

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



Asimetría regulatoria para los servicios de distribución de contenido
audiovisual a través de Internet.

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA

AUTORA

Eileen Fabiola Infantas Montaldo

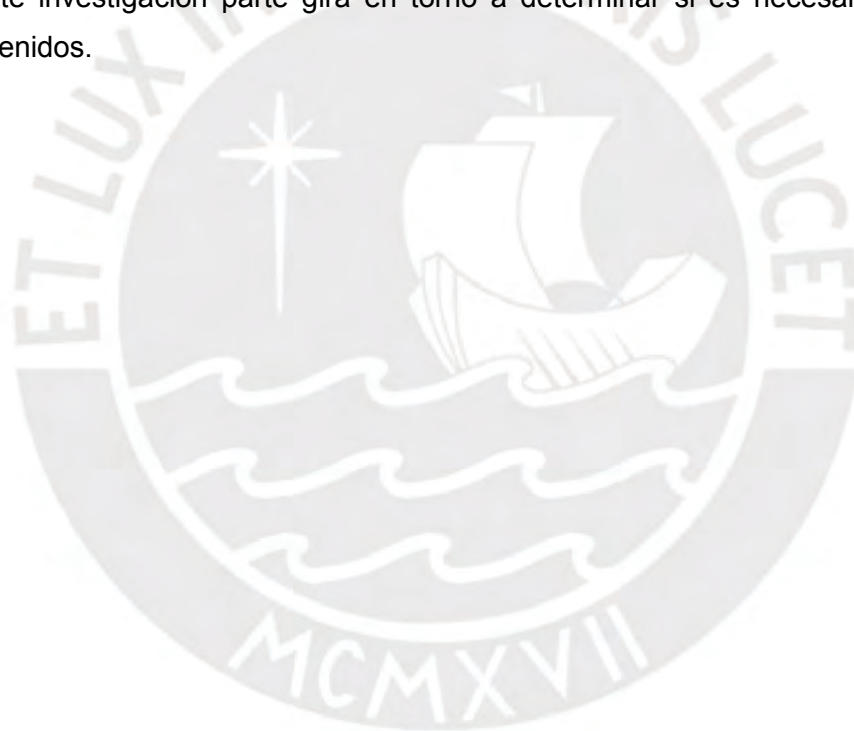
ASESOR:

Alejandro Martín Moscol Salinas

Octubre, 2018

Resumen

En un escenario transformado por la innovación tecnológica, la regulación de contenidos audiovisuales no ha logrado seguirle el paso al surgimiento de un nuevo ecosistema digital. Esto se traduce en que, si bien el Estado reconoce la necesidad de regular los contenidos audiovisuales que se difunden de manera tradicional, a través de la televisión de señal abierta y la televisión paga, no es el mismo el caso de los contenidos que se transmiten a través de internet, siguiendo el modelo *over-the-top*. Los servicios OTT que distribuyen contenido audiovisual utilizan la conexión a internet que un usuario obtiene a través de un ISP (*Internet Service Provider*). Estos servicios no se encuentran regulados, pese a que la naturaleza de los contenidos difundidos es la misma, diferenciándose principalmente en el medio a través del cual se distribuyen. La presente investigación parte gira en torno a determinar si es necesario regular estos contenidos.



ÍNDICE

Resumen.....	1
Índice.....	2
Introducción.....	3
CAPITULO I: ESTADO DEL ARTE.....	12
1.1 Definiciones.....	12
1.1.1. Servicios tradicionales de distribución de contenidos audiovisuales.	12
1.1.2. Servicios de distribución de contenidos audiovisuales <i>over-the-top</i> 17	
1.1.3. ISP.....	21
1.2. Regulación vigente.....	22
1.2.1 Regulación de contenido audiovisual en el Perú.....	23
1.2.2 Regulación internacional.....	26
1.3. Análisis de Impacto Regulatorio.....	28
CAPITULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	31
CAPITULO III: DISCUSIÓN.....	36
Bibliografía.....	44

INTRODUCCIÓN

La sociedad y la tecnología avanzan a un paso más acelerado que la regulación, puesto que solo es posible legislar sobre realidades manifiestas y no sobre hipotéticos escenarios futuros. Así, cada descubrimiento tecnológico despierta preguntas respecto de la manera en la cual la regulación debe enfrentarse a un nuevo escenario. Cada cambio genera una serie de interrogantes, la primera de las cuales radica siempre en identificar si existe o no una necesidad de regular. De encontrar afirmativa la respuesta a esta interrogante inicial, podremos proceder a preguntarnos a quién corresponde establecer esa regulación, bajo qué estándares será planteada y cómo se fiscalizará su implementación.

Hoy en día nos encontramos ante uno de los cambios más profundos a nivel global y se encuentra referida a la forma en la cual se producen, distribuyen y consumen contenidos audiovisuales. En *Over the top. How the Internet is (slowly but surely) changing the television industry* (2015), Wolk analiza una industria televisiva en transición. Este autor describe el proceso a través del cual un cambio procede primero de manera gradual y luego se establece de golpe en la realidad, obligándonos a replantear la forma en la cual entendemos la industria. La coyuntura analizada por Wolk, caracterizada por las nuevas formas de acceder a contenido audiovisual en cualquier momento y lugar, ha generado transformaciones en los paradigmas de la industria, afectando tanto a consumidores como productores y distribuidores de contenido. Esta situación ha desdibujado las barreras que los separan y amenaza cada vez más la supremacía del modelo tradicional de difusión de contenidos audiovisuales, como algunos autores argumentan. (Baccarne, Evens & Shruuman 2013).

El principal exponente de este nuevo paradigma es, indudablemente, Netflix. Este servicio por suscripción se ha convertido en el más icónico medio de distribución de contenido audiovisual en línea. Netflix inició operaciones en el Perú en el año 2011, pero para ese entonces, este antiguo competidor del difunto Blockbuster ya había demostrado el gran potencial de su modelo en Estados Unidos y Canadá. El éxito de Netflix, tanto a nivel doméstico como internacional, abrió la puerta para el surgimiento de otros proveedores, como Hulu y Amazon Video. Estas nuevas empresas apostaron por el modelo de suscripciones mensuales a cambio de contenido audiovisual, distribuido a través de transmisiones libres con un modelo *over-the-top*. Si bien todos

los nuevos proveedores de contenido audiovisual en línea aún no se encuentran disponibles en nuestro país, probablemente no tardarán en ingresar a este mercado.

El modelo popularizado por Netflix utiliza conexiones de internet preexistentes, con el objetivo de proporcionar a los usuarios acceso a una biblioteca de contenido audiovisual, a cambio de una suscripción mensual. Este modelo es una de las múltiples manifestaciones de los servicios conocidos como *over-the-top* u OTT, los cuales también incluyen a los servicios de llamadas de voz (*VoIP*) como Skype o Viber, y mensajería instantánea (*IM*) como WhatsApp o Facebook Messenger. Si bien los distintos tipos de servicios OTT representan cambios trascendentales en sus respectivos ámbitos, la presente investigación se centrará en aquellos que, como Netflix, utilizan conexiones de internet preexistentes para distribuir contenido audiovisual.

Una encuesta realizada por PwC mostró que la gran mayoría de hogares estadounidenses, el 73% de los encuestados, cuentan con una suscripción a Netflix (PwC, 2017). Según estas estadísticas, por primera vez se ha equiparado el porcentaje de hogares en Estados Unidos que cuenta con acceso a televisión por cable con aquellos que tienen una suscripción de Netflix. Esta misma encuesta también arrojó que, aunque aún no representan un porcentaje mayoritario, un creciente número de hogares americanos -poco más del 10%- están optando por prescindir completamente de los servicios de cable, reemplazándolos por suscripciones a servicios de distribución de contenido audiovisual OTT. Este fenómeno ha sido bautizado como *cord cutting*, que se traduce literalmente como “cortar el cable”. (Baccarne, Evens & Shruuman 2013).

A la fecha, no existen investigaciones concretas que revelen el grado de penetración de los servicios OTT que distribuyen contenido audiovisual en nuestro país. Sin embargo, lo que sí sabemos es que casi el 50% de los peruanos (12 millones 700 mil, según la última Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones realizada por Osiptel en 2017), tiene y utiliza un teléfono inteligente, lo cual representa un aumento del 500% en los últimos 4 años. En este mismo periodo, el número de hogares que cuentan con acceso a internet creció del 19.8% al 66.5%; esto quiere decir que existen 5,7 millones de hogares con acceso a internet, los que representan potenciales usuarios de servicios OTT.

Es más, si centramos nuestra atención en la generación más joven de consumidores, podemos observar que, según los resultados de la última Encuesta Nacional de Hogares expuestos por el Instituto Nacional de Estadística e Informática en el Informe Técnico Estado de la Niñez y Adolescencia (2017), más del 90% de la población de entre 6 y 17 años de edad hace uso de internet, ya sea a través de teléfonos inteligentes, cabinas públicas o conexiones domésticas. Adicionalmente, más del 80% de este grupo señaló que utiliza el internet para propósitos recreacionales, como consumir películas y series.

En este contexto, la realidad de la revolución digital resulta tan innegable como ineludible, evidenciándose así el nuevo paradigma de la forma en la cual los medios audiovisuales son consumidos. Wolk (2015) bautiza este concepto como *TV Everywhere*, esto es, televisión en cualquier lugar, en cualquier momento, siempre conectada. Se debe tener en cuenta que si bien la producción de contenido audiovisual se encuentra en un estado de constante de evolución, la forma en la cual consumimos estos contenidos se había mantenido relativamente estable desde que en 1946 el RCA 630-TS introdujo en los hogares del mundo la posibilidad de tener acceso a estos desde la comodidad del hogar. Sin embargo, la situación empezó a cambiar a finales de la primera década del siglo XXI, con surgimiento y éxito de plataformas como Netflix.

La posibilidad de distribuir contenido audiovisual a través de internet permitió a los nuevos actores en el mercado evitar barreras tradicionales de ingreso, como por ejemplo las concesiones del espectro radioeléctrico y la inversión en infraestructura; así como tener un rápido acceso al mercado global. De esta forma, los nuevos actores irrumpieron en un ecosistema que, tradicionalmente, se había caracterizado por ser excluyente (Baccarne, Evens & Shruuman 2013).

Una nueva situación de constante conectividad, multiplicidad de pantallas, portabilidad y acceso cotidiano a contenido *On Demand* o “a la carta” ha llevado, inevitablemente, a que exista tensión entre la lógica industrial de producción masiva que caracteriza el modelo tradicional de difusión televisiva y el principio de autonomía individual que es representativo de las nuevas tecnologías (Aguado & del Pino, 2012). Es decir, nos encontramos ante un nuevo ecosistema digital poblado por actores económicos que operan bajo lógicas distintas a los actores tradicionales y frente al cual nuestra regulación no se ha manifestado aún.

En este contexto, podría argumentarse que en este nuevo ecosistema digital, los nuevos agentes como Netflix o Hulu, prestan servicios que pueden ser considerados equivalentes a los servicios de comunicación proporcionados por los agentes tradicionales, como DirectTV o MovistarTV. Es cierto que el medio a través del cual se distribuye el contenido es distinto, pero, para los usuarios finales, se trata de servicios que satisfacen esencialmente las mismas necesidades y se podría considerar que se encuentran, por lo tanto, en competencia (Perez & Frías, 2016).

No obstante lo anterior, la difusión de contenidos por plataformas en línea y por televisión no están sujetos a la misma regulación. La legislación hace una distinción – involuntaria- en función al medio a través del cual se difunden los contenidos, ello en tanto los servicios son prestados haciendo uso de tecnologías distintas. En efecto, teniendo en cuenta que la normativa únicamente considera que los contenidos son transmitidos por televisión, a la fecha no existen reglas que los proveedores de contenidos en línea se encuentren obligados a seguir.

En la práctica, esto se traduce en una situación en la cual el mismo usuario tiene niveles distintos de protección de sus derechos, dependiendo del medio –plataformas en línea o medios televisivos- utilizado por el agente que le brinda un servicio de difusión de contenidos, que puede ser considerado equivalente. Esto obedece a que los medios tradicionales de distribución de contenidos audiovisuales han sido considerados, definidos y parametrados por nuestra regulación, mientras que las nuevas tecnologías aún representan terreno inexplorado en nuestro país.

Todo parecería señalar que nos enfrentamos a una regulación asimétrica ante la cual algunos agentes son sometidos a regulación y otros no. Es decir, los distribuidores tradicionales de contenidos audiovisuales, desde canales de televisión de señal abierta hasta salas de cine, están sujetos a regulación que determina horarios de protección al menor, derechos del consumidor específicos al medio, sistemas de calificación de los contenidos en función a la audiencia objetivo, entre otros. De otro lado, los servicios *over-the-top*, es decir aquellos que distribuyen contenidos a través de internet, no se encuentran sujetos a las mismas reglas.

En las Reflexiones Finales del libro *Las reglas de juego en el ecosistema digital*, Perez y Frías (2016), describen la situación de la regulación española y europea ante el nuevo escenario tecnológico, señalando que la legislación fue diseñada para un contexto en el cual los “servicios de comunicación electrónica” y los “servicios de la

sociedad de la información“, entre estos últimos los servicios OTT, se encontraban dirigidos a sectores entre los cuales había una clara distinción. Para estos autores, al momento en el que se estableció la regulación, existía muy poca oportunidad de que los servicios tradicionales de comunicación electrónica pudieran verse sustituidos por servicios de la sociedad de la información, pues la tecnología de la época no permitía satisfacer las mismas necesidades de forma indistinta al medio de difusión. Esta realidad ha cambiado rápidamente gracias a los constantes avances tecnológicos, transformando el escenario para el cual la regulación fue pensada.

Perez y Frías encuentran, incluso, que en el caso de la regulación española, algunas de las asimetrías regulatorias fueron introducidas de manera calculada, para beneficiar la liberalización del mercado y favorecer a los nuevos actores que buscaran participar en él, así la regulación pretendía que un mercado tradicionalmente excluyente fuera democratizado. Sin embargo, los autores mencionados argumentan que los cambios en el ecosistema tecnológico han revertido la situación original, de forma que la asimetría de la regulación introducida o considerada en un primer momento ya no corrige un desbalance, sino que lo acentúa.

En otras palabras, aquello que en un primer momento fue planteado para propiciar el ingreso de nuevos actores en el mercado de telecomunicaciones e incentivar su competencia y participación, representa hoy en día una ventaja injustificada. En esta misma línea, para Pérez y Frías, existiría claramente competencia –con reglas diferenciadas- entre los agentes tradicionales de distribución de contenidos y los nuevos actores que distribuyen contenidos a través de las redes de telecomunicaciones preexistentes (2016).

En función a ello, podría considerarse que existe un desfase en el enfoque regulatorio, el cual, favorece -de forma injustificada- a unos agentes en detrimento de otros, perjudicando finalmente la protección de los usuarios del servicio. Los autores citados encuentran un modelo regulatorio en la mayoría de países, bajo el cual los proveedores tradicionales de telecomunicaciones se encuentran definidos y regulados con claridad; y, por el contrario, las actividades que transcurren en el ecosistema digital se han venido desarrollando al margen de cualquier normativa –o a través de la autorregulación-. En este contexto, la defensa y el fomento de la competencia ha sido el sustento de la normativa para preservar los intereses legítimos de los usuarios de estos servicios y, pese a ello, las autoridades reguladoras alrededor del mundo han, en la mayoría de los casos, guardado silencio respecto a la nueva realidad de la

industria. En este sentido, plantean la necesidad de enfrentar el problema con una visión más amplia (2016).

El reto de la regulación de nuevas tecnologías es un problema global que transgrede las fronteras físicas de los Estados, por la propia naturaleza del ecosistema digital. No se puede pretender que la misma normativa que actualmente regula los servicios tradicionales de telecomunicaciones, en este caso aquellos relacionados a la difusión de contenido audiovisual, sea simplemente extendida para incorporar también a los agentes que brindan servicios OTT. Al mismo tiempo, es imposible negar que existe la necesidad de encontrar una forma de equiparar la regulación y aplicarla a los proveedores de contenidos en línea. Un nuevo enfoque regulatorio debe ser construido, el que debe considerar: las nuevas formas de consumo, la extraterritorialidad de los servicios y la atemporalidad del acceso a una plataforma -a la cual, por ejemplo, no es posible imponerle un horario de protección al menor porque sus contenidos se encuentran disponibles en función a la demanda del usuario-.

Ante esta situación, Perez y Frias (2016), argumentan a favor de la necesidad de que exista armonía entre el derecho nacional y el derecho internacional. Ellos señalan que legislar a nivel nacional resulta insuficiente para afrontar la propia naturaleza de servicios que desbordan las fronteras físicas de un Estado y que los retos legales de las nuevas tecnologías se encuentran contextualizados en un mundo global e interconectado.

En este orden de ideas, la presente investigación pretende revisar el contexto normativo, tanto nacional como internacional, relacionado a los servicios *over-the-top*, cuya principal actividad es la difusión de contenidos audiovisuales por medio de una plataforma en línea. Se debe tener en cuenta que los servicios OTT difieren de los servicios gestionados por operadores red, los cuales suelen denominarse IPTV y son extensiones de la oferta de un operador tradicional de telecomunicaciones; estos se dan a través de una red cerrada, y actualmente no se ofrecen al mercado peruano (Osiptel, 2016).

Así pues, los servicios OTT aprovechan la infraestructura de los operadores de telecomunicaciones, utilizando las redes preexistentes como canal para proveer sus servicios, en este caso, de difusión de material audiovisual. Este servicio puede darse a cambio de un pago específico a cada ítem, como es el caso de iTunes o Google Video, a través de un sistema de suscripción que proporciona acceso a una

generalmente amplia biblioteca de contenidos, como Hulu o Netflix, o incluso de forma gratuita para los usuarios y sustentándose a través de la publicidad, como es el caso de Youtube (Bullich & Guinard, 2016).

Partiendo de la revisión doctrinaria y jurídica, el objetivo de este trabajo es ensayar una primera aproximación a una propuesta de regulación de contenidos audiovisuales que se distribuyen a través de servicios *over the top*. Para ello, es importante fundamentar la necesidad de dicha normativa, y cómo no resultaría suficiente la autorregulación por parte de los propios proveedores de contenidos en línea. La hipótesis preliminar, que buscaremos sustentar en el desarrollo de esta investigación, consiste en que la necesidad de la regulación de contenidos audiovisuales difundidos a través de servicios OTT se fundamenta tanto en la protección del interés público como en la concepción de un mercado, en el cual todos los agentes interventores puedan participar en igualdad de condiciones, sujetándose a las mismas reglas.

En tal sentido, consideramos que la existencia de regulación debe partir de la premisa que los servicios de distribución de contenidos audiovisuales a través de canales OTT no cumplen una función distinta a los servicios tradicionales, que también proporcionan a los consumidores acceso a contenidos audiovisuales. En función a ello, planteamos la necesidad de establecer un marco regulatorio que considere ambos medios, sin dejar de lado las peculiaridades de cada uno, estableciendo un sistema de calificación de contenidos integrado, que fije parámetros claros y permita, a su vez, la autorregulación de los actores en este mercado.

Resulta indispensable considerar la importancia de velar por el interés público de la misma forma que se viene haciendo en el ámbito de los sistemas tradicionales de difusión de contenidos audiovisuales, para lo cual –muchas veces– es necesario establecer expresamente normas aplicables a todos los proveedores, antes que encontrarnos frente a las reglas particulares que cada uno puede generar como una “buena práctica”. En nuestro país, hasta el momento, se ha confiado principalmente en la voluntad de los proveedores de servicios OTT para este fin; sin embargo, atendiendo a que estos servicios dependen de infraestructura pública para poder ser ofertados, resulta consecuente plantear que deben regirse por estándares equivalentes a aquellos que los operadores de telecomunicaciones que proporcionan contenido similar deben respetar.

Asimismo, para garantizar la integridad de la competencia en el mercado de contenidos audiovisuales es necesario plantear normativa que se ajuste al contexto actual. En este sentido, no hablamos sólo de aplicar a los servicios OTT la misma regulación bajo la cual funcionan los medios tradicionales, sino de observar el mercado en cuestión en su conjunto y formular en función a ello una propuesta que tome en consideración a todos los actores que se encuentran involucrados.

Incluso a nivel internacional, la regulación de servicios OTT en general se encuentra en muchos casos desfasada del contexto real en el cual se brindan los servicios. Si bien en su momento resultó lógico regular solamente a los proveedores de telecomunicaciones, esta nueva clase de servicios ha ido ganando influencia en el mercado a lo largo de la última década. La regulación de contenidos audiovisuales vigente fue planteada en un contexto muy distinto al actual, pues en su momento era imposible predecir el impacto que las nuevas tecnologías tendrían en la forma en la cual se produce, distribuye y consume contenido audiovisual.

La premisa desde la cual parte la necesidad de regular los servicios que distribuyen contenido audiovisual a través de internet es, en un principio, la misma de la cual parten los argumentos que defienden la necesidad de regular la difusión de contenidos audiovisuales en general. El Estado se adjudica la responsabilidad de tutelar el pluralismo, característica indispensable de la democracia, y balancear la libertad de expresión y el derecho a la información con otros derechos que se encuentran también protegidos por la Constitución, como lo son el honor y la dignidad de la persona (Sopena, 2007). Al regular los contenidos audiovisuales a los cuales tiene acceso el público en general, el Estado busca que estos contenidos representen la pluralidad que caracteriza la democracia y contribuyan, o al menos no perjudiquen, a la construcción de una sociedad alineada con determinados principios. Sobre esta base, resulta consecuente considerar que existe una necesidad de regular los contenidos audiovisuales que se difunden a través de internet, pues si bien el medio a través del cual se distribuyen es distinto e innovador, la naturaleza de los contenidos y la función que cumplen para los consumidores es, esencialmente, la misma.

Sin embargo, al no encontrarse sujetos a regulación, los servicios de distribución de contenido audiovisual por internet llegan a los consumidores a través de infraestructura pública por medio de servicios portadores. Es decir, por ejemplo en el caso en particular de Netflix, este proveedor no tiene que solicitar una concesión ni

construir y mantener grandes infraestructuras públicas; sino que se vale de aquellos servicios tradicionales que ya existen para poder llegar a los consumidores.

Además, al no encontrarse clasificados dentro de la regulación vigente, estos servicios no cuentan con limitación alguna respecto al tipo de contenidos que pueden distribuir, con la única excepción de la protección existente respecto al acceso de menores de edad a material pornográfico en internet. De este modo, los servicios en cuestión tampoco tienen obligación alguna, más allá de su voluntad, de informar al consumidor respecto a la naturaleza de los contenidos que se encuentran en su catálogo. Es más, cuando estos servicios establecen sistemas de clasificación en función a los contenidos e introducen advertencias –como una “buena práctica” empresarial-, la forma que estos sistemas y mensajes toma varía en función al servicio en particular sea este Netflix, Hulu, etc., sin que exista en absoluto uniformidad en las categorías y criterios de clasificación, pudiendo llevar a confusión en el suscriptor (espectador).

En consecuencia, a través de esta investigación, buscamos evidenciar los vacíos del marco regulatorio, examinar las tendencias a nivel internacional, y plantear una posible solución que considere tanto el sistema tradicional de distribución de contenidos audiovisuales, como la influencia de las nuevas tecnologías. Asimismo, se considerará la presencia de nuevos actores en el mercado, cuya influencia y relevancia era inimaginable cuando las normas que regulan las telecomunicaciones fueron planteadas en nuestro país a comienzos de los años noventa.

Es comprensible que la legislación se encuentre siempre un paso más atrás que los avances tecnológicos, e innegable que sería inviable adelantarse a toda posible evolución de las tecnologías de telecomunicaciones. Precisamente, en este momento nos encontramos enfrentados a tendencias que claramente requieren de una postura regulatoria por parte de Estado. El ecosistema digital ha cambiado la forma en que los contenidos llegan a manos de los usuarios, los cuales han dejado de ser una audiencia completamente pasiva. La propia forma de consumir contenidos ha cambiado, y por ello es momento de que la regulación también cambie y se adapte al nuevo escenario, basándose en un nuevo paradigma regulatorio.

CAPITULO I: ESTADO DEL ARTE

Como ya hemos señalado, el mercado de contenidos audiovisuales es un entorno que ha visto considerables y veloces cambios en las últimas décadas. En este contexto, a los actores tradicionales se han sumado las nuevas plataformas que caracterizan la era digital, las más influyentes de las cuales distribuyen contenido audiovisual a través de servicios OTT.

Para poder analizar si existe un problema con la regulación existente para la distribución de contenidos audiovisuales, a través de los distintos canales, es indispensable que se defina con claridad cuáles son precisamente estos canales. Por ello, la primera parte de este Estado del Arte revisará los conceptos de servicios tradicionales de distribución de contenidos audiovisuales y servicios de distribución de contenidos audiovisuales *over-the-top*. Adicionalmente, consideramos importante definir el concepto de proveedor de servicio de internet o *Internet Service Provider* (ISP), debido a que estos actores tienen un rol en el mercado que resulta indispensable para que sea posible proveer servicios OTT.

Luego, se realizará una revisión de la regulación vigente que rige sobre la distribución de contenidos audiovisuales en nuestro país, comparando nuestro marco regulatorio con el planteado por la Unión Europea y por los Estados Unidos de América, con el objetivo de identificar las posibles carencias de nuestra regulación y la forma en la cual otros ordenamientos se han adaptado al nuevo contexto de la era digital. Finalmente, revisaremos brevemente una metodología de análisis de impacto regulatorio de servicios públicos, para luego aplicarla a la discusión.

1.1 Definiciones

1.1.1. Servicios tradicionales de distribución de contenidos audiovisuales.

Los servicios tradicionales de difusión de contenidos audiovisuales se caracterizan por distribuir contenidos a través del televisor, generalmente en función a una programación predeterminada. Pueden categorizarse a grandes rasgos en: (i) servicios de Televisión Abierta, como aquellos a cuya señal pueden tener acceso todos los consumidores de manera libre; y, (ii) servicios

de Televisión de Paga, como los que requieren de una suscripción y cuyos contenidos se encuentran disponibles únicamente a los consumidores que realicen el pago correspondiente (Ramos, Castillo & Oliva, 2016).

En nuestro país, el mercado de la Televisión Abierta se encuentra expresamente regulado a través de La Ley de Radio y Televisión (Ley 208278). La norma define los servicios de radiodifusión -tanto la radiodifusión sonora como la radiodifusión televisiva-, como *“servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general”* (Ley N° 28278, 2015, artículo 3). Para poder proporcionar el servicio de radiodifusión televisiva de forma abierta, es decir distribuir contenidos audiovisuales mediante el uso del espectro radioeléctrico, es necesario contar con la autorización previa del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, cuyo plazo máximo de vigencia es de 10 años, tal como señalan los artículos 14 y 15 de la misma norma. Por su parte, la renovación de estas autorizaciones es esencialmente un proceso automático, a menos que se haya incurrido en alguna de las infracciones señaladas en el artículo 23 de la Ley de Radio y Televisión.

Teniendo en cuenta este marco normativo, un reporte del observatorio internacional de concertación de medios Media Ownership Monitor, realizado en el año 2016, encontró que esta situación *“termina perpetuando, en la práctica, las autorizaciones otorgadas especialmente a los principales grupos y empresas de la radio y televisión del país, restringiendo de manera drástica el acceso de nuevos operadores”* (Acevedo, 2016). Así pues, si consideramos que el espacio en el espectro radioeléctrico es limitado, el número de agentes a los que se podrá otorgar una autorización para prestar servicios de radiodifusión televisiva se mantiene en el tiempo, por lo que sólo si alguno de ellos renuncia a su autorización o la autoridad deja sin efecto su permiso.

Por su parte, el mercado de la Televisión de Paga es considerado por Osiptel, el ente regulador de las telecomunicaciones a nivel nacional, como un mercado supervisado (Barriga, 2014). El ordenamiento jurídico peruano, la Ley de Telecomunicaciones contempla a los *“servicios de distribución de radiodifusión por cable”* como un servicio de difusión y el Reglamento de la Ley de

Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC, lo define de acuerdo a lo siguiente:

El servicio de distribución de radiodifusión por cable es aquel que distribuye señales de radiodifusión de multicanales a multipunto, a través de cables y/u ondas radioeléctricas, desde una o más estaciones pertenecientes a un mismo sistema de distribución, dentro del área de concesión. (artículo 95).

Ni la regulación ni la doctrina distinguen en función a la tecnología utilizada para la distribución de los contenidos, que puede realizarse a través de “cable coaxial, satélite u otras” tecnologías (Barriga, 2014, p. 4). Es decir que, independientemente de la tecnología empleada para proporcionar el servicio, la regulación aplicable es la misma.

De otro lado, actualmente, la Televisión de Paga puede ser ofrecida a través de distintos modelos, presentando a los consumidores la oportunidad de acceder a contenidos en la forma de distintos paquetes de canales con una programación predeterminada. Los consumidores pueden también acceder a canales que no forman parte de su paquete regular por un costo adicional (*pay per channel*), acceder a contenidos específicos como eventos deportivos selectos por un costo adicional (*pay per view*) o acceder a contenidos específicos escogidos por el consumidor en cualquier momento, también por un costo adicional (*video on demand*).

Los servicios tradicionales de distribución o difusión de contenido audiovisual han buscado modernizar su oferta, respondiendo así a los crecientes retos del ecosistema digital. Ganuza y Vicens (2013) identifican dos estrategias a través de las cuales estos proveedores buscan mantener su relevancia en el mercado. En primer lugar, los autores señalan que los actores tradicionales del mercado de telecomunicaciones han recurrido a la recomposición de su oferta en paquetes que incluyen distintos servicios de telecomunicaciones y difusión, asociando la contratación de una conexión de internet a la contratación de una línea telefónica fija y/o un paquete de Televisión de Paga. En segundo lugar, encuentran que los proveedores de servicios tradicionales han buscado incursionar en el desarrollo de sus propias plataformas de servicios *over-the-*

top, en un esfuerzo por competir directamente con los nuevos actores del medio.

Con respecto a la primera estrategia, es decir la oferta de paquetes de servicios, Ganuza y Viencens sostienen que, si bien estos han sido en principio métodos efectivos para mitigar el efecto de los servicios OTT, la práctica podría ser considerada contraria a la libre competencia y advierten respecto a la posibilidad de que reguladores nacionales decidan controlarla. Así pues, por Resolución del Tribunal de Solución de Controversias No 004-2013-TSC/OSIPTTEL del 31 de enero de 2013 se confirmó la Resolución del Cuerpo Colegiado No 017-2012-CCO/OSIPTTEL del 20 de julio de 2012 que declaró que Telefónica del Perú S.A.A. había incurrido en una infracción tipificada en el artículo 10 del Decreto Legislativo No 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, al abusar de su posición de dominio al ofrecer en el mercado minorista como única alternativa, como un paquete, el servicio de “internet ADSL” atado a la adquisición del servicio de telefonía fija.¹

En este procedimiento iniciado de oficio se determinó que Telefónica del Perú S.A.A. había realizado actos contra la libre competencia al realizar ventas atadas, específicamente a través de paquetes de internet DSL y telefonía fija que tenían un costo menor para el consumidor que la contratación del servicio internet ADSL independientemente de una línea de telefonía fija. La estrategia utilizada hace un quinquenio por Telefónica para -podríamos presumir- devolver relevancia al servicio de líneas de teléfono fijo ante un mercado cambiante afectado por los nuevos hábitos de consumo relacionados a los teléfonos inteligentes y los servicios OTT de audio y mensajería, podría verse reproducida por los operadores en el contexto de los contenidos audiovisuales. Es decir, una posible estrategia para enfrentar la competencia que representan los servicios OTT de distribución de contenidos audiovisuales podría ser atar

¹

Cabe indicar que por Resolución del Tribunal de Solución de Controversias No 011-2016-TSC/OSIPTTEL del 16 de diciembre de 2016 se confirmó la Resolución del Cuerpo Colegiado No 003-2014-CCO-PAS/OSIPTTEL del 24 de octubre de 2014, que declaró fundado el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A. por el incumplimiento de la medida correctiva ordenada en la Resolución del Cuerpo Colegiado No 017-2012-CCO/OSIPTTEL y confirmada por la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias No 004-2013-TSC/OSIPTTEL. Es decir, Telefónica del Perú S.A.A. no cumplió con ofrecer en el mercado minorista la venta del servicio de internet ADSL de manera independiente de cualquier otro servicio (sin atarla al servicio de telefonía física).

paquetes de Televisión de Paga a la contratación del servicio de internet. Sin embargo, como hemos visto, la práctica de asociar distintos servicios en un solo paquete, comercialmente denominados dúos o tríos, es una práctica contraria a la libre competencia, sancionada en el ordenamiento jurídico vigente, tal y como Osiptel lo ha reconocido en sus pronunciamientos.

La segunda estrategia representa un alto riesgo para los operadores, pues según señalan Ganuza y Vicens (2012) estos no poseen una ventaja comparativa en el mercado de los servicios OTT, el cual caracterizan como altamente competitivo, innovador y, sobre todo, de alcance global. Los proveedores tradicionales están acostumbrados a circunscribirse a espacios geográficos específicos, normados por un marco jurídico particular y su oferta de contenido suele mantenerse relativamente estable en el tiempo. Cabe precisar que este segmento se encuentra ocupado por marcas que se han construido un nombre reconocible en el mercado, como Netflix y, a nivel internacional Hulu; así como por productoras de contenido, que haciendo uso de su prestigio, optaron por incursionar en la distribución de contenidos, como es el caso de HBO y Disney, la última de las cuales anunció en el 2017 sus planes de lanzar su propia plataforma de difusión de contenidos audiovisuales OTT.

En los últimos años, tanto los servicios de Televisión de Paga como aquellos de Televisión Abierta, han buscado innovar con una estrategia que consiste en el lanzamiento de plataformas que permiten tener acceso a sus contenidos audiovisuales a través de internet, para lo cual se encargaron de desarrollar aplicaciones para teléfonos inteligentes que permitan acceder a estas plataformas. Sin embargo, una rápida mirada a la tienda de aplicaciones de Android o Apple revela que estos esfuerzos no han sido particularmente bien recibidos por los consumidores.

En efecto, aplicaciones como MovistarPlay de Telefónica del Perú o América tvGO apenas logran obtener valoraciones de tres de cinco estrellas por parte de los usuarios y superan a duras penas el millón de descargas. La aplicación de Netflix para dispositivos Android, por su parte, ha sido descargada más de 100 millones de veces a nivel mundial, posicionándose como la aplicación que genera mayores ingresos en la categoría de entretenimiento y mantiene una calificación de 4,4 estrellas sobre cinco. Ello, evidencia que la nueva estrategia

no está teniendo un resultado en el que, mayoritariamente, logren difundir sus contenidos en plataformas en línea.

En consecuencia, resulta aparente que, si bien los servicios tradicionales de distribución de contenidos audiovisuales han diversificado su oferta en las últimas décadas, proporcionando al consumidor mayores opciones respecto de la forma en la cual acceden a contenido con la adición de canales según la solicitud del consumidor o la posibilidad de pagar por contenido específico así como incursiones en el terreno de los OTT, estos aún se caracterizan en gran medida por su constante relación con el televisor.

1.12 Servicios de distribución de contenidos audiovisuales *over-the-top*

El Cuerpo Europeo de Reguladores de Comunicaciones Electrónicas, en un reporte de 2016 sobre la situación de los servicios *over-the-top* planteó una muy necesitada definición del término OTT. El BEREC, por sus siglas en inglés, realizó dicho reporte en función a los avances tecnológicos que han llevado a que cada vez más servicios sean consumidos en línea, creando nuevos modelos de negocios basados en la distribución por Internet. El BEREC reconoce la importancia de los servicios OTT en el actual mercado de comunicaciones y lo identifica como un punto estratégico de investigación en concordancia con su relación con los servicios de comunicación electrónica.

En función a ello, el Reporte sobre OTTs publicado por el BEREC, define estos como *"un contenido, un servicio o aplicación que se distribuye al usuario final a través del Internet público"*. En este sentido, el reporte resalta que no se trata de un tipo particular de servicio, sino de la forma a través de la cual se provee. En esencia, es un servicio o aplicación proporcionado a través de de Internet, de manera independiente del propio servicio de Internet. Es decir, por ejemplo, Movistar provee una conexión a Internet sobre la cual Netflix opera para distribuir contenido audiovisual, precisamente por eso se le llama *over-the-top*. Es así que, el proveedor de la conexión a internet o ISP (*Internet Service Provider*) es un actor que, en principio, es completamente independiente del proveedor del servicio al cual se está accediendo mediante esa conexión.

Pese a que, como también indica el Reporte del BEREC, esta no es una definición legal, la descripción y taxonomía planteadas tienen el objetivo de orientar la discusión respecto de cuál es la actitud regulatoria que la Unión Europea debe adoptar frente a estos servicios, por lo cual consideramos que se trata de una definición operativa funcional a los objetivos de este trabajo. (BEREC, 2016). Lo que es más, el documento de trabajo de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia de Osiptel titulado *Los OTT TV como nuevos proveedores de contenidos audiovisuales y su impacto en la TV de Paga* recoge esta misma definición.

Ganuzo y Viéens (2012) describen a estos nuevos actores en el mundo de las telecomunicaciones como “invasores”. Resaltan que estos servicios requieren, necesariamente, que el consumidor tenga acceso a una conexión de internet relativamente estable y con un cierto grado de velocidad mínima de entre 2 mbps y 4 mbps. En este contexto, el proveedor del servicio de internet o ISP no se encuentra involucrado necesariamente en la distribución de las aplicaciones, servicios y contenidos que se proporcionan a través de su red, por lo cual no reciben ingresos provenientes de estos servicios más allá de los percibidos por el servicio mismo de acceso a internet. Además, como ya hemos mencionado antes, cuando los proveedores tradicionales de contenidos audiovisuales, que en algunos casos son también proveedores de servicios de internet (como es el caso de Telefónica del Perú y Claro del Perú), pretenden incursionar en estos servicios no parecen obtener muy buenos resultados.

Con respecto a esta situación, resulta de interés cuestionar la relación entre los servicios OTT y los ISP. Esto en función al hecho de que la red de distribución, necesaria para proporcionar un servicio *over-the-top*, depende de la existencia de un proveedor del servicio de internet; es decir, los proveedores de servicios OTT necesitan la infraestructura establecida por los ISP. Adicionalmente, la oferta de los OTTs consiste muchas veces en servicios que compiten con la oferta extendida de los proveedores de servicios de internet, esto es mensajería instantánea o IM, llamadas de audio a través de VoIP y la difusión de contenidos audiovisuales en línea u OTT TV (Ganoza, 2012).

Podemos ver que la naturaleza de los servicios distribuidos a través de internet es, hoy en día, extremadamente diversa. Cuando hablamos de OTTs, entonces, estamos hablando tanto de plataformas de redes sociales como

Facebook o Twitter, como de servicios de VoIP, como Facetime, Skype o Whatsapp, servicios de difusión de música, como Spotify y Apple Music, servicios de mensajería instantánea, como Facebook Messenger o el mismo Whatsapp. Los servicios de distribución de contenido audiovisual por Internet, cuyo mayor exponente a nivel mundial es indudablemente Netflix, constituyen una forma específica de servicio *over-the-top*.

De acuerdo a la taxonomía planteada por el BEREC, estos servicios se encontrarían en la categoría OTT-2, es decir, se trata de servicios que se proveen a través de una red de comunicación electrónica pero que no representan un servicio de comunicación electrónica ni compiten directamente con estos. Esta clasificación tiene sentido en función a los intereses del BEREC, pues para esta entidad la principal preocupación generada por los OTTs se encuentra en aquellos que clasifica como OTT-0 y OTT-1, es decir, aquellos que representan directamente servicios electrónicos de comunicaciones o que podrían, potencialmente, competir con los servicios de comunicaciones electrónicas.

En este punto resulta relevante considerar la tradicional distinción entre distribuidores y productores de contenido audiovisual en el contexto de la convergencia digital. Como ya hemos mencionado, el modelo tradicional estableció una distinción muy marcada entre los productores de material audiovisual, quienes desarrollaban un producto de calidad de emisión (calidad de *broadcast*), y los distribuidores de este producto. Sin embargo, hoy en día esta distinción resulta no es tan clara.

Para empezar, plataformas como YouTube y Facebook facilitan que sus usuarios sean a su vez productores de contenido, independientemente de que los productos logrados coincidan con un estándar de calidad. En estos casos, el control de calidad del producto se realiza luego de la exhibición, por parte de los propios usuarios. Tanto YouTube como Facebook proporcionan plataformas que permiten la publicación y el consumo de contenidos audiovisuales *over-the-top*.

Por otra parte, en el caso de Netflix o plataformas similares de *streaming* por suscripción, el contenido disponible para los usuarios tiene dos posibles orígenes. La mayoría del contenido es adquirido por la plataforma a través de

licencias, las cuales pueden considerar cláusulas de exclusividad para ciertas regiones o los derechos exclusivos de distribución en línea a nivel mundial. Adicionalmente, un porcentaje aún pequeño, pero cada vez más considerable del contenido, es producido por la misma empresa que maneja la plataforma para su distribución exclusiva en esa plataforma en particular. Si bien Netflix, por ejemplo, anunció en 2018 que el 85% de su inversión en nuevos contenidos sería dirigido a producciones originales; los últimos estudios que analizan el consumo de suscriptores de Netflix en EEUU arrojaron que el 80% de los usuarios prefiere consumir contenido que es adquirido por Netflix a través de licencias (Schomer, 2018).

En este sentido, podemos considerar que las barreras entre productores y distribuidores de contenido audiovisual son cada vez menos relevantes. Sin embargo, en el caso de servicios por suscripción tipo Netflix o Amazon Video, estos aún obtienen sus ingresos de forma predominante como plataformas de distribución y exhibición de contenidos. Es decir que su principal negocio es la distribución *over-the-top* de contenido audiovisual con calidad de *broadcast* sobre el cual adquieren los derechos de emisión.

Ahora bien, la presente investigación tiene como foco servicios que caen precisamente en la categoría OTT-2. Específicamente nos referimos a aquellos servicios de distribución de contenido audiovisual por Internet a través de plataformas basadas en un sistema de suscripciones, como Netflix, Hulu o Amazon Prime Video.

En la actualidad, los servicios de distribución o difusión de contenidos audiovisuales *over-the-top* coexisten con los servicios de distribución o difusión de contenidos audiovisuales tradicionales. Si bien el acceso a los servicios OTT en general requiere previamente de la capacidad de acceder a internet, podemos ver por los datos publicados en los últimos años por Osiptel (2017) nos muestra que ese mercado potencial ha crecido exponencialmente en los últimos cuatro años, ampliándose de un 19.8% a un 66.5% el número de hogares peruanos que cuentan con acceso a internet. En este contexto, se debe resaltar que el 50% de los peruanos tienen y utilizan un teléfono inteligente.

Lamentablemente, no existen datos específicos respecto al uso de servicios OTT en nuestro país, y mucho menos al uso de servicios OTT de difusión de contenidos audiovisuales. Lo que es más, estos servicios ni siquiera se encuentran considerados entre alguna de las clasificaciones de servicios de telecomunicaciones, pues la regulación ha ignorado su presencia en el mercado hasta el momento.

En el año 2016, un documento de trabajo publicado por OSIPTEL referido a la posible existencia de una situación de competencia entre los servicios de Televisión de Paga y los servicios de difusión de contenidos audiovisuales OTT afirmó que estos no se encontraban en competencia, principalmente debido a la baja penetración del servicio de internet en nuestro país. Consideramos que, a la luz de los números presentados en las más recientes encuestas realizadas por el mismo organismo, así como información publicada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017), con respecto al uso y acceso a internet de consumidores entre los 6 y 18 años, en el cual se observa que el 90% de los cuales hace uso de internet, por lo que resulta evidente que el panorama ha cambiado de manera más acelerada a la esperada.

1.13. ISP

Como ya hemos mencionado, el acceso a servicios OTT depende de que el usuario pueda acceder a una conexión a internet a través de un dispositivo con la capacidad para hacerlo. Esta relación convierte, para Ganuza y Vienes (2012) a los dispositivos, el servicio de acceso a internet y los servicios OTT en productos complementarios. En consecuencia, resulta necesario considerar el papel de los proveedores de servicios de internet o ISP en este contexto.

Se debe tener en cuenta que la regulación vigente señala que los servicios de telecomunicaciones se clasifican en: (i) servicios portadores, (ii) teleservicios o servicios finales, (iii) servicios de difusión y (iv) servicios de valor añadido. Al respecto, el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo No 013-93-TCC, en su artículo 10, define que los servicios portadores “proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión y de valor añadido”. En esa línea, el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la

Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo No 020-2007-MTC, establece en su artículo 30 que *“los servicios portadores son aquellos que utilizando la infraestructura del sistema portador, tienen la facultad de proporcionar la capacidad necesaria para el transporte y enrutamiento de las señales de comunicaciones, constituyendo el principal medio de interconexión entre los servicios y redes de telecomunicaciones”*.

De otro lado, el anexo 1 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo No 138-2012-CD/OSIPTEL define “acceso a internet” como *“el servicio de conmutación de datos por paquetes y mensajería interpersonal en la modalidad de correo electrónico”*. Esto es, de acuerdo al Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo No 020-2007-MTC. Esto es, de acuerdo al artículo 99 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, el acceso a internet es considerado un servicio de valor añadido en nuestra legislación; toda vez que la mensajería interpersonal, correo electrónico en todas sus modalidades y el servicio de conmutación de datos por paquetes constituyen dos de las clases de servicio de valor añadido. Esto último también ha sido reconocido por Pedreschi, León y Baldeón, quienes señalan que “el servicio de acceso a internet es considerado por nuestro ordenamiento como un servicio de valor añadido, el mismo que puede ser prestado por un operador privado con tan solo inscribirse en el Registro de Valor Añadido implementado por el MTC”. (2012)

Los servicios OTT requieren de los servicios de acceso a internet, los cuales a su vez necesitan a los portadores para poder proporcionar acceso a internet a los usuarios. La diferencia entre estos dos actores, es que mientras que los ISP contratan con los operadores a cambio de una contraprestación económica, los servicios OTT no solo no aportan económicamente a los ISP de los cuales dependen para llegar a los consumidores, sino que también muchas veces compiten con parte de la oferta de las mismas empresas que proporcionan el acceso a internet.

1.2. Regulación vigente

1.2.1 Regulación de contenido audiovisual en el Perú

En el Perú, la regulación en materia de telecomunicaciones no ha sufrido muchos cambios en el transcurso de los años, pese a que el desarrollo tecnológico para las comunicaciones y transmisión de contenido ha sido constante y exponencial en las últimas décadas. Así pues, existen muchos escenarios en los que la regulación resulta deficiente por encontrarse desfasada, dado que no necesariamente encaja o puede ser aplicable con los nuevos problemas que se evidencian en la actualidad. Entonces, ¿qué sucede en un escenario como el anteriormente descrito? ¿cómo se comportan los agentes económicos que prestan servicios de telecomunicaciones? ¿es mejor la falta de regulación o el contexto evidencia que es necesaria la existencia de mayor regulación en nuestro país?

A la fecha, se encuentran vigentes el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por el Decreto Supremo 013-93-TCC y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 020-2007-MTC, las cuales constituyen normas directrices en materia de telecomunicaciones. En efecto, en dichas normas se establecen tipos de servicios de telecomunicaciones, sin embargo esta taxonomía no ha sido actualizada para reflejar los cambios en el contexto del ecosistema digital. Así, por ejemplo, los servicios OTT no son considerados dentro de la definición de servicios de valor añadido, cuando podría argumentarse que al ser servicios que requieren de una infraestructura y acceso a un servicio de telecomunicaciones para poder distribuirse a los usuarios son indiscernibles de aquellos que la normativa sí considera servicios de valor agregado, los cuales deben encontrarse registrados para poder operar.

La normativa también señala las formas de obtener autorizaciones, principales obligaciones, sanciones, reglas para el uso del espectro radioeléctrico, entre otros puntos similares. Si bien estas normas son lo suficientemente genéricas en muchos aspectos, por lo que siguen aplicándose a la fecha, claramente no prevén nuevos supuestos o problemas que se hayan generado con el desarrollo y puesta en el mercado de nueva tecnología en comunicaciones y transmisión de contenido.

Efectivamente, nuestra normativa considera únicamente a los servicios tradicionales de telecomunicaciones, entre ellos los servicios tradicionales de difusión de contenidos audiovisuales, considerando tanto a la Televisión Abierta, como a la Televisión de Paga, pues ambas se encuentran reguladas en el ordenamiento jurídico y consideradas de interés público. Tanto es así que, este año a través de una Resolución del Consejo Directivo de Osiptel (Resolución N° 064-2018-CD/OSIPTTEL) se aprobaron las Normas para la prestación del servicio de TV Paga, entre las cuales se considera:

Artículo 7.- Obligación de las empresas operadoras de proveer el equipamiento de red que permita la prestación efectiva del Servicio de Televisión de Paga

Por la aplicación de la Tarifa de Acceso y, en su caso, de la Tarifa por Punto de Prestación Adicional, las empresas operadoras del Servicio de Televisión de Paga se obligan a entregar y, de ser necesario, a instalar el equipamiento de red que permita la prestación efectiva de dicho servicio en todos los puntos de prestación, con las condiciones de calidad y los atributos tecnológicos contratados en cada caso, estando prohibidas de aplicar otros conceptos tarifarios o efectuar cobros adicionales diferentes a los señalados en el artículo 3.

Como podemos observar, tanto la Televisión Abierta como la Televisión de Paga son consideradas de interés por el Estado, por lo que existe la necesidad de proteger a los usuarios a través de una normativa específica que establezca obligaciones específicas para los proveedores. Claramente, el Estado considera que es una materia de interés público establecer reglas para los operadores de difusión de contenidos, de modo que se garantice la protección de derechos de los televidentes, incluso frente a escenarios de Televisión de Paga.

Precisamente, el Osiptel tiene entre sus competencias establecer la normativa necesaria para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de modo que la legislación pueda mantenerse vigente y acorde con los problemas que se evidencien en la realidad. Ciertamente, este organismo regulador dispuso las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo 138-2012-CD/OSIPTTEL, con

la finalidad de que se garanticen todos los derechos de información de quien contrate la prestación de un servicio de telecomunicaciones. De modo que, en este caso, se mantuvo vigente la protección a los “consumidores” de los servicios de telecomunicaciones, a través de una regulación en específico, que estuviera esencialmente enfocada en garantizar que se informe adecuadamente de todo lo que implica el servicio, así como fijar reglas como que Osiptel deba aprobar todos los contratos de abonados, de modo que se reduzcan los escenarios de abuso de poder por parte del operador de telecomunicaciones.

Ahora bien, la legislación vigente despierta una situación de diferencia entre las anteriores y las nuevas formas de difusión de contenido. Así pues, el Estado ha emitido regulación para la difusión de contenidos a través de la radio y televisión, a través de la Ley 28278 y su Reglamento, estableciendo entre otras obligaciones la necesidad de existencia de un horario de protección al menor, la calificación de contenidos y advertencias sobre cuál es el público apto para visualizar u oír algún programa. No obstante, a la fecha se evidencia que de una forma mayoritaria, la difusión de contenidos se ha comenzado a realizar a través de plataformas vía internet, las cuales se encuentran permanentemente a disponibilidad de los usuarios, y sin que existan restricciones para ello impuestas por el Estado (aunque pueden evidenciarse limitaciones o reglas en el contenido establecidas por quien tiene el dominio del sitio web).

En dicho escenario se puede advertir claramente que los programas de la televisión y la radio tiene que señalar para que público se encuentra dirigido el contenido que van a difundir, pero plataformas como Netflix no se encuentra obligada a hacerlo. Ello, pese a que Netflix transfiere contenido que puede ser accesible a todo tipo de público que cuente con acceso a internet y que se haya suscrito a dicha plataforma.

Entonces, frente al escenario legislativo indicado, cabe preguntarnos si esta situación es una en la cual corresponde que el Estado intervenga en esta situación buscando equiparar la regulación de dos situaciones similares. Asimismo, resulta también pertinente preguntarnos si es posible realizar tal esfuerzo, teniendo en cuenta que, a pesar de que el objetivo de ambos servicios es el mismo, la forma en la cual se difunden y llegan a las manos de

los consumidores difiere considerablemente. Para ello nos detendremos a observar como otros ordenamientos jurídicos han manejado esta situación.

1.2.2 Regulación internacional.

En el caso europeo, existe consenso respecto a la idea de que los servicios OTT cuestión deben ser regulados a un nivel supra nacional (Tadayoni & Sigurdson, 2006). En función a ello, el Parlamento Europeo ha planteado y replanteado su marco regulatorio, respondiendo con relativa celeridad a los cambios en el contexto. Hasta hace muy poco, se encontraba vigente la Directiva 2010/13/EU del Parlamento Europeo conocida como la Directiva de Servicios de Medios Audiovisuales, y la Resolución de Consejo de marzo de 2010, sobre la coordinación de la regulación de los estados miembros respecto a las provisiones de la Directiva.

Esta regulación europea consideraba estándares para los proveedores de contenidos audiovisuales, a través de medidas como la prohibición de la distribución de contenidos que inciten al odio y la protección de menores por medio de advertencias de contenido pornográfico y/o violento. Adicionalmente, la regulación tenía en cuenta una obligación para los transmisores de contenido audiovisual de apoyar los trabajos realizados por productores europeos, obligando que el 10% del contenido, o el 10% del presupuesto adjudicado a contenidos, sea destinado a obras de productoras europeas. Estas medidas regían para los servicios de distribución de contenidos tradicionales, dejando a la deriva aquellos sobre los cuales versa esta investigación.

Con el propósito de facilitar la aplicación y fiscalización del marco regulatorio establecido por la Directiva, la Comisión Europea decidió crear ERGA (European Regulators Group for Audiovisual Media Services) en el año 2014. Este grupo de reguladores de contenidos audiovisuales tiene la responsabilidad asesorar a la Comisión y a los países miembros sobre la regulación de contenidos audiovisuales.

Desde comienzos de este año, una revisión de la Directiva, la cual fue planteada originalmente en el año 2016 con la asesoría de ERGA, ha entrado en vigencia tras ser aprobada por el Parlamento Europeo. Esta revisión: (i) considera que los servicios OTT de difusión de contenido se encuentran dentro

del marco jurídico europeo bajo la misma regulación (cuando su naturaleza lo permite), y (ii) aumenta la responsabilidad de todos los proveedores en la protección de menores frente a contenidos considerados inapropiados.

De ese modo, se establece la exigencia para todos los proveedores de contenido audiovisual de presentar advertencias claras antes del contenido en cuestión, implementando así la obligación para todos los servicios OTT de difusión de contenido audiovisual de proporcionar a los padres medios para controlar y monitorear el consumo de contenido audiovisual de sus hijos menores de edad. Adicionalmente, la revisión de la Directiva ha aumentado la obligación para los proveedores de apoyar el contenido producido en Europa, llevando el porcentaje de contenido o presupuesto del 10% al 20%.

En un estudio de 2015 realizado por el Hans Bredow Institut de la Universidad de Hamburgo, se analiza la Directiva previa a su revisión en función a sus objetivos y métodos. Este Reporte, distingue entre servicios lineales, no lineales y servicios de la sociedad de la información, señalando que la regulación europea se basa en esa división para plantear regulación que distingue según el medio de transmisión. En función a ello, se plantea un cambio en el paradigma, donde la regulación de contenidos, protección del consumidor y protección de menores, así como otros objetivos de la regulación, sean verdaderamente neutrales respecto a la tecnología que se utiliza para transmitir el contenido.

En Estados Unidos, la autoridad reguladora relevante es la FCC, Federal Commission for Communication o Comisión Federal de Comunicaciones y, actualmente, se enfrentan a un fenómeno que aún no tiene paralelo en nuestro país. En este mercado, los usuarios están empezando a optar por “cortar el cable”, es decir alejarse de los servicios tradicionales en deferencia por las nuevas ofertas tecnológicas (Bullich & Guinard, 2016); mientras que, en el Perú, el consumo de televisión por cable continúa aumentando a la par con el consumo de servicios de difusión de contenido audiovisual OTT. Uno de los últimos cambios en la regulación estadounidense ha sido la derogación del principio de Neutralidad de Red, adoptado durante el gobierno de Barack Obama y criticado por su sucesor Donald Trump. Aunque aún es muy pronto para analizar los efectos de esta medida, se trata de una situación contraria a las tendencias globales.

1.3. Análisis de Impacto Regulatorio

El Decreto Legislativo No 1310 establece la base para el análisis de la política regulatoria en el Perú en función a los principios de legalidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad (Decreto Legislativo No 1310, Artículo 2.2.). Este Decreto Legislativo, así como el Reglamento de Análisis de Calidad Regulatoria, aprobado por medio del Decreto Supremo No 075-2017-PCM, responden a las recomendaciones realizadas por la OCDE al Perú respecto a la necesidad de construir una política explícita que permita el análisis de la calidad regulatoria a través de objetivos claros y definidos. (Exposición de Motivos del No Decreto Legislativo 1310).

La Gerencia de Estudios Económicos de Indecopi, en el Documento de Trabajo No 01-2017/GEE reflexiona respecto a las motivaciones y alcances del Decreto Legislativo 1310, señalando que el Análisis de Calidad Regulatoria implica “un análisis del tipo costo beneficio, de necesidad, de efectividad y proporcionalidad de las disposiciones normativas”. Refiere que este proceso debe ser integral, gradual y continuo, regido por los principios ya señalados de Legalidad, Necesidad, Efectividad y Proporcionalidad (2017).

Cabe mencionar que, en el marco del Decreto Legislativo 1310, este análisis deberá ser aplicado a las disposiciones normativas que “incluyen reglas objetivas y obligatorias respecto de un procedimiento administrativo” (Indecopi, 2017).

Respecto al Principio de Legalidad, se entiende este en función al respecto a la Ley por parte de las autoridades administrativas que tengan a su cargo los procedimientos. El punto de partida de la regulación será pues, que esta no resulte contraria a la Ley. El Principio de Necesidad, por su parte, es quizá el elemento más importante del análisis. En este punto debe ser identificado el problema que la regulación busca solucionar, así como el nexo causal entre la solución planteada y el problema identificado. El Principio de Efectividad, busca disminuir la complejidad de la regulación, eliminando toda aquella que sea innecesaria para que la regulación alcance los objetivos planteados. Y, finalmente, el Principio de Proporcionalidad busca el balance entre el objetivo de la regulación y las obligaciones que se exigen a los administrados para alcanzar dicho objetivo.

El Indecopi considera que el Análisis de Calidad Regulatoria persigue “la razonabilidad de una propuesta normativa” a través del conjunto de principios propuestos. Pero aclara también que existe la necesidad de llevar esos principios al plano de la acción a través de una metodología. Para ello rescata los esfuerzos en Análisis de Impacto Regulatorio sistematizados por la OECD.

El RIA (Regulatory Impact Analysis) o Análisis de Impacto Regulatorio, es definido por la OECD tanto como una herramienta del proceso de toma de decisiones como el proceso mismo. Vista como herramienta, esta metodología busca sistematizar a través de procesos rigurosos de análisis de impacto, las repercusiones que las acciones de un gobierno puedan tener, considerando los costos y beneficios de la regulación, así como las posibles alternativas disponibles para enfrentar el problema. (OECD, 2009)

Esta herramienta permite considerar, en primero lugar, la necesidad de una intervención del Estado por medio de la regulación. Así, una vez existe la intención de intervenir, obliga a los entes y agentes reguladores a estructurar su razonamiento, cuantificando las consecuencias de la intervención (COMPAL, 2011).

Siguiendo esta línea de pensamiento, resulta indispensable someter la intención de regular a un análisis del potencial impacto que la regulación puede tener en el mercado y los actores que en este se desarrollan. Los principios que sostienen el planteamiento del Decreto Legislativo 1310 son compartidos por las distintas metodologías RIA aplicadas por distintos países de la OECD, los cuales se distinguen en función a algunos elementos específicos de análisis y requerimientos formales, pero comparten y persiguen los mismos objetivos. En este sentido, Eduardo Quintana propone una metodología de Análisis de Impacto regulatorio que comparte los principios en cuestión (2016).

Indiscutiblemente, el primer paso para cualquier análisis de esta naturaleza, es la identificación del problema. Quintana señala que, sin una identificación clara del problema, el resto del análisis resultaría inconsecuente. Si bien el autor presenta una serie de casos concretos en los cuales considera es necesario regular, prefiriendo reservar estos mecanismos principalmente para fallas en el mercado, consideramos que valdría la pena agregar la posibilidad de regular o, en todo caso modificar una regulación, para que esta pueda cumplir con el principio por el cual fue establecida.

Luego, el segundo paso para analizar el impacto regulatorio es la definición de objetivos. Los objetivos deben encontrarse claramente orientados hacia la solución del problema identificado y deben ser, además, los suficientes para corregirlo, de modo que no se caiga en una sobre regulación, buscando controlar aspectos del mercado que no presentan fallas.

Finalmente, en tercer lugar, se deben identificar las opciones regulatorias, considerando cuidadosamente si es imperiosamente necesaria una intervención estatal o si es posible que se puede recurrir, por ejemplo, a la autorregulación. Tal es el caso, por ejemplo, de los contenidos difundidos a través de servicios de radiodifusión actualmente, cuyos proveedores tienen la obligación de auto regularse en función a un código de ética y un sistema de calificación de contenidos. Estas opciones deben valorarse en función al análisis costo-beneficio, costo-cumplimiento y costo-efectividad.

Por ello, a continuación, siguiendo la metodología de Análisis de Impacto Regulatorio de Servicios Públicos planteada por Eduardo Quintana, se evaluará: (i) cuál es el problema que existe con los proveedores de difusión de contenidos en plataformas en línea, (ii) cuáles son los objetivos para la solución del problema identificado, y (iii) si resulta necesaria e indispensable la regulación para corregir la falla que se presenta en el mercado.

CAPITULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En el Reporte de Provisiones Regulatorias y Aplicaciones Tecnológicas para Proteger los Derechos de Los Usuarios de Servicios de Telecomunicaciones (APEC, 2017), se planteó a los representantes de los Estados participantes de la cumbre una pregunta que es de especial relevancia para nuestra investigación. ¿El marco regulatorio de telecomunicaciones aplica para servicios *over the top* y de servicios compartidos (*shared services*, como Uber), o se trata de normativa que es relevante únicamente para servicios de telecomunicaciones tradicionales?

En el caso del Perú, la respuesta fue sencilla, “no existe regulación específica para los servicios en línea”. En nuestro país, los consumidores de servicios OTT puede acceder a la protección de INDECOPI, pero no a la supervisión de OSIPTEL (en el marco de sus competencias), a pesar de que estos servicios se fundamentan en la infraestructura de los proveedores de telecomunicaciones tradicionales y, sobre todo, representan una propuesta alternativa para satisfacer la misma necesidad del consumidor y por lo tanto acarrear los mismos riesgos. Ni la Ley de Telecomunicaciones, ni su Reglamento, ni la Ley de Radio y Televisión regulan expresamente estos servicios.

En función a la definición propuesta de servicios OTT, resulta evidente que estos servicios presentan una gran diversidad: buscan satisfacer distintas necesidades a través de propuestas particulares. Por ello, pretender responder al problema de la inexistencia de regulación de los servicios OTT en general es un objetivo que excede los alcances de la presente investigación. Con el propósito de focalizar los esfuerzos de este trabajo, el problema respecto al cual versará se reducirá a la situación de los servicios OTT de distribución de contenido audiovisual, conocidos también como servicios de *streaming*, cuyo principal exponente en la actualidad es la plataforma Netflix.

Al respecto, consideramos que existe una situación de trato regulatorio diferenciado entre los nuevos medios digitales, es decir los servicios de *streaming*, y los medios tradicionales de distribución de contenido audiovisual. Este trato diferenciado limita la capacidad del Estado de tutelar el balance entre la libertad de expresión y el derecho a la información, y la protección del derecho al honor o la dignidad, así como la

protección de la niñez y la construcción de ciudadanía, los cuales constituyen asuntos de interés público.

En este contexto, herramientas jurídicas como La Ley de Radio y Televisión o la Ley de Protección al Menor resultan insuficientes. Ello se debe a que el marco jurídico vigente no considera la creciente importancia de medios de distribución de contenidos audiovisuales distintos a los tradicionales. Se trata de herramientas que han sido pensadas en un contexto distinto al actual, puesto que no consideran que el contenido se encuentra a disposición de los usuarios –independientemente de su edad– de manera permanente. Inclusive, si su ámbito de aplicación se ampliara para incluir a los nuevos actores del mundo digital, encontraríamos que el enfoque regulatorio planteado en la legislación vigente no es compatible con la cambiante naturaleza de los servicios de distribución de contenidos audiovisuales OTT.

Se debe tener en cuenta que, un sector considera que el surgimiento de proveedores de contenidos en línea no representa un problema que deba regularse por parte del Estado. Ello, en tanto consideran que la autorregulación es la mejor forma de enfrentar las inevitables innovaciones tecnológicas en distribución de contenido audiovisual, reconociendo que la regulación vertical no puede mantener el mismo ritmo que los cambios tecnológicos y permitiendo que los medios se regulen a sí mismos en función a códigos de conducta y ética resultado de la reflexión de la misma industria sobre su responsabilidad hacia el consumidor.

Sobre el particular, consideramos que la autorregulación también presenta potenciales problemas. Al apostar por la autorregulación de la distribución de contenidos audiovisuales existe la posibilidad de dar pie a un sistema que no tome en consideración el fuerte interés público que en la actualidad se encuentra asociado a los medios audiovisuales. (Finkelstein & Tiffen, 2015) La sociedad en su conjunto consume más medios audiovisuales que nunca en la historia, y estos se encuentran disponibles con una diversidad y accesibilidad nunca antes vista.

Asimismo, vale la pena preguntarnos si existe un incentivo en la industria para desarrollar y cumplir con un sistema de autorregulación. En la práctica, podemos observar que las plataformas de distribución de contenido audiovisual en línea han tendido a buscar deslindar responsabilidad en lugar de asumirla, y la mayoría de las iniciativas que han mejorado las condiciones de protección de menores, por ejemplo,

han sido implementadas en respuesta directa a un cambio regulatorio en sus principales mercados.

En efecto, vemos que, desde su aparición y expansión, los proveedores de difusión de contenidos en línea optaron por trasladar la responsabilidad a los propios usuarios, para que sean ellos quienes decidan si se encuentran aptos para ver algún programa que se encuentra en sus plataformas. El problema con trasladar esa responsabilidad, sin dar información precisa sobre el contenido, es que no se permite al usuario suscriptor tomar una decisión informada al respecto. Ciertamente, el usuario será quien en último término tome la decisión de exponerse o no a un determinado contenido; sin embargo, para hacer esa elección necesita que los proveedores le brinden, de manera previa, datos básicos –distintos al resumen de la trama- sobre el contenido de los programadas.

La reciente modificación del Marco Jurídico Europeo, por ejemplo, llevó a Netflix a implementar un sistema de calificación de contenido más claro y visible, colocando advertencias respecto a la naturaleza del contenido en una pantalla previa a la visualización del mismo, y no solo en la descripción escrita del contenido. Una ventaja de la naturaleza globalizada del mercado digital ha llevado a que estas innovaciones sean aplicadas en todos los mercados en los cuales Netflix tiene participación; no obstante, al haber sido generadas por la regulación específica de una región no responde necesariamente a los intereses o necesidades de todos los mercados.

En consecuencia, nos encontramos ante una situación de asimetría regulatoria producto del desfase entre la realidad y la norma. Podría considerarse que esta situación deja al consumidor en un estado de abandono, sin las protecciones que se le proporcionan al consumir (acceder) el mismo contenido por otros medios.

Ciertamente, el Estado considera que es de interés público mantener un mínimo de regulación respecto a los contenidos que son difundidos en radio, televisión, en las salas de los cines, con el objetivo de proteger a poblaciones vulnerables y asegurar que se satisfaga el derecho a la información de los consumidores. Siguiendo esta lógica, se desprende que si esos mismos contenidos (películas, series, programas, documentales) serán consumidos por otro medio –a través de plataformas en línea- deben estar sometidos a las mismas reglas, a través de una normativa que considere sus particularidades.

Del mismo modo, los contenidos audiovisuales distribuidos por medios tradicionales son de interés público por su capacidad de influir de forma positiva y/o negativa en la construcción de una ciudadanía y un concepto de sociedad, dado que permanentemente la población se encuentra expuesta a su trasmisión. Entonces, de ello se desprende, de manera igualmente lógica, que independientemente del medio a través del cual se distribuyen los mismos contenidos o contenidos equivalentes, tienen el mismo potencial de tener una repercusión en los ciudadanos, al encontrarse expuestos a lo que proponen las plataformas en línea.

La actual situación demuestra que la regulación no ha avanzado a la par con la tecnología y el comportamiento del consumidor de la era digital. Nunca en la historia los contenidos audiovisuales se han encontrado tan fácilmente accesibles a los consumidores. Precisamente, la diversidad de la oferta y la gran cantidad de canales para el consumo han generado que la regulación que existe resulte superflua y no cumpla con el objetivo de velar por el interés público, pues el bien que busca proteger se encuentra completamente desprotegido en este nuevo flanco del ecosistema digital.

En atención a lo señalado, hemos podido advertir que la legislación existente y vigente demuestra que el Estado busca regular la naturaleza y calidad de los contenidos, así como las advertencias o limitaciones que deben colocarse a los programas que se difunden. Por tanto, si se considera la regulación a proveedores de difusión de contenidos como una obligación, resulta irrelevante el medio de difusión, esto es, si es por televisión o plataforma en línea. En consecuencia, el problema consiste en que existe una necesidad de regulación ante la falta de reglas para los proveedores de difusión de contenidos en línea.

Cabe reconocer que, frente al problema identificado de falta de regulación, no estamos en un escenario en el que se podrá normar de la misma manera a vías de acceso tan distintos como un canal de televisión y una plataforma *online* de acceso a contenido audiovisual. Es por ello que se requiere de una regulación que considere el contexto de forma holística y se adapte de manera equitativa a las formas que el contenido toma en la realidad.

Frente a este panorama, el problema de investigación que buscamos plantear a través de este trabajo debe considerarse en tres niveles:

Reconociendo que existe un desfase entre la realidad y la regulación, debemos preguntarnos si este nuevo contexto amerita que la manera en la cual regulamos los contenidos audiovisuales sea replanteada.

De ser afirmativa la respuesta a esta pregunta fundamental, el siguiente nivel del problema al cual deberemos hacer frente será considerar si los nuevos paradigmas regulatorios para este sector deben surgir de manera vertical o si la autorregulación representa una mejor alternativa en el contexto actual.

Finalmente, en consideración a lo anterior, el último nivel de este problema de investigación nos llevará a cuestionarnos respecto de las características que una regulación deberá tomar en consideración.



CAPITULO III: DISCUSIÓN

La convergencia de dos mercados antes distintos –difusión televisiva y en plataformas en línea- ha generado un nuevo mercado de características únicas y multiplicidad de actores dinámicos. Ciertamente, la barrera entre los proveedores tradicionales de servicios de difusión de contenidos audiovisuales se ha diluido al punto de prácticamente desaparecer, llevando a los actores tradicionales a incursionar en nuevos medios, presentando sus propias propuestas OTT, dado que los nuevos actores –proveedores de plataformas en línea- son vistos por los consumidores como una alternativa cada vez más afín a sus intereses y ritmo de vida, que las ofertas tradicionales.

Como hemos desarrollado, las formas de consumo han cambiado, no solamente en el ámbito de los contenidos audiovisuales, sino en todo ámbito que haya sido tocado por la digitalización y el Internet. La televisión, que siempre ha sido un medio de recepción pasivo, ha visto su paradigma alterado por plataformas OTT que devuelven el poder al consumidor, quién elige qué ver y en qué momento hacerlo. Esta situación ha construido una nueva forma de producir, consumir y difundir medios audiovisuales. (Barceló & Sánchez, 2011). Sin embargo, como previamente fue descrito, el cambiante panorama no ha visto una gran respuesta por parte de las autoridades regulatorias.

Pese a que nuestro mercado se encuentra cada vez más capacitado y abierto para el ingreso de servicios OTT, no tenemos información ni existe investigación exhaustiva respecto de su adaptación e impacto. Así pues, el ordenamiento jurídico no define o considera en forma alguna a los servicios OTT en ninguna de las clasificaciones de los servicios de telecomunicación, como podrían ser los servicios de valor añadido; por lo que menos aún, regula la difusión de contenidos a través de plataformas OTT.

Ante este panorama nos enfrentamos a una serie de alternativas planteadas por Gonzales en un trabajo realizado en 2012 sobre servicios de IPTV que pueden aplicarse también sin problema al caso de los servicios OTT:

- “1) No hacer nada y dejar que la asimetría regulatoria continúe;
- 2) Aplicar condiciones regulatorias a los entrantes en el mercado similares o iguales para establecer una paridad;

- 3) Desregular o racionalizar la regulación de los incumbentes para establecer una paridad; o
- 4) Desregular el segmento del mercado de manera que tanto los incumbentes como los entrantes al mercado no soporten ninguna carga regulatoria.“

Al analizar la situación de los servicios OTT en contraposición a los servicios tradicionales de comunicación electrónica, el BEREC (2016) señaló que la lógica indicaría que servicios del mismo tipo deben ser regulados de la misma manera y compartir las mismas obligaciones respecto a la regulación. Sin embargo, el mismo organismo también considera que, más allá de aplicar la referida lógica en esta situación, la proporcionalidad de obligaciones estará siempre ligada a los objetivos del regulador. (BEREC, 2016)

Los medios de difusión de contenidos audiovisuales por vías tradicionales comparten con las nuevas tecnologías de distribución de material audiovisual una misma naturaleza y los contenidos que distribuyen buscan la satisfacción de las mismas necesidades. Resulta lógico entonces que compartan también problemas similares. Por ello, como hemos explicado, el Estado ha emitido regulación que busca, en cierta medida, mitigar los posibles problemas de la distribución de contenidos audiovisuales por medios tradicionales, estableciendo un sistema de autorregulación, un código de ética, horarios de protección al menor y sancionando la discriminación, por ejemplo. De la misma forma, sería lógico que el Estado extienda estas regulaciones, adaptándolas en función al medio a través del cual se distribuye el contenido.

Ahora bien, es importante resaltar que el hecho que exista una regulación para los agentes de difusión de contenido audiovisual tradicional (como es el caso de la televisión) no debe ser una razón para que también se normen las actividades de los agentes de difusión de contenido audiovisual OTT. En efecto, se debe verificar que exista un interés público que no está siendo protegido, en tanto el ejercicio de la actividad económica se encuentre generando un problema en la sociedad. Ello, de modo que el Estado, adopte las medidas necesarias para resguardar los intereses públicos, entre las que puede encontrarse, emitir reglas (como legislador) que deban ser cumplidas por los agentes privados, de modo que la problemática identificada sea solucionada.

Con la finalidad de determinar si es que nos encontramos en una situación que amerite la intervención del Estado, corresponde determinar si es que nos estamos

ante un escenario en el que se requiera la emisión de una normativa. En ese contexto, vemos que los contenidos audiovisuales OTT se encuentran a disposición de todas las personas a nivel mundial que decidan acceder a los sitios web a través de una cuenta (en la mayoría de casos), sea ésta propia o compartida. Así, nos encontramos frente a un actividad de transmisión de contenidos que se encuentra al acceso de todos (público de todas las edades), de manera permanente (a cualquier horario), sin ninguna restricción de la plataforma (luego de acceder a ella).

Precisamente, a manera de ejemplo, en la transmisión de contenidos se busca proteger a un público sensible (como los menores de edad), así como también es importante que los contenidos que se coloquen a disposición de los usuarios no puedan ser ofensivos y/o discriminatorios. Esta es la razón por la que se origina la normativa de “horario de protección al menor” y “calificación de contenidos”, actualmente existente para los agentes de tradicionales de transmisión de contenidos audiovisuales (televisión).

Si bien no es posible o práctico establecer un horario de protección al menor en los servicios distribución de contenidos audiovisuales OTT, si es posible buscar una regulación alternativa que persiga los mismos objetivos. Esta alternativa podría ser proporcionar información detallada a los suscriptores de servicios con respecto a contenidos específicos que podrían ser considerados no aptos para niños y permitiendo a los suscriptores bloquear determinados ítems del catálogo en oferta para así proteger a los menores que tengan acceso al catálogo a través de su cuenta.

Se debe tener en cuenta que, a la fecha, no podemos negar que algunas plataformas (como Netflix) han decidido calificar sus contenidos para un rango de edad, proporcionando esta información cuando el usuario comience a ver un determinado contenido. Sin embargo, esta conducta forma parte de una “buena práctica” que decide (por sí mismo) desarrollar un agente económico, y a la cual todos los distribuidores de contenido audiovisual OTT no se encuentran obligados a poner en práctica. Además, en este escenario, observamos que no existen reales incentivos para que todos los agentes económicos adopten estas prácticas, puesto que el público contratará o accederá a plataformas de acuerdo a la variedad de contenidos, menores costos y rápido acceso.

Inclusive, se ha podido advertir un problema adicional a los detallados previamente. Aún cuando todos los agentes de distribución de contenidos audiovisuales OTT

puedan adoptar medidas similares, no existiría un escenario de protección general a todos los usuarios de la plataforma. Ello, en tanto cada agente económico establecería criterios particulares y distintos para calificar sus contenidos, lo que no permitiría una uniformización para el público usuario. Así, por ejemplo, lo que para una plataforma puede resultar permitido para un público mayor de 13 años, para otro agente puede ser contenido apto para mayores de 16 años.

Por ello, la regulación no resultaría redundante a la vigente aplicable a los proveedores tradicionales, pues es necesario que se fijen criterios de clasificación estandarizados y detallados –ir más allá del contenido apto para todos o para mayores de 18 años-, señalética uniforme reconocible por todos los consumidores y ciertas obligaciones respecto a la cantidad de tiempo y tamaño proporcional que deben tener las advertencias o mensajes respecto al contenido. Si consideramos que quien accede a un servicio tiene derecho como consumidor a estar informado sobre las características de dicho servicio y su contenido, entonces resulta lógico que el mismo consumidor deba tener acceso a información de los contenidos que le presenta el catálogo de un servicio de plataforma en línea al cual está teniendo acceso, de modo que pueda evaluar a cuál se expondrá o permitirá ver a los menores.

Como señalamos previamente, a la fecha, estas herramientas de control parental son proporcionadas voluntariamente –como una buena práctica empresarial- por casi todas las plataformas con mayor aceptación a nivel mundial, por lo cual el *enforcement* de esta medida, en principio, no sería difícil ni costoso. Sin embargo, el reto en la regulación se encuentran en conseguir que se brinde el detalle suficiente, de manera previa a acceder al contenido de un determinado programa, para que el espectador pueda tomar una decisión informada. Del mismo modo, es importante que la legislación resguarde una uniformización en los criterios de clasificación e información sobre el contenido, de modo que los consumidores puedan encontrarse familiarizados con iguales categorías.

En atención a lo señalado, lo que en esta situación particular buscará la regulación al establecer reglas para los agentes de distribución de contenido audiovisual OTT es que se garantice un estándar de calificación en la información. Ello, de manera que se apliquen iguales criterios para determinar el rango de edades para los contenidos, mínimo detalle de información, parámetros generales de contenido que se busque promover y contenido prohibido, controles parentales mínimos uniformes, entre otras medidas. Ciertamente, la uniformización y estandarización de información mínima solo

se puede conseguir a través de la emisión de normas claras, exigibles a estos agentes que operan las plataformas en cuestión.

Resulta inviable permitir que continúe la asimetría regulatoria, en la medida que aquello representa una incoherencia en el marco normativo por parte del Estado y, de modo, los objetivos de la regulación no se pueden cumplir a cabalidad, pues se ignora parte de la realidad contemporánea. Así pues, resulta contradictorio que el Estado garantice información sobre los programas que se transmiten en señal abierta y por cable, pero no resguarda que los contenidos de las plataformas en línea –accesibles por sus ciudadanos- tengan la misma obligación de brindar ese detalle de información a sus suscriptores.

Como ya lo habíamos establecido en el capítulo anterior, el problema consiste en que existe un servicio privado de interés público que está siendo provisto por fuera del marco regulatorio por el simple hecho de que la normativa no ha impuesto obligaciones a estos proveedores que difunden contenidos en plataformas en línea. Ahora bien, siguiendo a Quintana (2016), esto no necesariamente implica la necesidad de duplicar la legislación.

Sobre este aspecto, corresponde señalar que “no hacer nada” ante una nueva situación presentada por los avances tecnológicos también resulta una alternativa. En muchos contextos, la falta de actuación del Estado genera que los propios agentes económicos se autorregulen, buscando que sus buenas prácticas empresariales ayuden a ganar más presencia en el mercado y los consumidores los prefieran por ese valor adicional. No obstante ello, como fue adelantado previamente, consideramos que sólo la autorregulación no resulta suficiente para la solución del problema identificado.

En efecto, estamos frente a un servicio que fácilmente puede ser prestado por distintos proveedores, quienes colocarán a disposición numerosas plataformas de contenidos en línea, las cuáles son de fácil acceso para todos los usuarios de la web –incluso menores de edad-. Además, se trata de un mercado de entretenimiento, en el que se priorizará el satisfacción inmediata de ver un contenido, antes que la calidad y buenas prácticas de la plataforma. En ese sentido, no existen reales incentivos para los proveedores OTT para que ofrezcan la mayor cantidad de información a sus suscriptores sobre sus contenidos, de modo que les permitan tomar una real decisión informada sobre qué es lo que observarán o permitirán que otros consuman. Por tales

razones, consideramos que “no hacer nada” o dejarlo todo en manos de la autorregulación no es la solución para el problema anotado.

De otro lado, tampoco resulta suficiente que se extienda la aplicación de la normativa existente a los proveedores de servicios de difusión en línea, puesto que por la particularidad de prestación del servicio –de acceso inmediato y permanente a todos los contenidos de la plataforma- es necesario que se prevean disposiciones específicas para garantizar el acceso de información completo en todo momento. Por ello, consideramos que dada la naturaleza global y cambiante de estos servicios, no tendría sentido que el organismo regulador establezca los mismos parámetros que ya existen para los proveedores de servicios de difusión de contenidos audiovisuales tradicionales.

Ahora bien, tomando como base la revisión de la Directiva aprobada este año por el parlamento europeo, consideramos que es posible plantear regulaciones que cumplan los mismos objetivos de proteger y regular un servicio de interés público, como es la distribución de contenidos audiovisuales. Es decir, la propuesta debe mantener el espíritu de la regulación existente, basada en la libertad de expresión pero considerando la importancia de la protección de la niñez y la lucha contra la discriminación por ejemplo.

En este sentido, la propuesta concreta a plantear consiste en comprender la naturaleza de los nuevos medios digitales es intrínsecamente distinta a la forma en la cual se comportan los medios tradicionales de distribución de contenido audiovisual. De ese modo, atendiendo a que el acceso a la totalidad del contenido es permanente y sólo a través de la conexión por internet, deben establecerse clasificaciones claras, detalladas y uniformes para que todas las plataformas las sigan por igual, que vayan más allá de la descripción del programa. Asimismo, deben existir mecanismos de control para bloquear contenidos en cuentas a las que tengan acceso menores de edad; así como de alertas o notificaciones preventivas y programables a responsables –padres u otro mayor de edad titular de la cuenta-, ante el acceso a contenido violento o con una característica en particular, cuando las plataformas sean compartidas con menores de edad.

Igualmente, es necesario que se comience a considerar estos servicios como Servicios de Valor Añadido, obligando así el registro –como la normativa lo prevé en la actualidad para mantener un control sobre quienes prestan este servicio de manera

privada o pública- pero no requiriendo licencias ni concesiones del Estado, por tratarse de proveedores que no hacen uso directamente del espectro radioeléctrico sino que se distribuyen sobre una red e infraestructura ya establecida. Partimos del registro, ya que este serviría para facilitar la supervisión de las prácticas más básicas que emulen aquellas ya implementadas para los medios de comunicación tradicionales; para poder fiscalizar el cumplimiento de una regulación específica y mínima relacionada a la clasificación de contenido, propia para los proveedores de servicios OTT, con el uso de advertencias visibles, detalladas y uniformes, así como la disponibilidad de controles parentales.

En este contexto, la autorregulación por parte de los proveedores de contenidos audiovisuales vía OTT podría ir de manera complementaria, similar a lo planteado en la Unión Europea. Se genera así una forma de co-regulación, donde el Estado se encarga de implementar una regulación mínima y compromete a los actores a organizarse y cumplir con reglas previamente fijadas; mientras que los agentes económicos pueden generar buenas prácticas adicionales, de modo que mejoren su oferta en el mercado al competir con otros proveedores de contenidos.

En atención a lo señalado, la obligación de proporcionar información sobre el contenido para que los espectadores puedan tomar una decisión informada sobre qué programa van a presenciar, así como otorgar herramientas a los padres que permitan controlar el acceso a contenido de sus hijos menores representa una obligación razonable, equivalente al establecimiento de horarios de protección al menor que es también una obligación impuesta por el Estado a los proveedores tradicionales.

Finalmente, corresponde precisar que estamos frente a una normativa mínima de estándares que tendría que ser impuesta a través de una norma con rango de ley (sea una ley emitida por el Congreso, o un decreto legislativo emitida por el Poder Ejecutivo cuando el Congreso le otorgó una delegación de facultades sobre la materia). Asimismo, no se propone que esta normativa incluya el otorgamiento de autorizaciones para comenzar a transmitir contenidos, sino que se traten de reglas mínimas que cada agente debe implementar, y que la autoridad se encargará de fiscalizar su cumplimiento, teniendo la facultad de imponer sanciones al verificar el incumplimiento de la normativa.

Se debe tener en cuenta que la facultad en materia de protección al consumidor y competencia desleal la mantendrá Indecopi y Osiptel (de acuerdo a sus

competencias), puesto que esta nueva regulación únicamente tendrá como ámbito de aplicación la estandarización de criterios de calificación de contenido por rango de edades, vinculados a un detalle de información relevante sobre las escenas de mayor impacto que podrían herir la sensibilidad, así como contenidos que el Estado promoverá y rechazará, y formas de control parental. De ese modo, no se busca duplicar la regulación que regula las relaciones de consumo entre los operadores de plataformas y usuarios, ni la publicidad de estos agentes económicos u otros aspectos vinculados a la competencia desleal.

Como reflexión, se debe tener en cuenta que en esta era de postelevisión (Roel, 2010) es necesario reconocer que la convergencia ha llevado a cambios considerables en el mercado y que plataformas, como Netflix, han indudablemente impactado en la industria, eliminando primero prácticamente en su totalidad el mercado de alquiler de películas a nivel global y compitiendo hoy con los proveedores tradicionales de contenidos audiovisuales (Heredia). Estos retos no se esconden en el futuro, sino que se encuentran en el presente y es importante responder ante ellos.



BIBLIOGRAFÍA

APEC (2017) Regulatory Provisions and Technological Applications to Protect the Rights of Telecommunication Service Users (Workshop Report). Mexico, APEC. Recuperado de https://www.apec.org/-/media/APEC/Publications/2017/7/Regulatory-Provisions-and-Technological-Applications-to-Protect-the-Rights-of-Telecommunication-Serv/217_TEL_Complete-Report-OSIPTEL_final.pdf (Consulta realizada el 11 de abril de 2018)

Barceló, T. & Sanchez M. (2011) *Televisión conectada o de cómo los espectadores se convierten en usuarios: Perspectivas para la interactividad en la industria audiovisual*. Actas – III Congreso Internacional Latina de Comunicación Social, Universidad de La Laguna. Recuperado de: http://www.revistalatinacs.org/11SLCS/actas_2011_IICILCS/021_Barcelo.pdf. (Consulta realizada 11 de abril, 2018)

Barriga, C. (2014) Análisis del Mercado de Televisión de Paga en el Perú. Lima, Osiptel. Recuperado de: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/documento-de-trabajo-n-19-analisis-del-mercado-d/DT_Analisis_mercado_TVpaga_Peru_OSIPTEL.PDF. (Consulta Realizada el 10 de junio de 2018)

Blanco M. (2017) Los derechos de explotación del contenido audiovisual y la entrada de las plataformas Over The Top (OTT): estudio caso Netflix. En ICADE, número 100. España, Pontificia Universidad de Comillas

Body of European Regulators for Electronic Communications (2016) Report on OTT Services. BEREC. Recuperado de: https://bereg.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/5751-berec-report-on-ott-service. (Consulta realizada el 10 de mayo de 2018)

Bullich V. & Guinard T. (2016) “Estrategias y normativas de los servicios OTT en el marco de los EE.UU. (2005-2015)” En Cuaderns del CAC, vol. 9. Barcelona, Consell de l’Audiovisual de Catalunya.

Congreso de la República del Perú (16 de julio 2004). Ley de Radio y Televisión. [Ley 28278]. DO: <Diario Oficial El Peruano>/Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Comisión Europea (2015). Una estrategia de mercado único digital para Europa.

COMPAL (2011) Informe Final: Estudio de Medición del Impacto de las Barreras Burocráticas en el Mercado. UNCTAD, COMPAL, Perú. Recuperado de: <http://www.indecopi.gob.pe/documents/20195/20726/ESTUDIO+DE+MEDICI%C3%93N+DEL+IMPACTO+DE+LAS+BARRERAS+BUROCR%C3%81TICAS+EN+EL+MERCADO/325704b6-39ac-42c9-969d-28d377b9bc4c> (Consulta realizada el 22 de octubre de 2018)

Del Pino, C. & Aguado, E. (2012) "Internet, Televisión y Convergencia: nuevas pantallas y plataformas de contenido audiovisual en la era digital. El caso del mercado audiovisual online en España". En *Observatorio (OBS*) Journal*, vol.6, pp. 57-75.

Ganuzá, J. & Viéens, M. (2013) *Over-the-top (OTT) applications, services and content: implications for broadband infrastructure*. Documento de trabajo No 13, Centro de Tecnología y Sociedad, Universidad de San Andrés.

Gonzales, J. (2012) *IPTV en Sudamérica*. Tesis de Maestría en Gestión de Servicios Tecnológicos y de Telecomunicaciones. Buenos Aires, Universidad de San Andrés. Recuperado de <http://repositorio.udes.a.edu.ar/jspui/bitstream/10908/789/1/%5BP%5D%5BW%5D%20M.%20Ges%20Javier%20Gonzalez%20Vela.pdf>. (Consulta realizada el 11 de abril de 2018.)

Hans-Bredow-Institut for Media Research & Institute for Information Law (2015) Study on the Future of European Audiovisual Regulation. HERMES, Hamburgo. Recuperado de: <https://acte.be/uploads/Modules/Mediaroom/study-on-the-future-of-european-audiovisual-regulation-hermes-2015.pdf> (Consulta realizada el 10 de mayo de 2018)

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2017) Principios, Definiciones y Estándares del Análisis de Calidad Regulatoria. Lima, Indecopi. Recuperado de: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/977922/docum+de+trabajo+EEC+o>

[k.pdf/5d316136-69c7-0947-8ae7-1741076c0591](https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-n-031-2018-inei.pdf) (Consulta realizada el 22 de octubre de 2018)

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017) Aumentó significativamente acceso a Internet de la población de 6 a 17 años mediante telefonía móvil durante el cuarto trimestre de 2017. Lima, INEI. Recuperado de: <https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-n-031-2018-inei.pdf> (Consulta realizada el 10 de junio de 2018)

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017) Estado de la niñez y adolescencia. Informe Técnico No 4 – Diciembre 2017. Lima, INEI. Recuperado de: https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/boletines/04-informe-tecnico-n04_ninez-y-adolescencia-jul-ago-set2017.pdf

Ministerio de Transportes y Comunicaciones (15 febrero de 2005). Reglamento de la Ley de Radio y Televisión. [Decreto Supremo 005-2015-MTC]. DO: <Diario Oficial El Peruano>/Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (6 de mayo de 1993). Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones [Decreto Supremo 013-93-TCC]. DO: <Diario Oficial El Peruano>/Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Ministerio de Transportes y Comunicaciones (4 de julio de 2007). Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones [Decreto Supremo 020-2017-MTC]. DO: <Diario Oficial El Peruano>/Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

OECD (2009), Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence. OECD Publishing, Paris. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264067110-1-en>. (Consulta realizada el 22 de octubre de 2018)

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (27 de septiembre de 2012). Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones [Resolución del Consejo Directivo 138-2012-CD-OSIPTTEL]. DO: <Diario Oficial El Peruano>/Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

OSIPTEL (2017) Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones 2016. Lima, OSIPTEL. Recuperado de: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/erestel-2016-servicios-telecomunicaciones-hogares/ERESTEL%202016.pdf>

Parlamento Europeo (10 de Marzo de 2010) Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive) Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32010L0013>

Pedreschi, W., León, J., & Baldeón, C. (2012) "Es internet un servicio público, breves reflexiones a partir del marco normativo vigente". En: *Círculo de Derecho Administrativo*, No 12, pp. 85-92. Lima, PUCP.

Perez J. & Frias Z. eds. (2016) *Las reglas del juego en el ecosistema digital. Level playing field*. Madrid, Ariel.

Presidencia del Consejo de Ministros (29 de diciembre de 2016). Decreto Legislativo que Aprueba Medidas Adicionales de Simplificación Administrativa. DO: <Diario Oficial El Peruano>/Recuperado de http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp (Consulta realizada el 22 de octubre de 2018)

Presidencia del Consejo de Ministros (29 de diciembre de 2016) Exposición de Motivos del No Decreto Legislativo 1310. Recuperado de: http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReplamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivos_dl_1310.pdf (Consulta realizada el 22 de octubre de 2018)

PwC (2017) *I stream, you stream*. Recuperado de: <https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/library/consumer-intelligence-series/video-i-stream-you-stream.html> (Consulta realizada el 21 de abril de 2018)

Quintana, E. (2016) “Análisis de Impacto Regulatorio en la Regulación Peruana de Servicios Públicos.” En: *Derecho y Sociedad*, número 36. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ramos, C., Castillo, R. & Oliva, A. (2016) *Los OTT TV como nuevos proveedores de contenidos audiovisuales y su impacto en la TV de Paga*. Documento de trabajo. Lima, Osiptel. Recuperado de <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/dt27-los-ott-tv-como-nuevos-proveedores/DT027-ott-tv-nuevos.pdf>. (Consulta realizada el 11 de abril de 2018)

Roel, A. (2010) “Desafíos de la Televisión ante la Consolidación del Sistema Digital”. En: *ÁMBITOS*.Nº 19 - Año 2010 (pp. 25-42) España, Universidad de Murcia.

[Schomer](#), A. (2018) People mostly watch licensed content on Netflix. Business Insider. Recuperado de: <https://www.businessinsider.com/people-mostly-watch-licensed-content-on-netflix-2018-4>. (Consulta realizada: 13 de setiembre de 2018)

Sopena, J. (2007) La regulación audiovisual: argumentos a favor y en contra. En: *Comunicar, Revista Científica de Comunicación y Educación*, No 30, v. XV, pp. 119-124. España, Universidad de La Rioja.

Tadayoni, R., & Sigurdsson, H. M. (2006). IPTV Market Development and Regulatory Aspects. En T. Lu, X. Liang, & X. Yan (Eds.), 16th Biennial Conference of the International Telecommunications Society: Information and Communication Technology (ICT): Opportunities and Challenges for Telecommunications (Vol. Paper 0286). China, China Institute of Communication.

Tiffen, R & Finkestein, R. (2015) When does press self-regulation work? Liberty: Privacy, The Media And The Press Council. Monash, Australia. Recuperado de: https://law.unimelb.edu.au/data/assets/pdf_file/0009/1587024/383FinkelsteinandTiffen2.pdf (Consulta realizada: 13 de setiembre de 2018)

Wolk, A. (2015) *Over the top. How the Internet is (slowly but surely) changing the television industry*. Seattle, Estados Unidos: CreateSpace.