEL, en fecha 19 de agosto de 2009”*, cuya parte petitoria copiamos a continuación:

“PRIMERO: ACEPTAR como regular y válido en cuanto a la forma, el presente Escrito de Defensa, por haber sido depositado en el tiempo otorgado a ORANGE DOMINICANA, para tales fines.

SEGUNDO: Y de manera principal, ORDENAR, previa comunicación a las partes, el cierre de la investigación formal, el archivo definitivo del expediente.

TERCERO: Subsidiariamente, RECHAZAR las pretensiones del (sic) CODETEL en su solicitud de queja, por improcedentes, mal fundadas y carentes de base legal y en tal sentido, ORDENAR el cierre de la Investigación Formal.

CUARTO: Más subsidiariamente, y en el improbable caso de que sean acogidas total o parcialmente las pretensiones de CODETEL, ESTABLECER como sanción única y razonable los comunicados aclaratorios ya publicados por ORANGE DOMINICANA en los medios televisivos y medios televisivos (sic); ORDENAR Y COMPROBAR que la dicha retractación pública ya ha sido cumplida; y DECLARAR, que dicha retractación pública en la prensa nacional y (sic) suficiente para reparar cualquier eventual daño al derecho a competir de CODETEL.”

13. El 1° de diciembre de 2009, mediante comunicación número 09010181, la Directora Ejecutiva del **INDOTEL**, remitió a **CODETEL** copia íntegra del escrito de defensa depositado por **ORANGE**, en aras de permitirle analizar lo planteado en el referido escrito, en resguardo del derecho de defensa de **CODETEL**, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21.7 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones. Asimismo le otorgó un plazo de cinco (5) días calendario para que depositara un escrito ante **INDOTEL**, contentivo de sus observaciones y medios de defensa;

14. Asimismo, el 1° de diciembre de 2009, mediante comunicaciones identificadas con los números 09010182 y 09010183, dirigidas a las concesionarias **ORANGE** y **CODETEL**, respectivamente, el **INDOTEL** les convocó a una audiencia pública a celebrarse el día 10 de diciembre de 2009, en las oficinas de esta institución, a los fines de conocer los alegatos y pretensiones de las partes respecto de la queja formal, interpuesta por **CODETEL**, con fecha 17 de agosto de 2009, contra **ORANGE**, por la alegada comisión de prácticas desleales en el marco de la campaña publicitaria *“ORANGE siempre cumple lo que promete”*;

15. El 10 de diciembre de 2009 se celebró la audiencia antes citada, en la cual **CODETEL** presentó sus comentarios y observaciones en relación con la alegada comisión de prácticas desleales en el marco de la campaña publicitaria *“ORANGE siempre cumple lo que promete”*, solicitándole a este órgano regulador lo siguiente:

PRIMERO: Que se compruebe y declare que el corte publicitario denominado “Orange siempre cumple lo que promete”, y su difusión, constituyó una falta a las disposiciones del Reglamento de Libre y Leal Competencia, a la Ley General de Telecomunicaciones y a los usos y costumbres que en materia de publicidad constituyen la norma en el sector.

SEGUNDO: Que en consecuencia, se ordene a **ORANGE DOMINICANA** la presentación, difusión, de manera equivalente, comparable y proporcional, de un reconocimiento público o corrección en la cual reconozca su falta, tanto en relación al uso de la figura del Presidente del órgano regulador de las telecomunicaciones, para con la **COMPAÑÍA DOMINICANA DE TELEFONOS, C. POR A.**

TERCERO: Dejan a consideración del Consejo Directivo cualquier otra medida que estime pertinente, bajo reservas de réplicas.

16. Asimismo, **ORANGE**, luego de presentar sus observaciones y medios de defensa, procedió a reiterar las conclusiones establecidas en su escrito de defensa, agregando un pedimento adicional, quedando sus conclusiones finales de la manera siguiente:

“PRIMERO: ACEPTAR como regular y válido en cuanto a la forma, el presente Escrito de Defensa, por haber sido depositado en el tiempo otorgado a ORANGE DOMINICANA, para tales fines.

SEGUNDO: Y de manera principal, ORDENAR, previa comunicación a las partes, el cierre de la investigación formal, el archivo definitivo del expediente.

TERCERO: Subsidiariamente, RECHAZAR las pretensiones del (sic) CODETEL en su solicitud de queja, por improcedentes, mal fundadas y carentes de base legal y en tal sentido, ORDENAR el cierre de la Investigación Formal.

CUARTO: Más subsidiariamente, y en el improbable caso de que sean acogidas total o parcialmente las pretensiones de CODETEL, ESTABLECER como sanción única y razonable los comunicados aclaratorios ya publicados por ORANGE DOMINICANA en los medios televisivos y medios televisivos (sic); ORDENAR Y COMPROBAR que la dicha retractación pública ya ha sido cumplida; y DECLARAR, que dicha retractación pública en la prensa nacional y (sic) suficiente para reparar cualquier eventual daño al derecho a competir de CODETEL.

QUINTO: En atención a lo que establece el artículo 24 del Reglamento de Libre y Leal Competencia, el cual señala que *“Durante la instrucción de la investigación, el Consejo Directivo podrá dar por concluida la misma, cuando la parte sujeta a investigación brinde garantías que se entiendan suficientes, de que ha suspendido o que modificarán en lo inmediato el acto, los hechos, las prácticas o las conductas que se investigan. En este caso el Consejo Directivo actuará de conformidad a lo dispuesto por los literales a) y b) del artículo 23.1 del presente Reglamento”*; solicitamos considerar a título de garantías las medidas ya tomadas por ORANGE DOMINICANA, a las cuales nos hemos referido previamente.”

17. Frente al nuevo pedimento de **ORANGE**, la entidad **CODETEL** tomó la palabra indicando que *“hay que tener mucho cuidado con la aplicación del artículo 24 en los casos relativos a la publicidad, pues por el plazo que se otorga en el proceso, el caso será resuelto cuando sea corregido o rectificado”*. En tal sentido, presentó un nuevo documento probatorio, contentivo de un listado comparativo, realizado por la sociedad comercial **MEDIA EXPRESS, S.A.**, sobre las pautas de la publicidad denunciada, donde el aviso con la imagen del Presidente del **INDOTEL** fue exhibido en 102 ocasiones, entre los días 14 y 18 de agosto de 2009; mientras que la retractación pública fue pautada y exhibida solo 9 veces, durante los días 22 y 24.

18. La aportación de ese nuevo elemento probatorio por parte de **CODETEL**, originó el desarrollo de un debate en torno a la “admisibilidad” del mismo, de la manera que se indica a continuación:

ORANGE:

Solicita que se excluya, y si no que se le dé un plazo para defenderse. ORANGE resalta que CODETEL presentó la prueba después de las conclusiones sobre el fondo, por lo que resulta inadmisibile

CODETEL:

Explica que se presenta en este punto porque lo que se pretende probar con esto es que es improcedente la petición que ha hecho ORANGE, pues esta es una audiencia de presentación de pruebas y la propia invitación a la audiencia establece que se podrán depositar los escritos adicionales que se deseen hacer valer.

Añade que uno de los petitorios de ORANGE, quien además ha variado sus conclusiones por lo que no hay lugar a hablar de inmutabilidad del proceso, es que esto se desestime. No hay problemas con otorgar plazos para que se refieran a esto, pues lo importante es la lealtad de los debates. Es uso y costumbre de este Consejo Directivo, que el día de la audiencia se depositen pruebas y escritos, y se den plazos para salvar la lealtad de los debates.

ORANGE:

Cuando los debates están cerrados no es posible admitir nuevas pruebas. Hace referencia al artículo 22.5 del Reglamento de Libre y Leal Competencia que todo lo no previsto en este procedimiento se regirá por los Principios Generales del Derecho y por el Derecho Común.

CODETEL:

En el procedimiento estamos en una investigación formal. No hay otro momento para presentar pruebas, sino este.

19. El Consejo Directivo del **INDOTEL**, después de haber oído las exposiciones, alegatos, conclusiones y pedimentos presentados por los representantes de las concesionarias **CODETEL** y **ORANGE**, con motivo del incidente de que se trata, dictó la siguiente decisión “*in voce*” en la misma audiencia:

PRIMERO: Sin perjuicio de la admisibilidad o valoración del elemento probatorio que ha depositado **CODETEL** con ocasión de la presente audiencia y después de presentadas sus primeras conclusiones sobre el fondo del asunto, pero luego de conclusiones adicionales presentadas por su contraparte, el Consejo Directivo decide otorgar, de conformidad con las disposiciones del artículo 22.2 del Reglamento de Libre y Leal Competencia, un plazo de 3 días calendario, que se inicia el lunes 14 de diciembre, para referirse al documento depositado por **CODETEL** en esta audiencia.

SEGUNDO: En el plazo establecido en el ordinal “Primero”, **ORANGE** podrá referirse, sin ningún tipo de limitaciones: A) A la admisibilidad del elemento probatorio, y B) Al contenido del mismo, si lo estima pertinente.

TERCERO: El órgano regulador hace constar que de conformidad con las disposiciones que rigen el procedimiento administrativo, es su obligación velar por la lealtad en los debates y aplicar en lo que fuere posible los principios del derecho común y las disposiciones supletorias, y que ante la inexistencia de un Reglamento para dirimir controversias entre concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, se hace necesario procurar el auxilio del derecho común, salvaguardando por mandato de la Ley y de la Constitución, el derecho de defensa.

CUARTO: El Consejo Directivo declara que una vez vencido el plazo de 3 días otorgado a **ORANGE** para referirse a los aspectos formales y de fondo de ese elemento probatorio, el órgano regulador tomará su decisión del proceso sancionador de que se trata, mediante resolución motivada, tal como lo prevé el artículo 91 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98.”

20. Como consecuencia de la decisión del Consejo Directivo, antes referida, el 16 de diciembre de 2009, **ORANGE** depositó un *“Escrito ampliatorio a las conclusiones principales e incidentales presentadas in voce en la audiencia del día 10 de diciembre de 2009, luego de la apertura a juicio de (sic) boletín informativo denominado “Orange siempre cumple lo que promete”, de la concesionaria Orange Dominicana, S.A., en atención al recurso de queja formal presentada por CODETEL, en fecha 19 de agosto de 2009”*, donde se refirió al incidente de la admisibilidad y a importantes aspectos sobre el fondo del caso en cuestión, ratificando todas y cada una de las conclusiones pronunciadas *in voce* en la audiencia celebrada en fecha 10 de diciembre de 2009;

**EL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO DOMINICANO DE LAS
TELECOMUNICACIONES (INDOTEL), DESPUÉS DE HABER
ESTUDIADO Y DELIBERADO SOBRE EL CASO:**

CONSIDERANDO: Que el Consejo Directivo del **Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones(INDOTEL)**, se encuentra apoderado de una solicitud de **investigación formal** respecto de los efectos que sobre la competencia pudo tener la campaña publicitaria **“Orange siempre cumple lo que promete”**, pauta y exhibida en los principales medios de comunicación televisiva los días comprendidos entre el 14 y 18 de agosto de 2009, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones, aprobado mediante la Resolución No. 022-05 del Consejo Directivo, a los fines de determinar si la misma constituye un acto de competencia desleal y transgrede las disposiciones establecidas en el artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, y del Reglamento de Libre y Leal Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones; así como del artículo 17 del mismo Reglamento;

CONSIDERANDO: Que es de principio que, antes de abocarse al conocimiento de los argumentos planteados en cuanto al fondo de la cuestión, este Consejo Directivo proceda a examinar su propia competencia para conocer del caso de que se trata; que, en este sentido, es menester ponderar que la competencia del órgano regulador, en el caso de la especie, se encuentra establecida en los textos legales y reglamentarios que a continuación se consignan:

- a) El artículo 3, literal “e” de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98¹, relativo a los objetivos de la misma, habilita a este órgano regulador para actuar como garante de las condiciones de competencia leal, efectiva y sostenible en el sector de los servicios de telecomunicación;
- b) Asimismo, el artículo 77 de la Ley, establece que el **INDOTEL**, entre las diversas funciones que, en su calidad de órgano regulador, está llamado a desempeñar, deberá *“garantizar la existencia de una competencia sostenible, leal y efectiva en la prestación de servicios de telecomunicaciones”*;
- c) En adición, el artículo 78 de la Ley, literal “d”, establece que una de las funciones del **INDOTEL** consiste en *“Prevenir o corregir prácticas anticompetitivas o discriminatorias, con arreglo a la presente Ley y sus reglamentaciones”*;

¹ Artículo 3, literal “e” de la Ley General de Telecomunicaciones: *“Los objetivos de interés público y social del presente ordenamiento, a la luz de los cuales deberán interpretarse sus disposiciones, son los siguientes: (...) e) Promover la participación en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones de prestadores con capacidad para desarrollar una competencia leal, efectiva y sostenible en el tiempo (...).”*

- d) Por su parte, el artículo 5 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones, establece las funciones y facultades del **INDOTEL** para la aplicación del Reglamento, dentro de las cuales podemos mencionar:

[...]

b. Investigar, prevenir, corregir y sancionar las prácticas restrictivas y desleales de la competencia en la forma prevista en la Ley, en este Reglamento y en las demás normas aplicables.

CONSIDERANDO: Que previo todo examen sobre el fondo del asunto del que se encuentra apoderado este Consejo Directivo, es preciso determinar la admisibilidad del documento probatorio presentado por **CODETEL** en la audiencia celebrada el día 10 de diciembre de 2009, con motivo de la investigación formal del caso que nos ocupa, el cual consistía en un listado comparativo realizado por la empresa **MEDIA EXPRESS, S.A.**, sobre los avisos publicitarios denominados “*Orange siempre cumple lo que promete*”; estableciendo la cantidad de veces que dicho anuncio fue difundido y la comparación con las que fue circulada la retractación del mismo; pieza probatoria que fue depositada en el momento en que **CODETEL** hacía uso de su derecho de réplica a las conclusiones de **ORANGE**;

CONSIDERANDO: Que el Reglamento de Libre y Leal Competencia para el sector de las telecomunicaciones dispone, en sus artículos 21 y 22, el procedimiento a seguir tanto en la investigación formal como en la fase de instrucción de la misma, estableciendo los momentos procesales en los que, tanto la parte denunciante como aquella a la que se le imputa la comisión de una conducta violatoria del referido Reglamento, pueden presentar los argumentos y medios probatorios que sustentan sus pretensiones;

CONSIDERANDO: Que el artículo 22.1 del Reglamento Libre y Leal Competencia para el sector de las telecomunicaciones, establece que “*las partes podrán hacer uso de los medios de prueba legalmente admisibles o solicitar se ordene practicar las medidas de instrucción que entiendan necesarias*”; que, sin embargo, este Consejo Directivo es de criterio que la presentación de los argumentos de réplica y contrarréplica no es el momento procesal pertinente para que una de las partes exhiba por primera vez un medio de prueba que pretende utilizar como sustento de sus pretensiones, máxime cuando es la parte que ha promovido la realización de la investigación de que se trata, por lo que ha tenido la oportunidad de hacerlo, tanto en el momento de la notificación del inicio de la investigación preliminar, como previo a la audiencia, y aún en el momento de celebrarse la misma, antes de presentar sus conclusiones;

CONSIDERANDO: Que la pieza probatoria que pretende hacer valer la concesionaria **CODETEL**, tiene como objetivo demostrar que en el caso que nos ocupa no se acepten la presentación de garantías establecida en el artículo 24 del Libre y Leal Competencia para el sector de las telecomunicaciones, tal y como solicitó la concesionaria **ORANGE** por vez primera en las conclusiones presentadas en la referida audiencia; que, sin embargo, tal previsión puede ser tomada de oficio por este Consejo Directivo, en cualquier etapa de la instrucción del proceso, por lo que la denunciante **CODETEL** debió argumentar y probar desde un inicio la no pertinencia de la aceptación de dichas garantías, y no cuando su contraparte solicitó la aplicación de las mismas;

CONSIDERANDO: Que este Consejo Directivo entiende que los procesos de investigación que instruye en ejercicio de sus potestades legales, deben unirse, cabalmente, a los principios de lealtad en los debates, contradicción y respeto al derecho de defensa; principios que se violentan al depositar una pieza probatoria importante, luego de que las involucradas en la investigación presentaran sus conclusiones formales; que, en tal virtud, este órgano colegiado entiende pertinente excluir el listado comparativo presentado por **CODETEL** en la audiencia celebrada el día 10 de diciembre de 2009,

realizado por la empresa **MEDIA EXPRESS, S.A.**, por lo que el mismo no será valorado al momento de estimar la pertinencia o no de la denuncia que nos ocupa;

CONSIDERANDO: Que las actividades publicitarias llevadas a cabo por los agentes del sector se enmarcan en la esfera de la prestación de servicios y comercialización de productos de telecomunicaciones; que, en virtud de las disposiciones antes mencionadas, el **INDOTEL** tiene dentro de sus funciones primordiales, el proteger y garantizar la existencia de una competencia leal, sostenible y efectiva en la prestación y comercialización de estos servicios y productos, por lo que, es evidente que el ente regulador de las telecomunicaciones es competente para investigar, prohibir y sancionar, si procede, las conductas que realice o pretenda realizar cualquier participante en el mercado de las telecomunicaciones; que, en la especie, es claro que la publicidad que enfrenta a las concesionarias **CODETEL** y **ORANGE** constituye un acto de competencia por parte de **ORANGE**, cuyas consecuencias pudiesen ser tipificadas como desleales, a la luz de las disposiciones que, sobre la competencia desleal, se encuentran establecidas en la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98 y el Reglamento General de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones;

CONSIDERANDO: Que, una vez establecida la competencia de este órgano para conocer sobre el fondo del asunto por el cual ha sido apoderado, procede ejercer la potestad reguladora para resolver el conflicto planteado por **CODETEL** contra **ORANGE**, por la alegada comisión de actos de competencia desleal por parte de esta última, en el marco de su campaña publicitaria “*Orange siempre cumple lo que promete*”;

CONSIDERANDO: Que, en síntesis, **CODETEL** alega que la campaña publicitaria de **ORANGE**, constituye un acto de competencia desleal por las razones y motivos que citamos a continuación:

“La campaña de Orange Dominicana es desleal porque sin duda alguna es contraria a las buenas costumbres comerciales, al usar de forma inconsulta e inadmisibles, la imagen del Presidente de Indotel para “promocionar” su red como la mejor red GSM del país. Pero también es desleal porque sacando de contexto las declaraciones del Presidente de Indotel en un programa matutino de televisión, realiza una práctica que en lugar de limitarse a exaltar las virtudes de sus productos o servicios, se enfoca en desacreditar la actividad y las prestaciones de un tercero, en este caso Codetel, pretendiendo realizar una comparación de “quien cumple y quien no” en el sector, omitiendo información y sin tener en consideración detalles como que las declaraciones utilizadas hacen referencia a situaciones ocurridas hace más de un año.

El mensaje de la campaña publicitaria de Orange constituye una afirmación que además de ser poco delicada y alejada de los buenos usos y costumbres comerciales, es inexacta y por demás ajena a la verdad. En pocas palabras el mensaje que Orange pretende transmitir al público en general es dar a entender que según el órgano regulador de las telecomunicaciones dominicano, Orange siempre cumple con sus compromisos y CODETEL no.(...)”.

CONSIDERANDO: Que, **CODETEL**, en virtud de lo antes expuesto, estima que **ORANGE** ha incurrido en competencia desleal al tipificarse su accionar en los siguientes supuestos del Reglamento de Libre y Leal Competencia del Sector de las Telecomunicaciones:

“17.1 En concordancia con lo previsto en la Ley y sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas, se presumen desleales en el sector de telecomunicaciones, entre otras, las siguientes conductas:

a. Las que tengan por objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones comerciales o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las buenas costumbres comerciales o a los usos honestos en materia industrial o comercial.

[...]

e. La utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones comerciales de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

f. Las comparaciones públicas de la actividad, las prestaciones comerciales o el establecimiento propias o ajenas con los de un tercero, cuando dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Asimismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos ni comprobables.
[...].”

CONSIDERANDO: Que, en el mismo orden, la Directora Ejecutiva del **INDOTEL**, actuando previa encomienda de este Consejo Directivo, dio curso a una investigación preliminar con el propósito de determinar si existen indicios de una posible práctica desleal por parte de **ORANGE**, en la campaña “*Orange siempre cumple lo que promete*”, que motive la realización o no de una investigación formal; que, como resultado de dicha investigación preliminar, la Directora Ejecutiva presentó un Informe de Investigación Preliminar cuya conclusión es la siguiente:

“[...] luego de agotar el proceso de investigación y análisis descrito en el presente informe de investigación preliminar, quien suscribe es de criterio de que en el caso que nos ocupa corresponde al Consejo Directivo, en virtud de las facultades otorgadas por los artículos 78 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, 2 y 5 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones, **iniciar la investigación formal** establecida en el artículo 21 del referido Reglamento; en vista de que se ha podido comprobar la realización de un acto de competencia cuyas consecuencias podrían ser tipificadas como desleales, por falta al principio de buena fe comercial, al incurrir en confusión, engaño y denigración; teniendo como principal finalidad desacreditar la actividad y prestaciones comerciales de un competidor y afectando la imagen de imparcialidad que debe primar respecto del órgano regulador de las telecomunicaciones. Los indicios encontrados apuntan a que el acto de competencia de que se trata, transgrede las disposiciones establecidas en el artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones, y del Reglamento de Libre y Leal Competencia en el Sector de las Telecomunicaciones; así como del artículo 17.1 del mismo Reglamento.”

CONSIDERANDO: Que por su parte, en su escrito del 16 de noviembre de 2009, **ORANGE**, en el ejercicio de su derecho de defensa contra las pretensiones de **CODETEL**, se refiere al contenido y los hechos circundantes a la aparición y retiro del aviso publicitario objeto del caso que nos ocupa, expresando, entre otros puntos, lo siguiente:

(...) CODETEL considera en su escrito de solicitud de investigación preliminar que el aviso “constituye una innovación en materia publicitaria en el sector”. No obstante, la publicidad comparativa está amparada en el Artículo 17 de Reglamento de Libre y Leal Competencia, inciso f, que sólo la considera desleal en la medida en que “dicha comparación utilice indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, u omita las verdaderas. Asimismo, se considera desleal toda comparación que se refiera a extremos que no sean análogos ni comprobables”.(el resaltado es nuestro) (...)

(...) En el caso que nos ocupa, ORANGE DOMINICANA hizo uso de informaciones verídicas y exactas, producidas por el INDOTEL en el marco de investigaciones realizadas por éste, en el ejercicio de sus funciones.

Conviene también referirse a las afirmaciones hechas por la Directora Ejecutiva en el Informe sobre Investigación Preliminar (...), en el sentido de que el anuncio publicitario emitido por ORANGE DOMINICANA es susceptible de constituir un acto de confusión, (...), “pues se daba la incorrecta impresión de que el INDOTEL, cuyo papel debe estar caracterizado siempre por la objetividad, neutralidad e imparcialidad, se encuentra vinculado con la prestadora ORANGE DOMINICANA”. (...)

Así mismo, establece que puede constituir un acto de engaño (...) y de denigración. Sin embargo, el artículo 17, inciso C, del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones establece que:

(...) se presumen desleales en el sector de las telecomunicaciones, entre otras las siguientes conductas:

c. Las que tengan por objeto o como efecto crear confusión con la actividad, las prestaciones comerciales o el establecimiento de un tercero (el resaltado es nuestro).

Esto es, la materia que puede ser objeto de la confusión se encuentra debidamente reglada. En ese sentido, el RLLC, se inscribe en la corriente más moderna del derecho de la competencia. La aceptación de determinadas conductas como prácticas comerciales engañosas es cada vez más estrechada en la jurisprudencia y normativa reglamentaria en el Derecho Comparado. (...) Todas están relacionadas con aspectos específicos de la prestación, tales como el precio, características de los productos, reparación o garantías en provecho del consumidor. (...)

En el caso de la especie, el mensaje publicitario objeto de examen no establece confusiones, falsedades o imprecisiones respecto de aspectos específicos relacionados con el precio, condiciones de venta y otras condiciones o el establecimiento de CODETEL como prestadora de servicios.

(...) Por otra parte, el artículo 17, inciso E, establece que “La utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones comerciales de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”. (...) cual es que la consideración de “desleal”, tan solo se mantiene si las afirmaciones que se difunden y se vierten no son exactas, verdaderas y pertinentes (...).

ORANGE DOMINICANA basó su anuncio publicitario en informaciones exactas, verdaderas, pertinentes y comprobables, cuales son los resultados de investigaciones llevadas a cabo por el regulador INDOTEL.

Con lo cual, al no haber actuado de forma desleal no se podrá tampoco alegar que ORANGE DOMINICANA actuó de forma contraria a las buenas costumbres comerciales o a los usos honestos, como pretende CODETEL.

CONSIDERANDO: Que el artículo 1 de la Ley General de Telecomunicaciones, define a las “**prácticas desleales**”, como toda acción deliberada tendente a perjudicar o eliminar a los competidores y/o confundir al usuario y/o a procurarse una ventaja ilícita, tales como: a) Publicidad engañosa o falsa destinada a impedir o limitar la libre competencia; b) Promoción de productos y servicios en base a declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de otros productos o servicios de los competidores; y c) El soborno industrial, la violación de secretos industriales, la obtención de información sensible por medios no legítimos y la simulación de productos;

CONSIDERANDO: Que el artículo 1 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución No. 022-05 del Consejo Directivo, establece que las “**prácticas de competencia desleal**”, son *las conductas que se realicen en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulten contrarias a las buenas costumbres comerciales, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando estén encaminadas a afectar o afecten la libertad de decisión del comprador, el consumidor o el libre funcionamiento del mercado. Dichas conductas se encuentran enunciadas en el artículo 1 de la Ley No. 153-98 y en el Capítulo V de este Reglamento;*

CONSIDERANDO: Que, asimismo, el artículo 2 del citado Reglamento, establece que el mismo será aplicado “*en concordancia con las normas establecidas en la Constitución, la Ley y demás instrumentos*”

legales y normativas aplicables, así como con los Compromisos Específicos sobre Telecomunicaciones Básicas adquiridos por la República Dominicana con la Organización Mundial de Comercio (OMC), para lograr principalmente los siguientes objetivos:

b. Procurar que los servicios de telecomunicaciones se presten en un ambiente de competencia efectiva, leal y sostenible en el tiempo, de conformidad con las definiciones contenidas en la Ley.

c. Prohibir, impedir, corregir y sancionar la realización de Prácticas Restrictivas de la Competencia, incluidas las de Abuso de Posición Dominante, las Prácticas de Competencia Desleal y las Concentraciones Económicas en el Sector de las Telecomunicaciones que comporten una indebida restricción de la competencia libre, leal y efectiva.[...].”

CONSIDERANDO: Que, específicamente, el artículo 17 del Reglamento enuncia las conductas que podrán ser consideradas como desleales en el sector de las telecomunicaciones, entre las cuales se citan las siguientes:

a. Las que tengan por objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones comerciales o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las buenas costumbres comerciales o a los usos honestos en materia industrial o comercial;(…)

e. La utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones comerciales de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes;

CONSIDERANDO: Que, por su parte, el artículo 23 del Reglamento de Libre y Leal Competencia establece expresamente lo siguiente:

“En caso de que se determine la existencia de una falta, el Consejo Directivo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 77 literales b) y c) y 78 literales d) y k) de la Ley podrá:

a. Adoptar las medidas correctivas que estime pertinentes para el logro de los objetivos del presente Reglamento.

b. Ordenar la cesación inmediata de los actos que tipificaron la falta o la modificación de su conducta para que en lo adelante la misma sea coherente con este Reglamento.

23.2 *Igualmente, es obligación del INDOTEL sancionar la falta, si se comprueba la tipificación de la misma, conforme lo contemplado por los artículos 105 literales a) y r), 106 literales a) y n) y 107 literal d), e imponer las sanciones prevista en el artículo 109 de la Ley.*

23.3 *La decisión del Consejo Directivo estará sujeta al recurso de reconsideración previsto por el artículo 96.1 de la Ley. Igualmente, al Recurso Contencioso - Administrativo, de conformidad con la ley que regula dicha materia.”*

CONSIDERANDO: Que, tal como establece la Directora Ejecutiva del **INDOTEL** en su Informe de Investigación Preliminar, es un hecho incontestable que la difusión del anuncio publicitario *“Orange siempre cumple lo que promete”*, en el cual la concesionaria **ORANGE** utilizó, sin la previa, expresa y correspondiente autorización, la imagen del **INDOTEL**, en la persona del Presidente de su Consejo Directivo, constituye un **acto de competencia**, pues fue realizado en el mercado, con finalidad concurrencial;

CONSIDERANDO: Que, el referido acto de competencia utiliza declaraciones realizadas por el Presidente del Consejo Directivo del **INDOTEL**, colocándolas en un contexto a favor de la concesionaria **ORANGE**, en desmedro del papel imparcial, neutral y objetivo que está llamado a hacer y ha venido ejerciendo este órgano regulador en el sector de las telecomunicaciones; que, en dicho

sentido, tal como ha sido afirmado por la Directora Ejecutiva, dicho acto de competencia es susceptible de constituir un acto de confusión, respecto de la posición del ente regulador del sector de las telecomunicaciones;

CONSIDERANDO: Que, al visualizar el anuncio de que se trata, se puede tener la falsa impresión de que el **INDOTEL**, cuyo papel debe estar caracterizado siempre por la objetividad, neutralidad e imparcialidad, se encuentra a favor de la prestadora **ORANGE**, quien afirma que ella sí cumple lo que promete y da la impresión que **CODETEL** no; que, aun cuando dicho acto de confusión, no verse sobre la actividad, prestaciones y establecimiento de **CODETEL**, la decisión del consumidor puede viciarse por error, al entenderse que según el **INDOTEL**, la prestadora **ORANGE** es quien cumple con sus compromisos frente al órgano regulador y los usuarios, mientras que **CODETEL** no, afirmación que es a todas luces incorrecta, y que termina refiriéndose a las actividades y prestaciones de un competidor;

CONSIDERANDO: Que la deslealtad de esta conducta no se produce por la inexactitud o la falsedad de las afirmaciones vertidas en el anuncio de que se trata, sino que se justifica por la aptitud para inducir a error a las personas a las que se dirige; que, por otra parte, dicha actuación de **ORANGE**, puede influir en la percepción del consumidor respecto del servicio que presta **CODETEL**, pues se convierte en una causa de confusión, al vincular la actividad y las prestaciones comerciales de **CODETEL**, con el juicio de valor que atribuyen fue emitido por el **INDOTEL**, máxima autoridad regulatoria del sector de las telecomunicaciones en el país, la cual es por demás seriamente valorada por los destinatarios de los servicios de telecomunicaciones;

CONSIDERANDO: Que la doctrina internacional ha establecido que los actos de engaño o confusión son posibles aun cuando *“las manifestaciones, alegaciones o informaciones en general que, siendo total o parcialmente correctas o exactas, sin embargo puedan provocar o inducir a error a quien las percibe. Así, los cauces a través de los cuales puede ejecutarse el engaño son: a) por la mera presentación de los productos, mediante la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas; b) por la omisión de determinados datos verdaderos; y c) por cualquier medio que implique engaño o error sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas que se ofrecen”²*

CONSIDERANDO: Que la campaña publicitaria objeto del caso que nos ocupa pudo inducir a error a los destinatarios de la misma, pues al poner fuera de contexto las declaraciones emitidas por el **INDOTEL**, produjo que se estimara que los servicios ofrecidos por **CODETEL** no cumplen con los requisitos de calidad y confiabilidad exigidos por el regulador y el mercado, lo cual constituye una indicación incorrecta o falsa y una omisión de datos, pues sólo se presentó una parte de las declaraciones ofrecidas;

CONSIDERANDO: Que por todo lo expuesto, y según el criterio doctrinal, es posible establecer una serie de supuestos que podrían enjuiciarse como desleales por engaño, como consecuencia de la inducción a error por la utilización de indicaciones incorrectas, a saber³:

1. Las indicaciones que se realizan o se difunden que, aun siendo veraces, conducen, muy probablemente por el grado de ambigüedad o equívoco, a sus destinatarios a extraer conclusiones no reales en relación con los productos, servicios, actividades, etc.

²BARONA VILAR, Silvia, **“Competencia Desleal, Tutela jurisdiccional, Doctrina legislación y jurisprudencia”**, Tomo I, Editora Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 386

³ Cfr Ibidem, p.400

2. En ocasiones las indicaciones, alegaciones, manifestaciones vertidas por el sujeto pueden contener una pluralidad de significados, si bien no se corresponde con la realidad el que de manera más evidente va a ser asimilado por los destinatarios.
3. Las informaciones vertidas en el marco de una actividad de comparación, si bien no se informa adecuadamente de todos los elementos de la comparación sino solo de algunos de ellos, silenciando otros que pudieren ser más relevantes a los efectos de captar o inducir actuaciones del consumidor.
4. Las indicaciones o manifestaciones difundidas se refieren a momento diverso de aquél en el que aquéllas se efectúan, no habiéndose procedido a actualizar las mismas.

CONSIDERANDO: Que dicho acto de confusión y engaño resultó apto para desacreditar a **CODETEL** con fines concurrenciales; que, cuando esta conducta se produce en el seno del mercado es reprochable de deslealtad; que, al respecto la SAP de Madrid de 14 de julio de 2006 (AC 2006/1615), ha considerado que la manifestación debe *“corresponderse con la realidad, provocar en los destinatarios una representación fiel de ésta y que se refiera a extremos concernientes a la participación en el mercado de los afectados. De este modo se hace necesario que concurra una correspondencia estricta entre lo manifestado y la realidad, de modo que se garantice el correcto entendimiento por parte de los destinatarios de la misma. [...] El requisito de la exactitud en la manifestación realizada cobra especial relevancia en el ámbito concurrencial, pues se trata de una exigencia legal expresa para que concurra la exención de responsabilidad al ilícito tipificado, por lo que deberá ser riguroso al examinarlo”*;⁴

CONSIDERANDO: Que en virtud de todo lo anteriormente expuesto, podemos afirmar que la campaña publicitaria *“Orange siempre cumple lo que promete”*, no cumplió con el requisito antes mencionado de correspondencia exacta y pertinente con la realidad, y tiene evidentemente la intención de beneficiar a **ORANGE**, en base al descrédito de las actividades y prestaciones comerciales de **CODETEL**, lo cual constituye una falta al principio de buena fe comercial, que atenta contra las disposiciones establecidas en los literales “a”, “e” y “f” del artículo 17.1 del Reglamento de Libre y Leal Competencia, relativos a los actos de competencia desleal;

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, este Consejo Directivo condena la conducta realizada por **ORANGE**, por constituir la misma un acto de competencia desleal en contra de su competidora la concesionaria **CODETEL**, y un atentado a la imagen de imparcialidad que debe primar respecto del **INDOTEL**, órgano regulador de las telecomunicaciones;

CONSIDERANDO: Que resulta importante reiterar que el uso de la imagen del **INDOTEL** de cualquiera de sus funcionarios, en promociones, campañas y anuncios de carácter publicitario, deberá contar con la previa, expresa y correspondiente autorización del **INDOTEL**, de conformidad con las garantías legales establecidas en las leyes y reglamentaciones que rigen la materia;

CONSIDERANDO: Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105, 106 y 107 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, las conductas desleales no se encuentran incluidas dentro de las faltas administrativas tipificadas en la Ley y pasibles de las sanciones previstas en el artículo 109 de la misma; que, aun cuando dichas conductas desleales puede que no vulneran “per se” los niveles de competencia efectiva en los mercados afectados, sí son susceptibles de constituir un falseamiento de la misma. Así, la Jurisprudencia ha previsto *“la posibilidad de que un comportamiento desleal vulnere las exigencias de la libre competencia si la conducta en cuestión rebasa el ámbito de la*

⁴ SAP de Madrid de 14 de julio de 2006 (AC 2006/1615), citada por BARONA VILAR, Silvia, Opcit, p. 433

*mera deslealtad y tiene un impacto significativo sobre el mercado, perturbando sensiblemente su normal funcionamiento”.*⁵

CONSIDERANDO: Que el falseamiento de la libre competencia por actos desleales exige que la concreta práctica desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que esa distorsión afecte al interés público; que, en este sentido, conviene tener presente que el Derecho de Defensa de la Competencia tiene por finalidad la garantía de unas óptimas condiciones de competencia en los mercados que redunden finalmente en el bienestar de los consumidores, es un derecho público por tanto, y, en principio, le son ajenos los conflictos puramente privados;

CONSIDERANDO: Que en este caso particular, no obstante cuando hemos calificado la campaña de **ORANGE** denominada “*Orange siempre cumple lo que promete*” como un acto de competencia desleal, este Consejo Directivo ha podido determinar que dicha conducta no ha sido susceptible de distorsionar o afectar la libre competencia en el mercado nacional de telefonía fija y móvil disponible al público ni, en consecuencia, de afectar al interés público protegido por la regulación vigente;

CONSIDERANDO: Que, asimismo es importante indicar que en su momento el **INDOTEL** ordenó a **ORANGE** la cesación inmediata de la difusión, en todos los medios de comunicación, de la campaña publicitaria “*Orange siempre cumple lo que promete*”, así como la publicación de una disculpa pública, con lo cual fueron aplicadas las disposiciones contenidas en el artículo 23.1 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones;

CONSIDERANDO: Que, en consecuencia, este Consejo Directivo considera que el comportamiento publicitario de **ORANGE** no rebasa el ámbito de la mera deslealtad, pues al haber sido suspendido desde el momento en que el **INDOTEL** lo solicitó, así como publicada una disculpa pública, el mismo no llegó a vulnerar los niveles de competencia, por lo cual no resulta pasible de ser sancionado de conformidad con el artículo 23.2 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el Sector de las Telecomunicaciones;

CONSIDERANDO: Que el Consejo Directivo del **INDOTEL** se encuentra válidamente reunido en la sesión en la cual se adopta la presente resolución, a tenor de lo dispuesto en el literal “n” del artículo 84 de la Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, presidido por el licenciado **José Alfredo Rizek**, en su calidad de representante del ingeniero **Juan Temístocles Montás Domínguez**, Ministro de Economía, Planificación y Desarrollo, quien ostenta la posición de Presidente Interino del Consejo Directivo del **INDOTEL**, en virtud de la inhabilitación manifestada por el Presidente titular, doctor **José Rafael Vargas**, al inicio del conocimiento y debate del presente asunto durante la sesión del Consejo Directivo del **INDOTEL**;

VISTA: La Ley General de Telecomunicaciones, No. 153-98, promulgada el 27 de mayo de 1998, en sus disposiciones citadas;

VISTA: La Resolución No. 022-05, dictada por el Consejo Directivo del **INDOTEL** en fecha veinticuatro (24) del mes de febrero del año dos mil cinco (2005), que aprueba el Reglamento de Libre y Leal Competencia para el sector de las Telecomunicaciones, en sus disposiciones citadas;

VISTA: La “Solicitud de investigación conforme al Reglamento de Libre y Leal Competencia” depositada en el **INDOTEL** en fecha diecinueve (19) del mes de agosto de dos mil nueve (2009) por **CODETEL**;

⁵Cfr Resolución de la **Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT)** de fecha 22 de abril de 2010, (AEM 2010/655)

VISTO: El informe de Investigación Preliminar de fecha 18 de septiembre de 2010, rendido por la Directora Ejecutiva del **INDOTEL**, con motivo de la solicitud de investigación presentada por **CODETEL** en contra de **ORANGE**;

VISTA: La instancia contentiva del *“Escrito de Defensa luego del inicio de Investigación Formal en torno a la campaña publicitario “Orange siempre cumple lo que promete”, de la concesionaria Orange Dominicana, S.A., en virtud de la queja formal presentada por CODETEL, en fecha 19 de agosto de 2009”* depositada por **ORANGE**, el dieciséis (16) de noviembre de dos mil nueve (2009);

VISTA: La instancia contentiva del *“Escrito ampliatorio a las conclusiones principales e incidentales presentadas in voce en la audiencia del día 10 de diciembre de 2009, luego de la apertura a juicio de (sic) boletín informativo denominado “Orange siempre cumple lo que promete”, de la concesionaria Orange Dominicana, S.A., en atención al recurso de queja formal presentada por CODETEL, en fecha 19 de agosto de 2009”* depositada por **ORANGE**, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil nueve (2009);

VISTAS: Las demás piezas que conforman el expediente;

**EL CONSEJO DIRECTIVO DEL INSTITUTO DOMINICANO DE
LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL), EN EJERCICIO DE SUS
FACULTADES LEGALES Y REGLAMENTARIAS,**

RESUELVE:

PRIMERO: ACOGER, en cuanto a la forma, la solicitud de investigación formal de fecha 19 de agosto de 2009, presentada por la **COMPañIA DOMINICANA DE TELEFONOS, C. POR A.** contra **ORANGE DOMINICANA, S. A.**, por haber sido interpuesta de conformidad con las disposiciones de los artículos 20 y 21 del Reglamento de Libre y Leal Competencia para el sector de las telecomunicaciones.

SEGUNDO: COMPROBAR Y DECLARAR que, en consideración a los motivos y razonamientos expuestos en el cuerpo de esta resolución, la campaña publicitaria de la concesionaria **ORANGE DOMINICANA, S.A.**, denominada *“Orange siempre cumple lo que promete”*, pauta y exhibida en los principales medios de comunicación televisiva los días comprendidos entre el 14 y 18 de agosto de 2009, constituyó una falta al principio de buena fe comercial, que atenta contra las disposiciones establecidas en los literales “a”, “e” y “f” del artículo 17.1 del Reglamento de Libre y Leal Competencia, relativos a los actos de competencia desleal.

TERCERO: DECLARAR que el uso de la imagen del **INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL)**, en la campaña publicitaria *“Orange siempre cumple lo que promete”*, fue realizado sin contar con el consentimiento previo y expreso de este órgano regulador de las telecomunicaciones.

CUARTO: DECLARAR que el **INSTITUTO DOMINICANO DE LAS TELECOMUNICACIONES (INDOTEL)**, ha podido comprobar que los anuncios publicitarios difundidos con ocasión de la campaña publicitaria *“Orange siempre cumple lo que promete”* cesaron desde el momento en que fue solicitado a **ORANGE DOMINICANA, S.A.** por parte de este órgano regulador, y que asimismo, en cumplimiento de dicha orden fue publicada una disculpa pública con motivo del uso de

la imagen no autorizada del Presidente del Consejo Directivo del **INDOTEL** en el marco de dicha campaña.

QUINTO: ORDENAR ala Directora Ejecutiva del **INDOTEL** la notificación de sendas copias certificadas de la presente resolución a las concesionarias **COMPAÑIA DOMINICANA DE TELEFONOS, C. POR A.** y **ORANGE DOMINICANA, S.A.**, mediante carta con acuse de recibo, así como su publicación en el Boletín Oficial del **INDOTEL** y en la página informativa que mantiene esta institución en la red de Internet.

Así ha sido aprobada, adoptada y firmada la presente Resolución a unanimidad de votos del Consejo Directivo del **Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)**, en la ciudad de Santo Domingo de Guzmán, Distrito Nacional, capital de la República Dominicana, hoy día veintiuno (21) del mes de julio del año dos mil diez (2010).

Firmados:

José Alfredo Rizek V.
En representación del
Ministro de Economía Planificación y Desarrollo
Miembro ex officio del Consejo Directivo
Presidente del Consejo Directivo, a.i.

David A. Pérez Taveras
Miembro del Consejo Directivo

Leonel Melo Guerrero
Miembro del Consejo Directivo

Juan Antonio Delgado
Miembro del Consejo Directivo

Joelle Exarhakos Casasnovas
Directora Ejecutiva
Secretaria del Consejo
Directivo