

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

Contratos de exclusividad de retransmisión de canales de señal abierta y sus implicancias en el derecho de la competencia en el mercado de televisión de paga.

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

AUTOR

Gonzalo Gustavo Gonzales Gonzales

ASESOR:

José Carlos Gonzales Cucho

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20107077

2021

RESUMEN

En el presente trabajo académico trato de determinar si los canales de televisión de señal abierta, sobre la base de su producción propia tienen derecho a celebrar uno o más contratos de exclusividad con los servicios de televisión de paga (o, también denominadas 'empresas de cable' o 'cableadoras'), con exclusión de otros servicios de televisión de paga, o si esto se trataría de una práctica colusoria vertical o de un abuso de la posición de dominio ilícitos de la empresa operadora de servicio de televisión de paga que celebra contrato de exclusividad con los canales de televisión de señal abierta. La conclusión principal a la que he llegado es que si un agente del mercado tiene posición de dominio y, abusando de ella, celebra contratos de exclusividad con otros agentes del mercado, exigiéndoles que restrinjan sus relaciones comerciales con otros agentes del mercado, sin acreditar beneficios al proceso competitivo, estaría en la potencialidad de afectar injustificadamente a la competencia. Este análisis debe realizarse caso por caso, verificándose los efectos positivos y negativos que pudieran tener. En sector de Telecomunicaciones, es particularmente relevante el abuso de la citada posición de dominio y afectación al proceso competitivo, por afectar normas de orden público, como la prohibición del monopolio y exclusividades (injustificadas) en el mercado de las comunicaciones.

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
III.	DESARROLLO.....	4
3.1.	Sobre la libertad de contratar y la libre competencia.....	4
3.2.	Sobre la regulación de los servicios de radiodifusión y el mercado de TV de paga...14	
3.3.	Contratos de exclusividad.....	27
3.3.1.	Concepto de los contratos de exclusividad.....	27
3.3.2.	Principales motivaciones para celebrar los contratos de exclusividad.....	30
3.3.3.	Contratos de exclusividad en el mercado de los servicios de televisión de paga..34	
3.4.	Determinación de conductas anticompetitivas ilícitas.....	47
3.4.1.	El mercado relevante.....	48
3.4.2.	La identificación de la posición de dominio.....	55
3.4.3.	El abuso de la posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones. ...59	
3.4.4.	Las prácticas colusorias: verticales y horizontales.....	68
3.4.5.	El tratamiento de las conductas que pueden ser investigadas como prácticas colusorias verticales o prácticas de abuso de posición de dominio.....	72
3.5.	Discusión a partir del caso REDCOM vs. TVSAM: ¿Afecta ilícitamente a la libre competencia que las empresas operadoras del servicio de televisión de paga celebren contratos de exclusividad con los canales de señal abierta, que tienen contenidos propios o derechos de exclusiva, con la finalidad de restringir la retransmisión de la señal de esta a otras empresas operadoras del servicio de televisión de paga?.....	73
IV.	CONCLUSIONES.....	83
V.	BIBLIOGRAFÍA.....	84

I. INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo de investigación se tratará de determinar si los canales de televisión de señal abierta, sobre la base de su producción propia tienen derecho a celebrar uno o más contratos de exclusividad con los servicios de televisión de paga (o, también denominadas 'empresas de cable' o 'cableadoras'), con exclusión de otros servicios de televisión de paga, o si esto se trataría de una práctica colusoria vertical o de un abuso de la posición de dominio ilícitos de la empresa operadora de servicio de televisión de paga que celebra contrato de exclusividad con los canales de televisión de señal abierta, tal como resolvió el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL en la Resolución N.º 007-2013-TSC/OSIPTEL, de fecha 02 de julio de 2013.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

¿Afecta ilícitamente a la libre competencia que las empresas operadoras del servicio de televisión de paga celebren contratos de exclusividad con los canales de señal abierta, que tienen contenidos propios o derechos de exclusiva, con la finalidad de restringir la retransmisión de la señal de esta a otras empresas operadoras del servicio de televisión de paga?

III. DESARROLLO.

3.1. Sobre la libertad de contratar y la libre competencia.

El derecho a la libertad de contratar se encuentra reconocido a nivel constitucional en el artículo 2º, inciso 14¹, de la carta fundamental como el derecho de toda persona a contratar con fines lícitos, siempre que no se

¹ "Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

[...]

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público".

contravengan leyes de orden público. Asimismo, lo encontramos declarado en el artículo 62^{o2} en el sentido que la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Referente a ello, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando que:

“[d]el primer derecho, “a la autonomía de la voluntad”, en rigor se estaría aludiendo más bien al derecho a la “libertad de contratación”, establecido en los artículos 2, inciso 14, y 62 de la Constitución Política del Perú (el cual también podría denominarse, si se quiere, derecho a la “autonomía negocial”, en la medida que alude a la capacidad para celebrar y configurar negocios jurídicos). Esta libertad de contratación, según aparece en abundante jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, se encuentra compuesta, a su vez, por la libertad de contratar (o de conclusión de los contratos) y la libertad contractual (o de configuración del contenido de los contratos)”³.

² “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

³ FJ 4, Exp. n.º 03940-2014-PA/TC. En el FJ 37 de la STC recaída en el Exp. n.º 0005-2019-PI/TC, el TC señala: “el derecho a la libre contratación se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad y tiene un doble contenido: i) la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y ii) la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato”. Con mayor detalle, en los FJ 27 al 29 de la STC recaída en el Exp. n.º 00006-2012-PI/TC, el TC señaló:

“27. [...] es necesario interpretar la parte pertinente del artículo 62 de la Constitución desde una perspectiva teleológica. A entender de este Tribunal Constitucional, esta tiene por finalidad garantizar la eficacia del derecho a la libertad contractual dentro de los límites establecidos por la ley. En efecto, el ordenamiento jurídico reconoce a las personas un amplio margen de libertad para realizar pactos que constituyan *ley entre las partes*. Si el Estado interviniera las relaciones contractuales modificando sus términos a través de disposiciones normativas de carácter general -como efectivamente ocurrió en el Perú en décadas pasadas-, la libertad contractual podría quedar disminuida o, inclusive, vaciada por completo de contenido. La parte pertinente del artículo 62 de la Constitución, sin embargo, se configura como una garantía idónea para remover ese riesgo asegurando que sean las partes del contrato y no terceros ajenos a la relación jurídica en cuestión, quienes tengan la última palabra respecto a su contenido.

28. Así, en atención a la necesidad de resguardar la libertad de contratación de las personas es comprensible que la Constitución prohíba de modo estricto la intervención del Estado en la generalidad de los contratos. [...] A entender de este Tribunal Constitucional, el artículo 62 de la Constitución no debe interpretarse en un sentido que impida radicalmente al Estado implementar por ley reformas que [...] tengan por objeto perfeccionar objetivos constitucionalmente valiosos [...] siempre que ello no implique afectar severamente o vaciar de contenido su derecho a la libertad contractual.

29. Cabe resaltar que ello en ningún caso supone restarle importancia al artículo 62 de la Constitución, sino interpretarlo de conformidad con el principio de concordancia práctica, en virtud del cual: “toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta ‘optimizando’ su interpretación, es decir, sin ‘sacrificar’ ninguno de los valores derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada ‘Constitución orgánica’ se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado” (sentencias

Por otro lado, sobre la libre competencia, la Constitución Política del Perú declara en el artículo 61^{o4}, que el Estado facilita y vigila la libre competencia y combate toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, sentenciando que ninguna ley ni concertación puede autorizar o establecer monopolios, entre otros temas, relacionados con los medios de comunicación.

Como antecedente, podemos comentar que en la Constitución Política de 1979, si bien no se utilizó expresamente el concepto de “libre competencia”, sí se declaró la prohibición de los monopolios, oligopolios, “prácticas y acuerdos *respectivos*⁵ en la actividad industrial y mercantil” y que la ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes (artículo 133^{o6}).

Pero ¿qué es la libre competencia? ¿a qué responde? Como una primera aproximación podríamos señalar que se trata de una herramienta, instrumento o mecanismo mediante la cual el Estado interviene en la economía (generalmente en una economía de mercado), cumpliendo determinados parámetros, reglas o límites. Esta intervención encuentra justificación no solo porque no es previa, pues, se realiza con posterioridad

recaídas en los expedientes 5854-2005-AA/TC, 00013-2009-PI/TC, 01126-2011-PHC, entre otras”).

⁴ “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

⁵ Considero que el término debió haber sido ‘restrictivos’, que sería más acorde con la prohibición que se quiso establecer.

⁶ “Constitución Política del Perú de 1979

Artículo 133. Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes”.

a los actos que puedan ser considerados infractores de esas reglas o normas de libre competencia; sino también porque, consideramos, luego de dejar en libertad a los actores económicos para que busquen y generen su propia riqueza (artículo 58° -iniciativa privada-⁷ y 59° -el Estado estimula la creación de riqueza y la libertad de empresa, comercio e industria-⁸ de la Constitución Política del Perú de 1993), de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda, es la intervención (*ex post*) menos radical que otro tipo de intervención como serían las previas (*ex ante*) o simultáneas.

En ese sentido se pronuncia Tassano cuando señala que el que el Estado peruano permita la liberalización de la economía de sus injerencias omnicomprendidas implican la eliminación de obstáculos o barreras que impidan la libertad del ejercicio de la actividad económica, por lo que el Estado abre el mercado para que sea la iniciativa privada libre, estableciendo como regla general que el mercado funcione libremente, que las actividades no privativas del Estado (o las que se haya reservado o estén dentro de la *publicatio*) se presten en régimen de libre competencia, lo que no significa que sea un impedimento para que el Estado pueda intervenir como un regulador, esto es, que, al mismo tiempo que establece la libre competencia, puede también establecer normas para defenderla; asimismo, al mismo tiempo que existe el libre mercado, puede intervenir como regulador, con lo que queda claro que las normas de libre competencia no son otra forma de

⁷ “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.

Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.

⁸ “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

regulación por parte del Estado, sino una alternativa para tener o mantener un mercado competitivo (2016: 107-109).

Confirma esta afirmación Tovar cuando señala:

Existen dos formas en que el Estado puede intervenir en las actividades económicas: la regulación y la legislación en materia de abuso de posición de dominio y prácticas restrictivas de la competencia (colusión o concertación).

La legislación de competencia y la regulación, siendo parte ambas de la política de competencia en sentido amplio (acción del Estado frente al poder económico) son complementarias y cada una de ellas tiene una función diferente (Tovar 2004: 124).

En igual sentido se pronuncia Bullard al señalar que [por un lado]:

Las políticas de competencia deben evitar que se creen barreras de acceso al mercado que limiten artificialmente el número de opciones de los consumidores. No eliminar la eficiencia como barrera, que es otra cosa. Deben buscar que los agentes, y muy especialmente el Estado, no cree reglas que limiten la posibilidad de competir. Pero su acción no se dirige al resultado completo, sino a preservar el proceso (citado en Tovar 2004: 124).

Lo cual se basa en un interés general, pues no se busca proteger a una empresa en especial, sino el proceso competitivo, lo que repercutirá en el beneficio de los consumidores y en la economía del país en general. En cambio, por otro lado, la regulación sí se dirige a obtener un resultado concreto, pues lo que busca es que en un mercado donde la competencia no sea posible, dé los mismos resultados como si en realidad existiera competencia.

En resumen, la libre competencia funciona en un contexto de una economía de mercado, a cuyo modelo el constituyente le ha agregado el ingrediente *social*, pues, no solo permite, sino que ordena (“*actúa*”, dice el verbo rector del artículo 58º, segundo párrafo) al Estado dedicarse *principalmente* a las

áreas de promoción del empleo, salud, educación, infraestructura, seguridad y servicios públicos.

Si bien es cierto, la institucionalidad (formal y de facto) va a permitir el funcionamiento del mercado, el Estado tienen una labor muy importante en él. En efecto, si entendemos que lo que impulsará la economía será la competencia entre las empresas, debido -en su momento regular, sano, no defectuoso- a las innovaciones, la introducción de mejoras en sus procesos productivos, comerciales, en suma: a la competencia por eficiencia, los principales beneficiados, en última y definitiva instancia, serán los consumidores, al poder acceder a los mejores productos, al precio justo (o que el consumidor considere justo y esté dispuesto a pagar).

Entonces ¿por qué tendría que intervenir el Estado? Pues, porque la indicada competencia no siempre se da en un contexto saludable, normal, porque existen fallas de mercado que exigen al Estado intervenir. Referente a ello, estrictamente en el sentido de las normas de la libre competencia, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en los fundamentos jurídicos 7 al 10 de la STC n.º 00013-2012-PI/TC⁹, donde el supremo intérprete de la Constitución

⁹ “7. [...] Según el artículo 61 de la Constitución, “El Estado facilita y vigila la libre competencia (...)”, protegiendo el llamado proceso competitivo o instituto jurídico de la competencia, en la búsqueda de un mayor bienestar de consumidor. Dentro del mercado permite a los agentes económicos reducir sus costos (eficiencia productiva), incrementar la calidad y diversidad de sus productos o servicios (eficiencia innovativa) y proveer a los consumidores bienes y servicios con precio cercanos a sus costos (eficiencia asignativa). El derecho a la libre competencia está definido como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos (STC Exp. N° 0018-2003-PT/TC; STC Exp. N° 1405-2010-PA/TC). Se adscribe al cuadro más amplio de la libertad económica y como tal supone tres aspectos esenciales: acceso al mercado por parte de los diversos agentes económicos sin que se pueda pedir o restringir dicha participación; libre iniciativa dentro del mercado para competir conforme a las propias condiciones y variables económicas; la igualdad (no discriminación) de los competidores ante la ley (STC Exp. N° 0018-2003-PI/TC; STC Exp. N° 3315-2004-AA/TC).

8. En teoría económica existen los denominados fallo de competencia. Una forma de competencia imperfecta es el oligopolio, cuyo abuso debe ser combatido por el Estado (STC 008-2003-AI/TC). Según el mencionado artículo 61 de la Constitución, el Estado “(...) Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)”. De acuerdo a la Constitución, no es que se prohíban los monopolios u oligopolios “(...) alcanzados mediante el esfuerzo empresarial, frutos de la eficiencia productiva o innovativa en el mercado,

señala que para proteger a los consumidores y cumplir con el mandato constitucional indicado en el modelo económico de una economía social de mercado, coexisten normas referidas a la libre competencia, normas referidas a la competencia desleal y normas referidas a los derechos de los consumidores. Para efectos del tema del presente artículo, solo nos enfocaremos en los dos primeros grupos.

El primer grupo de ellas (también llamadas antimonopolio o *antitrust*) tiene como finalidad que se produzcan alteraciones a la libre competencia, desincentivando actuaciones de los agentes económicos que busquen la

sino aquellos derivados de una concertación (los llamados carteles) o de la imposición de una norma legal” (punto 61 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC).

9. En este orden de ideas, la Constitución confiere al Estado el deber de proscribir y combatir toda práctica que limite la libre competencia, así como el abuso de las posiciones dominantes o monopólicas, no siendo admisible la existencia de escenarios económicos en los que aparezca un agente con capacidad de actuación independiente respecto de sus consumidores o usuarios, pudiendo determinar el precio y la cantidad de bienes o servicios a ofertarse, o sus competidores, compradores, clientes o proveedores, abusando de su participación significativa en el mercado, desarrollo tecnológico, entre otras (STC 008-2003-PI/TC). Cualquier intervención pública -entre las que debe contarse la Ley 29903- debe restaurar o regular el mercado, a fin de que “(...) el precio y la producción de los bienes y servicios [sean] resultado de la interacción entre la oferta (las decisiones de los proveedores) y la demanda (las decisiones de los consumidores)” (punto 57 de la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC). Por ello, la intervención pública no se da con el objeto de alterar las reglas propias del mercado, sino más bien de garantizar que éste funcione de la manera más correcta y efectiva y que a su vez ofrezca la garantía de que las propias condiciones de libre competencia estén siendo realmente cumplidas; así, puede justificarse una intervención en el ámbito de acceso al mercado cuando el producto o servicio no se encuentre permitido por la ley, o cuando se generen situaciones distorsionantes de la libre competencia (STC 3315-2004-AA/TC).

10. A partir de esta configuración del mandato constitucional, lo que se encuentra prohibido, según el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, son “(...) las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores” (artículo 1). En el modelo jurídico nacional, son dos las situaciones proscritas relacionadas con el oligopolio (Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC).

- En primer lugar, están las prácticas colusorias -o restrictivas de la libre competencia-, efectuadas entre empresas que prima facie competirían entre sí, respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto de eliminar, restringir o limitar dicha competencia que tienen el efecto de restringir o eliminar el proceso competitivo entre sus participantes, dentro de un determinado mercado geográfico y/o de productos, en detrimento de consumidores, competidores y/o proveedores, que como resultado podría producirse un aumento de los precios o una reducción de la producción de manera artificial al margen de los mecanismos naturales del mercado.
- En segundo lugar, está el abuso de posiciones dominantes y monopólicas, prohibidas explícitamente en el artículo 61 de la Constitución, entendidas como conductas de tipo exclusorio y no explotativo. El término práctica monopólica se refiere al hecho de que una empresa con poder de mercado, mediante una determinada práctica y de manera unilateral, limita o restringe la competencia en el mercado, con el objetivo de ampliar su participación o fortalecer su poder de mercado, excluyendo a los actuales competidores o impidiendo el acceso a los potenciales competidores”.

eliminación de la competencia o el abuso de posiciones de dominio o existencia de acuerdos colusorios (artículo 61° de la Constitución).

El segundo grupo de dichas normas (competencia desleal) busca evitar la deslealtad, aquella competencia dañina que afecta a otros proveedores por atentar contra normas específicas que rigen este sistema de competencia o por atentar contra el orden público y las buenas costumbres o, como lo dijimos *ut supra*, que no se base en el principio de *competencia por eficiencia* (no perdamos de vista que toda competencia busca perjudicar al contrario, pero esta debe realizarse en un denominado 'juego limpio', que respete las reglas del mercado). Solo así se podrá incentivar la innovación (del lado de los proveedores) y el aprovechamiento de dicha innovación (del lado de los consumidores y de la sociedad en general).

Dicho esto, nos hacemos la pregunta: si el Estado facilita la libre competencia -y la vigila también- ¿por qué aparentemente la prohíbe cuando se trata de empresas relacionadas con la libertad de expresión y los medios de comunicación, a tal punto de expresar en el último párrafo del artículo 61°, que “no pueden ser objeto de *exclusividad*, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”?

Entendemos que se hace con la finalidad de no afectar otras libertades constitucionales o derechos fundamentales expresamente reconocidos (o no¹⁰) por la Constitución Política del Perú, que tengan por objeto la protección

¹⁰ Recuérdese el artículo 3° de la Constitución Política del Perú de 1993, que declara sobre los derechos constitucionales [*innominados*] que se encuentran a lo largo de toda la Constitución, los análogos a estos y a los del artículo 2°, pero que no están en la Constitución, y los que sin estar en el texto constitucional, se fundan en la dignidad del hombre o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado Democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno, teniendo su antecedente en el artículo 4° de la Constitución Política de 1979 (RUBIO, 1999, 550).

de la formación de una opinión y expresión libres (lo que también debería estar en franca coordinación o complementación con una educación básica de calidad, que pueda formar ciudadanos con bases democráticas y valores sólidos), que resulta trascendente y fundamental en una sociedad democrática (o que aspire a serlo).

Sin embargo, ello no eliminaría *per se* la libertad de empresa que también les corresponde a las empresas dedicadas a esos rubros (libertad de expresión y medios de comunicación), que les permitiría formar un conglomerado empresarial que pudiera ser menor (o pequeño), importante (o mediano), trascendente o con dominio o posición relevante en el mercado, lo que nos llevaría a aplicar el test de proporcionalidad para entender si es posible o no, a nivel constitucional, limitar esa libertad de empresa en pro de la realización de otros derechos constitucionales cuyo contenido esencial se consideren de mayor valía.

Además de ello, entendemos que se justifica que el legislador constitucional habilite al Estado puede actuar de esa forma, no solo porque como administración tiene la exorbitancia que le da el tener el poder público frente a los administrados, sino porque, dentro de nuestro modesto entender, tiene normas habilitantes que no solo le otorgan la titularidad sobre el espectro radioeléctrico, si no que también esas mismas normas -al parecer, en consonancia con la Constitución Política del Perú- también prohíben cualquier forma de exclusividad, monopolio o acaparamiento.

Sobre ello fundamentó el Juez constitucional en la resolución n.º 44, de fecha 24 de junio de 2021, en el proceso de amparo seguido por Luz Elguero y otros contra Empresa Editora El Comercio S.A. y otros (Exp. n.º 35583-

2013), el caso conocido como “Concentración de medios”. En el fundamento jurídico 228, asevera que el Tribunal Constitucional, siguiendo la línea de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de los informes de la Comisión y de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ha optado por la exclusión del régimen general de protección de la libre competencia cuando se trate de la libertad de expresión¹¹.

En el fundamento jurídico 229 de la citada sentencia, se señala que el Tribunal Constitucional define que la razón y la finalidad de la prohibición del monopolio y acaparamiento en la economía de la información es garantizar el pluralismo y la libertad de expresión e información, rechazando que la Ley de Radio y Televisión no haya desarrollado con amplitud la citada prohibición (no lo necesita, *dixit*, F.J. 230).

Finaliza el Juez constitucional señalando que la “libertad de competencia y demás derechos de los particulares deben ceder ante la libre expresión y el pluralismo informativo, porque mientras que aquellos corresponden al legítimo interés de unos pocos privados, estos últimos son derechos-garantías que constituyen base y condición para la democracia de *toda* la sociedad” (Poder Judicial 2021: 129).

¹¹ “228.) En los fundamentos que siguen, el Tribunal Constitucional opta por la interpretación del párrafo segundo del artículo 61 en el sentido de que es una norma **especial** que queda **excluida radicalmente del régimen general de protección de la libertad de competencia** descrito en el párrafo primero del mismo número. Así, completando lo expresado en el caso franja electoral e invocando el respaldo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana (caso Opinión consultiva 5- 85) y los **informes de la Comisión Interamericana y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión**, el TC ubica la lógica de la acumulación y el crecimiento empresarial “natural” de un agente en dichos mercados como una de las **vías indirectas** de afectación de la libertad de expresión, en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos [...]”

3.2. Sobre la regulación de los servicios de radiodifusión y el mercado de TV de paga.

Como ya lo dejamos entrever *ut supra*, el mercado de los servicios de radiodifusión es un mercado supervisado, sea por normas de regulación o sea por normas de competencia, ello debido a que se tiene que cumplir mandatos constitucionales de educación (artículo 13^{o12} y 14^o, primer y último párrafos¹³)¹⁴, de protección de libertades (segundo párrafo del artículo 61^{o15} y 2^o, inciso 4¹⁶), de defensa del consumidor (65^{o17}) relacionados con la posibilidad de acceder a más y mejores productos y servicios y a precios competitivos, y de roles del Estado en defensa de la libre competencia (59^{o18}

¹² “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 13.- La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana. El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”.

¹³ “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 14.- La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.

[...]

Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural”. (el énfasis es nuestro)

¹⁴ En ese mismo sentido: <http://www.concortv.gob.pe/noticias/espectro-radioelectrico-un-bien-publico-al-servicio-de-la-educacion/> y <http://www.concortv.gob.pe/noticias/respeto-la-tv-peruana-la-ley-de-radio-y-television-reflexiones-de-rosa-maria-palacios/>

¹⁵ “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 61.- [...]

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares”.

¹⁶ “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

[...]

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”.

¹⁷ “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.

¹⁸ “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.

y 61°, primer párrafo¹⁹) y de administrar los recursos naturales escasos. Esto último se encuentra reconocido en el artículo 20²⁰ de la Ley de Telecomunicaciones que prescribe que los servicios de radiodifusión por televisión son servicios de difusión que se brinda a través del *espectro radioeléctrico*, el mismo que, conforme lo prescribe el artículo 11²¹ de la Ley de Radio y Televisión, es un *recurso natural de dimensiones limitadas* (recurso escaso) que *forma parte del patrimonio* de la Nación.

3.2.1. Regulación de la prestación de servicios de televisión de señal abierta.

En relación con las empresas titulares de autorizaciones para la prestación de servicios de televisión de señal abierta, la norma que rige su actuación es la Ley de Radio y Televisión, que tiene por objeto regular la prestación de los servicios de radiodifusión o por televisión de señal abierta, entendiéndose por estos a los 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 general²².

¹⁹ “Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

²⁰ “D.S. n.º 013-93-TCC, T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 20.- Son servicios de difusión los servicios de telecomunicaciones en los que la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción.

Se considera servicios de difusión entre otros, los siguientes:

- a) Servicio de radiodifusión sonora
- b) Servicio de radiodifusión de televisión
- c) Servicio de distribución de radiodifusión por cable
- d) Servicio de circuito cerrado de televisión.

El Reglamento de esta Ley señalará los servicios de difusión y sus modalidades”.

²¹ “Ley n.º 28278, Ley de Radio y Televisión

Artículo 11º.- Del espectro radioeléctrico

El espectro radioeléctrico es un recurso natural de dimensiones limitadas que forma parte del patrimonio de la Nación. Su utilización y otorgamiento para la prestación del servicio de radiodifusión, se efectúa en las condiciones señaladas en la presente Ley y las normas internacionales de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

Corresponde al Ministerio la administración, la atribución, la asignación, el control y en general cuanto concierne a la gestión del espectro atribuido a dicho servicio, así como la representación del Estado ante la Unión Internacional de Telecomunicaciones”. (el énfasis es nuestro)

²² “Ley n.º 28278, Ley de Radio y Televisión

Artículo 1.- Objeto de la Ley

Entre los principios recogidos en la citada ley que rigen la prestación de los servicios de radiodifusión se encuentra el de libertad de acceso declarado en el título preliminar, artículo I, párrafo b), en virtud del cual se establece que la utilización y prestación de los servicios debe sujetarse a los principios de igualdad de oportunidades y de no discriminación.

Respecto de los fines de los servicios de radiodifusión, tanto el artículo 4º de la ley y el artículo 102º de su reglamento²³, establecen que los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional.

De acuerdo con el artículo 70º²⁴ de la Ley de Radio y Televisión, corresponde al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) verificar, evaluar, determinar y sancionar las infracciones tipificadas en la ley.

Asimismo, sin perjuicio de las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 84º²⁵ de la Ley de Radio y Televisión, esta faculta al MTC a adoptar

La presente Ley tiene por objeto normar la prestación de los servicios de radiodifusión, sea sonora o por televisión de señal abierta, así como la gestión y control del espectro radioeléctrico atribuido a dicho servicio”.

²³ Decreto Supremo 005-2005-MTC, Reglamento de la Ley de Radio y Televisión.

²⁴ “Ley n.º 28278, Ley de Radio y Televisión”

Artículo 70º.- Autoridad competente

Las infracciones tipificadas en la presente Ley serán verificadas, evaluadas, determinadas y sancionadas por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Para el caso de infracciones referidas a la programación de los servicios de radiodifusión y al incumplimiento de la prestación del servicio de acuerdo con la clasificación contenida en los artículos 9º y 10º de la Ley, se requiere la opinión previa del Consejo Consultivo de Radio y Televisión”.

²⁵ “Ley n.º 28278, Ley de Radio y Televisión”

Artículo 84.- Medidas cautelares

El Ministerio podrá adoptar las medidas cautelares de incautación de los equipos, la clausura de la estación radiodifusora o la suspensión de la autorización, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 77 incisos a, b, c y d.

Dichas medidas podrán ser adoptadas antes o durante el procedimiento administrativo sancionador”.

y ejecutar medidas correctivas inmediatas destinadas a prevenir, impedir o cesar la comisión del hecho infractor, conforme lo prescriben tanto el artículo 85^{o26} de la citada ley, cuanto el artículo 156^{o27} de su reglamento.

Por su parte, el OSIPTEL tiene a su cargo la supervisión de los servicios públicos de telecomunicaciones, contando para ello con todas las facultades previstas en la Ley n.º 27336²⁸.

3.2.2. Regulación de la prestación de servicios de radiodifusión por cable o servicio de televisión por cable.

Siguiendo el Documento de Trabajo de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL, podemos decir que el servicio de distribución de radiodifusión por cable o servicio de televisión por cable, está clasificado como un servicio público de telecomunicaciones debido a que está a disposición del público en general a cambio de una contraprestación.

De acuerdo con el artículo 95º del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones del Perú, el servicio de radiodifusión por cable es aquél “que distribuye señales de radiodifusión de multicanales a multipunto, a través de cables y/u ondas radioeléctricas, desde una o más estaciones

²⁶ “Ley n.º 28278, Ley de Radio y Televisión

Artículo 85.- Medidas correctivas

Sin perjuicio de las medidas cautelares a que se refiere el artículo precedente, el personal autorizado del Ministerio podrá adoptar y ejecutar medidas correctivas inmediatas destinadas a prevenir, impedir o cesar la comisión del hecho infractor”.

²⁷ “Decreto Supremo 005-2005-MTC, Reglamento de la Ley de Radio y Televisión

Artículo 156.- Definición de medidas correctivas

La adopción de medidas correctivas constituye un mecanismo inmediato destinado a prevenir, impedir o cesar la comisión del presunto hecho infractor”.

²⁸ “Ley n.º 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL

Artículo 18º.- Objetivo general del OSIPTEL

El OSIPTEL tiene por objetivo general, regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento del **mercado** de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios; garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones”.

pertenecientes a un mismo sistema de distribución, dentro del área de concesión”.

Señala Cremades que este servicio consiste en la difusión de la emisión y transmisión de una variedad de imágenes televisivas a través de señales o frecuencias de televisión (canales) a los domicilios de los suscriptores a través de un sistema integrado de redes de cable, físico o radioeléctrico (citado en OSIPTEL 2014: p. 27). De este modo, los usuarios tienen una serie de opciones de canales de televisión mucho mayor a la que tendrían si no contaran con el servicio.

En ese sentido, la regulación y supervisión del servicio público de distribución de radiodifusión por cable es competencia de dos instituciones: el MTC y el OSIPTEL.

El MTC tiene como una de sus funciones específicas la de otorgar las concesiones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Para poder obtener una concesión del servicio de distribución de radiodifusión por cable, se requiere la presentación de un plan de expansión y del pago del respectivo derecho de concesión.

Adicionalmente, si el potencial concesionario desea utilizar redes inalámbricas, deberá contar con una autorización de la autoridad competente del MTC, de acuerdo al Plan Nacional de Atribución de Frecuencias (PNAF). Asimismo, si hubiese un exceso de demanda, se debe ir a concurso público adjuntando a la solicitud de concesión la información detallada de las Metas de Uso del Espectro Radioeléctrico (consistentes con el plan mínimo de

expansión) con un respectivo sustento técnico para su consiguiente evaluación.

El OSIPTEL, por su parte, tiene entre sus funciones la de velar por el buen funcionamiento del mercado fomentando un mayor acceso a éste y protegiéndolo de actos que atenten contra la libre y leal competencia. Para tales efectos, el OSIPTEL está facultado para normar y regular el comportamiento de las empresas operadoras, así como fiscalizarlas y sancionarlas en los casos que correspondan. Una de sus principales funciones, vinculadas a la promoción de la competencia en el sector, es la de administrar la solución de controversias entre las empresas operadoras.

3.2.3. Interrelación en el mercado de la TV paga con los servicios de televisión de señal abierta.

De modo genérico se puede establecer que, debido a que el sustento de la existencia de la TV paga es básicamente el pago que realizan sus suscriptores o abonados, además de la publicidad, pero esta es poca en relación con otros servicios, como los canales de señal abierta, debido a que precisamente su relevancia como servicio y la valoración que realizan los consumidores respecto de ellos, por lo que están o estarían dispuestos a pagar más, es por la poca publicidad que proyectan en sus contenidos.

Asimismo, su sustento también son los contenidos que ofrecen forman parte de su cadena de valor, en cuyos niveles podemos encontrar:

- (i) Primero, a los productores o desarrolladores de contenidos, tales como las empresas productoras que solo -o significativamente-

producen películas o series, las asociaciones de las ligas deportivas, los estudios de televisión, entre otros;

- (ii) En un segundo nivel, podemos encontrar a los canales de televisión que adquieren por su cuenta contenidos y los agregan en su programación, es decir, se lo pueden adquirir a los indicados anteriormente e incluirlos en lo que van a ofrecer; y,
- (iii) En tercer lugar, los operadores de televisión de paga que adquieren canales para incluirlos en su grilla de programación [estos últimos (los operadores), pueden ofrecer el producto empaquetado con otros servicios como internet, telefonía fija o móvil].

Es aquí donde podemos encontrar la relación entre el servicio de la televisión de paga y los canales de televisión de señal abierta, que pueden vender su señal de modo exclusivo o no a los operadores de televisión de paga. Ejemplos, internacionalmente, tenemos a los conocidos canales Telefe, TV5, RAI, TVE, BBC y, en el caso resuelto por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL en la Resolución N.º 007-2013-TSC/OSIPTEL, de fecha 02 de julio de 2013, al que hicimos referencia en la introducción del presente trabajo de investigación, a Sonora²⁹, un medio de comunicación muy valorado en el mercado relevante geográfico de su influencia.

En el modelo de mercado de la televisión de paga, para que los operadores obtengan una importante -deseable- cuota del mercado requieren contar con una gran inversión de entrada, sea si es cableada, sea si es satelital o por

²⁹ Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora S.R.L.

internet (barreras de entrada), así como contenidos importantes o valiosos para los consumidores o usuarios y alcanzar ofrecer una gama de productos aceptada y difícil de sustituir (barreras estratégicas).

Esto último les permitiría que así incrementaran sus precios, al consumidor le resultaría irrelevante, pues valora más el contenido que le ofrece su proveedor (la operadora de servicio de TV paga) antes que los que le ofrecen sus competidores, por lo que estaría dispuesto a pagar más, lo que se considera un producto ofertado bastante elástico, dado que resistiría incrementos de precios sin ver disminuida su preferencia por el valor que el consumidor le otorga a lo que ofrece.

Esto sucede, por ejemplo, en aquel consumidor que prefiere el campeonato de fútbol local, el que, si solo se lo ofrece una operadora de TV paga (en este caso, Movistar), pues, no estaría dispuesto a cambiarse a otra operadora, por más diferencia de precio que hubiere, así el resto de canales sean los mismos. De igual manera sucede con aquel consumidor que valora más los contenidos de la Champions League o los partidos del Real Madrid (la mayoría o los más importantes, sea en Copa del Rey, sea en La Liga española o donde fuere) ofrecidos por canales exclusivos de Directv.

Sin embargo, no se puede soslayar el otro sector de consumidores que, debido a su limitada capacidad económica, no resistirían un incremento en los precios de los servicios de TV paga, razón por la cual las operadoras ofrecen paquetes de distintos precios, por ejemplo: paquete básico, paquete estándar y paquete premium. Obviamente, los nombres pueden cambiar en

razón de la decisión de los operadores: Directv tiene sus paquetes 'Oro Plus HD', 'Plata + HD', 'Oro Plus HD DVR' y 'Oro + HD'³⁰:



Planes TV >

Postpago >

TV Satelital con un plan mensual: todos los meses la mejor programación.

Oro Plus HD > **OFERTA**

Plata + HD > **OFERTA**

Oro Plus HD DVR > **OFERTA**

Oro + HD 4k > **OFERTA**

Prepago >

TV Satelital sin contratos: controla tus gastos y recarga cuando quieras.

Plata HD > **OFERTA**

Bronce HD > **OFERTA**

Oro HD > **OFERTA**

Fuente: Directv 2021.

Por su parte, Claro TV tiene sus paquetes 'Clásico', 'Avanzado' y 'Superior'³¹:

Planes Claro TV

CLÁSICO	AVANZADO	SUPERIOR
HD	HD	HD
<ul style="list-style-type: none">16 canales HD113 canales SD50 canales de audio1 deco en HD	<ul style="list-style-type: none">62 canales HD113 canales SD50 canales de audio1 deco en HD	<ul style="list-style-type: none">81 canales HD140 canales SD50 canales de audio1 deco en HD y paquete HBO
Desde s/99	Desde s/120	Desde s/170

Fuente: Claro TV 2021

³⁰ Visto el 17 de junio de 2021: <https://www.directv.com.pe/comprar>

³¹ Visto el 17 de junio de 2021:

https://contratarclaro.pe/hogar/television?gclid=Cj0KCQjw5auGBhDEARIsAFyNm9Fwsl1xBqwxiaZSFcpxlYR42PCqiVJ9PCb_12lku8XYdJMbecHMu-caAi-iEALw_wcB

Ello solo por mencionar algunos operadores; con los cuales, los operadores pretenden alcanzar las preferencias de sus consumidores en función de su capacidad adquisitiva.

Todo lo anteriormente dicho sin contar productos adicionales que pueden ofrecer como canales con un contenido específico (para adultos, por ejemplo), canales de deportes, películas en alquiler (se ofrece su visualización por un tiempo determinado), entre otros, para hacer más atractiva e insustituible la oferta.

No está demás mencionar las ventas atadas, como -al parecer- es la intención de Movistar con su producto publicitario 'Movistar Total', donde vende la idea que todos los servicios (telefonía fija, internet y TV paga) los puedes conseguir en un solo lugar y a un menor precio que si el consumidor los considerara por separado: 'Movistar TV+Internet', 'Movistar TV+Teléfono Fijo', 'Solo TV Movistar', 'Movistar TV+Internet+Teléfono Fijo'³²:

Paquete	Precio Mensual	Costo de Instalación	Velocidad de Internet	Canales	Modem	Beneficios
Movistar TV + Internet	S/ 147.90	S/ 20 por 6 meses	50 Mbps	107 Canales	Módem Decos HD	Smart WiFi (2.4 GHz)
Movistar TV + Teléfono Fijo	S/ 127.90	S/ 20 por 6 meses	-	107 canales	2 Decos HD	Beneficios exclusivos
Solo TV Movistar	S/ 112.90	S/ 20 por 6 meses	-	107 canales	2 Decos HD	Beneficios exclusivos
Movistar TV + Internet + Teléfono Fijo	S/ 157.90	S/ 20 por 6 meses	Bono de 200 Mbps por 3 meses	107 canales	Módem Decos HD	Smart WiFi (2.4 GHz y 5 GHz)

Fuente: Movistar 2021.

³² Visto el 17 de junio de 2021: <https://www.movistar.com.pe/hogar/movistar-tv>

Pues bien, frente a lo anteriormente dicho, los operadores del servicio de televisión de paga, para poder competir exitosamente, requieren de conseguir esos contenidos valiosos, por lo que, lo que les queda es o producirlos directamente o contratarlos de sus productoras o de quienes tengan derechos de transmisión o retransmisión o derechos de exclusiva.

Respecto de lo primero (producirlos directamente), no habría problema más que el costo, dado que si otra operadora intentara retransmitirlo, podrían fácilmente denunciar infracción a los derechos de autor ante el INDECOPI y luego solicitar sanciones y medidas correctivas ante el OSIPTEL; en cambio, respecto de lo segundo, no les serviría de nada si, una vez contratados, sus competidores también tendrían acceso a los mismos, entonces se ven en la necesidad (por asuntos estratégicos) de aliarse, fusionarse (integración vertical) o firmar acuerdos o contratos de exclusividad con quienes les puedan proveer de esos contenidos.

Ello ha sido objeto de análisis en el citado 'Documento de Trabajo de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL' (2014), donde, además de las barreras naturales a la entrada (puesta en marcha del negocio) y las barreras legales (concesiones, autorizaciones y permisos de las entidades supervisoras, reguladoras y municipales), las operadoras de los servicios de televisión de paga se enfrentan a las denominadas barreras estratégicas de sus competidoras (de contenidos, de publicidad y hasta de acceso en edificios).

El que particularmente llama la atención es el de la barrera estratégica, pues, en virtud de ella, los operadores de televisión de paga, en ejercicio de su libertad empresarial, pueden realizar la denominada *integración vertical* que

ocurre “cuando una empresa opera en distintos niveles de la cadena productiva. La integración vertical puede generar ganancias en eficiencia a través del ahorro de costos de transacción y administración; no obstante, también puede generar riesgos competitivos cuando esta permite dificultar la entrada o expansión de sus competidores” (OSIPTEL 2014: 72).

En el mercado de la TV paga, el mayor riesgo de conductas que restringen la competencia se observa cuando un operador de televisión de paga se integra con un proveedor de contenidos, otorgándole acceso exclusivo y excluyente a la operadora o en muchas mejores condiciones que a otras operadoras. Si el contenido es valioso para los consumidores, entonces podrían presentarse restricciones a la competencia, el asunto estaría en determinar si esa restricción sería ilegal a la luz del ordenamiento jurídico o no.

Como un primer acercamiento, podríamos mencionar la prohibición de exclusividad del artículo 21^{o33} de la citada Ley de Telecomunicaciones que prescribe que los servicios de difusión se prestan en régimen de libre competencia, estando prohibida cualquier forma de exclusividad, monopolio o acaparamiento. De la misma forma, el artículo 22^{o34} de la citada Ley de Radio y Televisión prescribe que la radio y la televisión no pueden ser objeto

³³ “D.S. n.º 013-93-TCC, T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones

Artículo 21.- Los servicios de difusión se prestan en régimen de libre competencia, estando prohibida cualquier forma de exclusividad, monopolio o acaparamiento”. (el énfasis es nuestro)

³⁴ “Ley n.º 28278, Ley de Radio y Televisión

Artículo 22º.- Normas para la titularidad de autorizaciones

La radio y la televisión no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más del treinta por ciento (30%) de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y veinte por ciento (20%) para la radiodifusión sonora”. (el énfasis es nuestro)

de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

No obstante ello, es preciso analizar si toda 'exclusividad' opera en perjuicio de la libre competencia o puede (o tener la virtualidad o potencialidad de) producir externalidades positivas, porque puede darse el caso que un contrato de exclusividad de una empresa operadora de un servicio de televisión de paga con un canal de televisión de señal abierta le otorgue valor agregado a esta (o viceversa o bidireccionalmente) y, como consecuencia, mayor competitividad, para enfrentarse a otras empresa de radiodifusión (de canal de señal abierta o de distribución por cable) que, sin necesidad aun de ese valor agregado, tengan ya posición dominante (con lo que el contrato de exclusividad le serviría como una eficaz herramienta para repeler a sus competidores en el mercado).

Por el contrario, puede darse el caso también que ese contrato de exclusividad, le otorgue una posición de dominio que desdibuje la competencia y hasta la convierta en monopólica (lo que está proscrito por la Constitución Política del Perú) y arrastre perjuicios a los usuarios y consumidores, debido a que, gracias al aprovechamiento de esa posición y, quizás, habiendo eliminado la competencia, las empresas de radiodifusión predominantes o únicas reduzcan la calidad de su señal o de su programación o pierdan vigencia tecnológica, más aún en un mercado tan competitivo como el de las telecomunicaciones y el servicio de radiodifusión.

De lo ya expuesto, se puede señalar que los factores para determinar la existencia de la posición de dominio de una empresa serían:

- (i) Alta participación de mercado;

- (ii) Limitada sustituibilidad de los productos o servicios;
- (iii) Restricciones de capacidad de rivales; y,
- (iv) Ausencia de sustitución por el lado de la oferta. (OSIPTEL 2014: 77)

Sin entrar aún en detalles, de presentarse estos factores y el predominante subiría sus precios, produciría un efecto 'sombriilla' en los precios de sus competidores: esto es, que el competidor (o competidores) no predominantes, aprovechando el alza de los precios del predominante, podrían también subir los suyos, obviamente no igualando a la del predominante, sí acercándose, pero no fundándose (esa subida) en sus competencias por eficiencias (por ejemplo, en mayor inversión en tecnología), si no en la confianza de que los consumidores podrían verlos como alternativas menos costosas frente al precio del predominante, lo que tendría efectos negativos en ellos.

3.3. Contratos de exclusividad.

3.3.1. Concepto de los contratos de exclusividad.

Debemos partir indicando -como lo explicaremos más adelante- que los contratos de exclusividad no son *per se* negativos para la competencia. Pueden ser definidos, genéricamente, como el acuerdo de dos o más personas, con contenido patrimonial (artículo 1351º del Código Civil) dirigido a limitar que la contraparte comparta, gratuita u onerosamente, a terceros lo que es objeto del contrato.

Hasta ahí, todo bien, porque los agentes actúan en ejercicio de su libertad de contratar (artículo 2º, inciso 14, de la Constitución Política del Perú), la libre iniciativa privada (artículo 58º del citado texto constitucional) y su libertad de empresa (artículo 59º del mismo); de hecho, la regla general -

básica- es la del respeto de la autonomía de la voluntad, donde, de acuerdo con Vidal, las partes puedan determinar el contenido del contrato (2011: 60), los bienes objeto de la prestación, los territorios donde se brindarán los servicios y los que quedarán excluidos, los precios, el pacto de resolución de conflictos, entre otros (artículo 1354° del Código Civil).

Sin embargo, como lo hemos referido *ut supra*, el contenido del contrato debe siempre respetar la licitud de la causa (artículo 140°, inciso 3, del Código Civil) y el orden público y las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil, en concordancia con el citado artículo 2°, inciso 14, *in fine*³⁵, de la Constitución Política del Perú), y, gracias a esto es que debemos verificar si ese contrato de exclusividad respeta o no los límites impuestos en función de lo descrito, especialmente -que es parte de este trabajo- las reglas y mandatos de la libre competencia y prohibiciones de la competencia desleal.

Pues bien ¿para qué se celebran entonces los contratos de exclusividad? ¿por qué dijimos que no son negativos *per se*? En algunos casos, el incentivo es la inversión realizada para tener un buen producto o servicio (de repente, debido a innovación tecnológica o en los proceso o en el producto o servicio mismo) o para evitar el *free riding* o también llamado 'consumidor parásito' o, extendiéndolo a la competencia, para evitar al 'competidor parásito', aquél que no innova, no crea, no invierte, pero que quiere beneficiarse gratuitamente de los esfuerzos de otro y así obtener ganancias.

³⁵ "siempre que no se contravengan leyes de orden público".

De acuerdo con el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL es de reconocimiento constitucional el derecho de toda persona contratar con fines lícitos siempre que no se afecte las leyes de orden público, tales como las referidas a la protección de la competencia. La libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico: uno de ellos es el principio de libre competencia (también reconocido constitucionalmente) desarrollado legislativamente en el Decreto Legislativo n.º 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (2013: 11).

Por su parte, para la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI “[...] los contratos de exclusividad pueden tener un doble efecto; de un lado pueden incrementar el bienestar de los consumidores a consecuencia de las eficiencias que se podrían derivar de dichos convenios”. De otro lado, “[...] pueden también generar un efecto negativo limitando o excluyendo a competidores de las fuentes de aprovisionamiento o insumos, lo que conllevaría a una reducción del nivel de competencia y por consiguiente una pérdida del bienestar para los consumidores” (2013: 202).

El Tribunal de la Sala de Competencia 1 del INDECOPI señaló:

“los acuerdos de distribución exclusiva celebrados entre agentes económicos independientes que operan en distintas etapas de la cadena productiva y en el cual uno de ellos goza de posición de dominio, podría tener el efecto de restringir la competencia en uno de los mercados relacionados (producción – distribuidor, mayorista – minorista, etc.) mediante la exclusión de competidores que eventualmente no podrían acceder a la provisión del insumo objeto de exclusividad”³⁶.

³⁶ Resolución N°068-2009/SC1-INDECOPI, del 24 de febrero del 2009. Y, dado que ya se había puesto en vigencia el Decreto Legislativo n.º 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, estableció los siguientes precedentes de observancia obligatoria:

“1. El Decreto Legislativo 1034 –Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas– tipifica las prácticas colusorias horizontales y verticales en sus artículos 11 y 12, respectivamente; es decir, a diferencia del dispositivo normativo derogado en donde la tipificación de las prácticas colusorias se encontraba en el artículo 6 aplicable a ambas clases de colusiones (v.g. verticales y horizontales), en la norma vigente el

3.3.2. Principales motivaciones para celebrar los contratos de exclusividad.

Siguiendo a Chumbe (2011: 21-25), las principales motivaciones para celebrar los contratos de exclusividad tienen que ver con las eficiencias económicas que puedan generar. Como ya lo adelantamos *ut supra*, pueden ser:

A. Permite especializarse en la venta y distribución de un producto o en la prestación de un servicio, en el supuesto de la existencia de una marca única, ello facilita al tercero a convertirse en su distribuidor exclusivo, propiciando un fuerte incentivo para la venta y promoción de dicha marca. La lógica del tercero deberá ser: A mayor promoción de la marca, mayor venta, obteniéndose mayores ganancias.

Así que, esta especialización genera una retroalimentación para mejorar las habilidades relacionadas con el marketing y publicidad, y así

legislador ha considerado necesario tipificar ambas clases separadamente, atendiendo a su naturaleza y elementos típicos particulares.

(...)

3. Bajo la normativa vigente las colusiones verticales tienen dos elementos típicos particulares: (i) que la conducta sea realizada entre dos o más agentes económicos independientes que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción; y (ii) que uno de los agentes infractores involucrados tenga posición de dominio en uno de los mercados de la cadena productiva.

(...)

7. Desde este punto de vista, las colusiones verticales constituyen 'infracciones de resultado'. Esto quiere decir que para la configuración de la infracción y, por tanto, la vulneración al principio de libre competencia como bien jurídico tutelado, es necesario no sólo la ejecución de la conducta imputada (v.g. la celebración de un acuerdo de distribución exclusiva restrictivo), sino que se acredite la existencia de un resultado negativo, o la potencialidad concreta de dicho resultado (cierto e inminente), sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En otras palabras, el acuerdo colusorio vertical debe generar una lesión efectiva, o puesta en peligro de lesión (cierto e inminente), a la competencia y el bienestar de los consumidores, para que la conducta sea sancionable como infracción a las normas de defensa de la competencia.

(...)

12. Conforme a lo expuesto, esta Sala considera que a efectos de analizar la licitud (o no) de una práctica colusoria vertical, la autoridad de competencia debe realizar el análisis según la metodología siguiente: (i) determinar si alguna de las partes denunciadas goza de posición de dominio en el mercado relevante; (ii) establecer la existencia del acuerdo restrictivo imputado a las denunciadas; (iii) ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las eficiencias pro-competitivas derivadas de la práctica colusoria vertical bajo análisis; y (iv) en caso que los objetivos restrictivos sean mayores que las eficiencias, determinar si la práctica colusoria vertical efectivamente tuvo un resultado negativo, o tuvo la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto, para la competencia y el bienestar de los consumidores (lo cual traduce una afectación al interés económico general). Si no se observan dichos efectos, o potencialidad de efectos, la restricción vertical no será declarada como infracción, pese a que pudiera tener el objeto de restringir la competencia".

incrementar las ventas. Esta situación también permite que los costos del marketing se puedan trasladar al distribuidor.

El distribuidor gozará de respaldo frente a los clientes quienes no dudarán en recurrir a éste en caso de algún defecto del producto o del servicio post venta.

Este mecanismo servirá para mejorar la calidad y el servicio de los bienes ofrecidos en el mercado, mediante un proceso eficiente de innovación.

- B. Evitarse el oportunismo, beneficio gratuito o *free riding*, referido a la posibilidad de que un agente obtenga beneficios gratuitos sin tener que participar en la contratación ni haber realizado gastos adicionales. Esto se puede producir cuando el proveedor otorga alguna ventaja competitiva a su distribuidor, por ejemplo, para conservar los productos lácteos que le suministra, en una máquina conservadora. A partir de ello, el distribuidor aprovecha la máquina para colocar bebidas, haciéndose de un beneficio sin incurrir en gastos para ello.

Otro escenario podría darse en torno al entrenamiento en ventas que el proveedor otorgue a su distribuidor, debido a que todo el conocimiento puede ser utilizado para fines diferentes a la venta del producto del proveedor, en la venta de productos de la competencia.

El objetivo es evitar que se beneficien gratuitamente los competidores de la empresa inversora, puesto que el *free riding* dificulta el proceso de mejora de la calidad de los bienes o servicios.

- C. El ahorro de costos de transacción. Surge esta motivación para evitar los costos que requiere la negociación individual o revisión de los términos contractuales que permitan llevar a cabo los actos propios de la empresa. Para ello, se debe tratar de productos homogéneos como característica común para el ahorro de estos costos, utilizando las denominadas cláusulas generales de contratación.

Cuando se abastece de manera masiva un determinado insumo, es razonable que el productor, al inicio, destine tiempo para definir las cláusulas contractuales que gobernarán la relación comercial con sus distribuidores, pero como este suministro será continuo, resultaría muy trabajoso negociar las cláusulas con cada distribuidor, resultaría lógico y sensato que sea el productor quien determine las cláusulas de manera unilateral y sea el distribuidor quien decida si las acepta o no.

Se considera como innovación eficiente el ahorro de los costos de transacción, y permite destinar mejor el tiempo del productor para mejorar la calidad del producto o servicio ofrecido.

- D. Motivación para proteger el financiamiento de las inversiones, relacionado con el hecho que el productor o inversionista no se vea burlado, luego de hacer invertido en el local del distribuidor y éste no venda sus productos o servicios, lo que haría imposible recuperar esta inversión.

El inversionista debe protegerse del posible comportamiento oportunista del tercero, debido a la naturaleza de algunas transacciones. Es así que, como explica Coloma, de acuerdo con la probabilidad de que surja el

llamado “problema de la cautividad”, este ocurre cuando se vuelve posible que una de las partes quede cautiva del oportunismo de la otra, como consecuencia de una transacción o transacciones regidas por un mismo contrato (2002: 98).

De este modo, una vez realizada la inversión, el productor puede quedar cautivo a la voluntad del tercero, sobre la distribución y venta de los productos.

Una forma de evitar este problema es celebrar contratos con cláusulas de exclusividad que garanticen la provisión de ciertos insumos, antes de incurrir en mayores inversiones.

Los contratos con cláusulas de exclusividad son utilizados con el objeto de asegurar financiamiento para determinadas inversiones, protegiendo así la inversión específica de conductas oportunistas de la otra parte, una vez que los activos están colocados.

Esta protección del financiamiento de las inversiones también es una innovación eficiente, evitando pérdidas y permitiendo la mejora continua de los productos o servicios ofrecidos.

- E. Motivación para evitar el problema de la cautividad, buscando que una de las partes no sea capturada por el oportunismo de la otra. Esta motivación es la consecuencia de la protección del financiamiento de las inversiones.

Evitar la cautividad también se considera innovación eficaz, al no distraer los esfuerzos y recursos del productor y destinarlos a la mejora de la calidad de sus productos y servicios.

F. Impulsar las ventas en relación con el parasitismo de certificado, motivación relacionada a la buena reputación de la que gozan algunos vendedores minoristas con relación los productos que comercializan. Este es un recurso que debe utilizar el productor para lograr una impresión favorable frente a sus consumidores, a través de la colocación de sus productos con estos vendedores minoristas.

Las Directrices sobre las relaciones verticales exponen que, en un inicio, el productor o fabricante no puede limitar sus ventas a las tiendas de calidad, porque corre el riesgo de que su producto no se oferte, y la introducción al mercado puede fracasar (2000: 23).

El parasitismo de certificado también genera innovaciones eficaces sin que exista un oportunismo de alguna de las partes contratantes, permitiendo mejorar la calidad de los productos o servicios.

3.3.3. Contratos de exclusividad en el mercado de los servicios de televisión de paga.

Con la intención de tener presente antecedentes donde se haya discutido y resuelto en sede administrativa sobre la ilegalidad o no de los contratos de exclusividad, mencionaremos algunos casos, su decurso procesal, el razonamiento de las autoridades administrativas y lo resuelto por ellas.

A. Caso Telecable S.A. (Telecable) contra Telefónica del Perú S.A.A. (TdP) y Telefónica Multimedia S.A.C. (TM).

Telecable denunció a TdP y TM ante el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL (CCO) por supuestas prácticas contrarias a la libre competencia derivadas de la celebración de convenios de exclusividad con Turner (que tenía los canales CNN International, CNN en Español, CNN Financial Network, Cartoon Network-Latin America y Turner Network Television) y Fox (que tenía los canales Fox, Fox Sports y Fox Kids).

La norma que la denunciante consideró infringida fue la Decreto Legislativo n.º 701, Decreto Legislativo contra Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia³⁷, al haber celebrado las denuncias acuerdos de exclusividad al negarse a conceder licencias de propiedad intelectual. Se argumentó que las denunciadas, apoyándose en las facilidades y recursos que detentaban debido a su condición de operador dominante, promovían diversos acuerdos de exclusividad para obstruir, limitar y/o eliminar las fuentes de

³⁷ Decreto Legislativo n.º 701, Decreto Legislativo contra Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia

“**Artículo 3º.**- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional”.

“**Artículo 5º.** Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio.

Son casos de abuso de posición de dominio:

(...)

f) Otros casos de efecto equivalente”.

“**Artículo 6º.**- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

(...)

j) Otros casos de efecto equivalente”.

aprovisionamiento esenciales (canales) para los operadores de televisión por cable y limitar la competencia.

Para el análisis de la práctica denunciada, el CCO a cargo de la controversia planteó: i) determinar si TMA y/o TdP habían celebrado convenios de exclusividad con FOX y TURNER; de resultar esto afirmativo se debía ii) analizar si la celebración de dichos convenios constituían infracciones al Decreto Legislativo 701.

Respecto de la celebración de los convenios de exclusividad, el CCO analizó los medios probatorios que obraban en el expediente e identificó como contratos materia de la controversia al contrato entre TM y TURNER (cláusula octava) y al contrato entre TM y FOX (cláusula tercera). De acuerdo con ello, declaró improcedente la demanda interpuesta contra TdP.

Respecto de la supuesta infracción al Decreto Legislativo n.º 701, el CCO sostuvo que en la medida en que la celebración de convenios de exclusividad no se encontraría expresamente tipificada como práctica restrictiva de la libre competencia, ni en el artículo 5º, ni en el artículo 6º, correspondía analizar, si la celebración de contratos de exclusividad por parte de TM se encontraba comprendida en los incisos f) y j) de los artículos 5º y 6º, respectivamente.

El CCO consideró que la contratación o acuerdo de exclusividad constituía una **restricción vertical**, en la medida en que restringe el acceso al aprovisionamiento de un insumo que es esencial para la operación de una o varias empresas competidoras, estableciendo una

relación comercial de exclusividad entre dos empresas que no operan en los mismos mercados relevantes. Asimismo, en la medida en que los efectos anticompetitivos pueden coexistir con los efectos procompetitivos de la conducta, se requiere del uso de la regla de la razón, pues no es posible afirmar a priori que algunos efectos primen sobre otros.

Con la finalidad de determinar si existía **abuso de posición de dominio**, el CCO determinó que TM gozaba de posición de dominio en la ciudad de Lima y el Callao. Por lo que, a efectos de evaluar si TM había incurrido en abuso de posición de dominio, se analizaron los efectos de la práctica en el mercado, concluyéndose que los efectos negativos sobre el bienestar de los consumidores serían mayores que los efectos positivos³⁸ que el CCO había podido percibir y que TM había argumentado. Asimismo, se concluyó que un daño injustificado a la competencia en el servicio de televisión por cable podía tener efectos potenciales negativos sobre el servicio de Internet y telefonía fija.

Adicionalmente, el CCO verificó que dichos efectos se generaban producto de la relación vertical entre empresas, los cuales no hubieran sido posibles en caso TM no contase con posición de dominio.

Para el caso de análisis de la supuesta práctica restrictiva, el CCO sostuvo que los contratos celebrados con FOX y TURNER constituían acuerdos entre empresas que habían producido o podrían producir el efecto de restringir la competencia en diversos mercados, a la vez que

³⁸ Respecto de los efectos negativos, se acreditó que la cantidad de suscriptores de TELECABLE se había reducido, que la magnitud de los convenios celebrados, inclusive con otros canales, generaban barreras a la entrada de nuevos competidores y la posibilidad del retiro de las señales de empresas competidoras. Por lo que, dichos convenios habían afectado negativamente a competidores como TELECABLE y que en el futuro podría afectar a otros concesionarios del servicio y por ende a los consumidores. Con relación a los efectos positivos, no se pudo comprobar que habían existido inversiones en publicidad para introducir un nuevo canal.

podrían generar un perjuicio potencial al bienestar de los consumidores, concluyendo que dicha práctica constituía una infracción al inciso j) del artículo 6, norma que sanciona prácticas entre empresas que se encuentran tanto en una relación horizontal como en una relación vertical.

En la resolución final de la controversia³⁹, la cual fue emitida en mayoría con voto en discordia⁴⁰, el CCO concluyó que la vigencia de las cláusulas de exclusividad de los convenios celebrados por TM con FOX y TURNER constituían infracciones a los incisos f) y j) de los artículos 5 y 6, respectivamente del Decreto Legislativo n.º 701, por lo que TM había incurrido en conductas consideradas como prácticas restrictivas y como abuso de posición de dominio.

B. Caso Telecable contra Fox Latin American Channel Inc. (Fox) y Turner Broadcasting System Latin America Inc. (Turner).

Telecable denunció a Turner y Fox ante la Comisión de Libre Competencia (CLC) del INDECOPI por haber infringido el Decreto Legislativo n.º 701 al haber celebrado acuerdos de exclusividad y negarse a conceder licencias de propiedad intelectual.

La denuncia presentada por Telecable se fundamentó en que las relaciones comerciales sostenidas con Fox y Turner habrían cesado de

³⁹ Resolución n.º 062-CCO-2000 emitida en el expediente n.º 006-99, seguido entre TELECABLE contra TELEFONICA y TMULTIMEDIA, por presunta infracción al numeral f) artículo 5º y al numeral j) del artículo 6º del Decreto Legislativo n.º 701.

⁴⁰ El voto en discordia sostuvo que no existían elementos de juicio de los que se podía derivar que existía una estrategia o efecto predatorio en los convenios de exclusividad, fundamentándose en lo siguiente:

- El análisis debió restringirse a si el caso involucraba un abuso de posición de dominio dentro del ámbito del artículo 5 inciso f) del Decreto Legislativo n.º 701, toda vez que los convenios de exclusividad solo pueden ser ilegales si alguna de las partes que lo celebra cuenta con posición de dominio en el mercado relevante.
- Cuestionó los aspectos de inversión de la prueba, estimación de los beneficios para el consumidor solo en el corto plazo, medición de los beneficios sin considerar el sistema de incentivos y evaluación del carácter de barrera a la entrada.

forma unilateral por parte de dichas empresas, en virtud a que éstas habrían firmado un contrato de distribución exclusiva de sus canales con TdP.

La CLC definió como objeto del procedimiento determinar si tanto las negativas a conceder licencias de transmisión, por parte de Fox y Turner, así como el establecimiento de contratos de exclusividad entre dichas empresas y TdP confiriéndole a esta última los derechos para la distribución exclusiva de sus señales constituyen prácticas de abuso de posición de dominio, de acuerdo al Decreto Legislativo n.º 701.

En tal sentido, la cuestión en discusión en el presente caso consideró necesario determinar la existencia de la posición de dominio por parte de Turner y Fox, luego de lo cual se procedería a evaluar las condiciones en que se habrían dado los acuerdos y la negativa, en tanto que podrían existir situaciones que legalmente la justifiquen. Finalmente, si la práctica no se encontrara justificada, sería necesario analizar los efectos de la misma sobre el mercado y la competencia.

La CLC determinó que Fox y Turner no ostentaban posición de dominio, por lo que no sería necesario continuar con el análisis de las prácticas denunciadas, toda vez que la existencia de canales sustitutos y la dinámica del mercado de programadores internacionales no permitirían el desarrollo de prácticas abusivas en este mercado:

Evaluación comparativa de las programaciones de Fox y Turner

Categoría	Canal	Empresa	Programaciones Sustitutas	Porcentaje de Audiencia
Deportes	Fox Sports	FOX	ESPN y América Sports. Cable Mágico Deportes tenía mayor sintonía pero era una programación de propiedad de Cable Mágico	Equivalente a los competidores
Noticias financieras	CNN Financiero	TURNER	Bloomberg	Igual que los competidores
Noticias internacionales en castellano	CNN en español	TURNER	Cadenas internacionales de noticias (CBS-Telenoticias) y cadenas locales de noticias (Canal N, Antena Informativa)	Menor que los competidores locales
Noticias internacionales en inglés	CNN Internacional	TURNER	BBC Work y Film and Arts	Equivalente a los competidores
Películas	TNT	TURNER	HBO, Cinecanal, Cinemax, USA Network, MGM Network y Film and Arts.	Menor que los competidores
Programas Infantiles	Cartoon Network y Fox Kids	FOX TURNER	Nickelodeon, Discovery Kids y Boomerang	Mayor que los competidores, pero sin llegar a posición de dominio
Series	Canal Fox	FOX	Warner Channel, AXN y Sony Entertainment Televisión	Menor que los competidores

Fuente: INDECOPI 2013: 201.

No obstante lo anterior, la CLC consideró conveniente analizar tanto la negativa como la celebración de los convenios de exclusividad, asumiendo hipotéticamente la posición dominante de las empresas.

Respecto de los contratos de exclusividad, la CLC consideró que dados los posibles efectos positivos y negativos que podrían generar esta clase de acuerdos, el análisis de la práctica debería realizarse bajo la regla de la razón. Por lo que, luego del análisis de los posibles efectos positivos y los efectos negativos de los convenios de exclusividad⁴¹, se declaró

⁴¹ Entre los posibles efectos positivos derivados de los contratos de exclusividad, en el caso de TURNER, la Comisión consideró que los efectos positivos que habrían generado las campañas promocionales serían bastantes limitados, en la medida en que las señales serían bastante conocidas. Con relación a los efectos negativos, se analizaron los efectos sobre las empresas operadoras del servicio de televisión por cable para la provincia de Lima y se determinó que: V.O. Cable no compete con Cable Mágico por lo que difícilmente la celebración de los contratos de exclusividad podrían haberla afectado; respecto de CATV, Cable Vision

infundada la denuncia presentada por Telecable en el extremo referido al presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos verticales de exclusividad.

C. Caso Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. (REDCOM) contra Televisión San Martín S.A.C. (TVSAM) y Empresa de Radiodifusión Comercial Sorona Tarapoto S.R.L. (SONORA).

REDCOM presentó denuncia ante el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL (CCO) contra TVSAM y SONORA por la comisión de actos contra la libre competencia prescritos en el Decreto Legislativo n.º 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

La conducta imputada a la SONORA y TVSAM fueron prácticas colusorias verticales en la modalidad de acuerdos de exclusiva, tipificado en el artículo 12º, inciso 1, de la citada Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Asimismo, se le imputó a TVSAM abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva, tipificado en el artículo 10º, inciso 2, parágrafo e), de la citada Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

EL CCO primero dispuso actuaciones previas, dentro de las cuales dispuso la realización de un informe sobre el mercado de distribución de radiodifusión por cable en Tarapoto⁴² y luego encausó el procedimiento por la presunta comisión de las infracciones indicadas anteriormente.

y BOGA, a pesar que compiten con Cable Mágico, el establecimiento de contratos de exclusividad no habrían generado una pérdida importante de suscriptores de dichas empresas; y, finalmente, con relación a TELECABLE, la CLC señaló que los contratos de exclusividad solo estarían explicando una muy pequeña parte en el número total de desconexiones de TELECABLE, la pérdida de clientes sufrida obedecería a conductas normales en un mercado de competencia y serían propias del riesgo normal de un negocio.

⁴² Informe n.º 033-STCCO/2011, de fecha 22/12/2011, denominado "Acciones realizadas respecto al mercado de distribución de radiodifusión por cable en Tarapoto". Tuvo como finalidad identificar posibles

El procedimiento en primera instancia culminó declarando infundada la denuncia presentada contra SONORA y TVSAM sobre prácticas colusorias verticales en la modalidad de acuerdos de exclusiva, tipificado en el artículo 12°, inciso 1, de la citada Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; declarando fundada la denuncia contra TVSAM por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva, tipificado en el artículo 10°, inciso 2, párrafo e), de la citada Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y sancionandola con 68.62 U.I.T.⁴³

TVSAM interpuso recurso de apelación contra las partes resolutivas que le afectaban (artículos segundo, tercero y cuarto), el mismo que fue concedido. Mediante resolución final⁴⁴, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL (TSC) declaró infundados los extremos apelados y ordenó poner en conocimiento de la Dirección General de Control y Supervisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI.

Respecto de la primera infracción imputada (prácticas colusorias verticales en la modalidad de acuerdos de exclusiva), el TSC señaló que no se advertían situaciones que revelarían una estrategia unilateral por parte de TVSAM conducente a establecer imponer o sugerir contratos de exclusiva con ciertas empresas importantes que prestan servicios de

prácticas anticompetitivas que pudiesen afectar el mercado y se originó en una comunicación de REDCOM a OSIPTEL, de fecha 05/09/2011, en el que le adjuntó documentación relacionada con solicitudes de empresas de televisión de señal abierta requiriéndola a la suspensión total y permanente de la retransmisión de sus señales.

⁴³ Resolución n.º 012-2013-CCO/OSIPTEL, de fecha 08/03/2013 (Exp. n.º 006-2011-CCO-ST/LC), corregida mediante la resolución n.º 013-2013-CCO/OSIPTEL, de fecha 20/03/2013.

⁴⁴ Resolución n.º 007-2013-TSC/OSIPTEL, de fecha 02/07/2013.

televisión de señal abierta en Tarapoto antes que un acuerdo colusorio vertical que reporte beneficios a ambos integrantes del acuerdo. Igualmente, en el contrato de TVSAM y SONORA no se verifica intención de esta de afectar el mercado de televisión por cable en el que no participa ni beneficios tangibles para esta última empresa que sean atribuibles a la exclusiva.

Respecto de la segunda infracción imputada (abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva), el TSC consideró que, a partir de lo dispuesto en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se debía evaluar la práctica cuestionada, siguiendo la metodología general de análisis para supuestos de abuso de posición de dominio, que consiste en determinar (i) el mercado relevante, (ii) la existencia de posición de dominio en dicho mercado, y, (iii) la existencia de los elementos específicos configurantes de la práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad; asimismo, verificar la existencia de efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

El TSC señaló que el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico, el primero de ellos está conformado por el servicio de televisión por satélite y el servicio de televisión por cable por medios alámbricos, y, el segundo de ellos, está conformado por los 3 distritos que se encuentran geográficamente juntos en la zona de Tarapoto, Morales y La Banda de Shilcayo.

Luego, el TSC procedió a determinar la posición de dominio en dicho mercado relevante, en el cual pudo comprobar que TVSAM tenía una

participación promedio del 70% debido a su nivel de participación y nivel de concentración, por lo que tenía la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado relevante, sin que competidores, proveedores o clientes tengan un poder de negociación que permita enfrentarla y disciplinarla.

El análisis subsiguiente fue si la suscripción de los acuerdos de distribución exclusiva con SONORA, constituían una conducta restrictiva de la competencia, llegando a la conclusión que sí, pues a partir del mes de octubre del 2011 TVSAM muestra un freno en la caída del número de suscriptores y empieza a crecer; a su vez, a partir de ese mismo mes, se detiene el crecimiento del número de suscriptores de las empresas competidoras, quienes pierden cuota de mercado, produciendo con ello efectos anticompetitivos en el mercado relevante definido previamente, así como la afectación al bienestar (efectivo y potencial) de los consumidores, que es el objetivo principal de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En ese sentido, el TSC del OSIPTEL terminó declarando infundados los tres extremos apelados por TVSAM.

D. Caso Contratos de exclusividad entre ATV, América TV y Media Networks para la transmisión de los partidos de las eliminatorias a través de Telefónica Multimedia.

En el año 2008, para las eliminatorias y el mundial de Sudáfrica 2010, América TV y ATV y Cable Mágico celebraron contratos de exclusividad para la transmisión de las señales de las primeras solamente en la cablera, en virtud de que las dos primeras habían obtenido los derechos para la transmisión televisiva de los partidos a disputarse por las Eliminatorias Sudamericanas de Fútbol, derechos que no solo abarcaban

la transmisión en televisión de señal abierta de dichos partidos, sino también todas aquellas formas de transmisión, conocidas o por conocerse.

Así, con la finalidad de poder cubrir los altos costos de ese derecho por poder transmitir los partidos de las Eliminatorias Sudamericanas, los indicados canales de señal abierta celebraron un contrato de exclusividad con las cableras, siendo una de las principales interesadas la empresa Cable Mágico. Esta, en ejercicio de sus derechos de exclusividad, antes de la transmisión del primer partido por las eliminatorias (Perú-Paraguay), requirió a los ATV y a América remitieran cartas a las otras cableras para que les prohibieran la retransmisión de su señal. Esto, como era de esperarse, generó polémica en el medio local, tomando cartas en el asunto el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Regulador de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL).

E. Contrato de Exclusividad entre Latina, Directv y MOUNTRIGI (caso Mundial 2018).

El 21 de febrero de 2018, la Asociación Peruana de Televisión por Cable (APTC), comunicó al Cuerpo Colegiado Permanente (CCP) del OSIPTEL que LATINA remitió comunicaciones a sus asociadas, a efectos de dar por finalizados los contratos de licencia de retransmisión de su señal, sin expresar justificación alguna y negándose a atender sus constantes solicitudes de reunión.

Con fecha 23 de marzo de 2018, la APTC solicitó a la Secretaria Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO) iniciar una investigación de oficio por la presunta existencia de conductas

anticompetitivas y desleales realizadas por LATINA, evidenciada al resolver de forma unilateral los contratos suscritos con sus asociadas, que les permitía retransmitir la señal de esta empresa.

Posteriormente, el 3 de abril de 2018, la APTC presentó una denuncia contra LATINA, por la presunta comisión de conductas anticompetitivas y desleales en el mercado de televisión de paga. Al respecto, manifestó que LATINA había resuelto unilateralmente los contratos con sus asociadas, mientras mantenía exclusividades con otros operadores de televisión de paga ajenos a la APTC.

Mediante resolución de primera instancia, el CCP declaró la responsabilidad administrativa de Latina y Directv en el desarrollo conjunto de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada a contratar en la modalidad de negativa injustificada a contratar, infracción tipificada en el literal g) del artículo 11.1 y 12 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N° 030- 2019-PCM , sancionando a la primera con 641 U.I.T. y a la segunda con 1000 U.I.T., ordenando el cese de la práctica colusoria y, como medida correctiva, imponiendo a Latina la obligación de renegociar los derechos de retransmisión de su señal con los operadores de televisión de paga a los que les resolvió el contrato y con cualquier otro operador de televisión de paga que se lo solicite⁴⁵.

⁴⁵ El CCP sustentó su posición sobre la base de los siguientes indicios:

- “(i) Los contratos de LATINA, DIRECTV y MOUNTRIGI no presentan restricciones.
- (ii) El cambio de la política comercial de LATINA para autorizar la retransmisión de su señal a operadores de televisión de paga asociados a la APTC antes del 2016 y entre el 2016 y 2017, que incluyó el pago de una retribución.

En segunda instancia, el TSC revocó las indicadas sanciones por considerar que no existen elementos suficientes ni pruebas de cargo concluyentes que generen convicción sobre la existencia del acuerdo colusorio como elemento que configura una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada a contratar.

3.4. **Determinación de conductas anticompetitivas ilícitas.**

Para uniformizar las decisiones del OSIPTEL en lo referente a este tipo de casos y de acuerdo con lo prescrito en el Decreto Legislativo n.º 1034, Decreto Legislativo que Aprueba la Represión de Conductas Anticompetitivas, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, mediante Resolución n.º 006-2016-TSC/OSIPTEL, de fecha 09/06/2016, aprobó los “Lineamientos Generales para la aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el ámbito de las Telecomunicaciones”⁴⁶, cuyo análisis abarca:

- El mercado relevante;
 - La identificación del mercado de producto;

(iii) La resolución de contratos por parte de LATINA entre enero y abril de 2018 de sus contratos suscritos con operadores de televisión de paga asociados a la APTC, sin otorgar la posibilidad de negociar nuevos términos contractuales, lo cual va en contra de la lógica empresarial.

(iv) Coincidencia entre las fechas de las negociaciones del Contrato de Sub-licencia y la remisión de las cartas preventivas y resolutorias.

(v) Las cartas notariales remitidas por LATINA a MEDIA NETWORKS (el CCP lo considera como si se tratara de TELEFÓNICA), AMÉRICA MÓVIL y CATV SYSTEMS contenían información que favorecía únicamente a DIRECTV.

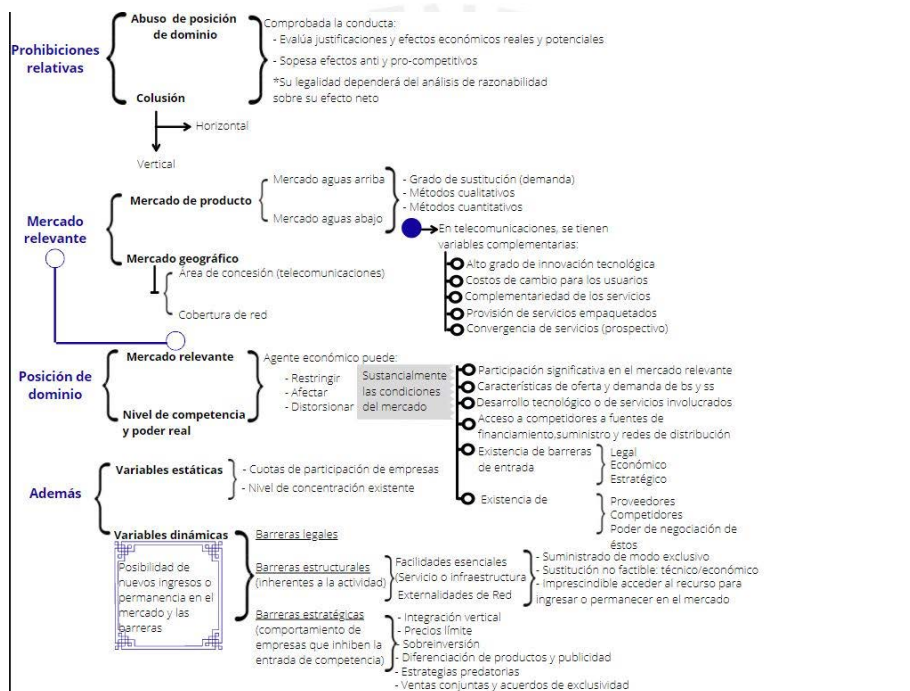
(vi) LATINA y DIRECTV tuvieron completa seguridad de la suscripción del Contrato de Sub-licencia desde diciembre de 2017.

(vii) La suscripción de los Contratos entre DIRECTV y LATINA, y la compensación de pérdidas a LATINA.

(viii) Como consecuencia de las resoluciones contractuales, DIRECTV se convirtió en la única empresa autorizada por LATINA para retransmitir su señal”. (fundamento 296 de la Resolución n.º 0019-CCO-2020/OSIPTEL emitida en el expediente n.º 001-2018-CCP-ST/LC-Cd, seguido entre Asociación Peruana de Televisión por Cable contra Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. y Directv Perú S.R.L.).

⁴⁶ Donde, incluso, mencionan como referencia el caso citado en el Exp. n.º 006-2011-CCO-ST/LC, seguido por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. interpuso denuncia contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L.

- La delimitación geográfica;
- La identificación de la posición de dominio;
- El abuso de la posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones;
- Las prácticas colusorias: verticales y horizontales; y,
- El tratamiento de las conductas que pueden ser investigadas como prácticas colusorias verticales y prácticas de abuso de posición de dominio.



Fuente: Elaboración propia.

3.4.1. El mercado relevante.

El mercado relevante está integrado por el mercado del producto, referido a los productos o servicios materia de la conducta anticompetitiva investigada y de los que deben ser considerados como sustitutos adecuados; y, el área geográfica donde se define la participación de una empresa en el mercado.

Este concepto se utiliza como herramienta para determinar si las empresas evaluadas cuentan con suficiente poder de mercado para restringir la

competencia; debido a ello, el ámbito en el cual se evaluará el poder de mercado del(los) agente(s) económico(s) -mercado relevante- así como su capacidad para imponer condiciones de venta sin temor a perder clientes o verse afectados por la respuesta de sus competidores.

Lo que se defina como mercado relevante es sumamente importante, porque a partir de ahí se basará el estudio para determinar la existencia de prácticas anticompetitivas, y se debe analizar, en primer lugar, con la identificación del producto, y en segundo lugar con la delimitación del mercado geográfico.

A. La identificación del mercado del producto.

El mercado de producto relevante es, de acuerdo con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, la LRCA), el bien o servicio materia de la conducta investigada y la existencia de sustitutos adecuados, previo análisis del nivel comercial en el que se brinda el producto o servicio.

Es así que, se debe dilucidar si el bien o servicio pertenece al mercado ascendente (mercado aguas arriba) al tratarse de un bien o servicio demandado por los competidores, en un segmento mayorista; o, pertenece al mercado descendente (mercado aguas abajo), cuando se trata de un servicio ofrecido a los usuarios.

Definido el nivel comercial al que pertenece el producto o servicio, se identificará cuál es su sustituto adecuado, desde el punto de vista de los compradores se hablará de sustitución de la demanda. Para el caso de las empresas que actualmente no son proveedoras del servicio relevante,

comiencen a producirlo sin incurrir en costos significativos, esto se refiere a la sustitución de la oferta.

a. **Evaluación del grado de sustitución desde la perspectiva de la demanda.**

Desde esta perspectiva, para evaluar el grado de sustitución, suelen utilizarse métodos cuantitativos y cualitativos:

i. **Método cualitativo.**

Se realiza un estudio sobre el servicio, características y usos. Se debe tener en cuenta las reacciones del mercado en el paso, con las variaciones en los precios. Se puede medir la magnitud del impacto que generó el incremento de precios sobre la demanda del producto en análisis. Los demandantes de los productos o servicios estudiados son una fuente importante de información.

Como instrumento se emplea la entrevista a los demandantes del producto o servicio, con el objeto de conocer su opinión acerca de lo que consideran como sustitutos cercanos, y si éste cumple con características del producto o servicio bajo análisis, se le considera como un competido y parte del mercado de producto relevante.

También se debe tener en cuenta el precio de los servicios en análisis, pues se pretende averiguar, además de la posibilidad de sustitución física o las preferencias de los

consumidores, el impacto en la demanda individual, sobre sus decisiones de compra.

Para esto, se puede implementar la prueba del “pequeño pero significativo aumento no transitorio del precio”– SSNIP (por sus siglas en inglés), para determinar la incidencia en la demanda de los consumidores. Si del resultado de esta prueba se obtiene que la cantidad demandada se reduce, se tendrá que incluir a los productos sustitutos para reemplazar el bien en cuestión, en el mercado relevante. La prueba SSNIP aplicada puede basarse en percepciones de los demandantes del producto o servicio. En el caso que la prueba se base en evidencia empírica, este método de evaluación se calificará como método cuantitativo.

Para la delimitación del producto, por el lado de la demanda, se plantean ciertas interrogantes y se define la sustitución en el mercado, de acuerdo con las respuestas obtenidas de los demandantes.

Para empezar, se puede plantear cuáles son los productos o servicios que compiten frente al analizado e identificar si compiten efectivamente o no, se debe tomar en cuenta si los consumidores no son afectados en su nivel de bienestar con el uso de un servicio alternativo. Cuando se produce la disminución del bienestar del consumidor, se descarta como sustituto adecuado.

Un ejemplo de esto, en el sector de telecomunicaciones, es la controversia -indicada *ut supra*- iniciada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L., a mérito de la firma de un contrato de exclusividad entre las denunciadas. La instancia correspondiente de OSIPTEL determinó que el mercado de producto relevante se conformaba por el servicio de televisión por cable en la modalidad satelital y alámbrico. El ente supervisor arribó a esta delimitación debido a que ambas tecnologías presenten en la zona satisfacían las mismas necesidades, además no se observaban grandes diferencias entre los costos entre estos y que existía una alta correlación e igual tendencia entre el número de conexiones para ambas tecnologías.

En general, para esta etapa de análisis, se pretende reunir todos aquellos servicios que presentan características similares, desde la óptica del consumidor, aislando en un primer momento el factor de los precios para identificar una posibilidad de sustitución del producto o servicios. Una vez identificado que estos productos o servicios son sustitutos adecuados, se incorpora el precio en el análisis para poder determinar una sustitución total, a través de la prueba SSNIP.

ii. **Método cuantitativo.**

Otro método usado es la prueba cuantitativa, que permite estimar la elasticidad de precios y elasticidad cruzada de los mismos, como la prueba SSNIP soportada en evidencia empírica, el análisis estadístico de datos recolectados, estimaciones directas de elasticidad, su correlación con los precios a lo largo del tiempo, entre otras.

Este método podrá ser utilizado cuando se haya recolectado suficiente información sobre los productos o servicios y sus sustitutos, que permita realizar las estimaciones estadísticas requeridas, considerando las características propias de cada industria y se pueda realizar ajustes en su aplicación.

Así, se puede aislar aquellos servicios que son sustitutos cercanos al analizado para los consumidores, esta delimitación por el lado de la demanda, comprende dos etapas: **i)** separar los productos o servicios que son sustitutos en el uso para los consumidores, sin considerar los precios en el análisis; **ii)** eliminar aquellos productos o servicios que son funcionalmente sustituibles de aquellos que los consumidores no utilizarían si se incrementa el precio del producto o servicio analizado.

b. Evaluación del grado de sustitución desde la perspectiva de la oferta.

El análisis de sustitución bajo esta perspectiva, parte de la premisa que es posible que empresas potencialmente competidoras, que actualmente no son proveedoras del producto relevante, ante un incremento de precios pequeño pero no transitorio, ingresen al mercado ofreciendo productos sustitutos sin incurrir en costos significativos para ello. Para que se produzca la sustitución, se necesita que la entrada sea posible en un plazo razonable sin que sea necesario una muy elevada inversión.

B. La delimitación geográfica.

Para el sector de telecomunicaciones, se determina la delimitación geográfica por el área de concesión otorgada a un determinado operador para la prestación de un servicio relevante, agregándose como variable el análisis de la cobertura de red que tienen las empresas que prestan el servicio; en caso que la cobertura sea menor al área de la concesión, se delimita el mercado geográfico por el espacio de cobertura.

Continuando con el ejemplo del caso de los medios de comunicación en Tarapoto, OSIPTEL, como ente supervisor determinó que los distritos de Morales y La Banda de Shilcayo debían ser incluidos en el mismo mercado geográfico de la ciudad de Tarapoto, por ser aledaños, muy cercanos para brindar el servicio en ellos.

Una vez identificado el mercado de producto o servicio relevante y delimitado el espacio geográfico relevante, se continúa con delimitar el mercado relevante, que resulta de la intersección de los dos primeros; así se obtiene todos aquellos productos o servicios que realmente compiten con aquel que es objeto de análisis.

3.4.2. La identificación de la posición de dominio.

La existencia de una posición de dominio en el mercado se determina a partir de dos pasos, el primero, determinar el mercado relevante; y, segundo, determinar el nivel de competencia y el poder real de mercado de la empresa investigada.

La LRCA señala que un agente económico goza de posición de dominio cuando éste puede restringir, afectar o distorsionar las condiciones de oferta

y demanda, sin que puedan contrarrestar dicha posibilidad los competidores, proveedores o clientes, debido a factores como i) la participación significativa en el mercado, ii) las características de oferta y demanda de los bienes y servicios, iii) el desarrollo tecnológico o de productos y servicios involucrados, iv) el acceso a fuentes de financiamiento, suministro y a redes de distribución para los competidores, v) existen barreras de entrada de tipo legal, económica o estratégicas, vi) existen proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.

Es importante destacar que la existencia de competidores no involucra que una empresa pueda ostentar una posición dominante en un mercado.

Las decisiones relacionadas a precios, calidad y cantidades a vender de las empresas en un mercado competitivo, se desarrollan en un ambiente de interdependencia. Es así que la competencia se asocia con el concepto de rivalidad entre empresas que participan de un mercado; sin embargo, de ocurrir que una de estas empresas ejerza posición de dominio en el mercado, ésta puede fijar las condiciones comerciales sin considerar a sus rivales y los competidores tendrán que tomar estas condiciones comerciales imperantes.

La situación dominante en sí misma no se considera como infracción, sino el abuso que se haga de ella. Cuando el uso de la posición dominante permita generar mayor eficiencia y bienestar en los consumidores, no podrá ser sancionado. En consecuencia, no serán pasibles de sanción las empresas por ostentar una posición de dominio, pero sí por hacer un uso anticompetitivo de la misma.

La evaluación e identificación de la posición de dominio requiere el análisis de dos tipos de variables, de distinta naturaleza, pero complementarias entre sí:

A. Variables de carácter estático.

El análisis de esta variable permite identificar como está configurada la estructura del mercado relevante, considerando aspectos como la cuota de participación de las empresas y el nivel de concentración existente.

La cuota de participación de la empresa, a criterio de las autoridades de competencia, es que no es un elemento de juicio suficiente para concluir la existencia de una posición de dominio; si bien si podría permitir descubrir su existencia, debe analizarse con conjunto con otros factores o características del mercado relevante en cuestión.

Es relevante identificar la permanencia en el tiempo de una elevada cuota de mercado, su grado de integración vertical en la empresa investigada, cuál es la cuota de la competencia, la madurez o novedad del mercado, entre otros.

Sobre el nivel de concentración, el indicador más utilizado es el índice Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés) y su aplicación debe concordarse con la evaluación del porcentaje de participación de la empresa en el mercado. Es así que un índice HHI de la menos 2,500 es indicador de un mercado altamente concentrado.

B. Variables de carácter dinámico.

La aplicación del análisis bajo esta variable supone evaluar la posibilidad de que nuevos proveedores ingresen a un mercado o puedan permanecer dentro de él, si ya ingresaron. Esta posibilidad de entrada o permanencia depende del grado de competencia, por el efecto de limitar el poder de mercado de las empresas existentes.

Si ocurren obstáculos o barreras de acceso, como costos que inhiban la permanencia de los agentes en el mercado y que ya fueron asumidos por los proveedores ya establecidos o por el Estado, ello limitará el acceso y permanencia al mercado relevante.

Generalmente se distinguen tres tipos de barreras de acceso al mercado: las barreras legales, las barreras estructurales y las barreras estratégicas.

- i. Las barreras legales se podrán referir a la existencia de aranceles, medidas paraarancelarias, exclusividades, monopolios legales concedidos por el Estado, licencias sujetas a complicados requisitos y cuyo otorgamiento es discrecional.
- ii. En las barreras estructurales se evaluará la existencia de facilidades esenciales, economías de escala y de ámbito, ventajas absolutas en costos, etc.

Respecto a las barreras estructurales, por la cual un competidor difícilmente puede copiar e implementar estructuras similares a

las del proveedor previamente instalado, pero que son necesarias para ofrecer el producto o servicio.

- iii. En cuanto a las barreras estratégicas, se podrá considerar factores como la integración vertical, diferenciación de productos y publicidad, sobreinversión en capacidad, precios límite, estrategias predatorias, acuerdos de exclusividad, ventajas conjuntas, entre otros.

Ahora bien, la integración vertical en sí misma no implica que una empresa tenga posición de dominio; sin embargo, puede tener la capacidad de afectar la competencia del mercado aguas arriba y el mercado aguas abajo.

3.4.3. El abuso de la posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones.

Definido que existe una posición de dominio del agente económico en el mercado relevante, se continúa con determinar si se abusó o no de tal posición, para ello se analizan los supuestos tipificados en la legislación y los posibles casos de efectos equivalente que se subsuman en las cláusulas generales establecidas legalmente.

Nuestra legislación, en materia de competencia, establece que se abusa de la posición dominante cuando es utilizada por la empresa para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a los reales o potenciales competidores, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición de dominio.

Estas restricciones “indebidas” se refieren a la utilización de la participación en el mercado forma tal que se produce un daño distinto al daño concurrencial, es decir, derivado de una leal y libre competencia por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización.

Los órganos colegiados de OSIPTEL tomarán como base los criterios establecidos por las normas de competencia y considerarán como requisitos para determinar que se abusa de una posición de dominio cuando:

- Exista posición de dominio.
- Se actúe de manera indebida, cuando la empresa actúa en contra de los principios básicos de conducta tipificados en la LRCA, o que su conducta produzca efectos análogos al distanciare de una competencia por eficiencia. Se debe diferenciar que la actuación indebida no implica necesariamente la intencionalidad.
- Existe la posibilidad de obtener beneficios y causar perjuicios a reales o potenciales competidores, directos o indirectos, que no se producirían de no ostentar la posición de dominio. No se exige que se acrediten los daños y se haya obtenido beneficios, solo basta con que ambos sean potenciales consecuencias de la conducta.

Según la LRCA, el abuso de una posición de dominio consistirá en conductas de efecto excluyente como:

- i)** Negarse a satisfacer demandas de compra o adquisición, o aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios, sin justificación;

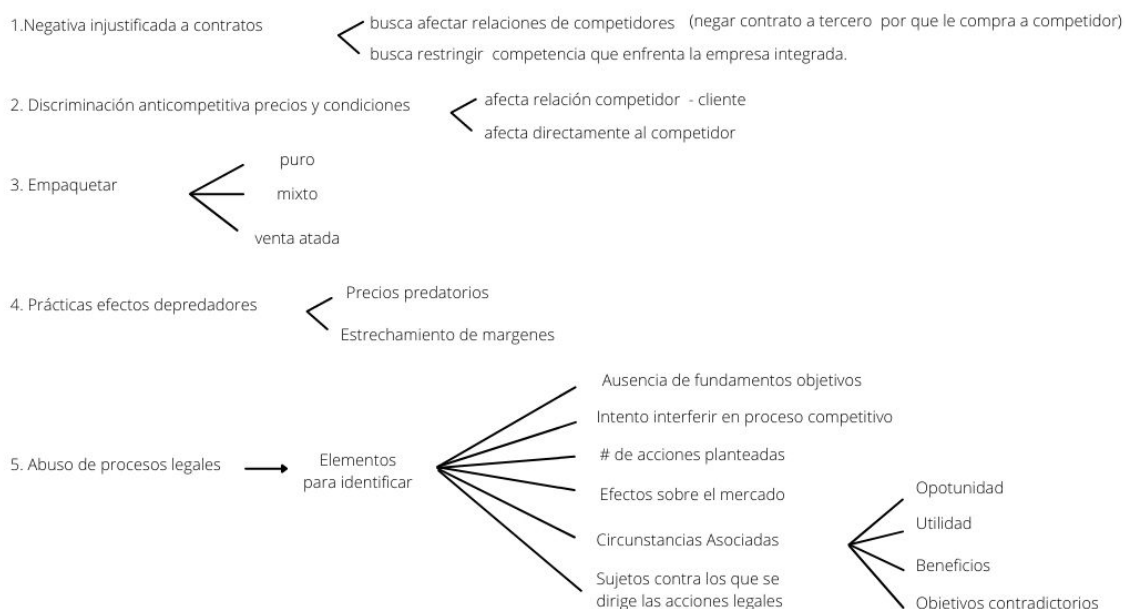
- ii)** En las relaciones comerciales o de servicio, aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que sitúe a competidores en situación desventajosa frente a otros, de manera injustificada. El otorgamiento de descuentos y bonificaciones no constituye abuso de posición de dominio, porque corresponden a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se otorgan o conceden por ciertas circunstancias compensatorias, como pago anticipado, volumen, monto u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos que se verifiquen iguales condiciones;
- iii)** Condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que no guarden relación con el objeto de tales contratos por su naturaleza o arreglo de uso comercial;
- iv)** Sin justificación obstaculizar la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación a un competidor;
- v)** Imponer, sugerir o establecer contratos de distribución o venta exclusiva, o cláusulas de no competencia o similares, que sean injustificados;
- vi)** Utilizar procesos judiciales o procedimiento administrativos de manera abusiva y reiterada, cuyo efecto restringe la competencia;
- vii)** Conductas que dificulten o impidan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales accedan al mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

Abuso de Posición de Dominio en TELECOMUNICACIONES

Determinación:

- Posición de Dominio;
 - Restringir de manera indebida la competencia;
 - Obtener beneficios; y
 - Perjudicando a competencia
- reales < potenciales < directas indirectas | que una hubiera sido posible de no tener posición de dominio

Conductas de Posición de Dominio



Fuente: Elaboración propia.

De acuerdo con lo previsto por la LRCA, las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas, para el caso del sector de telecomunicaciones, el OSIPTEL ha analizado, entre otras, las siguientes:

Negativa injustificada a contratar:

En principio, la negativa a contratar es una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, sobre todo en la libertad de contratar. Pero, cuando esta empresa detenta una posición de dominio en el mercado, está sujeta a algunas obligaciones especiales, precisamente el de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor o cliente, siempre que implique la obtención de beneficios y perjuicios anticompetitivos.

De modo inicial, la LRCA permite la libertad de que las empresas puedan negarse individualmente a contratar con otras, con la excepción de que esta negativa este intencionada a monopolizar el mercado. Pero, también existen casos en que ésta práctica es comprensible y exhibe las condiciones de mercado.

De manera enunciativa, la negativa injustificada a contratar constituye una práctica anticompetitiva cuando a) la negativa busca afectar las relaciones de sus competidores, debido a que la venta que se niega a un tercer se debe a que éste también le compra a su competidor. Entonces, la negativa se utiliza como castigo para quienes son clientes de la competencia y busca perjudicarlo restándole clientela. b) la negativa busca restringir la competencia que enfrenta una empresa integrada verticalmente, la forma más común es cuando una empresa con posición de dominio niega la venta a empresas que compiten con su vinculada y de esta manera afecta la posición de las competidoras.

La negativa injustificada de contratar no necesariamente tiene que ser abierta y clara, también se puede configurar al no dar respuesta a las solicitudes que se formulen, o dar excusas para atenderlos en el modo solicitado sin tener fundamento para ello, o solicitar aclaraciones, otorgar información errónea para retrasar o bloquear la atención de estas solicitudes. Es decir que toda conducta destinada a entorpecer o que tenga por efecto satisfacer un pedido efectuado, se tipificarán bajo este rubro.

También existe una negativa indirecta a través de precios elevados. En el supuesto que no se haya suscrito un contrato debido a que el comprador considera que los precios son muy elevados, se podrá tipificar como una

negativa indirecta. En otro escenario, cuando existe diferencia entre el precio que la dominante ofrece a una empresa vinculada y el precio elevado que ofrece a un competidor de ésta última, pero el competidor celebra contrato con la empresa que le brinda el insumo, se deberá analizar la conducta como un supuesto de discriminación.

De otro lado, se tienen supuestos que podrían justificar una negativa, como la real limitación de la capacidad productiva para satisfacer una demanda adicional, la existencia de factores ocasionales que generan una desproporción evidente de demanda y oferta, escasez de insumos, el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del comprador, razones de seguridad, entre otras de naturaleza similar.

Discriminación de precios y condiciones:

La discriminación, como lo indica la LRCA, es una práctica que se constituye como una prohibición relativa, puesto que la conducta solo será ilícita si se demuestra que tiene efectos, aunque sean potenciales, negativos en el mercado y en el bienestar de los consumidores, sobrepasando las justificaciones y eficiencias asociadas a la práctica, que demuestre la parte denunciada.

En el sector de las telecomunicaciones, es particularmente importante el análisis de estas prácticas por parte del ente supervisor, debido a que las empresas que brindan servicios de telecomunicaciones es una industria altamente integrada de forma vertical, con operadores dominantes en algunas de las fases intermedias de la producción de los servicios relacionados.

En principio, las empresas gozan de total libertad para discriminar precios y condiciones entre sus clientes, incluso si detenta una posición de dominio. Hasta cierto punto puede ser una práctica necesaria, si ésta beneficia a sus consumidores con el ofrecimiento de ofertas diferenciadas debido a un mayor número de usuarios. No obstante, existen obligaciones más gravosas sobre empresas con posición de dominio, si es que la discriminación se emplea para conservar o expandir su poder de mercado.

El OSIPTEL, a través de sus órganos colegiados, ha identificado dos tipos de discriminación anticompetitiva:

- La discriminación que busca afectar la relación de su competidor y clientes, aplicando condiciones más beneficiosas a los consumidores donde el competidor está presente y condiciones menos beneficiosas a donde no tiene competencia.
- La discriminación que pretende afectar directamente a la competencia, cuando el infractor ofrece un insumo al competidor en condiciones desfavorables respecto a otro competidor que sí está vinculado al infractor, colocado en desventaja al no vinculado.

La LRCA define a la discriminación como el otorgamiento de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, diferenciando aquellos supuestos donde se otorga descuentos o bonificaciones, por determinadas circunstancias que pueden justificar este trato diferenciado.

Para identificar si las transacciones son equivalentes, existen dos clases de argumentos, el primero está en función de los costos y el segundo en función de las elasticidades de la demanda

- Equivalencia por costos

Se determinará que las transacciones son equivalentes teniendo en cuenta los costos en que debe incurrir el operador para satisfacer la demanda de cada uno de sus clientes. En la estimación de los costos se debe tener en cuenta las características físicas y técnicas del servicio ofrecido en cada transacción y en todas las condiciones en que el servicio deba proveerse, esta combinación permitirá conocer si las prestaciones son equivalentes, pese a tratarse de bienes idénticos y similares.

OSIPTEL tendrá en cuenta para definir cuando dos transacciones son equivalentes o no, si cumple con los siguientes factores: **i)** las condiciones de la transacción, como el volumen pactado, forma de pago, oportunidad, plazo de entrega, seguridad del suministro, entre otras; **ii)** los costos de transacción relacionados con la administración de riesgos contractuales, como la probabilidad de demora o falta de pago atribuido a la liquidez de los clientes, la negociación de contratos de largo plazo, etc.

- Equivalencia por elasticidad de la demanda

Se debe analizar el grado de sensibilidad frente a modificaciones en el precio cobrado, para determinar si las transacciones son equivalentes bajo el concepto de elasticidad de la demanda.

La diferenciación de precios basada en distintas elasticidades de demanda se puede justificar cuando permite incrementar la oferta y cubrir costos fijos elevados. Entonces, la evaluación de la justificación de las estrategias de diferenciación de precios, considerando la

equivalencia de la transacción en función de sus costos, y de forma excepcional, en función de la elasticidad de la demanda, para cada caso en concreto.

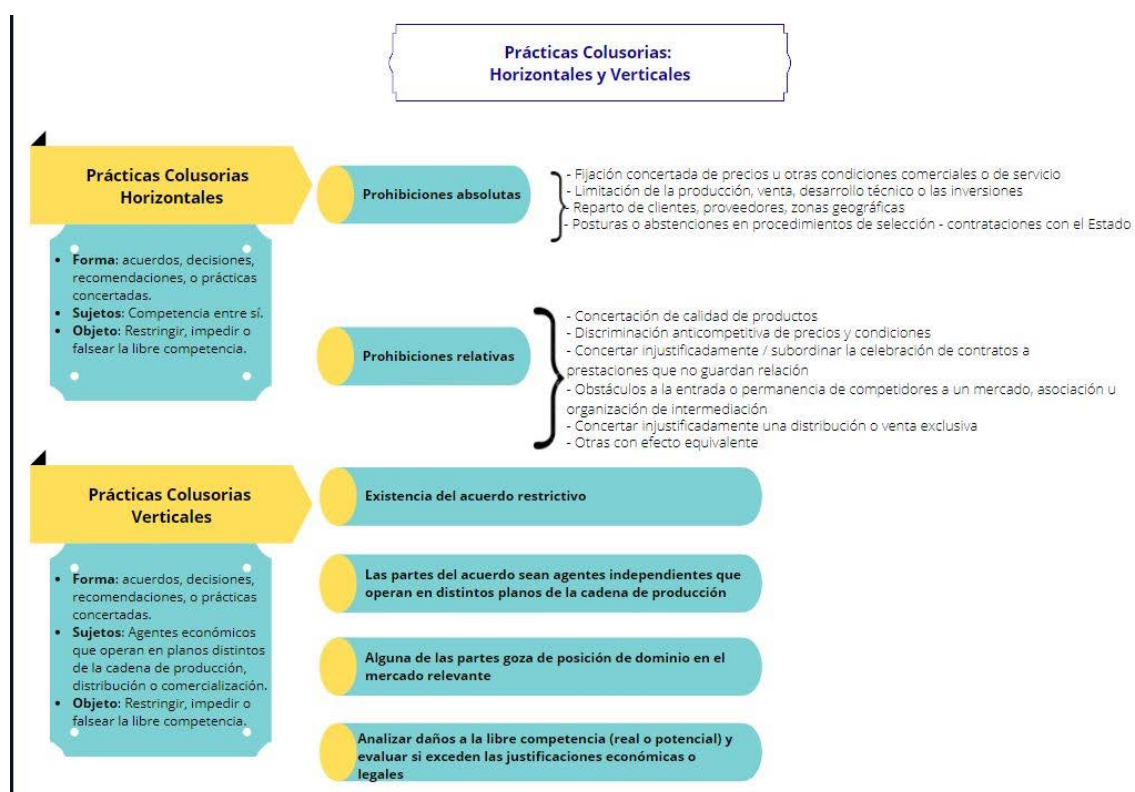
Si no se encuentra una explicación objetiva para el trato diferenciado, OSIPTEL ha considerado que en estos casos debe evaluar si a diferencia de precios colocó a una empresa en desventaja frente a sus competidores. Si no se cumple este supuesto, la conducta no se considerará ilícita.

Para ello, el ente supervisor deberá tener en cuenta criterios como el patrón de conducta regular del operador denunciado y para el caso en concreto si se registra una variación sustancial; si existe evidencias de intencionalidad para eliminar a los rivales; la diferencia de precios está destinada a afectar a un competidos en particular; la aplicación de precios menores pueden resultar predatorios; la aplicación de un esquema de subsidios cruzados, para lo cual, las rentas en segmentos monopólicos sirven para solventar los bajos precios en los segmentos donde enfrenta competencia.

Para el sector de las telecomunicaciones, la disminución de precios que otorgan un margen menor de ganancias, se considera como estrategia anticompetitiva discriminatoria, puesto que un competidor que se encuentre en el mercado de aguas abajo tampoco podrá obtener un margen razonable de ganancias. A esto se denomina práctica de estrechamiento de márgenes.

3.4.4. Las prácticas colusorias: verticales y horizontales.

Se presenta cuando dos o más empresas que son independientes, ajustan consciente y voluntariamente sus conductas de acuerdo con lo establecido por ellas. Para esto, la LRCA distingue las prácticas colusorias horizontales y las verticales.



Fuente: Elaboración propia.

A. Prácticas colusorias horizontales.

De acuerdo con la LRCA, se refiere a los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas, realizada por competidores entre sí y tiene por objeto restringir, impedir o falsear la libre competencia, como:

- La fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio, de manera concertada, en forma directa o indirecta.
- El control concertado de producción, venta, desarrollo técnico o de las inversiones.

- Reparto concertado de proveedores, zonas geográficas o clientes.
- La concertación de la calidad de los productos o servicios, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales, afectando negativamente al consumidor.
- Concertar y aplicar condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que injustificadamente coloquen a unos competidores en desventaja frente a otros.
- Concentrar la subordinación de la celebración de contratos de manera injustificada, a la aceptación de prestaciones adicionales que no guardan relación con el objeto del contrato.
- La negativa injustificada y concertada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación de bienes o servicios.
- Obstaculizar la entrada o permanencia de un competidor al mercado, asociación u organización de intermediación, de manera concertada e injustificada.
- Concertar de manera injustificada una distribución o venta exclusiva.
- Coordinar o concertar ofertas, propuestas, posturas o abstenerse de estas en las licitaciones o concursos público, privados u otras formas de contratación, así como en las subastas públicas y remates.
- Otras prácticas que producen efectos equivalentes que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a la de una mayor eficiencia económica.

Estas prácticas colusorias se producen entre agentes económicos que se ubican en un mismo nivel de la cadena de producción, distribución o comercialización del producto o servicio y que compiten entre sí en un determinado mercado.

De acuerdo con la LRCA, esta conducta anticompetitiva es de prohibición absoluta, no requieren un análisis de racionalidad para declararse como prácticas ilícitas, siendo suficiente comprobarse su realización. Las prácticas colusorias inter marca que no son complementarias o accesorias a otros acuerdos ilícitos, que tengan por objeto fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicios, limitar las ventas o producción por medio de cuotas, repartir clientes, proveedores o zonas geográficas, definir posturas o abstenciones en licitaciones, concursos o cualquier otra forma de contratación pública o privada.

Esto produce efectos nocivos similares para la competencia y los consumidores, por repercutir en los precios. Esto se materializa en el control concertado de la producción, debido a que las empresas concertan reducir la producción o las ventas, para reducir la oferta del bien o servicio y de esta forma incrementar el precio. También, con el reparto de mercado, las empresas acuerdan no competir frente a determinados clientes o en ciertos territorios geográficos, permitiendo que cada empresa funcione como monopolio en el segmento de mercado distribuido, reduciendo la oferta e incrementando el precio.

Otra práctica son las licitaciones colusorias, a través de la cual las empresas establecen su comportamiento de cara a cualquier concurso público, evitan competir en cuanto a condiciones comerciales como volúmenes ofertados o precios, se reparten las licitaciones para funcionar como un monopolio en el proceso de las licitaciones. Esta práctica es especialmente agravante por el hecho de que los concursos tienen por

objetivo promover la competencia, y la conducta anticompetitiva afecta las adquisiciones estatales y el gasto público

Aquellas prácticas que no estén dentro de los supuestos antes señalados, se consideran como prohibiciones relativas. Para su identificación se debe evaluar la conducta paralela de las empresas en el mercado, junto con factores como la conducta de los competidores que es contraria a su propio interés, pero favorece al interés del grupo; el cambio radical sobre prácticas comunes en las distintas empresas; las quejas expresas o implícitas de los competidores en busca de acuerdos; la oportunidad para concertar y cualquier otro elemento de juicio que razonablemente indique la existencia de acuerdos o concertos entre las empresas.

B. Prácticas colusorias verticales.

Se definen como aquellos acuerdos, recomendaciones, decisiones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos que operan en distintos niveles de la cadena de producción, distribución o comercialización cuyo propósito es impedir, restringir o falsear la libre competencia. Para su configuración se requiere que al menos una de las partes involucradas tenga previamente posición de dominio en el mercado relevante. Esta conducta anticompetitiva se considera como prohibiciones relativas.

Se debe efectuar el análisis para los casos de prácticas colusorias, de acuerdo con la LRCA, se debe establecer la existencia de un acuerdo restrictivo imputado a las empresas denunciadas; determinarse que las partes involucradas en el acuerdo restrictivo sean agentes independientes que operan en distintos plan o niveles de la cadena de producción; determinar que algunas de las partes goce de posición de dominio

relevante; y se debe analizar el objeto o efecto restrictivo de la competencia, sea potencial o real, derivado del acuerdo, evaluando si ellos exceden las justificaciones legales y económicas que las partes del acuerdo presenten.

Las pruebas sobre las prácticas colusorias se basan en indicios y presunciones, pues se prevé que las empresas se preocupen en eliminar las pruebas directas que evidencien su comportamiento, y estos indicios deben ser evaluados en su conjunto para probar la existencia de prácticas colusorias contrarias a la libre competencia.

3.4.5. El tratamiento de las conductas que pueden ser investigadas como prácticas colusorias verticales o prácticas de abuso de posición de dominio.

Las prácticas colusorias se incluyeron como prácticas anticompetitivas en la LRCA, es importante señalar que esta práctica colusoria tiene las mismas modalidades del abuso de posición de dominio y se exige que al menos una de las partes del acuerdo, tenga posición de dominio en el mercado relevante, ambas consideradas como prohibiciones relativas.

Debido a esta similitud, cuando se investiga una conducta, se realiza bajo el supuesto de abuso de posición de dominio y de práctica colusoria vertical, pero solo procede la sanción por uno de los tipos mencionados.

Como elemento diferenciador, se debe conocer la naturaleza u origen de la conducta investigada.

Si los acuerdos se originan por una decisión unilateral, nos referiremos al abuso de posición de dominio; de otro lado, si se origina por decisión

multilateral, se debe a que las prácticas colusorias se materializan por el acuerdo de voluntades entre dos o más empresas involucradas. Por ello, resulta primordial determinar la verdadera naturaleza de los hechos, a fin de conocer si se trata de una conducta consensuada (acuerdo colusorio) o si se atribuye a una política unilateral implementada por una empresa debido al poder que ejerce sobre el mercado (abuso de posición de dominio).

Es así que, por el momento, OSIPTEL ha evaluado bajo las dos modalidades de prácticas competitivas a los acuerdos de exclusividad, continuando con el caso denunciado contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L., después de todo un análisis, el ente supervisor determinó que la conducta debe tipificarse como un abuso de posición de dominio debido a que el acuerdo de exclusividad se originó de una decisión unilateral impuesta por Televisión San Martín S.A.C. y aceptada o tolerada por otras empresas del mercado.

3.5 Discusión a partir del caso REDCOM vs. TVSAM: ¿Afecta ilícitamente a la libre competencia que las empresas operadoras del servicio de televisión de paga celebren contratos de exclusividad con los canales de señal abierta, que tienen contenidos propios o derechos de exclusiva, con la finalidad de restringir la retransmisión de la señal de esta a otras empresas operadoras del servicio de televisión de paga?

Hemos podido apreciar en este caso (cuyos datos ya los detallamos *ut supra*) que TVSAM no presentó alegatos y tampoco cumplió con presentar la información adicional requerida por el Colegiado; sin embargo, no se precisó el tipo de información solicitada y su relevancia para el caso.

Esta actitud evidenció una deficiente defensa legal de TVSAM, que hasta podría calificarse como una falta de interés en colaborar con la investigación de OSIPTEL, sin prever que esta desidia traería como consecuencia la calificación de sus estrategias comerciales como conductas anticompetitivas, con la consecuente imposición de sanciones pecuniarias.

En cuanto al punto resolutivo 1) del expediente:

El cuerpo colegiado indica que el contrato de exclusividad entre TVSAM y SONORA no calificaría como un acuerdo colusorio vertical porque no encuentran indicios que apunten a que SONORA tuviera la intención de afectar el mercado de la televisión por cable y que hubiera obtenido mayores ventajas.

En cuanto al punto resolutivo 2) del expediente:

El colegiado determinó que TVSAM ejerce una posición de dominio en el **A)** mercado relevante, cuya participación supera al 70% en un **B)** mercado relevante altamente concentrado, con barreras de entrada por **C)** factores estratégicos, tecnológicos, costos hundidos en la provisión del servicio y alto poder de negociación de TVSAM.

A) Sobre el mercado relevante.

Se aprecia que el Colegiado circunscribió al mercado del producto a la ciudad de Tarapoto; sin embargo, habría evidencia que TVSAM tenía presencia en otras provincias, como la de Moyobamba⁴⁷ (colaboración con medios de dicha localidad), circunstancias que no fueron consideradas por el Colegiado, así como que SONORA buscaba alianzas

⁴⁷ <https://www.facebook.com/134134623345934/photos/a.134287566663973/463475347078525>

empresariales para cumplir con su proyecto de expansión regional⁴⁸, viendo en TVSAM dicha oportunidad por su presencia en otras provincias. Un correcto análisis del mercado del producto y el mercado geográfico hubiera determinado que el servicio de televisión por cable ofrecido por TVSAM era de un alcance mayor al de la ciudad de Tarapoto, siendo esto es importante porque el contenido ofrecido por SONORA también era compatible con el mercado de producto, pues éste no solo se limitaba a contenido exclusivo para la ciudad de Tarapoto, sino que era de interés para toda la población sanmartinense.

Con ello, un estudio y delimitación del mercado relevante a la ciudad de Tarapoto solo inclina la decisión del Colegiado en beneficio de REDCOM como denunciante, y en perjuicio de TVSAM, porque también limita el estudio de los sustitutos de TVSAM en la región, además no se considera que, por las mismas limitaciones de alcance que presenta la tecnología de transmisión en señal abierta, SONORA no conseguiría extender con éxito la transmisión de su señal, y eso sin considerar la gran inversión que incurrirían en mejorar la infraestructura y tecnología para ampliar su señal.

B) Sobre la concentración en el mercado relevante.

La sesgada delimitación del mercado relevante también distorsiona la medición del porcentaje de concentración de TVSAM sobre el mercado relevante, aunque probablemente este indicador se reduzca, igual se podría determinar que TVSAM ejerce la mayor concentración, pero esto se debe analizar como el resultado de una eficiente prestación de sus

⁴⁸ Argumento extraído de la primera página de la carta de SONORA, de fecha 6 de octubre de 2011, dirigida a la Secretaría Técnica.

servicios, con una grilla altamente atractiva para los consumidores, con contenido relevante para ellos.

C) Sobre las barreras de entrada.

El Colegiado señala de forma muy breve que existen barreras económicas, sin mayor desarrollo sobre ello, pero hace hincapié en que sí existen barreras estratégicas por el gran poder de negociación de TVSAM que se evidencia con la suscripción de contratos de exclusividad con diversas empresas.

Este razonamiento se dirige a afirmar que TVSAM puede imponerse ante cualquier otro canal por el solo hecho de gozar de posición de dominio, pero se deja de lado evaluar la conducta de los canales que sí quieren suscribir contratos de exclusividad, con el cual estos sí obtienen ventajas porque les permite superar la barrera de invertir en infraestructura para ampliar la transmisión de su señal, a través del uso del tendido (cableado/fibra óptica) con el que cuenta TVSAM, y que para el caso de SONORA, por la naturaleza de su contenido, relevante para el público sanmartinense, se beneficia con un mayor alcance de su señal y que sí se va traducir en mayores ingresos por publicidad, pues este hecho no se puede negar, ya que la publicidad es el sustento de los canales de señal abierta. Por ello, resulta incomprensible que un canal, como SONORA, que cuenta con cierta aceptación por el público, se permita firmar un acuerdo de exclusividad, sin obtener ningún beneficio, simplemente no es lógico.

Luego, el Colegio analizó los demás requisitos para determinar si se produjo un abuso de la posición de dominio:

a) **La importancia de los canales de señal abierta con los que TVSAM mantiene un contrato de exclusividad.**

El Colegiado menciona que se realizó un estudio de la preferencia de los canales locales para la audiencia de Tarapoto, con lo que determinaron que los canales locales gozan de una elevada preferencia en el mercado de Tarapoto. Resaltamos el texto <<los canales locales>> porque son prueba irrefutable que en el medio local existen varios canales preferidos por los consumidores, en ese sentido SONORA no es el único canal que ofrece contenido atractivo para la población sanmartinense, por ello no se puede considerar una práctica exclusoria o limitante para que otro proveedor de televisión por cable ofrezca el contenido de otros canales que también gozan de aceptación, pues SONORA no es el único canal local, además lo que se debe propiciar es que estos canales compitan por ofrecer el mejor contenido para la población.

b) **Justificaciones para la suscripción de los acuerdos de exclusividad.**

TVSAM argumentó que los beneficios de la suscripción de contratos de exclusividad son **i)** el tendido e instalación de fibra óptica, **ii)** inversión en paquetes tecnológicos de fibra óptica, **iii)** inversión en la mejora de la calidad de la señal de SONORA, **iv)** promoción de la señal de SONORA en Antares TV Canal 24 y publicidad de material gráfico, **v)** establecer una tarifa social y mejora en la información transmitida a la población.

El colegiado considera que el numeral i) y ii) no se derivan directamente del acuerdo de exclusividad, pero se insiste en negar que este es un beneficio implícito para SONORA, porque para lograr transmitir su señal fuera del alcance de sus infraestructura instalada, tendrían que invertir en mayor infraestructura, instalación de torres, equipos repetidores de señal, entre otros, que serían costos muy elevados por lo accidentada de la geografía de la selva (vegetación, cerros, montañas y su difícil acceso); estas necesidades son fácilmente suplidas por la capacidad instalada por TVSAM con su tecnología ya instalada, más la que se pueda implementar en un futuro.

Luego, sobre el numeral iii) indican que no se advierte el incremento de la cobertura de SONORA; pero, ¿cómo puede llegar a esta conclusión el Colegiado? Porque la delimitación del mercado relevante no consideró aspectos adicionales como la verdadera presencia de TVSAM en la región, si se hubiera delimitado correctamente con un alcance regional, el estudio solicitado a CPI hubiera abarcado este aspecto y dilucidando la real cobertura de la señal de SONORA en señal abierta y a través de la televisión por cable.

Con respecto al numeral iv), el Colegiado señala que no se ha demostrado el beneficio tangible para SONORA respecto al valor de sus intangibles (productos más conocidos y mejor posicionados) ni mayores ingresos por publicidad. Si bien, por principio del derecho, la carga de la prueba es de quien la ofrece, tampoco se puede negar que SONORA fue investigada y estudiada en el presente proceso, y

por tanto el Colegiado tenía la capacidad y el deber de solicitar información relevante sobre este extremo a SONORA, además, si en realidad el acuerdo de exclusividad redujera su capacidad de vender publicidad, no es lógico que acepte suscribir este acuerdo, cuando ya gozaba de cierta preferencia en el mercado. Es irracional pensar que SONORA suscribe un contrato de exclusividad para perjudicarse, si su única fuente de ingresos es la publicidad que obtiene por la transmisión de sus contenidos.

Sobre el numeral v) el Colegiado prefiere pensar que el acopio de información traería como efecto la estandarización de contenidos, en vez de considerar que se busca que el canal que obtuvo acceso a información importante la pueda compartir, y que a través de la cooperación mutua, esta información pueda ser difundida a una mayor cantidad de televidentes, pero sin dejar de lado el contenido propio que ofrece cada canal y sus segmentos.

c) **Los efectos anticompetitivos.**

El Colegiado realiza un breve análisis sobre la cantidad de suscriptores de TVSAM en el periodo en que suscribe el contrato de exclusividad con SONORA y que a la par lanzaron ofertas que reducían su tarifa; sin embargo, atribuyen el incremento de los suscriptores únicamente a la firma del contrato de exclusividad, más no a los beneficios económicos otorgados por TVSAM. Basan sus conclusiones sobre el estudio de CPI donde se indagó el motivo por el cual los suscriptores de Cable Mundo migraron a TVSAM, señalando que esto se debía a que TVSAM ofrecía canales locales; pero, el mismo Colegiado indicó que en el mercado existían más

canales locales, que muy bien pudo retransmitir Cable Mundo para hacer más atractiva su grilla.

Por otro lado, genera dudas la imparcialidad del estudio realizado por CPI, porque en ningún extremo se indica cuáles son los motivos para que algunos suscriptores de TVSAM migren a Cable Mundo, o cuál es la verdadera relevancia de las ofertas de TVSAM para incidir en la migración de los suscriptores ya existentes, o cuál es la motivación de los nuevos suscriptores para elegir a un proveedor de televisión por cable y así obtener datos objetivos sobre la elección de los consumidores, y se determine si su decisión se basa solo por la parte económica (ofertas), por el contenido (grilla ofrecida), o un balance sobre ambos.

d) **Los efectos negativos en el bienestar del consumidor.**

Sobre este requisito, de acuerdo con el Colegiado, se busca proteger al consumidor de manera indirecta evitando conductas que generen efectos exclusorios; haciendo prevalecer, sobre el derecho de libertad para contratar, al de la libre competencia, y cuya afectación, determinada por el Colegiado, genera dudas sobre su objetividad, porque no se consideró la presencia de TVSAM en otras provincias, lo que distorsionaría la real dimensión del mercado relevante, así como el hecho que SONORA no es el único canal de señal abierta que ofrece contenidos relevantes para la audiencia sanmartinense.

Además, indica que los supuestos efectos exclusorios traería como consecuencia la salida del mercado de otras empresas que ofrecen televisión por cable, al no poder ofrecer una parrilla tan atractiva

como la de TVSAM. Pero, ¿cómo pueden basar sus fundamentos en supuestos que podrían suceder en un futuro?, además subestiman la capacidad de las otras empresas proveedoras de televisión por cable, para ofertar contenido igual o más atractivo para el consumidor, simplemente dieron por hecho que ellos no pueden hacerlo, estableciendo que solo con la señal de SONORA pueden conseguir una mejora de sus productos, pero como ya se ha visto, no es el único canal que ofrece contenido relevante para los consumidores.

e) **El índice de cierre de mercado y la duración de los contratos.**

Señalan que TVSAM produjo un cierre parcial del mercado, por la suscripción de contratos de exclusiva. Pero, si se analiza el momento de la suscripción de estos contratos, se podrá ver que estos se hicieron después de la entrada al mercado de otros proveedores de televisión por cable. Sobre ello es válido preguntarse si ¿Cable Mundo no disponía de la misma capacidad para suscribir algún contrato cesión de derechos para la retransmisión⁴⁹ o de exclusividad? La respuesta es que sí, si lo que buscaban era ofrecer contenido que compitiera al ofrecido por TVSAM. Entonces, por qué no utilizó esa estrategia. Se debe, acaso, a que no podían ofrecer beneficios importantes a los canales de señal abierta tal como sí lo puede hacer TVSAM, cuyo alcance es mayor al de Tarapoto, y como ya se mencionó anteriormente, el mercado relevante debió ampliarse en ese sentido.

⁴⁹ Se debe recordar que el contenido creado por SONORA goza de protección derechos de autor, y el solo hecho de transmitir su contenido por señal abierta, no permite que empresas privadas accedan libremente a retransmitir su contenido.

Por otro lado, consideran como factor relevante, para reforzar el poder de dominio de TVSAM, la duración de los contratos, pero este análisis no contempla los riesgos que enfrentaría TVSAM si los contenidos ofrecidos por SONORA dejaran de ser atractivos para los consumidores. En este caso, qué sucedería si ello ocurre así (y hablamos en supuestos, debido a que el Colegiado hace supuestos de los supuestos), al término del contrato de exclusividad ¿Cable Mundo retransmitiría la señal de un producto que ya no es atractivo?

Ahora bien, si se invierte algunas condiciones y Cable Mundo ofrece un contenido propio, altamente demandado por el consumidor, ¿se le obligaría a ceder sus derechos para salvaguardar la libre competencia?

Finalmente, OSIPTEL ha trabajado en sus lineamientos con base a lo aplicado por otros países, cada uno bajo su propia experiencia. Sobre ello, resulta importante mencionar que en relación a la venta conjunta de derechos para la transmisión de los eventos deportivos (liga española, italiana, alemana, francesa), los clubes deportivos crean un monopolio del lado de la oferta y venden los derechos de forma conjunta a una sola empresa (p.e. DirecTv) y esta práctica es ampliamente aceptada en la Unión Europea; es más, en los EEUU, la venta conjunta de derechos está autorizada⁵⁰ para la explotación de los derechos de transmisión y exenta de las disposiciones contenidas en leyes federales antimonopolio.

⁵⁰ La Ley de Radiodifusión Deportiva de 1961- sports broadcasting act of 1961.

Con esto, se deja un precedente en cuanto a la libertad de contratar sobre los servicios de radiodifusión de contenido altamente demandado por la población, como en el particular caso del fútbol, un deporte de alcance mundial que paraliza ciudades cuando se enfrentan los equipos más representativos y cuyos televidentes buscar acceder a la transmisión, con los costos que implique disfrutar de 90 minutos de un buen espectáculo deportivo.

IV. CONCLUSIONES.

De lo expuesto, y respondiendo al problema que nos planteamos al inicio de esta investigación, podemos concluir que:

- Existe el derecho constitucional de toda persona a la libertad de contratar, siempre que se respeten normas de orden público.
- Una de esas normas de orden público son la libertad de opinión y de información, así como las restricciones a la libre competencia, el mismo que, no solo no debe ser afectado, en aras de proteger el proceso competitivo y beneficiar, en última y definitiva instancia, al consumidor, sino que, tratándose del mercado de los medios de comunicación, no admite monopolios ni exclusividades. Estas últimas no deben ser injustificadas, menos aún si se abusa de la posición de dominio.
- Para identificar si alguien abusa de la posición de dominio, primero, debe identificarse si tiene posición de dominio y esto, debe hacerse determinando, primero, el mercado relevante, y, luego, si existen prácticas que afectan la libre competencia.
- Una de ellas son la celebración de exclusividades con otros agentes del mercado *con la intención de restringir o menoscabar injustificadamente* la

competencia. Si esto ocurre de este modo, se afectaría el proceso competitivo y, por ende, al consumidor.

- En ese sentido, si un agente del mercado tiene posición de dominio y, abusando de ella, celebra contratos de exclusividad con otros agentes del mercado, exigiéndoles que restrinjan sus relaciones comerciales con otros agentes del mercado, sin acreditar beneficios al proceso competitivo, estaría en la potencialidad de afectar injustificadamente a la competencia. Este análisis debe realizarse caso por caso, verificándose los efectos positivos y negativos que pudieran tener.
- En sector de Telecomunicaciones, es particularmente relevante el abuso de la citada posición de dominio y afectación al proceso competitivo, por afectar normas de orden público, como la prohibición del monopolio y exclusividades (injustificadas) en el mercado de las comunicaciones.

V. BIBLIOGRAFÍA.

CHUMBE PANDURO, Arturo

2011 *Contratos de Exclusividad y Libre Competencia: Tratamiento Legal y Jurisprudencial en búsqueda de un estándar para el análisis de la conducta*. Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho de la Empresa. Lima.

COLOMA, Germán

1998 *Integración y contratos verticales entre empresas*. Consulta 17 de junio de 2021.

<https://ucema.edu.ar/u/gcoloma/vertical.pdf>

COMISIÓN EUROPEA

2000 *Directrices relativas a las restricciones verticales*. Diario Oficial C 291/01. Consulta 17 de junio de 2021.

<https://eur->

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:291:000](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:291:000)

[1:0044:ES:PDF](https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:291:0001:0044:ES:PDF)

EYZAGUIRRE, Hugo

s/a. “Los Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia Desleal”. Consulta 17 de junio de 2021.

[https://www.researchgate.net/profile/Hugo-](https://www.researchgate.net/profile/Hugo-Eyzaguirre/publication/293654502_Fundamentos_Economicos_de_la_Competencia_Desleal/links/56ba746e08ae0a6bc9556c85/Fundamentos-Economicos-de-la-Competencia-Desleal.pdf)

[Eyzaguirre/publication/293654502_Fundamentos_Economicos_de_la_Competencia_Desleal/links/56ba746e08ae0a6bc9556c85/Fundamentos-Economicos-de-la-Competencia-Desleal.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Hugo-Eyzaguirre/publication/293654502_Fundamentos_Economicos_de_la_Competencia_Desleal/links/56ba746e08ae0a6bc9556c85/Fundamentos-Economicos-de-la-Competencia-Desleal.pdf)

GUZMÁN NAPURÍ, Christian

2015 La Constitución Política: Un análisis funcional. 1era Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI)

2013 *Libre competencia: Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Lima.

KAPLAN BLAMEY, Andrés Esteban

2004 “*La Exclusividad en los contratos internacionales de Franquicia, Licencia y Know-How*”. Tesis para optar al grado de Magíster con mención en Derecho Económico. Santiago de Chile: Universidad de Chile.

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL)

2008 *Informe 018-GRE/2008. Investigación Preliminar: Contratos de exclusividad entre ATV, América TV y Media Networks para la*

transmisión de los partidos d elas eliminatorias a través de Telefónica Multimedia. Lima.

2014 *Documento de Trabajo. Análisis del Mercado de Televisión de Paga en el Perú. Lima.*

PODER JUDICIAL

(2013) *Expediente n.° 35583-2013 Sentencia: 24 de junio de 2021.*

RUBIO CORREA, Marcial

2007 *Estudio de la Constitución Política de 1993. (tomos I-VI) 1era. Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

TASSANO VELAOCHAGA, Hebert Eduardo

2016 *“Competencia y regulación”. Derecho PUCP Revista de la Facultad de Derecho. Lima, N° 76, pp. 105-121.*

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

(2012) *Expediente n.° 00006-2012-PI/TC Sentencia: 12 de enero de 2016.*

Consulta 17 de junio de 2021.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/00006-2012-AI.pdf>

(2012) *Expediente n.° 00013-2012-PI/TC Sentencia: 27 de mayo de 2013.*

Consulta 17 de junio de 2021.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00013-2012-AI.pdf>

(2014) *Expediente n.° 03940-2014-PA/TC Sentencia: 15 de septiembre de 2020.*

Consulta 17 de junio de 2021.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03940-2014-AA.pdf>

(2019) *Expediente n.° 00005-2019-PI/TC Sentencia: 07 de abril de 2020.*

Consulta 17 de junio de 2021.

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL ORGANISMO
SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES
(OSIPTEL)

(2013) *Expediente n.º 006-2011-CCO-ST/LC* Resolución N° 007-2013-
TSC/OSIPTEL: 02 de julio de 2013.

(2018) *Expediente n.º 0001-2018-CCP-ST/LC-CD* Resolución N° 0019-
TSC-2020 /OSIPTEL: 05 de octubre de 2020.

TOVAR MENA, Teresa V.

2004 “Las Telecomunicaciones y la libre competencia: un marco
analítico básico”. *Ius et veritas*. Lima, N° 28, pp. 122-147.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando

Año “Acto Jurídico”. 8va. Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

VILLARÁN, Lucía y QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo

2016 “Regulación de entrada: Experiencia peruana sobre prohibiciones
y restricciones para el acceso al mercado”. *Ius et veritas*. Lima, N°
53, pp. 48-72.