



Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados

**Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra
Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de
Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto
S.R.L.TDA.**

(Exp. 006-2011-CCO-ST/LC)

Informe Instructivo

Informe Nº 064-STCCO/2012

Lima, 19 de diciembre de 2012

Índice de contenido

I. OBJETO	4
II. EMPRESAS INVOLUCRADAS	4
III. ANTECEDENTES	4
3.1. Supervisiones desarrolladas previas al inicio de la controversia	4
3.2. La presente controversia	5
IV. ALCANCES DEL INFORME INSTRUCTIVO	7
V. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS	8
5.1. Información solicitada a las partes	8
5.2. Información solicitada a otras empresas	11
5.3. Información solicitada a INDECOPI	14
5.4. Inspecciones realizadas	15
5.5 Consultoría elaborada por CPI	16
VI. POSICIONES DE LAS PARTES	17
6.1. Posición de REDCOM	17
6.2. Posición de TVSAM	18
6.3. Posición de SONORA	18
VII. CUESTIONES PREVIAS	20
7.1. Marco legal de los acuerdos de exclusivas bajo análisis. Competencias del OSIPTEL	20
7.2. La valoración de los medios probatorios en el presente procedimiento y la actividad procesal de las partes	24
VIII. ANALISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS	28
8.1. Marco teórico de los acuerdos de exclusivas	28
8.2. Los acuerdos bajo análisis	30
8.3. Análisis de las presuntas prácticas anticompetitivas que configurarían los acuerdos bajo análisis	32
8.3.1. Tipificación de las conductas imputadas. ¿Prácticas colusorias o abuso de posición de dominio?	32
8.3.2. Sobre los acuerdos de exclusiva como supuestos de infracción al Decreto Legislativo Nº 1034 en la modalidad de presunto abuso de posición de dominio y como prácticas colusorias verticales	35
8.3.2.1. Los acuerdos de exclusiva como actos de abuso de posición de dominio	35
8.3.2.2. Los acuerdos de exclusiva como prácticas colusorias verticales	39
8.3.3. Consideraciones de la Secretaría Técnica para la tipificación de la conducta investigada	41
8.3.4. Aplicación al caso materia de análisis	44
8.3.4.1. Sobre el presunto acuerdo colusorio entre TV Sam y Sonora	45
8.3.4.2. Sobre el presunto abuso de posición de dominio por parte de TV Sam	48
8.3.5. Mercado Relevante	49
8.3.5.1. El mercado de producto	52
8.3.5.2 El Mercado Geográfico Relevante	57
8.3.5.3. Conclusión sobre el mercado relevante aplicable a la presente controversia	60

8.3.6. Posición de dominio en el mercado relevante	60
8.3.6.1. Análisis de participación y concentración del mercado	61
8.3.6.2. Barreras a la entrada y factores adicionales para determinar la posición de dominio.....	64
8.3.6.3. Conclusión sobre la posición de dominio de TV SAM	67
8.3.7. El abuso de la posición de dominio	67
8.3.7.1. La importancia de los canales bajo análisis con los que TVSAM mantiene un contrato de exclusividad.	68
8.3.7.2. Justificaciones de la práctica. Efectos positivos de los convenios de exclusividad	75
8.3.7.3. Efectos anticompetitivos	78
8.3.7.4. Efectos negativos en el bienestar del consumidor	84
8.3.7.5. Otras consideraciones relevantes para el análisis de las exclusivas bajo análisis	86
8.3.7.6. Balance de efectos positivos y negativos de los convenios de exclusividad	89
IX. CONSIDERACIÓN ADICIONAL: EL CASO VIA TV	91
X. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES	92

I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto poner en conocimiento al Cuerpo Colegiado, el resultado de la investigación y análisis realizados por la Secretaría Técnica, en su calidad de órgano instructor del procedimiento seguido por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. (en adelante, REDCOM) contra Televisión San Martín S.A.C. (en adelante, TVSAM) y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.LTDA. (en adelante, SONORA), por la presunta comisión de actos contrarios a la normativa de la libre competencia en el mercado de distribución de radiodifusión por cable en Tarapoto.

II. EMPRESAS INVOLUCRADAS

Denunciante

REDCOM es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante la Resolución Ministerial N° 760-2008-MTC/03, obtuvo concesión única, estableciéndose como primer servicio a prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante, Televisión por Cable) en todo el territorio de la República del Perú.

Denunciadas

TVSAM es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Ministerial N° 549-2011-MTC/03, obtuvo concesión única, estableciéndose como primer servicio a prestar el servicio de Televisión por Cable) en todo el territorio de la República del Perú.

SONORA es una empresa privada constituida en el Perú, que mediante Resolución Viceministerial N° 178-2002-MTC/15.03 obtuvo la autorización para prestar el servicio de radiodifusión comercial por televisión en VHF (en adelante, Televisión de Señal Abierta) en el distrito de Tarapoto, provincia y departamento de San Martín.

III. ANTECEDENTES

3.1. Supervisiones desarrolladas previas al inicio de la controversia

1. Con fecha 05 de setiembre de 2011, REDCOM presentó una carta adjuntando unas comunicaciones de Televisión Nacional Peruana S.A.C. – filial Tarapoto (en adelante, TNP Tarapoto) y SONORA (empresas de Televisión de Señal Abierta), mediante las cuales le solicitan la inmediata suspensión total y permanente de la retransmisión de sus señales de televisión. Asimismo, REDCOM señaló en su carta que dichas conductas estarían dirigidas a una formación monopolista, de dominio del mercado.
2. Al respecto, la Secretaría Técnica inició investigaciones preliminares en el mercado de Tarapoto a fin de identificar posibles prácticas anticompetitivas que pudiesen estar afectando el mercado de Televisión por Cable. En tal sentido, se remitieron sendos requerimientos a diversas empresas prestadoras del servicio de Televisión por Cable así como de Televisión de Señal Abierta, con lo que se recabó diversa información respecto al mercado de cable en Tarapoto. Dicha información, en

conjunto con algunas noticias locales que informaron respecto al tema en cuestión, fue recopilada en el Informe N° 033-STCCO/2011 “*Acciones realizadas respecto al mercado de distribución de radiodifusión por cable en Tarapoto*”, de fecha 22 de diciembre de 2011, emitido por la Secretaría Técnica.

3. En el referido Informe se concluyó lo siguiente:

- REDCOM recibió la solicitud de suspensión de transmisión de las señales de las empresas TNP Tarapoto y SONORA.
- Existen contratos de exclusividad firmados entre una empresa del servicio de Televisión por Cable y empresas productoras de contenido local.
- TVSAM cuenta con la mayor participación de mercado en los distritos de Tarapoto, Morales y La Banda de Shilcayo y la concentración de mercado es alta en las referidas zonas geográficas.

3.2. La presente controversia

4. Con fecha 13 de diciembre de 2011, REDCOM interpone denuncia contra TVSAM y SONORA por conductas que, en su opinión, constituirían actos contra la libre competencia y leal competencia tipificados por el Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, respectivamente.
5. Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL, de fecha 28 de diciembre de 2011, el Cuerpo Colegiado (i) dispone una etapa de actuaciones previas a fin de reunir información o identificar indicios de contravención a la normativa de libre competencia; e, (ii) incorpora al expediente el Informe N° 033-STCCO/2011, “*Acciones realizadas respecto al mercado de distribución de radiodifusión por cable en Tarapoto*”.
6. En relación a las actuaciones previas, la Secretaría Técnica requirió diversa información a las empresas de Televisión de Señal Abierta y de Televisión por Cable, a fin de conocer la situación del mercado en el área geográfica que contiene a los distritos de Tarapoto, Morales y La Banda de Shilcayo – pertenecientes a la provincia de San Martín en la Región de San Martín–. Por su parte, con fecha 10 de enero de 2012, mediante Informe N° 005-STCCO/2012, también se solicitó a la Gerencia de Oficinas Desconcentradas (en adelante, GOD) un informe del mercado de cable y de señal abierta en la referida área geográfica.
7. Del escrito de denuncia, se observó que REDCOM no especificó el tipo de infracción que le correspondería a cada conducta supuestamente realizada por TVSAM y SONORA. Sin perjuicio de ello, el Cuerpo Colegiado, conforme a los principios de impulso de oficio y verdad material establecidos en el artículo VI del Título Preliminar, el artículo 75°, numeral 3, y el artículo 145° de la Ley del

Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444¹, procedió a encauzar de oficio la presente controversia.

8. Al respecto, luego de una revisión del escrito de denuncia presentado por REDCOM, el Cuerpo Colegiado observó que la denunciante ha manifestado que TVSAM y SONORA habrían realizado las siguientes conductas:

- TVSAM habría realizado un condicionamiento a operadores de señal abierta a suscribir contratos de exclusividad;
- TVSAM habría incurrido en el establecimiento de una programación uniforme a nivel de 6 canales a través de los referidos contratos de exclusividad;
- Pedidos de parte de SONORA para suspender su programación de la señal de REDCOM.

9. Mediante Resolución N° 003-2012-CCO/OSIPTEL, de fecha 19 de enero de 2012, el Cuerpo Colegiado resolvió admitir a trámite la denuncia presentada por REDCOM por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia en las siguientes modalidades:

(i) Prácticas colusorias verticales de SONORA y TVSAM en la modalidad de acuerdos de exclusiva, infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y,

(ii) Abuso de posición de dominio por parte de TVSAM en la modalidad de acuerdos de exclusiva, infracción tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034.

Asimismo, mediante la referida resolución, el Cuerpo Colegiado dispuso poner en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) la denuncia de REDCOM, así como la resolución de admisión, a fin de que el MTC evalué las acciones pertinentes, conforme a sus competencias en el mercado de televisión de señal abierta².

¹ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 75°.-Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

(...)

3. Encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.

Artículo 145°.- Impulso de procedimiento

La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular tramitación del procedimiento, determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.

² Cabe señalar que con fecha 11 de julio, mediante Oficio N° 097-STCCO/2012, la Secretaría Técnica cumplió con comunicar a la Dirección General de Control y Supervisión en Comunicaciones del Ministerio de Transporte y Comunicaciones que en tanto "(...) la controversia involucra a una empresa prestadora del servicio de televisión de señal abierta (Sonora Tarapoto),

Finalmente, se cumplió con correr traslado a TVSAM y SONORA para ser absuelta por estas en el plazo de quince (15) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la referida resolución.

10. Es preciso resaltar que se determinó que los actos materia de la demanda involucran la posible comisión de infracciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por lo que se indica que el procedimiento estará regulado por los artículos 68° y siguientes de la Resolución N° 136-2011-CD-OSIPTEL que aprueba el Reglamento General de Controversias entre empresas (en adelante, el Reglamento de Controversias), correspondientes a los procedimientos que involucren la comisión de infracciones.
11. Con fecha 15 de febrero de 2012, TVSAM y SONORA remitieron respectivos escritos presentando sus descargos.
12. Mediante Resolución N° 004-2012-CCO/OSIPTEL, de 22 de febrero de 2012, el Cuerpo Colegiado resolvió tener presente y agregar al expediente el escrito presentado por SONORA el 15 de febrero de 2012. Asimismo, requirió a TVSAM cumplir con remitir la vigencia de poder actualizada de su representante.
13. Con fecha 06 de marzo de 2012, por Resolución N° 005-2012-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado resolvió (i) tener presente y agregar al expediente el escrito presentado por TVSAM; y, (ii) dar inicio a la Etapa de Investigación por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, computados desde la notificación de la resolución³.

IV. ALCANCES DEL INFORME INSTRUCTIVO

De acuerdo con lo establecido en el artículo 76 del Reglamento de Controversias, mediante el presente Informe Instructivo la Secretaría Técnica emite opinión en relación con las conductas objeto de denuncia y presenta el caso ante el Cuerpo Colegiado, recomendando, en caso de considerar la existencia de una infracción, la imposición de sanciones a que hubiere lugar.

En ese sentido, por medio del presente Informe Instructivo, la Secretaría Técnica emite opinión sobre la pretensión que involucra la comisión de una infracción, a fin de determinar si los actos materia de denuncia califican como actos contrarios a la normativa de libre competencia.

que estaría solicitando a empresas de cable en el mercado de Tarapoto que suspenda de forma total y permanente a sus señales, el Cuerpo Colegiado del OSIPTTEL ha considerado pertinente poner en conocimiento del Ministerio de Transporte y Comunicaciones la denuncia presentada; así como la resolución que admite a trámite la misma, a fin que de considerarlo conveniente, evalúe las acciones pertinentes en atención a Sonora Tarapoto, conforme a sus competencias".

³ Cabe indicar que dicho plazo fue prorrogado por las resoluciones N° 007-2012-CCO/OSIPTEL, de fecha 05 de setiembre de 2012, y 009-2012-CCO/OSIPTEL, de fecha 05 de octubre de 2012.

V. DILIGENCIAS A CARGO DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LOS ÓRGANOS COLEGIADOS⁴**5.1. Información solicitada a las partes⁵**

Empresa	Bloque de preguntas sobre datos objetivos	Bloque de preguntas de desarrollo	Resumen A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se pueden listar las siguientes afirmaciones relevantes:
REDCOM <small>6</small>	(i) A fin de conocer la situación del mercado de televisión por cable de la zona así como su capacidad económica, se le solicita la fecha de inicio de operaciones, el número de suscriptores e ingresos y, (ii) Con el fin de tener mayor conocimiento sobre el servicio ofrecido y su condición competitiva en el mercado relevante; se le solicita: la descripción de los servicios, listar el nombre de sus competidoras, el nombre de los proveedores de contenido contratados por la empresa, indicar	(i) Efectuar una descripción de la programación ofrecida; (ii) indicar el nombre de las empresas de Televisión de Señal Abierta y de producción de contenidos que operen en su misma área; (iii) indicar en caso se conozca algún contrato de exclusividad que se haya suscrito o que esté en etapa de negociación; (iv) señalar los efectos negativos, de considerar que le ha perjudicado el contrato de exclusividad de TVSAM con SONORA o con Vía Televisión S.A.C u otra empresa; (v) precisar en base a qué retransmitía la programación de las empresas de Televisión de Señal Abierta; e, (vi) indicar si luego de las exclusivas de TVSAM, REDCOM entabló negociaciones con alguna	<ul style="list-style-type: none">• No se cuenta con ningún canal de Televisión de Señal Abierta en su parrilla producto de los contratos de exclusividad; y,• Los programas periodísticos “En jaque” y “Frente a frente” se transmiten en a la misma hora en los siguientes canales:<ul style="list-style-type: none">○ Antares Televisión○ Solar TV○ SONORA

⁴ Las diligencias son las realizadas en la etapa de investigaciones preliminares previas al procedimiento, así como en la etapa de actuaciones previas y en la etapa de investigación a cargo de esta Secretaría Técnica.

⁵ Cabe indicar que la Secretaría Técnica considerará las respuestas que contienen los argumentos que exponen las posiciones de las partes, en el acápite pertinente. Esto, a efectos de diferenciar la data cierta mostrada por las partes de los argumentos que deberán ser contrastados en el desarrollo del presente informe para determinar si los actos materia de denuncia califican como actos contrarios a la normativa de libre competencia.

⁶ Se le solicitó a REDCOM los mencionados requerimientos mediante los siguientes documentos:

- C.037-ST/2011, de fecha 21 de setiembre de 2011.
- C.010-STCCO2012, de fecha 10 de enero de 2012.
- Oficio N° 098-STCCO/2012, de fecha 12 de julio de 2012.
- Oficio N° 140-STCCO/2012, de fecha 11 de setiembre de 2012.

Empresa	Bloque de preguntas sobre datos objetivos	Bloque de preguntas de desarrollo	Resumen A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se pueden listar las siguientes afirmaciones relevantes:
	si ofrece programación de contenido propio e indicar cuál sería su costo de producción e informar en caso contar con un estudio estadístico respecto de los contenidos ofrecidos.	empresa de Televisión de Señal Abierta.	<ul style="list-style-type: none"> ○ Activa TV ○ Amazon TV ○ Karibeña TV
TVSAM⁷	<p>(i) A fin de conocer la situación del mercado de televisión por cable de la zona así como su capacidad económica, se le solicita la fecha de inicio de operaciones, el número de suscriptores e ingresos y,</p> <p>(ii) Con el fin de tener mayor conocimiento sobre el servicio ofrecido y su condición competitiva en el mercado relevante; se le solicita: la descripción de los servicios, listar el nombre de sus competidoras, el nombre de los proveedores de contenido contratados por la empresa, indicar si ofrece programación</p>	<p>(i) ¿Cuál sería el perjuicio de SONORA y Vía Televisión S.A.C. en caso estas permitiesen la transmisión de su programación por otras empresas de Televisión por Cable?; (ii) ¿de no haberse suscrito contratos de exclusividad con SONORA y Vía Televisión S.A.C., se habría optado por retransmitir su señal?; (iii) informar acerca de la supuesta adquisición de la empresa de Televisión por Cable, Cable Móvil S.A.C.; e, (iv) a qué distritos están dirigidas una relación de promociones⁸.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Son competidores de TVSAM: (i) Empresa Difusora Cable Mundo S.R.L.; (ii) REDCOM; y, (iii) Cable Móvil S.A.C. • Las exclusivas con TVSAM benefician a los suscriptores a través de la implementación de fibra óptica, equipos ópticos, transmisión vía fibra óptica, etc. • A pesar de efectuarse negociaciones en el último

⁷ Se solicitó a TVSAM los mencionados requerimientos mediante los siguientes documentos:

- C.34-ST/2011, de fecha 21 de setiembre de 2011.
- Oficio N° 105-STCCO/2012, de fecha 12 de julio de 2012.
- Oficio N° 117-STCCO/2012, de fecha 15 de agosto de 2012.
- Oficio N° 143-STCCO/2012, de fecha 11 de setiembre de 2012.
- Oficio N° 150-STCCO/2012, de fecha 26 de setiembre de 2012.

⁸ Las referidas promociones son las denominadas bajo los "Código Tarifa" SIRT siguientes:

- TPCB201200079.
- TPCB201200011.
- TPCB201100395.
- TPCB201100439.

Empresa	Bloque de preguntas sobre datos objetivos	Bloque de preguntas de desarrollo	Resumen A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se pueden listar las siguientes afirmaciones relevantes:
	de contenido propio e indicar cuál sería su costo de producción e informar en caso contar con un estudio estadístico respecto de los contenidos ofrecidos.		semestre del año 2011, no se llegó a concretar adquisición alguna de la empresa Cable Móvil S.A.C.
SONORA ⁹	<p>(i) A fin de conocer la situación del mercado de televisión por cable de la zona así como su capacidad económica, se le solicita la fecha de inicio de operaciones, el número de suscriptores e ingresos y,</p> <p>(ii) Con el fin de tener mayor conocimiento sobre el servicio ofrecido y su condición competitiva en el mercado relevante; se le solicita la descripción de los servicios, listar el nombre de sus competidoras, el nombre de los proveedores de contenido contratados por la empresa, señalar cómo es la calidad de su señal por Televisión de Señal Abierta, indicar si ofrece programación de contenido propio e indicar cuál sería su costo de producción e</p>	<p>(i) ¿Cómo está formada su programación que se verá en exclusiva por TVSAM?; (ii) ¿cuáles fueron las razones comerciales que motivaron la suscripción del convenio de exclusividad con TVSAM?; (iii) ¿qué mecanismos tiene provistos para hacer efectivo el contrato de exclusividad frente a terceros y qué consecuencias están diseñadas en caso incumplir el contrato? ; (iv) ¿existen motivos adicionales a la exclusiva por los cuales no quiera que se retransmita su señal por REDCOM?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • No se ofreció convenio con otra empresa de Televisión por Cable. • Antes de la suscripción de la exclusiva, la señal de SONORA era transmitida de manera parcial por TVSAM, Empresa Difusora Cable Mundo S.R.L. y REDCOM. • A pesar del contrato de exclusividad, no se descarta la posibilidad de futuras negociaciones con otras empresas de Televisión por Cable.

⁹ Se solicitó a SONORA los mencionados requerimientos mediante los siguientes documentos:

- C.039-ST/2011, de fecha 26 de setiembre de 2011.
- C.010-STCCO/2012, de fecha 10 de enero de 2012.
- Oficio N° 106-STCCO/2012, de fecha 12 de julio de 2012.
- Oficio N° 142-STCCO/2012, de fecha 11 de setiembre de 2012.

Empresa	Bloque de preguntas sobre datos objetivos	Bloque de preguntas de desarrollo	Resumen A efectos de resumir algunas respuestas cursadas en base a los requerimientos, se pueden listar las siguientes afirmaciones relevantes:
	informar en caso contar con un estudio estadístico respecto de los contenidos ofrecidos.		<ul style="list-style-type: none">• El contrato de exclusividad involucra solo al distrito de Tarapoto.

5.2. Información solicitada a otras empresas

5.2.1. Empresas de cable (competidoras de TVSAM)

Empresa Difusora Cable Mundo S.R.L. (en adelante, Cable Mundo)¹⁰

La Secretaría Técnica, (i) a fin de conocer la situación del mercado de televisión por cable de la zona, le solicita la fecha de inicio de operaciones y el número de suscriptores; y, (ii) con el fin de tener mayor conocimiento sobre el servicio ofrecido y su condición competitiva en el mercado relevante; se le solicita la descripción de los servicios, listar el nombre de sus competidoras, el nombre de los proveedores de contenido contratados por la empresa, indicar si ofrece programación de contenido propio e indicar cuál sería su costo de producción.

Por otro lado, se le solicitó (i) indicar si tiene conocimiento respecto a algún otro contrato de exclusividad (entre empresas de Televisión por Cable y Televisión por Señal Abierta) aparte del de TVSAM y SONORA; y (ii) señalar si las exclusivas de TVSAM le han afectado y de qué modo.

De las respuestas ofrecidas por Cable Mundo, se pueden recoger, a manera de resumen, las siguientes afirmaciones:

- La frecuencia utilizada por SONORA para transmitir su señal es otorgada por concesión por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. En ese sentido, al ser dicha frecuencia de todos los peruanos, debe ser libre y no puede estar sujeta a exclusividad.
- Cable Mundo no puede contratar con otras empresas de Televisión de Señal Abierta en la medida que TVSAM ha condicionado a las referidas

¹⁰ La Secretaría Técnica requirió información a Cable Mundo mediante los siguientes documentos:

- C.036-ST/2011, de fecha 21 de setiembre de 2011.
- Oficio N° 100-STCCO/2012, de fecha 12 de julio de 2012.
- Oficio N° 118-STCCO/2012, de fecha 15 de agosto de 2012.
- Oficio N° 141-STCCO/2012, de fecha 11 de setiembre de 2012.

empresas a solo transmitir su señal a través de ella. En ese sentido, dicha conducta afectaría el proceso competitivo.

- En la medida que la información de contenido local es de preferencia por un gran número de la teleaudiencia, Cable Mundo se ve afectada no solo económicamente sino en términos de posibilidad de crecimiento como empresa.

Cable Móvil S.A.C. (en adelante, Cable Movil)¹¹

Mediante sendos documentos, la Secretaría Técnica requirió información de datos objetivos. En ese sentido, (i) a fin de conocer la situación del mercado de televisión por cable de la zona así como su capacidad económica, le solicita la fecha de inicio de operaciones, el número de suscriptores y el monto de sus ingresos; y, (ii) con el fin de tener mayor conocimiento sobre el servicio ofrecido y su condición competitiva en el mercado relevante; se le solicita la descripción de los servicios, listar el nombre de sus competidoras, el nombre de los proveedores de contenido contratados por la empresa, indicar si ofrece programación de contenido propio e indicar cuál sería su costo de producción. Adicionalmente, también se le requirió (i) indicar si tenía conocimiento de algún otro contrato de exclusividad aparte del de TVSAM con SONORA; y, (ii) de considerar que la relación de exclusividad entre SONORA y TVSAM le fue perjudicial, indicar cuáles fueron esos perjuicios.

De las respuestas de Cable Movil se puede rescatar la afirmación con respecto a que no contaba con programación de contenido propio. Adicionalmente, cabe señalar que Cable Movil sólo llegó a responder el primer requerimiento de información.

Telmex Perú S.A. y América Móvil Peru S.A.C. (en adelante, Claro)

Mediante carta C.006-STCCO/2012, con fecha 02 de enero de 2012, se requirió lo siguiente: (i) describir los servicios que ofrece en los distritos que se indican, detallando las características de cada paquete o plan que pone a disposición de los usuarios; (ii) detallar la parrilla de canales que ofrece en cada uno de sus paquetes; (iii) en caso de ofrecer canales locales (regionales) en su parrilla, detallar cuáles son; y, (iv) detallar el número mensual de suscriptores, por distrito y para cada tipo de paquete y cliente, para el período enero 2011 a diciembre 2011.

Con fecha 12 de julio de 2012, mediante Oficio N° 103-STCCO/2012, se solicita: (i) detallar el número mensual de suscriptores, por distrito, para el período abril 2012 – junio 2012; (ii) detallar el número mensual de altas y bajas, por distrito, para el período enero de 2010 – junio de 2010; y, (iii) responder si está interesado en la transmisión de canales locales en su parrilla de programación y si la no transmisión de canales locales en su parrilla se debe a una estrategia comercial, o a la existencia de algún impedimento.

¹¹ La Secretaría Técnica requirió a CABLE MOVIL mediante los siguientes documentos:

- C.035-ST/2011, de fecha 21 de setiembre de 2011.
- C.002-STCCO/2012, de fecha 02 de enero de 2012,.
- Oficio N° 101-STCCO/2012, fecha 12 de julio de 2012.

Cabe señalar que respecto a esta última pregunta, mediante carta de fecha 27 de julio de 2012, Claro manifestó que no era factible la incorporación de más canales a su parrilla en la medida que no se contaba con espacio de transmisión adicional. Adicionalmente, indicó que tampoco sería factible incorporar canales locales a su parrilla debido a que las señales de las mismas deben llegar hasta su plataforma de transmisión (ubicada en Santiago de Chile) para que éstas puedan ser incorporadas.

Telefónica Multimedia S.A.C. y Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TMultimedia y Telefónica, respectivamente)¹²

Mediante cartas C.008-STCCO/2012 y C.005-STCCO/2012, ambas de fecha 02 de enero de 2012, se requirió lo siguiente: (i) describir los servicios que ofrece en los distritos que se indican, detallando las características de cada paquete o plan que pone a disposición de los usuarios; (ii) detallar la parrilla de canales que ofrece en cada uno de sus paquetes; (iii) en caso de ofrecer canales locales (regionales) en su parrilla, detallar cuáles son; y, (iv) detallar el número mensual de suscriptores, por distrito y para cada tipo de paquete y cliente, para el período enero 2011 a diciembre 2011.

Con fecha 12 de julio de 2012, mediante Oficios N° 102-STCCO/2012 y 104-STCCO/2012, se solicita: (i) detallar el número mensual de suscriptores, por distrito, para el período abril 2012 – junio 2012; (ii) detallar el número mensual de altas y bajas, por distrito, para el período enero de 2010 – junio de 2010; y, (iii) responder si está interesado en la transmisión de canales locales en su parrilla de programación y si la no transmisión de canales locales en su parrilla se debe a una estrategia comercial, o a la existencia de algún impedimento.

En cuanto a esta última pregunta ambas empresas coincidieron en descartar la posibilidad de incluir en la parrilla de programación de TMultimedia la transmisión de canales locales. Adicionalmente, remarcaron que no existía ninguna obligación legal o regulatoria que obligase a un operador de Televisión por Cable a portar dentro de su parrilla programación de operadores de Televisión de Señal Abierta.

Directv Perú S.R.L. (en adelante, Directv)

Mediante carta C.007-STCCO/2012, con fecha 02 de enero de 2012, se requirió lo siguiente: (i) describir los servicios que ofrece en los distritos que se indican, detallando las características de cada paquete o plan que pone a disposición de los usuarios; (ii) detallar la parrilla de canales que ofrece en cada uno de sus paquetes; (iii) en caso de ofrecer canales locales (regionales) en su parrilla, detallar cuáles son; y, (iv) detallar el número mensual de suscriptores, por distrito y para cada tipo de paquete y cliente, para el período enero 2011 a diciembre 2011.

¹² Cabe indicar que las referidas empresas fueron requeridas por documentos distintos, no obstante se ha optado por considerar las respuestas de éstas en un mismo acápite, en razón de que son empresas del mismo grupo económico y que las dos brindan la señal de cable de "Movistar".

Con fecha 12 de julio de 2012, mediante Oficio N° 099-STCCO/2012, se solicita: (i) detallar el número mensual de suscriptores, por distrito, para el período abril 2012 – junio 2012; (ii) detallar el número mensual de altas y bajas, por distrito, para el período enero de 2010 – junio de 2010; y, (iii) responder si está interesado en la transmisión de canales locales en su parrilla de programación y si la no transmisión de canales locales en su parrilla se debe a una estrategia comercial, o a la existencia de algún impedimento.

Respecto a esta última pregunta, Directv, mediante carta de fecha 01 de agosto de 2012, señaló que en la medida que distribuye una parrilla de programación única a nivel nacional en razón a su estrategia comercial (y no a impedimento alguno), no distribuye las señales de empresas de alcance regional.

5.2.2. Empresas de señal abierta

Vía Televisión S.A.C. (en adelante, Vía TV)

Mediante carta de fecha 29 de setiembre de 2011, que dio respuesta a la carta C.040-ST/2011, Vía TV informó que en el mes de setiembre de 2011 recibió la oferta de TVSAM para suscribir un contrato de exclusividad; el mismo que, decidió no firmar, en la medida que atentaba contra su derecho de libertad de empresa. Al respecto, afirmó que, como consecuencia de la negativa de Vía TV de firmar el referido documento, TVSAM, tomó como represalia cortar su señal de su parrilla.

Posteriormente, con fecha 12 de julio de 2012, vía Oficio N° 107-STCCO/2012, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados requirió mayor información sobre el contenido, implicancias, ventajas y razones de suscripción del contrato de exclusividad con TVSAM. Asimismo, en la medida que con anterioridad Vía TV se mostró en contra de los contratos de exclusividad con operadores de señal abierta, se le solicitó detallar las razones por las que ahora habría suscrito un contrato de exclusividad con TVSAM. Al respecto, mediante carta de fecha 20 de agosto de 2012, indicó que no había suscrito contrato de exclusividad con TVSAM ni mantenía ningún tipo de relación contractual con la referida.

Mediante Oficio N° 119-STCCO/2012, con fecha 15 de agosto de 2012, se le reiteró informar si es que mantenía alguna relación de exclusividad con TVSAM. Asimismo, se le requirió, principalmente, indicar la calidad de la transmisión vía señal abierta, cuánto cuesta producir programación propia, indicar sus ingresos y señalar si su señal se retransmite en otros operadores de cable.

5.3. Información solicitada a INDECOP

Conforme a lo dispuesto por el artículo 74° del Reglamento de Controversias, esta Secretaría Técnica dirigió el Oficio N° 089-STCCO/2012, de fecha 18 de mayo de 2012, a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOP, solicitándole la remisión de un informe sobre los lineamientos, precedentes y criterios imperativos que viene aplicando el INDECOP en materia de prácticas anticompetitivas realizadas mediante acuerdos de distribución exclusiva.

Mediante Oficio N° 122-STCCO/2012, de fecha 21 de agosto de 2012, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados reitera a INDECOPI lo solicitado en Oficio N° 089-STCCO/2012. En ese sentido, absolviendo lo solicitado por esta Secretaría Técnica, con fecha 29 de agosto de 2012, la Comisión de la Libre Competencia remitió el Informe N° 027-2012/ST-CLC-INDECOPI.

5.4. Inspecciones realizadas

Mediante Informe N° 005-STCCO/2012, de fecha 10 de enero de 2012, en la etapa de actuaciones previas, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Oficinas Desconcentradas (en adelante, GOD) disponga que la Oficina Desconcentrada de Tarapoto remita un informe del mercado de Televisión por Cable y de Televisión de Señal Abierta en el área geográfica que contiene a los distritos de Tarapoto, Morales y La Banda de Shilcayo –pertenecientes a la provincia de San Martín en la Región de San Martín–, a fines de proseguir con el trámite del expediente en referencia a cargo de los Cuerpos Colegiados del OSIPTTEL. En ese sentido, mediante memorando N° 029-GOD/2012 de fecha 18 de enero de 2012, la GOD atendió a lo requerido remitiendo informe N° 002-SMA/GOD/2012 resaltándose las siguientes consideraciones:

- Según información de TVSAM, desde fines de noviembre se dio inicio a un proceso de fusión con la empresa Cable Móvil.
- Los operadores de Televisión de Señal Abierta en el área geográfica comprendida por los distritos de Tarapoto, Morales y La Banda de Shilcayo, son:
 - Empresa de Radio Difusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L.
 - Vía Televisión S.A.C.
 - Karibeña TV
 - Corporación Radial la Ribereña S.A.C.
 - ATV Sur
 - NKTV
 - Antares Publicidad S.A.C.
- Según el referido Informe, entre los programas de Televisión por Señal Abierta con mayor preferencia se encontraban:
 - Tarapoto Noticias – SONORA.
 - Vía Noticias – Vía TV.
 - ATV Sur Noticias – ATV SUR.
 - A falta de verdad – SONORA.
 - Medio Día Tropical – Vía TV.
 - Q tal vacilón – SONORA.

Mediante Oficio N° 139-STCCO/2012 de fecha 11 de setiembre de 2012, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados solicita a la GOD una acción de verificación por parte de la Oficina Desconcentrada de San Martín¹³. En ese sentido,

¹³ En particular, se le solicita:

- a) Verificar la actual parrilla de canales de la empresa de cable TVSAM, detallando los canales locales de señal abierta que son retransmitidos por la referida empresa;
- b) Verificar la programación de los canales de señal abierta, SONORA y Vía Televisión S.A.C., especificando la programación diaria e identificando a la producción local (noticias, reportajes, programas periodísticos, etc.); y,

como resultado de las actas de supervisión de la GOD, la Secretaría Técnica elaboró el Informe de Supervisión N° 055-STCCO/2012, de fecha 15 de octubre de 2012, mediante el cual se desarrollan las siguientes conclusiones:

- Se corroboró que TVSAM cuenta con 8 canales de producción local:
 - En cuanto al tipo de contenido: 5 son de programación variada, 2 son musicales y 1 es de contenido exclusivo de avisos comerciales.
- Se comprobó que TVSAM se encuentra retransmitiendo efectivamente la programación de Vía Televisión S.A.C. y SONORA (empresas de televisión de señal abierta) en los canales 17 y 26 de su parrilla respectivamente.
- Se ha comprobado que tanto en el caso de SONORA como Vía Televisión S.A.C., su programación es mayoritariamente de producción propia y contenido local: 82.76% y 92.3%, respectivamente.

5.5 Consultoría elaborada por la Compañía Peruana de Estudios de Mercados y Opinión Pública S.A.C. (CPI)

Con el objetivo de contar con mayor información relacionada al mercado relevante, los posibles efectos de la práctica cuestionada y la relevancia de la programación local, se concluyó que era necesario contar con un estudio estadístico a fin de corroborar las afirmaciones expuestas por las partes en la presente controversia.

En ese sentido, la Secretaría Técnica, en uso de las facultades otorgadas por el artículo 15, literal g), del Reglamento de Controversias, dispuso contratar los servicios de la consultora CPI a efectos de tener mayor información respecto a (i) información específica respecto de los mercados de Televisión de Señal Abierta y Televisión por Cable en Tarapoto; (ii) una medición de audiencia en el distrito de Tarapoto; (ii) la percepción de la población respecto al servicio Televisión por Cable y de Televisión por Señal Abierta; y, (iii) las reacciones de la población ante escenarios hipotéticos.

Sin perjuicio de que la Secretaría Técnica considere tomar en cuenta otros datos estadísticos del informe presentado por CPI, durante el desarrollo del presente Informe Instructivo, a continuación se resumen las principales conclusiones del referido documento:

- El canal local más visto es SONORA (el promedio de televidentes consumen 50 minutos diarios en su programación), y su programa más visto es “Tarapoto noticias”¹⁴,
- El bloque horario de mayor sintonía es de 18:00 horas a 24:00 horas.
- Respecto a la percepción de los canales locales, el 76% de encuestados expresan menciones de connotación negativa, de las cuales, el principal factor lo representa la falta de variedad en la programación.

c) Realizar una comparación entre la programación transmitida vía señal abierta por las referidas empresas, y la programación de dichos canales que TVSAM retransmite vía televisión por cable, señalando si es la misma programación o varía en ciertos contenidos (especificando las variaciones, si fuese el caso).

¹⁴ Cabe señalar que en cuanto a programas de mayor sintonía, “América noticias – edición central” y “Tarapoto Noticias – edición central” ocupan el primer puesto con una preferencia de 34%.

- Un 64% se encuentra en contra del supuesto escenario en el cual los proveedores de la señal por cable dejen de transmitir los canales locales. En ese sentido, un 45% de los encuestados manifestó que cambiaría de proveedor de ocurrir el referido escenario.
- Un 20% respondió que se cambiaría de proveedor de cable ante el supuesto escenario que su proveedor de cable suspendiera la señal de SONORA; y, un 22.8% en caso se suspendiera la señal de SONORA y Vía TV.
- La calidad de la transmisión vía señal abierta en SONORA es nítida en un 53% de los hogares; con interferencia, en un 30%; y, no se capta la señal en un 6%.

VI. POSICIONES DE LAS PARTES

6.1. Posición de REDCOM

En cuanto a las infracciones imputadas a TVSAM y SONORA, REDCOM, mediante escrito de denuncia de fecha 05 de setiembre de 2011 y documentos obtenidos de las diligencias de la etapa de investigación, ha señalado lo siguiente:

- TVSAM estaría distorsionando el mercado a través del abuso de su posición de dominio mediante la formulación de cláusulas de exclusividad con operadores de televisión de señal abierta.
- Al ser SONORA y Via TV las empresas de Televisión de Señal Abierta con mayor sintonía, la exclusiva sobre la programación de las referidas empresas convierte la parrilla de REDCOM en una oferta poco atractiva en el mercado de televisión por cable¹⁵.
- A través de medios periodísticos, radiales y televisivos, TVSAM habría anunciando la exclusiva que posee sobre SONORA y Via TV y en consecuencia, habría ofrecido a los abonados de otras empresas de Televisión por Cable a trasladarse a su servicio con el beneficio de una tarifa promocional de 30 soles mensuales por los 6 primeros meses¹⁶.
- Desde el momento de la suspensión y/o retiro de los canales (sujetos a contratos de exclusividad con TVSAM) de la parrilla de REDCOM, se ha reportado un mayor número de bajas en su número suscripciones¹⁷.
- La práctica anticompetitiva ha sido efectiva, en la medida que al inicio de la presente controversia (diciembre de 2011) existían solo 6 empresas con

¹⁵ El presente argumento fue recogido de la página 3 de la carta, de fecha 31 de julio de 2012, que dio respuesta del Oficio N° 098-STCCO/2012.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem.

contratos de exclusividad y a julio de 2012, existen 11 empresas con contratos de exclusividad¹⁸.

- Los contratos de exclusividad con operadores de señal abierta generan deficiencias en el proceso competitivo en la medida que uniformizan servicios conexos, como la producción de contenidos¹⁹.

6.2. Posición de TVSAM

Mediante escrito de descargos de fecha 15 de febrero de 2012 y documentos cursados con la Secretaría Técnica en la etapa de investigaciones, TVSAM ha sustentado su posición en los siguientes términos:

- Los contratos de exclusividad han sido legítimamente celebrados en virtud del derecho de libertad contractual y la normativa de Derechos de Autor, sin que medie coerción alguna.
- Como producto de los contratos de exclusiva, TVSAM ha podido implementar paquetes tecnológicos innovadores en SONORA²⁰. En ese sentido, indicó que a diferencia de TVSAM, ninguna otra operadora de cable concurrente en el mercado ofrece a las operadoras de señal abierta la implementación de paquetes tecnológicos.
- No existe certeza sobre la posible continuidad de la práctica denunciada en la medida que la renovación de los contratos de exclusividad depende del éxito de la relación contractual y de la preferencia que tengan los usuarios de TVSAM sobre la programación de los operadores de señal abierta²¹.
- La atribución de la comisión de un abuso de posición de dominio no es atendible en la medida que la autoridad desconoce el nivel de preferencia de los programas emitidos por SONORA y Via TV. En ese sentido, no existiría certeza respecto al porcentaje de presencia de dicha programación en relación con el universo de programas televisivos que se transmiten vía señal abierta.
- No es posible la comisión de una práctica colusoria vertical en la medida que TVSAM y SONORA concurren en el mismo mercado, en ese sentido no se cumpliría con el requisito que ambas empresas se desenvolviesen en planos distintos de una cadena de producción.

6.3. Posición de SONORA

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Extracto recogido de la página 3 del escrito presentado por TVSAM con fecha 31 de julio de 2012.

²¹ Extracto recogido de la página 4 del escrito presentado por TVSAM con fecha 31 de julio de 2012.

Mediante carta de fecha 06 de octubre de 2011, escrito de descargos de fecha 15 de febrero de 2012 y posteriores documentos cursados con la Secretaría Técnica en la etapa de investigaciones, SONORA ha sustentado su defensa de la siguiente manera:

- REDCOM estaría infringiendo la normativa de Derechos de Autor al seguir retransmitiendo la señal de SONORA a pesar de que ésta le solicitó, en dos ocasiones²², la suspensión de la retransmisión de su señal. Asimismo, REDCOM nunca manifestó intención de acceder o solicitar permiso alguno para la retransmisión de la señal de SONORA.
- El objeto del contrato de exclusividad suscrito entre SONORA y TVSAM no ha sido restringir la competencia, sino el salvaguardar sus derechos relativos a la normativa de Derechos de Autor y el poder expandir su señal a localidades a las que no se llega únicamente vía señal abierta.
- En la medida que el referido contrato impulsaba la eficiencia empresarial y la expansión de mercado, se habría cumplido con la justificación de la exclusividad entre SONORA y TVSAM en el marco de una relación de colaboración empresarial.
- La señal de SONORA es emitida por un transmisor de 300 vatios de potencia que le permite llegar a ciertos sectores con nitidez y a otro, con menos calidad, lo cual ha originado por un largo tiempo la molestia de los televidentes.
- Las razones de la relación de exclusividad son comerciales: SONORA tiene un proyecto de expansión regional para lo cual fue indispensable buscar alianzas empresariales, como la establecida con TVSAM²³. En ese sentido, de no haberse suscrito la exclusiva con TVSAM, la cobertura de SONORA se hubiese limitado a las localidades hasta donde llega por señal abierta y mediante televisión por cable; en cuyo caso, la difusión se efectuaría con calidad en un sector y con deficiencia en otros²⁴.
- La relación de preferencia de televidentes sobre la programación no se ha basado en información estadística, resultando así imprecisa.
- Se ha determinado que TVSAM ostenta posición de dominio sin haber analizado la existencia de barreras de acceso al mercado de televisión por cable.
- La determinación del mercado relevante no es adecuada en la medida que se toma en cuenta los distritos de Tarapoto, La Banda de Shilcayo y Morales,

²² En el escrito de SONORA de fecha 15 de febrero de 2012, se hace referencia a las cartas de fecha 25 de agosto 2011 y 31 de agosto de 2011.

²³ Argumento extraído de la primera página de la carta de SONORA, de fecha 6 de octubre de 2011, dirigida a la Secretaría Técnica.

²⁴ Argumento extraído de la página 3 de escrito de fecha 30 de julio de 2012 mediante la cual responde Oficio de la Secretaría Técnica.

cuando el contrato de exclusividad cuestionado sólo tiene efectos en el distrito de Tarapoto.

- En la medida que el contrato de exclusividad suscrito con TVSAM no acarrea contraprestación económica alguna, no existe posibilidad de trasladar costos al consumidor final, generándole así un mayor bienestar.
- En muchas zonas de San Martín, los operadores de cable introducen en su parrilla la programación de operadores de señal abierta, dando la impresión que no se necesita permiso previo de los titulares del contenido para que éste sea retransmitido²⁵.

VII. CUESTIONES PREVIAS

7.1. Marco legal de los acuerdos de exclusivas bajo análisis. Competencias del OSIPTEL

Uno de los argumentos de TV SAM en el presente procedimiento consiste en que los contratos de exclusividad han sido legítimamente celebrados en virtud del derecho de libertad contractual y la normativa de Derechos de Autor. Por su parte, SONORA ha indicado que no habría tenido una finalidad anticompetitiva con la suscripción del contrato de exclusiva, sino la de salvaguardar sus derechos relativos a la norma de derechos de autor y que, inclusive, REDCOM estaría infringiendo la referida normativa al retransmitir su señal sin autorización previa.

Al respecto, cabe indicar que el Decreto Legislativo Nº 822, Ley sobre el Derecho de Autor, es el cuerpo normativo que regula la protección de los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechohabientes, de los titulares de derechos conexos al derecho de autor reconocidos en ella y de la salvaguardia del acervo cultural.²⁶

El artículo 126º de la Ley sobre el Derecho de Autor ha reconocido como una fuente para la adquisición de derechos conexos, al contrato de radiodifusión, en virtud al cual el autor, su representante o derechohabiente, autorizan a un organismo de radiodifusión para la transmisión de su obra, siendo que en estos casos los organismos de radiodifusión cuentan con diversos derechos entre los cuales se encuentra *“el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento conocido o por conocerse”*²⁷

En virtud a lo anterior, y a fin de analizar las conductas materia de denuncia en el presente caso, se observa que la normativa protectora del derecho de autor, ha reconocido un tipo contractual en virtud al cual las empresas productoras de

²⁵ Argumento expuesto en la última página del escrito de fecha 19 de setiembre, mediante el cual se dio respuesta a un oficio de la Secretaría Técnica.

²⁶ Conforme a lo señalado en el artículo 1º de la Ley sobre el Derecho de Autor.

²⁷ Artículo 140º de la Ley sobre el Derecho de Autor.

Los organismos de radiodifusión tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse.

contenidos o los canales de señal abierta pueden celebrar contratos con otras empresas a fin de autorizar la transmisión o retransmisión de sus señales bajo condiciones de exclusividad, siendo que la Ley sobre el Derecho de Autor califica como ilícita la reproducción total o parcial de los contenidos protegidos sin el consentimiento previo y escrito del titular del derecho de autor, correspondiendo a la Comisión de Derecho de Autor del INDECOPI la investigación y sanción de dichas conductas, según sus competencias.

De esta forma se puede considerar bajo el ámbito de la Ley sobre el Derecho de Autor a SONORA y Via TV como titulares de derechos conexos, las mismas que estarían facultadas para autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones. Asimismo, la Comisión de Derechos de Autor de INDECOPI es la que se encuentra facultada para analizar el cumplimiento de las normas que protegen el derecho conexo de prohibir la retransmisión de las emisiones de las cuales son titulares SONORA y Via TV.

No obstante lo anterior, el derecho de exclusiva que se obtiene en virtud a un contrato de radiodifusión no es un derecho absoluto, sino que se encuentra limitado por el ordenamiento legal vigente al momento de su celebración. En tal sentido, si bien el numeral 14 del artículo 2º de la Constitución Política reconoce²⁸ la libertad de contratación, ésta no es absoluta sino que se encuentra limitada por normas de orden público, tales como las referidas a la protección de la libre competencia²⁹.

En ese orden de ideas, de acuerdo a la ley Nº 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL tiene a su cargo la supervisión de los servicios públicos de telecomunicaciones, siendo que de acuerdo al artículo 36º de la referida ley³⁰, este organismo regulador es competente para conocer toda controversia que afecte el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de operadora de tales servicios.

Asimismo, el numeral 2 del artículo 26º de la ley antes citada³¹ señala

²⁸ Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

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

²⁹ Una argumentación en similar sentido se encuentra en el Informe 002-2003-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 2008, elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.

³⁰ Artículo 36.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa
Son competentes para resolver controversias:

a) En primera instancia: el Cuerpo Colegiado.
b) En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo a la legislación aplicable.

Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo Nº 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley Nº 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios.

³¹ Artículo 26.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales:
(...)

expresamente la facultad del OSIPTEL de sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas de la libre y leal competencia, en los casos a los que se refiere el artículo 36º ya mencionado.

Cabe señalar que la presente denuncia ha sido interpuesta por REDCOM, en su calidad de operadora del servicio de Televisión por cable, contra TVSAM, operadora del mismo servicio, y contra SONORA, empresa prestadora del servicio de Televisión de Señal Abierta. Si bien una de las denunciadas no tiene la condición de empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones (SONORA)³², en el presente caso se observa que se podría estar afectando el mercado de Televisión por cable, servicio considerado como un servicio público de telecomunicaciones conforme al TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones³³.

En atención a ello, corresponde al OSIPTEL analizar los contratos de exclusividad que hubiera celebrado TVSAM, en su condición de operadora del servicio de Televisión por cable, con SONORA así como con otras empresas de Televisión de Señal Abierta, a fin de determinar si en el presente caso se ha verificado una infracción a la normativa de libre competencia.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, también nos parece importante comentar lo expuesto por Cable Mundo³⁴, principal competidora de TVSAM en el

26.2 OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas de libre y leal competencia, en los casos a que se refiere el último párrafo del Artículo 36 de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente.

³² **Decreto Supremo Nº 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones**

Artículo 20.- Son servicio 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.

Artículo 43.- Serán considerados **servicios privados de interés público aquellos denominados de radiodifusión y que incluyen emisiones sonoras y de televisión.** (El subrayado es nuestro).

³³ **Decreto Supremo Nº 020-2007-MTC TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones**

Artículo 94.- Clasificación

Los servicios públicos de difusión pueden ser:

1. **De distribución de radiodifusión por cable**, en las modalidades de:

- a) Cable alámbrico u óptico.
- b) Sistema de distribución multicanal multipunto (MMDS).
- c) Difusión directa por satélite. (...) (El subrayado es nuestro).

³⁴ Mediante carta de fecha 02 de febrero de 2012, Cable Mundo señala lo siguiente:

"(...) la empresa Sonora Tarapoto SRL, nos prohíbe tomar su señal para transmitirla por nuestra empresa de cable, cabe recalcar que la frecuencia en la cual transmiten su señal es una frecuencia asignada por el MTC, (frecuencia 7), la cual consideramos que es de todos los peruanos, señal libre. Posterior a esto nos llega una nueva notificación (...) enterándonos que esta señal solo era de exclusividad de la empresa Televisión San Martín S.A.C., lo que nos causa extrañeza, primero

mercado de Tarapoto, en relación a que *“las señales emitidas por las empresas de televisión de señal abierta deben ser para todos los usuarios y las empresas no deberían limitar sus señales a las empresas de cable conforme a los fines de la televisión de señal abierta”*. Al respecto, cabe indicar que los operadores de Televisión por Cable, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley Nº 28278, Ley de Radio y Televisión (LRTV), la cual tiene por objeto regular la prestación de los servicios de radiodifusión y Televisión de Señal Abierta, los cuales son considerados servicios privados de interés público, cuyas emisiones están destinadas a ser recibidas directamente por el público en general³⁵.

En tal sentido, la mencionada norma confiere una importancia especial a dichos servicios puesto que están llamados a satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional³⁶. Es así que, dada la relevancia que presentan los servicios de radiodifusión para la colectividad, la mencionada norma ha fijado una serie de principios rectores bajo los cuales debe realizarse su prestación. Para el caso en concreto es necesario mencionar el principio de libertad de acceso, establecido en el artículo I, literal b) de la LRTV:

“El acceso a la utilización y prestación de los servicios de radiodifusión está sujeto a los principios de igualdad de oportunidades y de no discriminación” (El subrayado es nuestro)

Asimismo, la referida norma ha asignado la competencia exclusiva al MTC para fiscalizar y sancionar el incumplimiento de la LRTV³⁷. Adicionalmente, se ha facultado al MTC para imponer medidas cautelares y correctivas inmediatas con la finalidad de prevenir, impedir o cesar conductas infractoras.

En ese orden de ideas, cabe indicar que para lo señalado por la empresa denunciante y por Cable Mundo en el presente caso, el MTC es la autoridad competente para evaluar la actuación de las empresas de televisión de señal abierta (SONORA y Via TV) al haber solicitado el bloqueo de la transmisión de sus señales a las empresas prestadoras del servicio de televisión por cable en el mercado de Tarapoto, si consideran que tal conducta es contraria a lo dispuesto por la LRTV, en especial en relación con el principio de libertad de acceso y los fines de los servicios de radiodifusión³⁸.

Por todo lo expuesto, la labor de la Secretaría Técnica en el presente caso se centrará única y exclusivamente en analizar los posibles efectos anticompetitivos de los contratos suscritos por TV SAM con las empresas de televisión de señal abierta (SONORA y Via TV) evaluando al respecto si nos encontramos ante una

porque se trata de una señal libre y por lo tanto cómo puede existir exclusividad de una frecuencia del MTC.” (El subrayado es nuestro)

³⁵ Art. 3º de la Ley 28278.

³⁶ Art. 4º de la Ley 28278.

³⁷ Art. 70º de la Ley 28278.

³⁸ Es por ello que, con conocimiento de la referida competencia del MTC en materia de la LRTV, esta Secretaría Técnica puso en conocimiento del MTC el inicio del presente procedimiento mediante Oficio 097-STCCO/2012 de fecha 11 de julio, para que actué según sus competencias, si lo considera conveniente.

posible infracción a la normativa de libre competencia. Por ello, no es competencia de esta entidad pronunciarse sobre la interpretación de la Ley de Radio y Televisión ni sobre presuntas infracciones a la Ley de Derechos de Autor.

7.2. La valoración de los medios probatorios en el presente procedimiento y la actividad procesal de las partes

Admitida la denuncia, corresponde efectuar la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, la cual tiene como finalidad determinar si TV SAM y SONORA incurrieron en las infracciones que se le imputan.

La prueba funciona como un método esencial para poder establecer la veracidad sobre las afirmaciones de ciertos hechos. En sentido amplio, *“probar es establecer la exactitud de una proposición cualquiera; en el sentido judicial, probar es someter al juez de un litigio los elementos de convicción adecuados para justificar la verdad de un hecho alegado por una parte y negado por la otra”*³⁹.

De acuerdo a las normas que rigen el proceso civil, aplicables en virtud de las normas del Reglamento de Controversias citadas anteriormente, entre los medios probatorios típicos está la declaración de parte⁴⁰, referida a los hechos o información del que la presta o de su representante⁴¹. Las declaraciones de parte no sólo se manifiestan oralmente sino también a través de afirmaciones contenidas en las actuaciones judiciales o los escritos de las partes⁴².

Las declaraciones de parte toman un valor probatorio particular en el ámbito procesal administrativo, toda vez que uno de los principios generales es el principio de presunción de veracidad según el cual durante la tramitación del procedimiento se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman⁴³ y

³⁹ Marcel Planiol y Georges Ripert: *Traité Pratique de Droit Civil français*. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris, 1931. T. VII, § 1407, p. 743.

⁴⁰ **Código Procesal Civil**

Artículo 192º.- Son medios de prueba típicos:

1. La declaración de parte;
2. La declaración de testigos;
3. Los documentos;
4. La pericia; y
5. La inspección judicial.

⁴¹ **Código Procesal Civil**

Artículo 214º.- La declaración de parte se refiere a hechos o información del que la presta o de su representante. La parte debe declarar personalmente.

Excepcionalmente, tratándose de persona natural, el Juez admitirá la declaración del apoderado si considera que no se pierde su finalidad.

⁴² **Código Procesal Civil**

Artículo 221.-

Las afirmaciones contenidas en actuaciones judiciales o escritos de las partes, se tienen como declaración de éstas, aunque el proceso sea declarado nulo, siempre que la razón del vicio no las afecte de manera directa.

⁴³ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

asimismo, se presume que toda la información incluida en los escritos y formularios han sido verificados por quien hace uso de ellos y que el contenido es veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario⁴⁴.

Sin perjuicio de lo señalado, en el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa debe aplicar el Principio de Verdad Material⁴⁵. Es así que respecto a los medios probatorios en los procedimientos trilaterales administrativos, tal como es el caso de la presente controversia, *“la autoridad debe ser lo suficientemente cautelosa, para no sustituir el deber probatorio de las partes. Por tanto, la aplicación del principio de verdad material debe estar atenuada, al operar la presunción de igualdad entre las partes intervinientes en el procedimiento trilateral. Sin embargo, ello no implica que la autoridad administrativa ante la cual se desenvuelve el procedimiento administrativo trilateral, como entidad servicial de los intereses generales, ejerza su facultad de ordenar y producir pruebas cuando exista un interés público inherente a la resolución del procedimiento”*⁴⁶. (El subrayado es nuestro)

De acuerdo a ello, observamos que de un lado tenemos el deber probatorio de REDCOM con respecto a los términos de su denuncia, mientras que por otro lado tenemos la facultad de producir pruebas de la Administración Pública, cuando exista un interés público.

En la presente controversia, nos encontramos evaluando una presunta contravención a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la cual tiene como finalidad promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores⁴⁷. En tal sentido, conforme indica KRESALJA *“las*

1.7 Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

⁴⁴ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 42.- Presunción de veracidad

42.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario.

42.2 En caso de las traducciones de parte, así como los informes o constancias profesionales o técnicas presentadas como sucedáneos de documentación oficial, dicha responsabilidad alcanza solidariamente a quien los presenta y a los que los hayan expedido.

⁴⁵ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.11 Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

⁴⁶ MARTIN TIRADO, Richard. *“El procedimiento administrativo trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”*. En: Revista Derecho y Sociedad Nº 17. Pgs. 221-234.

⁴⁷ **DECRETO LEGISLATIVO Nº 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

leyes de defensa de la competencia, que tienen en nuestro caso un claro sustento constitucional, delimitan uno de los aspectos más importantes del orden público, de modo que configuran nuestro orden público económico”⁴⁸.

En efecto, la protección de la libre competencia en el mercado constituye uno de los aspectos más importantes del orden público económico, siendo un bien jurídico de suma relevancia que es requisito indispensable para la protección de otros bienes jurídicos como lo son el desarrollo de la libre iniciativa privada y el bienestar de los consumidores. En tal sentido, existiendo un claro interés público en el presente caso, la Secretaría Técnica ha procurado contar con obtener las pruebas necesarias para llegar a la verdad material. Es así que, conforme a la naturaleza de las conductas investigadas, se ha requerido información diversa respecto a la participación en el mercado de Tarapoto tanto a la denunciante y las denunciadas, como a otros agentes económicos que pudiesen tener información relevante respecto al período de la realización de las conductas denunciadas. Finalmente, se han actuado los medios probatorios que se han considerado fundamentales para el esclarecimiento de los hechos en los que recae el presente caso (es el caso de la medición de audiencia realizada por la empresa consultora, CPI).

En relación a ello, los administrados en general, son responsables de entregar la información solicitada por la autoridad administrativa. En efecto, conforme a las normas pertinentes de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la administración puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones o la presentación de documentos así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba⁴⁹; y, a su vez, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material⁵⁰.

Sin embargo, en el presente caso, se observa que las partes no han actuado conforme a sus deberes de diligencia y colaboración. En el caso de TVSAM, cuando se le requirió información en relación a sus relaciones con Cable Movil, a fin de determinar las relaciones de grupo económico y las participaciones que pudiese tener la denunciada en el mercado de Tarapoto, la denunciada no fue

Artículo 1º.- Finalidad de la Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

⁴⁸ KRESALJA ROSELLO, Baldo. *Perú: Consideraciones constitucionales y legales sobre la competencia económica*. Publicado en: Pensamiento Constitucional. Año XII Nº 12. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pgs. 28 y 29.

⁴⁹ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 169º.- Solicitud de pruebas a los administrados

169.1 La autoridad puede exigir a los administrados la comunicación de informaciones, la presentación de documentos o bienes, el sometimiento a inspecciones de sus bienes, así como su colaboración para la práctica de otros medios de prueba. Para el efecto se cursa el requerimiento mencionando la fecha, plazo, forma y condiciones para su cumplimiento.

(...)

⁵⁰ **Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 57º.- Suministro de información a las entidades

(...)

57.2. En los procedimientos investigatorios, los administrados están obligados a facilitar la información y documentos que conocieron y fueron razonablemente adecuados a los objetivos de la actuación para alcanzar la verdad material, conforme a lo dispuesto en el capítulo sobre la instrucción.

precisa y omitió su deber de colaboración (respondiendo, mediante carta de fecha 31 de julio de 2012, de forma ambigua⁵¹), en la medida que tenía conocimiento de dicha información conforme a los hechos⁵². Asimismo, en relación al requerimiento de información relativa al número mensual de suscriptores desagregado, por distrito donde se opere, para el período comprendido entre julio 2010 y agosto 2011, solicitada mediante Oficio N° 117-STCCO/2012, de fecha 15 de agosto de 2012 (reiterado mediante Oficios N° 143-STCCO/2012, de fecha 11 de setiembre de 2012; y, N° 150-STCCO/2012, de fecha 26 de setiembre de 2012), siendo que la entrega de dicha información no resultaba compleja, no cumplió con los plazos, y en general, entorpeció la etapa de investigación producto de la información errónea brindada (en un primer instante)⁵³.

Por parte de REDCOM, cabe indicar que mediante carta C.37-ST/2011, de fecha 06 de setiembre de 2011, se requirió informar si contaba con programación de contenido propio, ante lo cual, mediante comunicado notificado a OSIPTTEL el 07 de octubre de 2011, respondió negando dicho supuesto. No obstante, de manera posterior, cuando se le solicitó, mediante Oficio N° 098-STCCO/2012, indicar si es que se registraron cambios en la información remitida mediante carta con fecha de recepción 07 de octubre de 2011, REDCOM indicó, mediante comunicado de fecha 31 de julio de 2012, que no hubo cambio alguno. Sin embargo, luego de las investigaciones, mediante el informe de la consultora CPI, se verificó que REDCOM contaba con un canal de contenido propio, "Redcom TV".

Conforme a ello, esta Secretaría Técnica considera que tanto TVSAM como REDCOM, han incumplido con la diligencia y colaboración en lo que respecta al deber de proporcionar información a la autoridad administrativa, a pesar de que en

⁵¹ Ante la pregunta "OSIPTTEL ha recibido información acerca de la adquisición de Cable Móvil S.A.C. por parte de TVSAM. En tal sentido, se le solicita informar acerca de esta supuesta adquisición", TVSAM se limitó a responder "La información no es exacta".

⁵² TVSAM omitió detallar el estado actual del proceso de adquisición de CABLE MOVIL, a pesar de que (i) con fecha 12 de enero de 2012, su Gerente de Operaciones, Teresa Maekawa Trigozo, manifestó vía correo electrónico a la Oficina Desconcentrada que desde octubre de 2011 se empezaron las negociaciones entre TVSAM y Cable Movil y que es a partir de noviembre que se empezó con el proceso de fusión (el mismo que supuestamente seguía en curso hasta enero de 2012); y, (ii) que TVSAM y CABLE MOVIL compartieron desde marzo de 2011 hasta febrero de 2012 el mismo Gerente General, Alejandro Aguilar Uzategui.

⁵³ Los referidos requerimientos siguieron el siguiente curso de tiempo:

- Se requiere información mediante Oficio N° 117-STCCO/2012, con fecha 15 de agosto de 2012, otorgando como plazo para responder el referido requerimiento, 7 días hábiles contados a partir del día siguiente de notificado (TVSAM fue notificado el 21 de agosto de 2012). En ese sentido, mediante carta de fecha 13 de setiembre de 2012 (el plazo vencía el 30 de setiembre de 2012), TVSAM responde formalmente el requerimiento. No obstante, no se cumplió con entregar la información respecto al lapso de tiempo indicado.
- Mediante Oficio N° 143-STCCO/2012, de fecha 11 de setiembre de 2012, la Secretaría Técnica indica que TVSAM ha excedido el plazo para responder el requerimiento del "Oficio N° 117-STCCO/2012". En ese sentido, se le reitera a TVSAM cumplir con suministrar la información solicitada. TVSAM respondió formalmente el referido Oficio, con carta de fecha 18 de setiembre de 2012, no obstante omitió cumplir con el extremo que en este punto se comenta.
- Mediante Oficio N° 150-STCCO/2012, de fecha 26 de setiembre de 2012, se le vuelve a requerir a TVSAM la referida información, otorgándole un plazo máximo de 5 días hábiles contados a partir del día siguiente de notificado (TVSAM fue notificado el 28 de setiembre de 2012). En respuesta al mencionado oficio, TVSAM, con fecha 03 de octubre de 2012, solicita una prórroga del plazo máximo legal en virtud del artículo 136, numeral 2, de la Ley N° 27444. Finalmente, TVSAM responde adecuadamente el requerimiento del Oficio N° 150-stcco/2012, con carta de fecha 10 de octubre de 2012.

dichos requerimientos se les indicó que dicha información era necesaria “*con el fin de contar con elementos de juicio que permitían resolver esta controversia*” y que la entrega de la misma era obligatoria. Dicha conducta procesal de las partes del procedimiento (denunciante y denunciada) debería tomarse en cuenta por el Cuerpo Colegiado al momento de resolver la presente controversia.

VIII. ANALISIS DE LAS CONDUCTAS DENUNCIADAS

Para un correcto análisis de los puntos controvertidos en el presente caso, la Secretaría Técnica evaluará lo siguiente: (i) determinar si TVSAM ha celebrado contratos de exclusiva con la empresa SONORA y con la empresa Vía TV; si fuese afirmativo aquello se debe (ii) analizar si dichos contratos de exclusiva constituyen una infracción a las normas de libre competencia, en virtud de los artículos 10º y 12.2º del Decreto Legislativo N° 1034.

8.1. Marco teórico de los acuerdos de exclusivas

Los contratos de exclusividad pueden definirse como aquellos que otorgan a una empresa la facultad de ser la única distribuidora de un determinado producto o servicio en un área geográfica. A manera de retribución, el productor o proveedor del producto o servicio no lo distribuye directamente y/o deja de comercializarlo a otros distribuidores en la misma área geográfica.

En ese sentido, los acuerdos o contratos de exclusividad son considerados dentro de una categoría más general de prácticas empresariales, conocidas como restricciones verticales, las cuales bajo algunas circunstancias pueden tener efectos anticompetitivos.

El análisis de las restricciones verticales es una de las materias de mayor interés en la discusión acerca de las políticas de competencia y las prácticas anticompetitivas. Según Rey y Vergé⁵⁴, las restricciones verticales son aquellas provisiones contractuales que no sólo establecen condiciones generales para el pago (tarifas en dos partes, *descuentos por cantidad*, regalías, etc.), sino que también incluyen condiciones que limitan las decisiones de una parte (mantenimiento del precio de reventa, venta de una cantidad fija, o empaquetamiento puro) o debilitan la competencia (acuerdos de exclusividad, franquicias, territorios exclusivos).

Al respecto, Lipczynski y otros autores⁵⁵ consideran que parte importante del debate sobre las relaciones verticales en Europa y Estados Unidos se ha centrado en las ideas de la Escuela de Chicago⁵⁶. De acuerdo con estos

⁵⁴ Rey, Patrick; y Vergé, Thibaud. “Economics of Vertical Restraints”. En: Handbook of Antitrust Economics, Capítulo 9. Editado por Paolo Buccirossi. The MIT Press:EE.UU., 2008. Pág. 353.

⁵⁵ Lipczynski, John; Wilson, John; y Goddard, John. “Industrial Organization: Competition, Strategy, Policy”. Tercera Edición, Pearson Education: 2009. Pág. 586-587.

⁵⁶ La Escuela de Economía de Chicago es una escuela de pensamiento económico partidaria del libre mercado que se originó en la Universidad de Chicago a mediados del siglo XX. Se caracterizó por su sesgo liberal, el rechazo a las teorías Keynesianas y a los modelos de competencia imperfecta.

autores, antes que se extendieran las ideas de la Escuela de Chicago existía un consenso respecto a que las restricciones verticales son per se ilegales. Sin embargo, a inicios de la década de 1950, con la aparición de esta corriente de pensamiento económico se hizo la distinción entre las restricciones verticales y las horizontales. Así, para los economistas de la Escuela de Chicago la competencia se lleva a cabo dentro de un mercado, por lo cual, las restricciones horizontales son peligrosas para la competencia, mas no las restricciones verticales.

En ese sentido, Whinston sostiene que, si bien al principio la Escuela de Chicago argumentó que las empresas racionales no necesariamente recurren a esta práctica por razones anticompetitivas (sino con la finalidad de ganar eficiencia), a mediados de la década de 1980, con el uso de nuevos modelos teóricos se demostró que las preocupaciones tradicionales acerca de las restricciones verticales no eran ilógicas, ya que a través de algunos modelos económicos se demostró que las empresas racionales sí podían utilizar dichas restricciones para excluir rivales y reducir la competencia⁵⁷.

De esta manera, es importante considerar que los contratos de exclusividad, y en general las restricciones verticales, pueden tener tanto efectos positivos como negativos.

Algunos de los efectos positivos de las restricciones verticales pueden ser los siguientes⁵⁸:

- El aumento de las ventas y la creación de la imagen de marca mediante la imposición de ciertas normas de calidad a los distribuidores. El fomento de la competencia en aspectos distintos de los precios.
- La apertura de nuevos mercados o la introducción en ellos. En este caso, las restricciones verticales pueden favorecer el inicio de un nuevo mercado geográfico que requiera altas inversiones iniciales, las cuales podrían no realizarse si la existencia de una restricción temporal a los distribuidores establecidos en otros mercados que vendiesen en el nuevo mercado.
- La cuestión del parasitismo de certificado. Este beneficio se refiere a una situación en la que la venta a través de minoristas que venden únicamente buenos productos, es de vital importancia para introducir nuevos productos. Así, la existencia de una restricción temporal del tipo de distribución exclusiva o selectiva puede ser suficiente para garantizar la introducción del nuevo producto.
- Posibilitar la eliminación de comportamientos del tipo "*free-riding*", los cuales en algunos casos reducen los incentivos a invertir (especialmente en aspectos relacionados al marketing y la publicidad)

⁵⁷ Winston, Michael D. "Exclusionary Vertical Contracts". En: Lectures on Antitrust Economics, Capítulo 4. The MIT Press: 2008.

⁵⁸ EUROPEAN E&M CONSULTANTS. "Economic Analyses of Vertical Restraints – A Self-Assessment". European Economic & Marketing Consultants, Competition Competence Report 9/2005. Pág. 2 – 3.; y COMISIÓN EUROPEA. "Directrices relativas a las restricciones verticales". Diario Oficial de la Unión Europea. Comunicaciones Procedentes de las Instituciones, Organos y Organismos de la Unión Europea, C 130/01, 19 de mayo de 2010. Pág. 23 - 25

de algunos distribuidores que no quieren que sus competidores se beneficien de dichas inversiones.

De otro lado, entre los efectos negativos de las restricciones verticales se pueden mencionar:⁵⁹

- Cierre del mercado debido al incremento de las barreras a la entrada o a la expansión.
- La reducción de la competencia intermarca; es decir, disminución de la competencia entre el proveedor y sus competidores o facilitación de la colusión, tanto explícita como implícita, entre estos proveedores.
- La reducción de la competencia entre marcas; es decir, disminución de la competencia entre el comprador y sus competidores o facilitación de la colusión entre estos competidores.
- Creación de obstáculos a la integración en el mercado, como por ejemplo las limitaciones a la libertad de los consumidores para adquirir bienes o servicios.

Así, en la actualidad se considera que establecer de manera ex-ante la ilegalidad de las restricciones verticales puede ser injustificado, ya que si bien algunas restricciones verticales pueden empeorar el bienestar económico dañando la competencia, otras pueden mejorarlo a través de ganancias de eficiencia, dependiendo del entorno en el que se ejecuten. Es por ello que los contratos de exclusividad, y de forma general las restricciones verticales, deben ser analizadas de manera sumamente cuidadosa en el caso por caso, aplicando la regla de la razón.

8.2. Los acuerdos bajo análisis

Conforme a lo señalado previamente los acuerdos bajo análisis son: (i) El acuerdo de exclusiva entre TVSAM y SONORA y (ii) El acuerdo de exclusiva entre TVSAM y Via TV. En relación a la acreditación de la existencia de dichos acuerdos cabe indicar lo siguiente:

- La existencia del acuerdo de exclusiva entre TVSAM y SONORA se verificó previamente al inicio de la presente controversia tal y como consta en la Resolución del Cuerpo Colegiado Nº 003-2012-CCO/OSIPTEL, de fecha 19 de enero de 2012. Dicho acuerdo se encuentra contenido en el documento denominado “Contrato Privado de Alquiler de Frecuencia y Colaboración Empresarial”.

Según lo estipulado en el referido contrato:

- TVSAM se obliga a (i) insertar la señal de SONORA en su grilla de programación, tanto en Tarapoto como en otras localidades

⁵⁹ EUROPEAN E&M CONSULTANTS (2005). “Economic Analyses of Vertical Restraints – A Self-Assessment”. European Economic & Marketing Consultants, Competition Competence Report 9/2005. Pág. 3 – 4.; y COMISIÓN EUROPEA (2010). “Directrices relativas a las restricciones verticales”. Diario Oficial de la Unión Europea. Comunicaciones Procedentes de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea, C 130/01, 19 de mayo de 2010. Pág. 22 - 23

de la región San Martín donde la empresa de cable tenga instalada una sede. Adicionalmente, TVSAM no se obliga, como efecto del referido contrato, a insertar en su grilla la programación emitida por los concesionarios de SONORA.

- SONORA se obliga a (i) dar a TVSAM su señal abierta con carácter de exclusividad, no pudiendo, cedérsela a otras empresas en Tarapoto; (ii) transmitir los programas periodísticos de TVSAM en el horario de 9 a 10 de la noche; y, (iii) a no emitir publicidad de otras empresas de Televisión por Cable que no sean del grupo de TVSAM, debiendo hacer lo propio los programas concesionados.

La duración del contrato se inició el 04 de julio de 2011 y culminaría el 31 de diciembre de 2014, pudiéndose renovar previo acuerdo de las partes.

Conforme a ello, se observa que el contrato en mención establece una **cláusula de exclusividad** que constituye una obligación de no hacer por parte del cedente, en virtud de la cual SONORA está prohibida de ceder la señal abierta a otra empresa de cable distinta de TVSAM.

- Respecto al acuerdo de exclusiva entre TVSAM y Via TV, el mismo consta en el documento denominado “Contrato privado de compra venta de derechos de producción, postproducción y colaboración empresarial”.

En virtud de las obligaciones reguladas en el referido contrato, se observa que:

- TVSAM se obliga a (i) insertar la señal de Via TV en su grilla de programación; (ii) dar en contraprestación mensual la suma ascendente a tres mil nuevos soles (S/.3000.00) por **la venta de los derechos de producción y postproducción.**
- Via TV se obliga a (i) insertar en su programación avisos en los que se informe que la programación de Via TV es transmitida en Televisión por Cable, de forma exclusiva por TVSAM; y, (ii) a vender sus derechos de producción y postproducción con carácter de exclusividad a TVSAM, no pudiendo cederlo a otras empresas de Televisión por Cable.

La duración del contrato se inicia el 01 de diciembre de 2011 y culmina el 01 de diciembre de 2012, pudiendo ser renovado previo acuerdo de las partes.

En ese sentido, se observa que este segundo contrato también establece una **cláusula de exclusividad** que constituye una obligación de no hacer por parte del cedente, en virtud de la cual Via TV está prohibida de ceder la señal abierta a otra empresa de cable distinta de TVSAM.

Adicionalmente a este acuerdo de exclusiva, cabe indicar que mediante el contrato se genera la adquisición de los derechos de producción y postproducción por parte de TV SAM por una suma de S/.3000.00 mensuales.

Habiendo quedado confirmada la existencia de los dos contratos de exclusiva bajo análisis y habiéndose determinado las partes que han intervenido en la suscripción de los mismos, corresponde analizar si la celebración de estos contratos contraviene lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1034.

8.3. Análisis de las presuntas prácticas anticompetitivas que configurarían los acuerdos bajo análisis

8.3.1. Tipificación de las conductas imputadas. ¿Prácticas colusorias o abuso de posición de dominio?

Determinados los acuerdos de exclusiva que podrían estar generando efectos negativos en el mercado de Televisión por Cable, es preciso indicar que el análisis de estos acuerdos de exclusiva como supuesta conducta anticompetitiva se encuentra recogida en dos artículos de la normativa de libre competencia, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶⁰.

En efecto, en el literal e) del numeral 2 del artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se considera como abuso de posición de dominio en el mercado la conducta de efecto exclusorio consistente en *“establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados”*.

De otro lado, conforme al numeral 1 del artículo 12º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se consideran prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia. Entre las prácticas consideradas dentro del tipo general se encuentran las que consisten en: *“establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados”*

Es preciso indicar que, respecto a la tipificación de los acuerdos de exclusiva, un sector de la doctrina nacional encuentra complicado el

⁶⁰ Para los acuerdos de exclusiva bajo análisis tan solo se podría aplicar la figura del abuso de la posición de dominio o las prácticas colusorias verticales, en la medida que los acuerdos fueron realizados entre empresas que no compiten entre sí. Es preciso considerar que cuando los acuerdos de exclusiva son concertados por agentes competidores entre sí, el análisis de dichos acuerdos se daría bajo otra figura recogida en la normativa de libre competencia, los acuerdos colusorios horizontales (Artículo 11º, literal i).

encausamiento de los casos referidos a un análisis de acuerdos de exclusiva bajo el articulado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, debido a la figura que nos presenta la norma referida a “las prácticas colusorias verticales” la misma que no se encontraba tipificada en la anterior normativa de libre competencia⁶¹. Asimismo, las modalidades de prácticas colusorias verticales, son las mismas que las de abuso de posición de dominio, tipificadas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Por todo ello, no quedaría claro cuando se debe investigar una práctica de exclusiva bajo la figura del abuso de la posición de dominio o bajo la figura de las prácticas colusorias verticales⁶².

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que existe jurisprudencia referida a dichas prácticas, no debiendo extrañar que una determinada conducta sea investigada dentro de un mismo procedimiento como un supuesto de abuso de posición de dominio y una práctica colusoria⁶³. En relación a ello, el Cuerpo Colegiado determinó el inicio de la presente controversia concluyendo lo siguiente:

“Para el caso en particular, observamos que la problemática expuesta en la doctrina se presenta en los hechos. En su denuncia, RedCom señaló en el apartado correspondiente al petitorio que dirigía su denuncia contra TV Sam y contra Sonora Tarapoto solicitando la imposición de multas a las referidas empresas; sin embargo, de la revisión de la misma se observa que si bien RedCom dirigió su denuncia contra las dos empresas mencionadas precedentemente, únicamente hace referencia a una presunta conducta anticompetitiva por parte de TV Sam, la celebración de contratos de exclusividad con empresas de señal abierta de la zona en la modalidad de abuso de posición de dominio.

⁶¹ Decreto Legislativo 701, “Decreto legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”. Aprobado con fecha 05 de noviembre de 1991.

⁶² En tal sentido Mario Zuñiga señala lo siguiente: “Si lo que se pretende hacer con el texto propuesto es evitar confusiones a los administrados antes de plantear una denuncia, el numeral 12.2 del artículo del artículo 12 del Proyecto no debería remitir a la vez a los supuestos del numeral 10.2 (casos de abuso de posición de dominio) y 11.1. (prácticas colusorias horizontales) del Proyecto. Al utilizar ambos tipos de conductas como ejemplos de acuerdos verticales sancionables, los administrados no sabrán con total certeza dentro de que tipo subsumir los hechos que pretendan denunciar”. ZUÑIGA PALOMINO, Mario. “Luces y sombras de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas peruana”. En: Boletín Latinoamericano de Competencia Nº25. Febrero 2009, Pg. 59-60.

Asimismo, Christian Chavez indica: “(...) En efecto, el Decreto Legislativo 1034, a diferencia de su predecesora, sí regula expresamente este tipo de casos (las relaciones de exclusividad). El problema es que los regula como un supuesto de abuso de posición de dominio y como prácticas restrictivas, sin distinguir claramente cuándo se aplica uno y otro.” CHAVEZ, Christian. “Monogamia, Poligamia y Competencia: ¿Cómo tratar las relaciones de Exclusividad?”, En: Revista Derecho y Sociedad Nº 31. Pg. 339-344.

⁶³ Tanto en el INDECOPI como en el OSIPTTEL se han visto casos en los cuales se han investigado y sancionado conductas consideradas como prácticas colusorias y al mismo tiempo como actos de abuso de posición de dominio. Ver: Expediente Nº 006-99-CCO, procedimiento seguido por Tele Cable S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. (Cuerpos Colegiados del OSIPTTEL); Expediente Nº 003-2003-CLC, procedimiento seguido por las empresas Group Multipurpose S.R.L. –Gromul S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra las empresas Química del Pacífico S.A. y Clorox del Perú S.A. (Comisión de Libre Competencia del INDECOPI).

En efecto, de los hechos en los que recae la presente investigación se puede observar un presunto abuso de posición de dominio expresado en una “suerte” de exigencia por parte de TV Sam hacia las empresas de televisión de señal abierta para que, con el fin de que su señal abierta llegue a la mayor cantidad de usuarios del cable, contraten en exclusiva con dicha empresa. Esto podría verificarse con el presunto nuevo contrato de exclusiva firmado con Vía Televisión S.A.C., la misma que de acuerdo a la carta que remitió a RedCom indicó que sus señales se emitirán a través de TV Sam. Dicha empresa de televisión de señal abierta se habría negado anteriormente a suscribir un contrato de exclusiva con TV Sam, lo cual originó que esta empresa no permita la retransmisión de sus señales en su programación. Al parecer, esta empresa habría accedido finalmente a contratar exclusivamente con TV Sam.

Sin embargo, existiendo indicios de un acuerdo de distribución exclusiva, lo que conlleva una probable coordinación entre ambas, preliminarmente no puede descartarse la existencia de una práctica colusoria vertical entre las dos empresas denunciadas con posibles efectos en el mercado de cable. En tal sentido, en tanto no se acrediten y verifiquen ciertos hechos y circunstancias, existiría una duda razonable de si la infracción se deriva como consecuencia de un abuso de posición de dominio, como producto de una práctica colusoria vertical, o por ambas.

Conforme a lo expuesto en este punto, este Cuerpo Colegiado considera que los contratos de exclusiva entre TV Sam y Sonora Tarapoto y entre TV Sam y Vía Televisión deben ser analizados como un presunto abuso de posición de dominio por parte de TV Sam. Asimismo, el “Contrato Privado de Alquiler de Frecuencia y Colaboración Empresarial” firmado entre TV Sam y Sonora Tarapoto será analizado desde la perspectiva de las prácticas colusorias verticales.”

Es por ello que en la resolución admisorio se imputa a las denunciadas el haber desarrollado las siguientes conductas anticompetitivas:

- TVSAM y SONORA habrían realizado prácticas que configuran una práctica colusoria vertical en la modalidad de acuerdos de distribución exclusiva, con posibles efectos anticompetitivos en el mercado de Televisión por Cable, vulnerando de esta manera el numeral 1 del artículo 12º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- TVSAM habría realizado prácticas que configuran un abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de distribución exclusiva, con posibles efectos de exclusión en el mercado de Televisión por Cable, infringiendo de esta manera el literal e) del numeral 2 del artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Siendo que el Cuerpo Colegiado, luego de una revisión de los hechos presentados, determinó admitir la denuncia de las dos figuras; corresponde establecer bajo qué tipificación se realizará el análisis final

de los acuerdos de exclusiva bajo análisis conforme a los resultados de la investigación de esta Secretaría Técnica.

8.3.2. Sobre los acuerdos de exclusiva como supuestos de infracción al Decreto Legislativo Nº 1034 en la modalidad de presunto abuso de posición de dominio y como prácticas colusorias verticales

Conforme a lo señalado anteriormente, una de las modalidades del abuso de posición de dominio es la de “*establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados*”⁶⁴. Asimismo, esta conducta también puede ser analizada desde las prácticas colusorias verticales⁶⁵, dependiendo de los hechos y circunstancias que se presente en el caso en particular.

8.3.2.1. Los acuerdos de exclusiva como actos de abuso de posición de dominio

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se considera que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición de dominio⁶⁶ en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiese sido posible sin ostentar dicha posición.

Es preciso resaltar que no constituye un abuso el simple ejercicio de dicha posición sin afectar indebidamente a competidores reales o potenciales; ello debido a que la norma tiene como objeto sancionar las prácticas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. En ese sentido, observamos que las conductas deben tener un efecto exclusorio⁶⁷ para ser consideradas como abuso de posición de dominio.

En la medida que se observen los requisitos anteriormente desarrollados, estaríamos ante una práctica de abuso de posición de dominio, la misma que constituiría una prohibición relativa⁶⁸ de

⁶⁴ De acuerdo con el literal e) del numeral 10.2. del artículo 10º del Decreto Legislativo 1034, Ley que Aprueba la Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁶⁵ De acuerdo con el numeral 1 del artículo 12º del Decreto Legislativo 1034, Ley que Aprueba la Represión de Conductas Anticompetitivas.

⁶⁶ Se considera que un agente económico ostenta posición de dominio cuando puede actuar al margen de preocuparse del accionar de sus competidores, proveedores o clientes debido a diversos factores.

⁶⁷ Incluso en el numeral 10.2 del artículo 10º del Decreto Legislativo Nº 1034 se señala “El abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en **conductas de efecto exclusorio** tales como (...)”

⁶⁸ **Artículo 9.- Prohibición relativa.-**

acuerdo a lo establecido en el numeral 4 del artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Al respecto, para identificar y sancionar la práctica ilegal de las conductas referidas al abuso de posición de dominio en general, según la normativa de libre competencia⁶⁹ tendría que cumplirse lo siguiente:

- (i) Que el agente que realiza la conducta ostente una posición de dominio en el mercado relevante;
- (ii) Que dicha conducta le genere beneficios y perjudique a sus competidores, siendo pasible de producir **efectos exclusorios** en el mercado (lo cual no hubiese sido posible de no ostentar la posición de dominio); y,
- (iii) Que luego de un análisis razonable se determine que dicha conducta tiene o podría tener en el balance efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores en general.

Asimismo, en relación al caso específico del abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva, es importante tener en cuenta para el análisis de los acuerdos objeto de la presente controversia, los requisitos establecidos por el Cuerpo Colegiado del OSIPTTEL en la resolución admisorio:

- (i) Que se verifique la existencia de los acuerdos de exclusiva;
- (ii) Que los mismos hayan sido sugeridos, impuestos o establecidos por un agente económico que ostenta posición de dominio en el mercado relevante;
- (iii) Que el acuerdo haya sido establecido sin una aparente justificación razonable⁷⁰;
- (iv) Que la conducta realizada haya producido o pueda producir efectos exclusorios en el mercado de cable, perjudicando a la competencia y los consumidores.

Anteriormente, el OSIPTTEL también ha evaluado las restricciones verticales en el mercado de televisión por cable, en el caso Telecable S.A. (TELECABLE) contra Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFONICA) y Telefónica Multimedia S.A. (TMULTIMEDIA), el cual consideramos

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

⁶⁹ Análisis conforme a lo que señala el contenido del Decreto Legislativo Nº 1034.

⁷⁰ Cabe indicar que el artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, señala expresamente que la modalidad específica de contratos de distribución o venta exclusiva requiere que tales acuerdos carezcan de justificación:

Artículo 10.- El abuso de posición de dominio.-

10.2. El abuso de la posición en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como: (...)

- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados.

importante reseñar a continuación. Cabe indicar que el Cuerpo Colegiado evaluó la conducta realizada como pasible de ser sancionada como abuso de posición de dominio y/o como práctica restrictiva de la competencia:

- **Caso TELECABLE contra TELEFONICA y TMULTIMEDIA tramitado ante el OSIPTEL**⁷¹

En el presente caso, Telecable S.A. (TELECABLE) denunció a Telefónica del Perú S.A.A. (TELEFONICA), TMULTIMEDIA, Turner (TURNER) y Fox Latin American Channel Inc. (FOX) por haber infringido el Decreto Legislativo 701 al haber celebrado acuerdos de exclusividad y negarse a conceder licencias de propiedad intelectual.

La demanda de TELECABLE se fundamentó en que TELEFONICA y TMULTIMEDIA, apoyándose en las facilidades y recursos que detentaba debido a su condición de operador dominante, promovían diversos acuerdos de exclusividad para obstruir, limitar y/o eliminar las fuentes de aprovisionamiento esenciales (canales) para los operadores de televisión por cable y limitar la competencia.

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

En relación a 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 TMULTIMEDIA y TURNER (cláusula octava) y al contrato entre TMULTIMEDIA y FOX (cláusula tercera). De acuerdo con ello, declaró improcedente la demanda interpuesta contra TELEFONICA.

*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.*

*A fin de determinar si existía **abuso de posición de dominio**, el CCO determinó que TMULTIMEDIA gozaba de posición de dominio en la ciudad de Lima y el Callao. Por lo que, a efectos de evaluar si TMULTIMEDIA había incurrido en abuso de posición de dominio, se analizaron los efectos de la práctica en el mercado, concluyéndose que los efectos negativos sobre la competencia y sobre el bienestar de los*

⁷¹ Resolución N° 062-CCO-2000 emitida en el Expediente No. 006-99, seguido entre TELECABLE contra TELEFONICA y TMULTIMEDIA, por presunta infracción al numeral f) artículo 5 y al numeral j) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701.

consumidores serían mayores que los efectos positivos⁷² que el CCO había podido percibir y que TMULTIMEDIA 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.

Finalmente, el CCO verificó que dichos efectos se generaban producto de la relación vertical entre empresas, los cuales no hubieran sido posibles en caso TMULTIMEDIA 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 podrían generar un perjuicio potencial al bienestar de los consumidores, concluyendo que dicha práctica constituía una infracción al inciso j) del artículo 6 de la norma anterior de competencia (DL 701) que sanciona prácticas entre empresas que se encuentran tanto en una relación horizontal como en una relación vertical.*

*En la Resolución Final de la controversia, la cual fue emitida en mayoría con voto en discordia⁷³, el CCO concluyó que la vigencia de las cláusulas de exclusividad de los convenios celebrados por TMULTIMEDIA con FOX y TURNER **constituían infracciones** a los incisos f) y j) de los artículos 5 y 6, respectivamente del Decreto Legislativo 701, por lo que TMULTIMEDIA había incurrido en conductas consideradas como prácticas restrictivas y como abuso de posición de dominio.*

En relación a los criterios establecidos por el OSIPTel para el análisis de los acuerdos de exclusiva en el caso TELECABLE contra TMULTIMEDIA y TELEFÓNICA, esta Secretaría Técnica observa que el CCO estableció los siguientes criterios de evaluación:

- (i) Que se verifique que el agente económico investigado ha celebrado los acuerdos de exclusividad;

⁷² 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.

⁷³ 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 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.

- (ii) Que se acredite que dicho agente tiene posición de dominio en el mercado relevante;
- (iii) Que para que se determine una restricción vertical se debe restringir 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.
- (iv) Identificar la existencia de efectos negativos para la competencia y efectos negativos para el bienestar del consumidor;
- (v) Mediante la regla de la razón se debe evaluar la coexistencia de los efectos anticompetitivos con los efectos procompetitivos de la conducta, a fin de determinar si la conducta es anticompetitiva y es pasible de ser sancionada.

Finalmente, conforme lo señala INDECOPI en el Informe Técnico requerido por esta Secretaría Técnica, jurisprudencialmente tanto la Comisión de Libre Competencia como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI⁷⁴ han establecido criterios similares para el análisis de las exclusivas, con dos circunstancias adicionales a tener en cuenta:

- (i) Acreditar que el supuesto infractor ostente posición de dominio en el mercado relevante;
- (ii) Acreditar la realización de la conducta denunciada (imponer contratos de exclusividad);
- (iii) Acreditar la existencia de perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio), y de beneficios para el infractor; y
- (iv) Verificar si las justificaciones del denunciado permiten acreditar la introducción de efectos procompetitivos (eficiencias) que permitan compensar los efectos negativos de la conducta (regla de la razón).
- (v) El índice de cierre de mercado.
- (vi) La duración de los contratos.

8.3.2.2. Los acuerdos de exclusiva como prácticas colusorias verticales

Conforme al numeral 1 del artículo 12º del Decreto Legislativo Nº 1034 se consideran prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia.

Al respecto, según lo establecido en el numeral 3 del artículo 12º del

⁷⁴ Principalmente en los casos: Fox y Turner (Caso tramitado bajo el expediente 006-1999-CLC), Distribuidora Norte Pacasmayo (Caso tramitado bajo los Expedientes 001-2001-CLC y 002-2001-CLC), Quimpac y Clorox (Caso tramitado bajo el Expediente 002-2003/CLC) y el Caso Ambev contra Backus (Caso tramitado bajo el Expediente 001-2004/CLC).

Decreto Legislativo N° 1034, la configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante. Asimismo, en el numeral 4 del referido artículo se señala que las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.

Es importante tener en cuenta la posición del Cuerpo Colegiado del OSIPTTEL en la resolución admisorio, en relación a que para analizar las conductas investigadas como prácticas colusorias verticales, se tendría que verificar lo siguiente:

- (i) Si es que las empresas denunciadas han suscrito un contrato de exclusiva sin una aparente justificación razonable;
- (ii) Que las mismas sean agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción;
- (iii) Que una de las partes tenga posición de dominio en el mercado relevante; y,
- (iv) Que la conducta realizada presuntamente pueda perjudicar a la competencia y los consumidores.

Por su parte, la Sala de Competencia del Tribunal de INDECOPI ha establecido como precedente de observancia obligatoria que, a efectos de de analizar la licitud o ilicitud de una práctica colusoria vertical, la autoridad de competencia debe aplicar la siguiente metodología de análisis:

- (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 competencia⁷⁵.

Al respecto, es preciso indicar que el Cuerpo Colegiado del OSIPTTEL a cargo de la presente controversia consideró que: *“(...) en la medida que el supuesto de exclusiva analizado como una práctica colusoria vertical se remite normativamente al supuesto ejemplificado en las modalidades de abuso de posición de dominio, que basta con que*

⁷⁵ Punto 12 del Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por Resolución 068-2009/SC1-INDECOPI, resolución de segunda instancia en el caso Quimpac y Clorox (tramitado en el Expediente 003-2003/CLC).

una de las empresas tenga posición de dominio en el mercado relevante y por último que también es una prohibición relativa; para el caso (...), se revisarán preliminarmente los mismos indicios expuestos en el punto anterior referido al análisis de los acuerdos de exclusiva desde la perspectiva del abuso de posición de dominio.”⁷⁶

En efecto, como se puede observar, **la metodología de análisis de los acuerdos de exclusividad tanto como prácticas colusorias verticales como abuso de posición de dominio es muy similar.** Cabe resaltar que del Informe Técnico remitido por INDECOPI se desprende que dicho criterio es compartido con el OSIPTEL, en la medida que considera que, en ambos casos, se debe acreditar la posición de dominio, la existencia de la conducta y balancear los efectos, siendo sancionable la conducta cuando los efectos restrictivos superen las exigencias generadas en el mercado.

8.3.3. Consideraciones de la Secretaría Técnica para la tipificación de la conducta investigada

En relación a los dos tipos en los cuales se podrían subsumir las conductas de exclusivas bajo análisis, esta Secretaría Técnica – teniendo en cuenta todo lo expuesto en el desarrollo del marco teórico y legal de los acuerdos de exclusiva bajo la normativa de libre competencia - considera importante fijar su posición con respecto a dos puntos importantes:

- En relación a que en la resolución admisorio se imputa a TVSAM la comisión de conductas anticompetitivas, consistentes en acuerdos de distribución exclusiva, que podrían configurar tanto abuso de posición de dominio como prácticas colusorias verticales (en el extremo del acuerdo de exclusiva suscrito con Sonora); consideramos que efectivamente un acuerdo de distribución exclusiva puede ser investigado como una práctica colusoria vertical y como una práctica de abuso de posición de dominio, con mayor razón aun, si el análisis de los requisitos para que se configure una u otra práctica es similar. Conforme a ello, se ha llevado a cabo la etapa de investigación evaluando los requisitos que corresponden a las dos hipótesis planteadas al inicio del procedimiento (la de abuso de posición de dominio y la de práctica restrictiva vertical).

Sin perjuicio de ello, el Cuerpo Colegiado no podría sancionar por los dos tipos contemplados en la normativa de libre competencia, en la medida que nos encontraríamos en un supuesto que podría vulnerar el principio de *non bis in idem*, contemplado en el numeral 10 del artículo 230º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, como un principio rector de la potestad sancionadora administrativa, funcionando

⁷⁶ Resolución Nº 003-2012-CCO/OSIPTEL de fecha 19 de enero de 2012 (resolución admisorio), pg. 11.

de esta manera como una garantía a favor del administrado a quien no se le podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se verifique la triple identidad de: sujeto, hecho y fundamento⁷⁷.

A fin de evaluar el fundamento de la tipificación de una infracción debe señalarse que conforme lo indica NIETO *“la concurrencia de normas sancionadoras de un mismo hecho significa que éste es sancionado por dos fundamentos o causas distintas”*⁷⁸ lo que al final nos permite concluir que es posible que una misma conducta lesione a más de un bien jurídico, pudiéndose de esta manera contravenir a más de una norma. En efecto, al tratarse de bienes jurídicos diferentes, no estaríamos ante un caso de *non bis in idem*, interpretación que se encontraría de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de fecha 16 de abril de 2003, contenida en el expediente Nº 2050-2002-AA/TC⁷⁹.

Cabe indicar que anteriormente, en el caso Telecable contra TMultimedia y Telefónica, el OSIPTel ha sancionado una misma conducta tanto como abuso de posición de dominio como de práctica restrictiva vertical. En relación a ello y conforme a lo expuesto en líneas precedentes, esta Secretaría Técnica se aparta de dicho criterio de sanción para los casos de exclusiva, en la medida que el bien jurídico protegido es el mismo: *la libre competencia*.

Es por ello que al final del Informe Instructivo, la Secretaría Técnica recomendará la imposición de una sanción, en caso lo considere conveniente, respecto de solo un tipo (no los dos) en el que se subsumiría la conducta investigada. Para ello se debería conocer de manera cierta la naturaleza de los hechos para poder subsumir la conducta dentro de un tipo administrativo sancionador, sin afectar así el principio de *non bis in idem*.

⁷⁷ En similar sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente Nº 3517-2011-PHC/TC reconoció que el principio *non bis in idem* tiene dos dimensiones: una sustantiva que proscribe una doble sanción por un mismo hecho y una procesal en virtud a la cual un mismo hecho no puede ser materia de dos procesos distintos.

⁷⁸ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Tecnos. Cuarta edición. Madrid. 2005. Pg. 513.

⁷⁹ *“El principio del ne bis in idem material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de lex praevia y lex certa que impone el artículo 2º, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp. N.º 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N.º 6)— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido”.* (el subrayado es nuestro).

- Es así que, en relación al elemento diferenciador entre las prácticas colusorias y el abuso de posición de dominio, se debe conocer la naturaleza u origen de las conductas investigadas. Al respecto, se debería conocer si los acuerdos se originan de una decisión unilateral o de una decisión multilateral.

Es así que observamos que por más que el abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias verticales sean conductas similares (misma estructura y mismo impacto en el mercado), cada una responde a una lógica distinta. De una interpretación de la naturaleza misma de los dos tipos involucrados, se observa que, mientras por un lado las prácticas de abuso de posición de dominio responden a la decisión, exigencia o imposición de un agente económico con poder de mercado; las prácticas colusorias verticales se forman mediante el acuerdo de voluntades entre dos o más empresas involucradas.

Ahora bien, esta Secretaría Técnica coincide con lo expuesto por el INDECOPI en su Informe Técnico en relación que “(...) resulta claro que ambas hipótesis requieren de la colaboración y la coordinación de los agentes que se relacionan en la cadena de distribución.” Partiendo de esta premisa, resulta fundamental entonces determinar la verdadera naturaleza de los hechos a fin de poder conocer si la colaboración es producto de una conducta consensuada o si puede deberse a una política unilateral implementada por una empresa dominante y aceptada o tolerada por las otras empresas involucradas debido al poder de mercado de aquella en el mercado.

Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece lo siguiente:

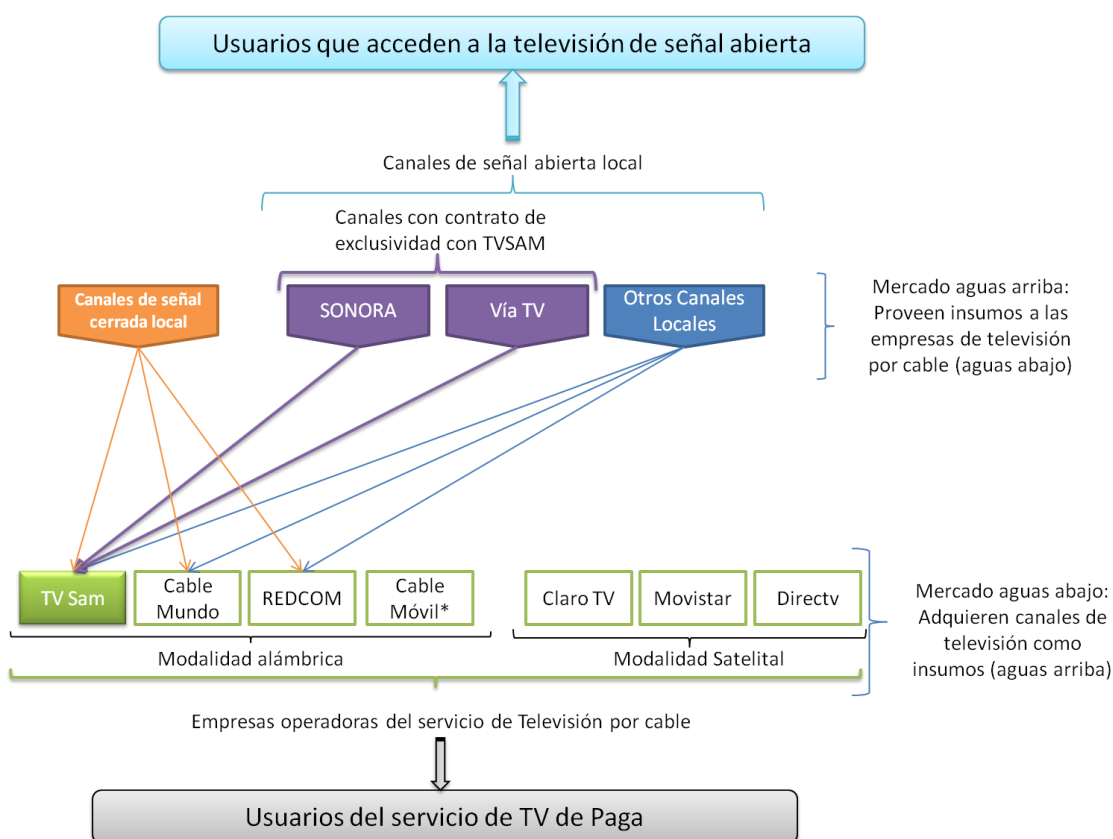
“Las prácticas colusorias verticales podrían, por ejemplo, manifestarse a través de negativas de trato o contratos de exclusividad. Lo que se requerirá para que se aplique la prohibición contenida en el artículo 12 es que la conducta investigada sea producto de una colusión entre dos agentes económicos, pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción o comercialización y que, por ende, esté diseñada para reportar beneficios a ambos integrantes de aquella. Si, por el contrario la restricción vertical es producto de una imposición unilateral de una empresa dominante procurando su beneficio, la conducta deberá analizarse bajo la prohibición de abusos de posición de dominio.” (el subrayado es nuestro)

En tal sentido, corresponde evaluar los acuerdos de exclusiva de conformidad con los medios probatorios obtenidos en la etapa de investigación, a fin de determinar la verdadera naturaleza y origen de las conductas investigadas en los términos establecidos precedentemente. Para ello, esta Secretaría Técnica considera necesario procurar conocer las motivaciones de los agentes económicos involucrados (materializados en

beneficios que puedan haber procurado con la realización del acuerdo de exclusiva)⁸⁰.

8.3.4. Aplicación al caso materia de análisis

Para el análisis en particular, como se ha considerado previamente, los acuerdos de exclusiva bajo análisis son los referidos a los suscritos en los contratos por TVSAM con SONORA y TVSAM con Vía TV. Al respecto, de la estructura del otorgamiento de derechos de transmisión de las señales en exclusiva a favor de TVSAM se observa lo siguiente:



Del cuadro anterior se puede extraer lo siguiente:

- SONORA y Vía TV son empresas pertenecientes al mercado de Televisión de Señal Abierta en el distrito de Tarapoto, el mismo que tiene sus propias características y que se encuentra sujeto a principios como por ejemplo el de la libertad de acceso,

⁸⁰ El mismo análisis fue realizado por la Secretaría Técnica de los Órganos Colegiados del OSIPTTEL en la investigación preliminar de contratos de exclusiva contenida en el Informe 001-ST/2011 de fecha 31 de enero de 2011. En dicho informe se evaluaron las motivaciones, objetivos y la intención anticompetitiva de los agentes económicos involucrados en los acuerdos de exclusiva, desde la perspectiva de los beneficios que se procuraron y la razonabilidad de los contratos para las partes.

establecido en la LRTV y que fuera desarrollado como cuestiones previas en el presente informe.

- Por último, con relación a TVSAM, esta actúa en un mercado distinto al de SONORA y Via TV, puesto que su giro comercial es la distribución de radiodifusión por cable de los contenidos que emiten canales de señal abierta o empresas productoras de contenido. Por ello, podemos afirmar TVSAM y SONORA con Via TV operan en mercados pasibles de ser diferenciados.

Tomando en cuenta este diagrama y las conclusiones del mismo, cabe descartar el argumento esbozado por TVSAM en su escrito de descargos en relación a que no es posible que el Cuerpo Colegiado determine que se ha realizado una práctica colusoria vertical en la medida que TVSAM y SONORA concurren en el mismo mercado y, en ese sentido, no se estaría cumpliendo con el requisito que ambas empresas se desenvolvesen en planos distintos de una cadena de producción⁸¹. Por el contrario, queda claro que TVSAM y SONORA se desenvuelven en planos distintos de la cadena de producción, cumpliéndose con un requisito esencial para la evaluación de una práctica colusoria vertical.

Finalmente, luego de conocida la estructura del otorgamiento de derechos exclusivos de las señales de Via TV y SONORA a TVSAM en el presente caso, corresponde analizar la razonabilidad de los contratos específicos así como las posibles motivaciones de las partes involucradas en los mismos. Ello a fin de determinar bajo qué tipificación se realizará el análisis de la conducta.

8.3.4.1. Sobre el presunto acuerdo colusorio entre TV Sam y SONORA

De los hechos se ha verificado que SONORA y TVSAM han suscrito un acuerdo de exclusividad, el denominado “Contrato Privado de Alquiler de Frecuencia y Colaboración Empresarial”. Asimismo, se ha verificado claramente que son agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción (la empresa de Televisión de Señal Abierta que brinda como insumos sus contenidos a una empresa de Televisión por Cable, para que retransmita sus señales dentro de su programación) en relación a los contratos de distribución de exclusiva que vienen siendo analizados.

⁸¹ En su escrito de descargos, TVSAM señala lo siguiente:
“(…) En cuanto a las prácticas colusorias verticales, se requiere:

- (i) Que, la partes contratantes han celebrado el acuerdo de exclusividad sin justificación razonable.
- (ii) Que, se desarrollen en planos distintos de la cadena de producción.
- (iii) Que, una de las partes tenga posición de dominio.
- (iv) Que, la conducta perjudique a la competencia y a los distribuidores.

En este caso, consideramos que las empresas mencionadas coinciden en cuanto al ambiente o plano en el que se desarrollan, por lo que no es aplicable lo señalado en el literal ii.”

Sin perjuicio de ello, esta Secretaría Técnica no advierte, en principio, una intención anticompetitiva por parte de SONORA. En efecto, no existen indicios que permitan concluir que SONORA podría tener intención de afectar el mercado de Televisión por Cable, en el que no participa y al que no se encuentra vinculado a través de alguna empresa; asimismo, no se observa que SONORA tenga por objetivo poner barreras en el mercado de televisión de señal abierta (como sí podría ser si la exclusiva contemplara una obligación de no hacer por parte de TVSAM, en relación a que solo transmita la señal de SONORA y no la de sus competidoras en el mercado de televisión de señal abierta).

Por el contrario, la razonabilidad de la celebración del convenio de exclusividad podría explicarse, en principio, en función de la necesidad de SONORA de retransmitir sus señales por TVSAM dada su importante participación y la penetración de la Televisión por Cable en el mercado. En caso resultase así, ello denotaría que la suscripción del contrato de exclusividad se dio bajo presión ejercida por el poder de mercado de TVSAM, más que como un acuerdo consensuado entre empresas.

Para mayor profundidad en dicho análisis, cabe indicar que no existe contraprestación alguna por parte de TVSAM a SONORA (lo cual no resulta usual en la cesión de derechos de retransmisión exclusiva en las relaciones comerciales en los mercados de televisión) ni existen beneficios a favor de SONORA que hayan quedado acreditados en el expediente conforme a las investigaciones de esta Secretaría Técnica. Por el contrario, se han verificado beneficios solo por parte de TVSAM, en el mercado de Televisión por Cable.

Asimismo, desde un análisis de la racionalidad de los contratos de exclusividad, se observa que a pesar de que TVSAM valora mucho más su relación contractual con SONORA, en la medida que este contrato es el que prevé el mayor período de duración (más de 3 años), TVSAM le ofrece los mismos beneficios que le ofrece a los demás operadores de Televisión de Señal Abierta suscriptores de los demás contratos de exclusividad.

Por último, es importante precisar que la situación de SONORA no es mejor de lo que era antes a la firma del contrato, y si lo es, no podría ser atribuible al mismo. Esto, en la medida que previo al acuerdo de exclusividad con TVSAM, la señal de SONORA era retransmitida por todas las empresas de Televisión por Cable, incluida TVSAM – conforme lo ha reconocido SONORA en la comunicación remitida al OSIPTEL en respuesta a la carta C.039-ST/2011–.

En ese sentido, si una de las razones principales de la suscripción del contrato de exclusividad respondía a un interés en obtener mayor cobertura, no se comprende de qué forma este mismo objetivo no sería realizable sin la necesidad de la firma de la exclusiva: ante dos escenarios que ofrecían beneficios similares, no se entiende la

racionalidad de optar por el escenario que representa un mayor costo al generarse obligaciones de parte de SONORA frente a TVSAM.

Como se ha explicado anteriormente, resulta claro que la suscripción de un contrato de exclusiva requiere de la colaboración y la coordinación de los agentes que se relacionan en la cadena de distribución. No negamos que ha existido una coordinación entre TVSAM y SONORA. Sin embargo, se debe determinar la verdadera naturaleza de los hechos a fin de poder conocer si esta colaboración es producto de una conducta consensuada o si puede deberse a una política unilateral implementada por TVSAM y aceptada o tolerada por las otras empresas involucradas debido al poder de mercado de aquella en el mercado.

Tomando en cuenta lo indicado en la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas así como informes anteriores de esta Secretaría Técnica citados precedentemente, para *subsumir el acuerdo bajo análisis como una práctica colusoria vertical, dicho acuerdo debe estar diseñado para reportar beneficios a ambos integrantes del acuerdo (tanto TVSAM como SONORA), los mismos que no han sido acreditados para SONORA.*

Por el contrario, se ha determinado la verdadera naturaleza del acuerdo bajo análisis, conforme a lo siguiente: (i) no existe una contraprestación para SONORA, (ii) no se han acreditado otros beneficios reales para SONORA, siendo que su situación inclusive se ha limitado si la comparásemos con la situación anterior al contrato de exclusiva (cuando retransmitía su señal vía televisión por cable, incluida también TVSAM), (iii) no existen indicios que permitan concluir que SONORA podría tener intención de afectar el mercado de cable, en el que no participa y al que no se encuentra vinculado a través de alguna empresa y (iv) la razonabilidad de la celebración del convenio de exclusividad podría explicarse, en principio, en función de la necesidad de retransmitirlo por TVSAM dada su importante participación en el mercado.

En tal sentido, correspondería aplicar el Principio de la Primacía de la Realidad, aplicable a la normativa de libre competencia:

“Artículo 5.- Primacía de la realidad.-

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.”

En efecto, siendo que no todo acuerdo entre distintos agentes económicos responde a una práctica colusoria vertical, y luego de determinar la verdadera naturaleza del contrato de exclusiva suscrito entre TVSAM y SONORA, esta Secretaría Técnica – a pesar de la forma del acto jurídico suscrito y lo expuesto en el expediente por las

partes intervinientes en el mismo – considera que dicho contrato no debe ser analizado desde la perspectiva de las prácticas colusorias.

8.3.4.2. Sobre el presunto abuso de posición de dominio por parte de TV Sam

Descartado el contrato suscrito entre TVSAM y SONORA como una práctica colusoria, cabe indicar que la restricción vertical podría ser producto de una imposición unilateral o exigencia por parte de TVSAM en el mercado de televisión por cable en Tarapoto, procurando así su beneficio.

En relación a ello, TVSAM señaló en sus descargos que no puede haber existido una exigencia por parte de la misma, en la medida que *“como es usual en la contratación, la celebración de cualquier acuerdo, de modo general, implica la negociación entre partes, el intercambio de borradores/proyectos, lo que origina finalmente, el contrato como resultado de la libre manifestación de las partes contratantes. En ese orden de ideas, en efecto, la totalidad de contratos que suscribimos en el desarrollo de nuestras actividades económicas son frutos de las normales negociaciones entre las partes, por lo que implican coordinaciones entre las mismas”.*

Sin embargo, conforme se ha evaluado en los acápites precedentes, si bien los acuerdos implican un grado de colaboración y coordinaciones entre los agentes económicos involucrados en los acuerdos, se debe conocer la verdadera naturaleza de los acuerdos – que en el presente caso indica que los acuerdos firmados por TVSAM con las empresas de televisión de señal abierta locales no son acuerdos consensuados. Es así que, en aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad, esta Secretaría Técnica considera que conducta de TV Sam debe analizarse bajo la prohibición de abusos de posición de dominio.

A fin de reforzar esta posición, esta Secretaría Técnica cree importante reseñar algunas cuestiones que esclarecen mejor la naturaleza de la estrategia realizada por TVSAM en el mercado de televisión por cable en Tarapoto:

- El poder de mercado de TVSAM podría estar generando una obligación tácita para las empresas de señal abierta a contratar. Si la condición de TVSAM para transmitir las señales de los canales de Televisión de señal abierta es la exclusividad, sin brindar ninguna otra contraprestación al respecto, existe una presión en el mercado de televisión de señal abierta local de Tarapoto.
- La exigencia se observa cuando por iniciativa por parte de TVSAM comienza a “negociar” con las empresas de señal abierta (en un principio TNP Tarapoto, SONORA y Via TV), queriendo cambiar las condiciones de mercado sin una oferta de beneficios para un “acuerdo” si no exigiendo la firma exclusiva

para que retransmite los canales de señal abierta. Estos “contratos” resultan ser una imposición tácita o alguna exigencia originada en el poder de mercado de cable que ostenta TVSAM en el mercado relevante.

A modo de ejemplo, tenemos los hechos específicos en el caso de Via TV: (i) el invitado a suscribir la relación de exclusividad rechaza la oferta, (ii) Via TV cuando es requerida sobre este suceso, argumenta que rechazó la oferta en la medida que una relación de exclusividad atentaba contra su derecho de libertad de empresa (iii) TVSAM corta la señal de Via TV de su parrilla, (iv) Via TV firma, regresando a ser retransmitida en la parrilla de TVSAM por la necesidad de contar con la retransmisión de sus señales en la parrilla de TVSAM, por eso accede a retransmitir su señal vía esta empresa de manera exclusiva.

En conclusión, se confirma de los hechos en los que recae la presente investigación que los acuerdos de exclusiva bajo análisis no poseen las características ni tienen la naturaleza de las prácticas restrictivas comúnmente desarrolladas en la teoría, sino que corresponden a una estrategia de TVSAM conducente a exigir o imponer unilateralmente los contratos de exclusiva con ciertas empresas importantes que prestan servicios de televisión de señal abierta en Tarapoto.

Conforme a ello, los acuerdos de exclusiva investigados serán analizados desde la perspectiva de las prácticas de abuso de posición de dominio, en la medida que se podrían verificar incentivos anticompetitivos por parte de TVSAM para hacerse de una exclusividad con canales importantes de Televisión de Señal Abierta, como conducta pasible de generar efectos exclusorios en el mercado de televisión por cable en Tarapoto.

8.3.5. Mercado Relevante

La delimitación del mercado relevante resulta fundamental en una investigación sobre la realización de una presunta práctica anticompetitiva. Sin embargo, la definición del mercado relevante no es de interés por sí misma, sino solo un paso previo a la evaluación del poder de mercado.

El mercado relevante debe delimitar de forma clara el marco en el que actúa la empresa investigada, identificando el conjunto de productos y empresas que ejercen presión competitiva sobre la empresa investigada⁸².

A fin de determinar el mercado relevante en el que actúa TVSAM, la metodología a seguir en el presente informe se encontrara bajo el marco legal de la aplicación de la normativa de libre competencia en el mercado de telecomunicaciones: es decir, tanto el Decreto Legislativo N° 1034 como los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre

⁸² Motta, Massimo. Competition Policy: Theory and Practice. Cambridge University Press: EE.UU., 2004. Pg. 101.

Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones⁸³ (en adelante, los Lineamientos):

- El artículo 6.1. del Decreto Legislativo N° 1034 señala que el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.
- Además de lo mencionado por el Decreto Legislativo N° 1034, los Lineamientos disponen que se debe incluir en el análisis de mercado relevante a la delimitación del nivel comercial.

Según el Decreto Legislativo N° 1034⁸⁴, el mercado de producto relevante es el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Así, una vez identificado el servicio de la conducta investigada debe determinarse aquellos servicios que sean capaces de sustituirlo. Al respecto, en el análisis de sustitución se deben evaluar las preferencias de los consumidores, las características usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

De igual forma, los Lineamientos señalan que para poder evaluar el grado de sustitución entre los servicios deben evaluarse: (i) los sustitutos físicos; es decir, todos aquellos servicios que presentan características similares desde el punto de vista de los consumidores, luego, (ii) el análisis debe ampliarse para incluir los precios, para ello debe investigarse si los consumidores estarían dispuestos a cambiarse hacia alguno de los productos sustitutos si se produjese un incremento pequeño, pero significativo y permanente en el precio del servicio analizado⁸⁵.

El proceso de definición del mercado relevante haciendo uso del test del monopolista hipotético es resumido en el Gráfico N° 1. Según Davis y Garcés⁸⁶, debe partirse de una definición estrecha del mercado del producto y del mercado geográfico, es decir, se debe partir del producto que está siendo investigado, el cual es llamado “producto central” (focal product). Luego, debe evaluarse si un productor monopolista de este bien puede, de forma rentable, subir el precio entre un 5% o 10%. Si esto es posible este único producto debe constituir el mercado relevante. De lo contrario, debe buscarse e incluirse otros sustitutos cercanos.

⁸³ Aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD.

⁸⁴ Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

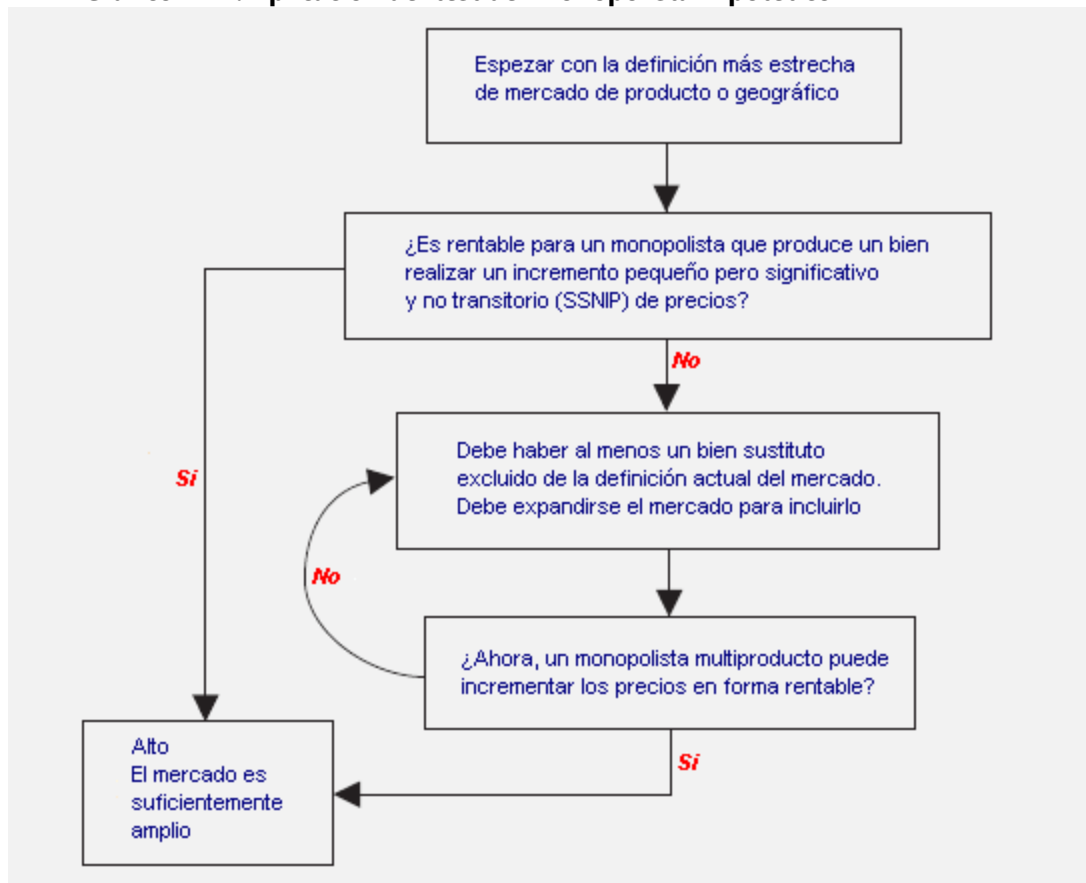
6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

⁸⁵ Esta metodología para determinar el mercado relevante, conocida como el test del monopolista hipotético o Test SNNIP, fue planteada inicialmente en 1982, tras la publicación de las “Merger Guidelines” en los Estados Unidos. El SNNIP consiste en preguntar cómo reaccionarían los consumidores ante un “pequeño pero significativo y no-transitorio” aumento de precios, manteniendo constantes los términos de venta de otros productos.

⁸⁶ Peter Davis and Eliana Garcés (2010). “Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis”. Princeton University Press. Pág. 202 - 204.

En ese caso, debe asumirse nuevamente un monopolista hipotético incluyendo cada uno de los productos candidatos a sustitutos del producto central, luego se repite la pregunta ¿un aumento del precio de 5% o 10% durante un año será rentable? Este proceso debe continuar en tanto la respuesta sea “no”, ya que una respuesta negativa indica que se está obviando al menos un bien sustituto en la definición del mercado relevante, lo finalmente limitará la rentabilidad de un incremento de precios del monopolista. Este proceso de agregar productos al mercado relevante debe detenerse cuando se tiene un conjunto de productos que le permiten al monopolista hipotético elevar los precios sin perder clientes. Así, el mercado relevante debe quedar definido por aquellos productos monopolizables. Cabe destacar que la implementación del monopolista hipotético se puede hacer tanto para la delimitación del mercado del producto, como para la delimitación del mercado geográfico.

Gráfico N° 1: Aplicación del test del Monopolista Hipotético



Fuente: Davis y Garcés (2010), pág. 203.

De esta manera, para los fines de esta investigación se utilizará el test del monopolista hipotético. A través de esta herramienta metodológica se determinará el mercado relevante, tanto en su dimensión de producto como en su dimensión geográfica.

8.3.5.1. El mercado de producto

El servicio en cuestión es el servicio de Televisión por Cable brindado por TVSAM en la ciudad de Tarapoto.

La Ley General de Telecomunicaciones define al servicio de Televisión por Cable como aquel que distribuye señales de radiodifusión de multicanales a multipunto, a través de cables y/u ondas radioeléctricas, desde una o más estaciones pertenecientes a un mismo sistema de distribución, dentro del área de concesión⁸⁷.

El servicio de Televisión por Cable es contratado por el usuario en una ubicación geográfica determinada. Las señales que suelen transmitirse a través de este servicio pueden ser locales, nacionales e internacionales. Las señales locales son aquellas que ofrecen contenidos propios de la localidad (provincia, departamento) en la que habita el usuario. Las señales nacionales, son aquellas que ofrecen contenidos de relevancia nacional, y que están presentes de manera homogénea (incluyendo en algunos casos pequeños bloques de programación local) en todo o gran parte del territorio nacional. Finalmente, las señales internacionales son aquellas que ofrecen contenidos generados en otros países distintos al del usuario.

Asimismo, las señales pueden ser abiertas (televisión de señal abierta), señales de cable y las señales Premium (entre las cuales se encuentra el llamado servicio de *Pay-Per view*). Las señales abiertas son aquellas que se transmiten por las ondas electromagnéticas (espectro) y que están dirigidas al público, constituyendo un servicio privado de interés público de telecomunicaciones, y contando con la posibilidad de poder ser retransmitidas por las empresas de televisión por cable en sus parrillas de canales. De otro lado, las señales de cable son aquellas señales con contenidos particulares que son contratadas por los operadores. Finalmente, están las señales *Premium*, las cuales ofrecen contenidos exclusivos y tienen un precio adicional al del resto de la parrilla de canales.

En general, el servicio de Televisión por Cable tiene algunas características muy particulares dentro de los servicios de telecomunicaciones. Una de las principales características de este servicio es la gran diferenciación del producto que hacen las empresas operadoras. En este caso una de las principales variable que se utiliza para diferenciar el servicio es la parrilla de canales (el contenido).

Cabe destacar que, la teoría de la diferenciación del producto señala que debido a la diferenciación del producto, hay una fuerte lealtad de los consumidores a la marca, será muy difícil para un nuevo entrante convencer a los consumidores de cambiarse de marca. Debido a ello el entrante deberá ofrecer mejores condiciones comerciales (menor precio, mejor calidad, etc) o realizar grandes inversiones en publicidad para

⁸⁷ Artículo 95 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley De Telecomunicaciones.

lograr convencer a los consumidores de cambiarse de marca. Es decir, se elevarían las barreras a la entrada⁸⁸.

Por el lado de la demanda deben considerarse dos dimensiones. En primer lugar debe evaluarse la sustitución en el uso del servicio; es decir, la posibilidad de que los consumidores puedan satisfacer la misma necesidad con el posible servicio alternativo sin que su nivel de bienestar se vea afectado. En segundo lugar, debe observarse que la tarifa del supuesto servicio alternativo permita que los consumidores puedan adquirirlo para reemplazar al servicio en cuestión.

Desde el punto de vista de las tecnologías a través de las cuales los consumidores pueden acceder al servicio de televisión por cable, actualmente se conocen cuatro modalidades, que se diferencian básicamente por el sistema de transmisión que utilizan: Cable físico, Multichannel Multipoint Distribution Service (MMDS), Satelital o Direct-to-home (DTH) e Internet Protocol Television (IPTV). Sin embargo, en la ciudad de Tarapoto las empresas operadoras presentes solo brindan el servicio a través de las modalidades de cable físico y satelital.⁸⁹

La empresa investigada, TVSAM, brinda sus servicios en la modalidad de cable físico. Esta modalidad del servicio requiere el uso de tres partes esenciales: la cabecera, la cual recibe, procesa y combina las señales a transmitir; el sistema de distribución, compuesto por los cables y los postes necesarios para transportarlos; y finalmente, los equipos en el domicilio del suscriptor.

Las principales ventajas de la prestación del servicio a través de la tecnología alámbrica se refieren a la no dependencia del espectro radioeléctrico (lo cual permite una mayor capacidad de emisión simultánea de canales), así como un bajo o nulo nivel de interferencias. Sin embargo, la implementación del sistema de distribución a través de cables tiene algunas desventajas referidas principalmente a las inversiones hundidas y al despliegue de infraestructura que se debe hacer.

Así, en principio, los servicios de cualquier operador que utilice la modalidad de cable físico deben considerarse como sustitutos del servicio de TVSAM, ya que, al margen de algunas diferencias producto

⁸⁸ Church, Jeffrey; y Ware, Roger . "Industrial Organization: A Strategic Approach". McGraw-Hill: EE.UU., 2000. Pág. 430.

⁸⁹ La modalidad MMDS, se caracteriza por ser un sistema inalámbrico de transmisión multicanal que transmite (haciendo uso del espectro radioeléctrico) las señales de televisión a través de microondas que son captadas por las antenas de las casas de los suscriptores. Otra modalidad que ha surgido en los últimos años producto del proceso de convergencia tecnológica es IPTV, la cual puede ser definida como un servicio de video sobre una red IP cerrada y gestionada. Ver: ANALYSYS MASON (2009). "Diseño de políticas óptimas en un entorno de convergencia de los medios de comunicación y las telecomunicaciones". Informe final y recomendaciones para OSIPTEL.pág. 97). Disponible en: http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/Investigaciones/wfrm_Consulta_Informacion_Investigaciones.aspx?CodInfo=0&CodiCat=9&CodiSubcat=1425&TituloInformacion=Consultor%c3%adas%20Internacionales%20sobre%20Convergencia

de la programación específica, tecnológicamente no debería existir ninguna diferencia para que un usuario use el servicio de TVSAM o de cualquier otro operador que preste el servicio en la modalidad de cable físico.

De otro lado, la modalidad satelital, utiliza satélites para transmitir señales de televisión directamente hacia los domicilios de los suscriptores que captan las señales a través de sus antenas parabólicas. Esta modalidad de transmisión ofrece múltiples ventajas entre las cuales se puede mencionar: cobertura a grandes áreas geográficas, gran capacidad de transmisión de canales, flexibilidad del operador para salir o entrar a mercados locales particulares (producto de bajos costos hundidos), mayor calidad de las señales. Sin embargo, al ser una señal inalámbrica, la transmisión es vulnerable a efectos climáticos.

Técnicamente, el servicio de Televisión por Cable a través de la modalidad de cable físico opera de forma distinta al servicio satelital, ya que el primer servicio llega a los abonados a través de una red de distribución conformada por cables y postes, mientras que en el servicio satelital las señales se transmiten a una red satelital que luego las retransmite a las antenas parabólicas instaladas en casa de cada abonado. Sin perjuicio de ello, ofrecen un producto similar, que si bien se puede diferenciar por los canales que contiene cada paquete, permite satisfacer las mismas necesidades. Entonces, es posible afirmar que, en el uso, el servicio de televisión por cable en la modalidad satelital es sustituto del cable físico.

Luego, tal como se ha señalado no basta con analizar las características físicas o técnicas de los servicios, sino que es necesario analizar la influencia de los precios en las decisiones de consumo de los usuarios. Sin embargo, antes de incorporar los precios al análisis de sustitución debe definirse el nivel comercial en el que se investiga la práctica. Los Lineamientos señalan que la delimitación del nivel comercial debe identificar en qué nivel de la cadena comercial en el cual los consumidores adquieren los servicios de telecomunicaciones⁹⁰. En tal sentido, considerando que las presuntas prácticas anticompetitivas se producen en el mercado final, el nivel comercial relevante para este caso sería el nivel de comercialización minorista, sin diferenciar las conexiones residenciales de las corporativas.

En el nivel comercial considerado para el análisis se ha observado la participación de hasta siete empresas operadoras del servicio de Televisión por Cable, tanto en la modalidad satelital como en la modalidad alámbrica. De un lado, en la modalidad alámbrica, se encuentran TVSAM, Cable Mundo, Cable Móvil y REDCOM. De otro lado, en la modalidad satelital se encuentran TMultimedia, Telefónica⁹¹, Claro⁹², y Directv.

⁹⁰ Ver página 8 de los Lineamientos.

⁹¹ Cabe destacar que en TMultimedia y Telefónica pertenecen al mismo grupo empresarial, y ambas empresas comercializan sus servicios bajo la marca Movistar. Particularmente, Telefónica

Ahora bien, considerando el nivel de comercialización minorista, el análisis debe ampliarse para incluir los precios. Tradicionalmente la televisión por cable satelital ha sido más cara que el mismo servicio a través de la modalidad de cable físico. Así, uno de los aspectos que más diferencia a la Televisión por Cable en la modalidad satelital de modalidad de cable físico es la existencia de algunos costos de acceso (o costos mayores) en la primera con respecto a la segunda. Sin embargo, actualmente no se observan grandes diferencias entre los costos de ambas modalidades, y ello se debe los propios operadoras de servicios satelitales otorgan algunas facilidades para disminuir estos costos, por ejemplo, ofreciendo los equipos en calidad de comodato⁹³, así como constantes promociones en las que el costo de instalación es reducido al 50% o, inclusive, se elimina.

Otro punto a considerar es la tarifa mensual que pagan los suscriptores en ambas modalidades. En el Cuadro N° 1, se pueden observar las tarifas mensuales de cada unas de las empresas que operan en el mercado relevante:

Cuadro N° 1: Tarifas mensuales de los operadores de Televisión por Cable en los distritos de Morales, Banda de Shilcayo y Tarapoto en el departamento de San Martín

Empresa	Entrada mercado	N° de canales	Tarifa	Precio por canal
Directv*	2005	105	S/. 82.00	S/. 0.78
Movistar*	2006	65	S/. 68.00	S/. 1.05
Claro*	2007	56	S/. 59.00	S/. 1.05
TV SAM	1995	86	S/. 55.00	S/. 0.64
Cable Móvil	2008	61	S/. 30.00	S/. 0.49
REDCOM	2009	80	S/. 40.00	S/. 0.50
Cable Mundo	2011	99	S/. 40.00	S/. 0.40

* El año de entrada es a nivel nacional. Asimismo, el número de canales y la tarifa mostradas son las que llevan a un menor precio por canal.

Fuente: Empresas Operadoras
Elaboración: STCCO - OSIPTTEL

Se observa que las empresas de Televisión por Cable local tienen tarifas mensuales por debajo de las empresas satelitales que operan a nivel nacional. Asimismo, puede verse que la cantidad de canales que ofrecen las empresas locales es mucho mayor; no obstante, debe tenerse en cuenta que una evaluación simple del precio por canal no es suficiente. Como señalan diversos autores,⁹⁴ en mercados en los que

comercializa el servicio de televisión por cable de forma empaquetada, junto con los servicios de telefonía fija e internet

⁹² Antes el servicio era comercializado por Telmex Perú S.A, empresa que fuera absorbida por América Móvil S.A.C.

⁹³ Comodato se refiere a un tipo de contrato por el cual se da o recibe prestada una cosa de las que pueden usarse sin destruirse, con la obligación de restituirla.

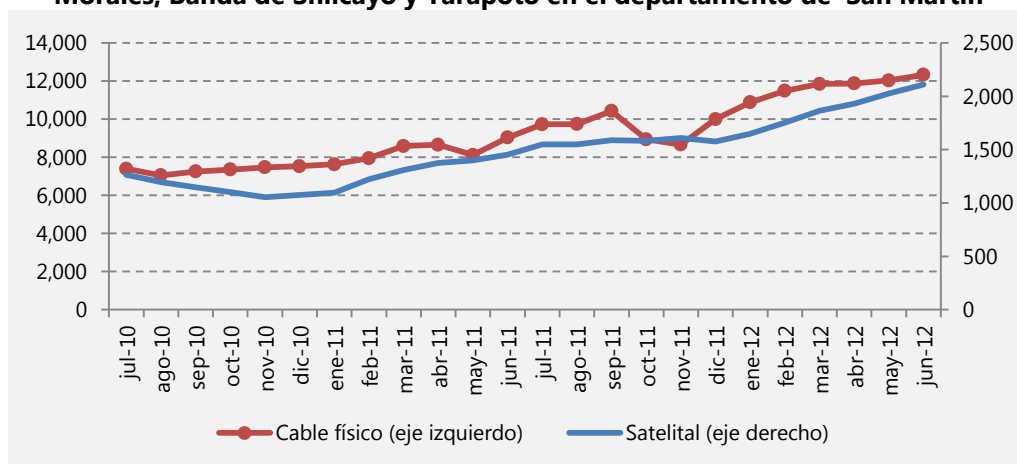
⁹⁴ OSIPTTEL (2008). "Diferenciación de Producto en el Mercado de Radiodifusión por Cable". Documento de Trabajo N° 001-2008. Pág. 5 – 7. Disponible en: http://www.osiptel.gob.pe/WebSiteAjax/WebFormGeneral/informacion_empresas/wfrm_Consulta_I

existe diferenciación del producto el precio deja de ser la variable más relevante. Es por ello que, para el caso en particular, más allá de observar si las empresas de televisión por cable satelital ofrecen tarifas similares a las de televisión por cable alámbrica, o si ofrecen la misma cantidad de canales, es importante evaluar la calidad y el tipo de canales.

A manera de ejemplo, en el caso de las parrillas de TMultimedia, Directv y Claro, estos ofrecen sus propios canales, los cuales en algunos casos ofrecen programación exclusiva, como son programas políticos, entretenimiento, deportes. Asimismo, la calidad con la que llega esta programación es muy importante, en la medida que la señal satelital suele llegar en forma más nítida, aunque a veces pueda depender de condiciones meteorológicas. No obstante, un argumento final que debe mencionarse, es el hecho de que en muchos casos, debido a las condiciones geográficas de la zona, la señal satelital es la mejor vía para atender la demanda.

De otro lado, es importante analizar las evoluciones de ambas tecnologías con respecto al número de abonados:

Gráfico N° 2: Evolución de las conexiones de cable físico y satelital en los distritos de Morales, Banda de Shilcayo y Tarapoto en el departamento de San Martín



Fuente: Empresas Operadoras
Elaboración: STCCO – OSIPTTEL

Como se puede observar del gráfico anterior, al margen de las escalas producto del grado de penetración de cada tecnología, así como la novedad de la tecnología satelital, el número de abonados en ambas modalidades han seguido la misma senda de crecimiento; incluso, el grado de correlación⁹⁵ entre ambos tipos de tecnología es elevado (el coeficiente de correlación es 0.95).

informacion.aspx?INFCODIGO=14174&SCATCODIGO=316&TituloInformacion=Documentos%20de%20Trabajo

⁹⁵ La correlación indica la fuerza y la dirección de una relación lineal y proporcionalidad entre dos variables estadísticas. Dos variables cuantitativas están correlacionadas cuando los valores de una de ellas varían sistemáticamente con respecto a los valores homónimos de la otra. El coeficiente

De esta manera, se ha mostrado evidencia suficiente de que el servicio de televisión por cable por satélite y el servicio de televisión por cable por medios alámbricos, para el análisis del presente caso, se encuentran en el mismo mercado relevante.

Respecto a otros sustitutos que podría tener el servicio de Televisión por Cable, podría pensarse que uno de ellos es el servicio de Televisión de Señal Abierta, ya sea en la modalidad analógica o en la modalidad digital. En relación a esta última, debe señalarse que esta no existe en el departamento de San Martín, encontrándose disponible solo en Lima Metropolitana. De otro lado, sobre la televisión analógica, si bien esta sí tiene una fuerte presencia en la zona, llegando con buena calidad de señal en el caso de los canales locales, no podría considerarse como un sustituto de la Televisión por Cable, ya que la primera no ofrece la variedad y calidad de contenidos que ofrece la última⁹⁶. En ese sentido, no se puede considerar que la televisión abierta ya sea digital o analógica, pertenece al mismo mercado relevante que la televisión por cable.

8.3.5.2 El Mercado Geográfico Relevante

Luego de haber definido el servicio relevante, corresponde determinar el mercado geográfico. De acuerdo con el artículo 6.3 del Decreto Legislativo N° 1034, el mercado geográfico es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

de correlación puede ser negativo o positivo, cuando la correlación es negativa significa que la relación entre las variables es inversa, mientras que cuando la correlación es positiva significa que la relación entre las variables es directa. Finalmente debe señalarse que el coeficiente de correlación puede tomar valores entre -1 y 1.

⁹⁶ Este mismo análisis se realizó en la Resolución Final del caso Telecable contra TMultimedia y Telefónica, citado anteriormente. Al respecto, se señaló lo siguiente:

“Respecto de dicho argumento, si bien, a través de la televisión de señal abierta es posible transmitir contenidos similares a los que transmite TELEFÓNICA MULTIMEDIA por el cable físico, ello sólo implica que en términos técnicos son sustitutos. Sin embargo, dado que la sustituibilidad debe analizarse desde el punto de vista de los consumidores, el argumento de TELEFÓNICA MULTIMEDIA no es una condición suficiente para que la televisión de señal abierta pueda considerarse como sustituto del servicio ofrecido por esta misma empresa.

Desde el punto de vista de los consumidores, mediante la red de cable físico –además de una gran cantidad de canales adicionales- actualmente pueden recibir servicios de internet con tarifas fijas mensuales y potencialmente en el futuro podrían recibir servicios de telefonía u otros. Esto no resulta posible, sin embargo, mediante la televisión de señal abierta. Tomando en cuenta estos factores, además de aquéllos considerados por la Gerencia de Relaciones Empresariales, este CCO considera que en el presente caso la televisión de señal abierta no puede considerarse un sustituto del servicio ofrecido por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, motivo por el cual no puede considerarse dentro del Mercado Relevante.”(El subrayado es nuestro)

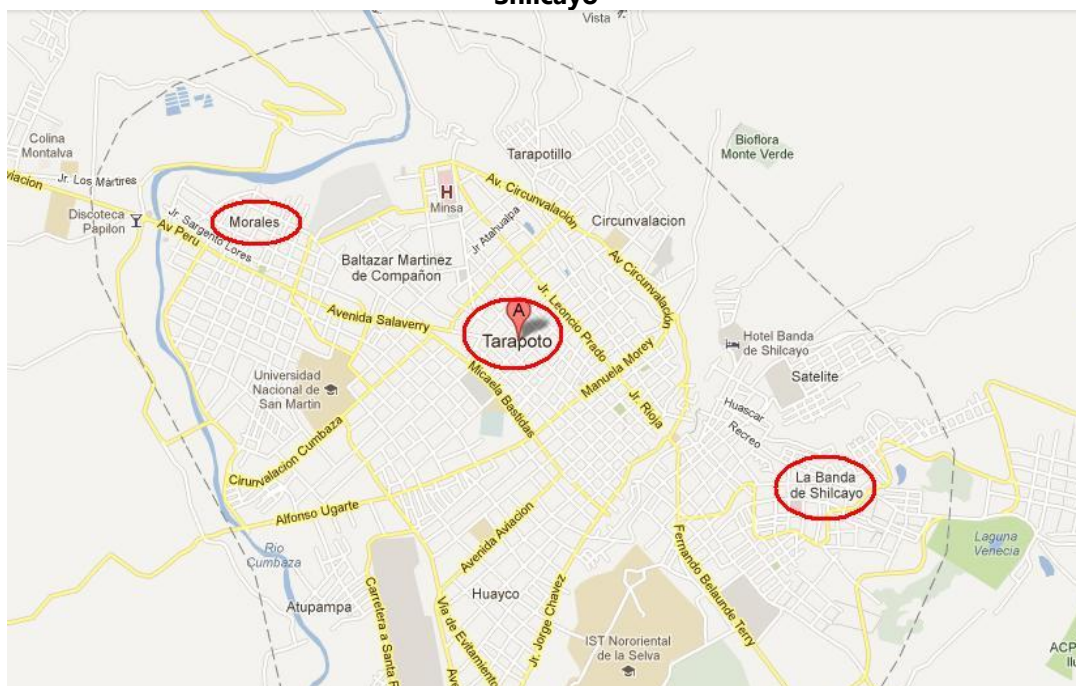
De acuerdo a NERA⁹⁷, el mercado geográfico relevante está constituido por el territorio en el cual se desarrolla la oferta y la demanda de aquellos productos que han sido considerados sustitutos. En el caso de los servicios, existe una marcada diferencia respecto a los bienes, en la definición del mercado relevante. Es decir, dependiendo de la naturaleza del producto (bien o servicio) será distinto el análisis para determinar el mercado relevante. A diferencia de los bienes, que se pueden consumir en cualquier lugar, el consumo de un servicio normalmente se realiza en el lugar donde éste es prestado.

Particularmente, el servicio de televisión por cable presenta un desarrollo competitivo que tiene una delimitación geográfica bastante marcada. En efecto, un usuario solo puede contratar el servicio a un operador que lo ofrezca en el lugar donde reside; de otro lado, un operador solo brindará el servicio a los usuarios que residen en su zona de cobertura.

Al igual que en el análisis de sustitución para determinar el mercado producto, en la determinación del mercado geográfico debe realizarse también tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta.

El área geográfica afectada por la realización de la exclusiva entre TV SAM y SONORA es el distrito de Tarapoto; en tal sentido, el análisis debe partir de este mercado geográfico. Para un análisis del mercado geográfico relevante final, es preciso determinar la zona geográfica:

Gráfico N° 3: Ubicación geográfica de los distritos de Tarapoto, Morales y Banda de Shilcayo



Fuente: [Google Maps](https://www.google.com/maps)

⁹⁷ Consultora NERA (2003). Metodología para la definición y análisis del mercado de referencia y la competencia efectiva. Manual preparado para la CMT. Pág. 78 – 82.

Desde un punto de vista puramente geográfico, en el gráfico anterior se observa que los distritos más cercanos a la ciudad de Tarapoto son Morales y Banda de Shilcayo. El distrito de Morales se encuentra ubicado a 3 kilómetros al norte de Tarapoto mientras que el distrito de Banda de Shilcayo se ubica a solo 1 kilómetro de la ciudad de Tarapoto⁹⁸. En tal sentido, en un primer momento, podría considerarse la posibilidad de tener a Morales y Banda de Shilcayo en el mismo mercado relevante de Tarapoto.

El análisis por el lado de la demanda debe investigar si un usuario del servicio de televisión por cable en Tarapoto podría sustituir fácilmente el servicio que recibe en esta ciudad, por el servicio que se ofrece en Morales o Banda de Shilcayo. En ese sentido, si bien los distritos de Morales y Banda de Shilcayo son colindantes con el distrito de Tarapoto, dado que el servicio de televisión por cable debe ser contratado en el lugar de residencia del usuario, resulta difícil concluir que un abonado que residen en el distrito de Tarapoto se mude a Morales o Banda de Shilcayo solo para poder recibir el servicio de un operador de alguno de estos distritos. Así, el grado de sustitución geográfica entre Tarapoto y los distritos de Morales y Banda de Shilcayo no parece ser considerable.

Sin embargo, el análisis de sustitución también debe hacerse por el lado de la oferta. Tal como señala NERA⁹⁹, por el lado de la oferta es necesario examinar en qué medida es posible que los operadores que ofrecen sus servicios en otras áreas geográficas amplíen su radio de operación y/o comercialicen en la zona considerada en el análisis. Es decir, debe analizarse en qué medida es posible que operadores que operan en los distritos de Morales y Banda de Shilcayo puedan prestar también sus servicios en Tarapoto.

La ubicación geográfica de Morales y Banda de Shilcayo posibilita que una empresa que brinda el servicio de televisión por cable en estos distritos pueda extender sus operaciones al distrito de Tarapoto. Sin embargo, más allá de la posibilidad que ofrece la cercanía geográfica, debe analizarse también si el distrito de Tarapoto es comercialmente atractivo para un operador de Morales o Banda de Shilcayo.

Al respecto, cabe destacar que según los datos del Censo del año 2007, la densidad poblacional en Tarapoto (1004.3 Hab/Km²) es mayor que la densidad poblacional en Morales (535.5 Hab/Km²) y Banda de Shilcayo (101.4 Hab/Km²).¹⁰⁰ Asimismo, la tenencia de televisores en los hogares de Tarapoto era mayor a la tenencia de televisores en Morales y Banda de Shilcayo; en Tarapoto, el 80.8% de los hogares poseían televisor a colores, mientras que el Morales y Banda de Shilcayo este indicador era

⁹⁸ La información de las distancias de los distritos proviene de la página web de la región San Martín: <http://www.san-martin.com/provincias/san-martin/tarapoto.htm>

⁹⁹ Consultora NERA (2003). Metodología para la definición y análisis del mercado de referencia y la competencia efectiva. Manual preparado para la CMT. Pág. 63 y 64.

¹⁰⁰ INEI (2010). "Departamento San Martín: Compendio Estadístico 2010". Pág. 13 <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0973/libro.pdf> (última visita, 18/12/2011).

73.4% y 64.9% respectivamente.¹⁰¹ Así, resulta evidente que para una empresa de televisión por cable que opera en los distritos de Morales y/o Banda de Shilcayo, resulta atractivo expandir sus operaciones hasta el distrito de Tarapoto, pues el mercado potencial de este último es más grande que el que le ofrecen los distritos de Morales y Banda de Shilcayo. Inclusive, producto de las economías de escala que presenta el servicio de televisión por cable, sería beneficioso que un operador extienda su presencia a Tarapoto.

En tal sentido, el mercado geográfico relevante esta conformado por los distritos de Tarapoto, Morales y Banda de Shilcayo.

8.3.5.3. Conclusión sobre el mercado relevante aplicable a la presente controversia

Producto del análisis realizado en las sub secciones previas se puede concluir que el mercado relevante está conformado por el servicio de Televisión por Cable en las modalidades satelital y alámbrico, en los distritos de Tarapoto, Morales y Banda de Shilcayo.

8.3.6. Posición de dominio en el mercado relevante

De acuerdo al artículo 7.1 del Decreto Legislativo N° 1034, se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en el mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- Una participación significativa en el mercado relevante.
- Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

Por su parte, en el numeral 4.1.1. de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones se establece que algunas de las variables que OSIPTTEL podrá tomar en consideración para determinar si una empresa exhibe posición de dominio, son: porcentaje de participación de la empresa en el mercado, nivel de concentración del mercado, control de recursos esenciales, el grado de integración vertical, barreras a la entrada, posibilidad de utilizar infraestructura

¹⁰¹ Los datos son extraídos de:

<http://inei.inei.gob.pe/inei/RedatamCpv2007.asp?id=ResultadosCensales?ori=C>

propia para proveer otros servicios, otros factores que permitan evaluar el nivel de independencia con el que una empresa está en capacidad de actuar con relación a sus competidores o clientes.

A continuación se realizará un análisis basado en los factores para determinar la existencia de posición de dominio de TVSAM en el mercado relevante previamente definido. Para ello, esta Secretaría Técnica ha considerado principalmente factores tales como: una participación significativa en el mercado relevante, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica, la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos¹⁰².

8.3.6.1. Análisis de participación y concentración del mercado

En el presente análisis de participación y concentración del mercado de Televisión por Cable, se ha considerado evaluar la participación de TVSAM en conjunto con la de Cable Movil, en la medida que a la fecha de la realización de la conducta ambas eran un solo agente económico. Esto en la medida que, esta Secretaría Técnica ha corroborado que el Sr. Alejandro Aguilar Uzategui fue nombrado como Gerente General en Cable Movil en marzo del 2011; y en TVSAM, en diciembre del 2011 (quien dejó este cargo en TVSAM en febrero del 2012). Adicionalmente, cabe señalar que el Sr. Alejandro Aguilar ocupó en TVSAM, con anterioridad a su nombramiento como Gerente General, el cargo de miembro del Directorio de la referida empresa, existiendo así un vínculo de gestión continua entre ambas empresas.

En ese sentido, como bien indica el artículo 4°, literal e), de la Resolución SBS N° 445-2000—Aprueban normas especiales sobre vinculación y grupo económico¹⁰³, se considera que existe relación de propiedad cuando entre personas jurídicas tienen en común a un gerente o miembro del Directorio, como bien se ha podido corroborar en el caso de TVSAM y Cable Movil.

¹⁰² Cabe precisar que algunas variables señaladas en los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones como determinantes de la posición de dominio serán analizadas como barreras de acceso, por constituir en efecto costos a la entrada o permanencia de los operadores.

¹⁰³ **Resolución SBS N° 445-2000 – Aprueban normas esenciales sobre vinculación y grupo económico**

Artículo 4.- Existe relación de propiedad cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa e indirecta una persona representa el 4% o más de las acciones o participación con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta.

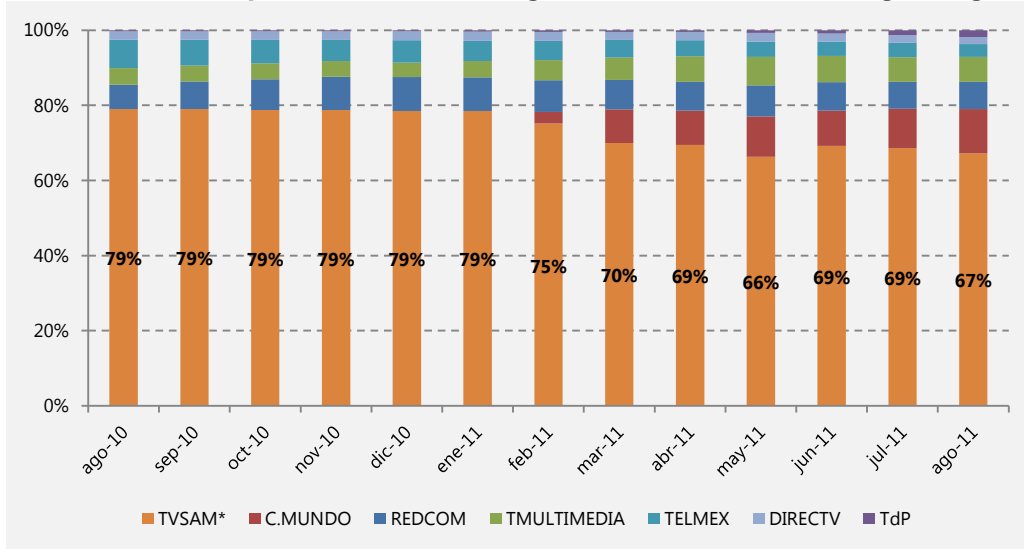
Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:

(...)

e) Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.

Entre agosto de 2010 y agosto de 2011 (en esta última fecha se firmó la exclusiva entre TVSAM y SONORA), TVSAM ha mantenido la mayor participación en el mercado relevante. Como se puede ver en el Gráfico N° 4, la participación promedio en el periodo señalado ha sido de 70%. Cabe destacar que, si bien se observa una disminución en la participación de TVSAM a partir del mes de enero de 2011, producto de la entrada de Cable Mundo, esta disminución en la participación de TVSAM solo fue fuerte entre los meses de enero y marzo de 2011, estabilizándose en los meses posteriores.

Gráfico N° 4: Participación de mercado, según número de abonados (ago10-ago11)



* Incluye la participación de TVSAM junto con la de Cable Móvil.

Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: STCCO - OSIPTTEL

Respecto a la concentración del mercado, en el Gráfico N° 5 se muestra el índice de concentración del mercado HHI¹⁰⁴. Como se puede ver en el

¹⁰⁴ Como se sabe el HHI (Herfindahl-Hirschman Index) fue definido en los Horizontal Merger Guidelines elaborados por el Departamento de Justicia de Estados Unidos. EL HHI fluctúa entre 0 y 10,000 siendo este último caso aquel del monopolio que cuenta con el 100% del mercado. Según los resultados del HHI la autoridad de defensa de la competencia asume un determinado grado de concentración del mercado y, según ello, permite inferencias sobre la posibilidad de ejercicio de poder de mercado, según se explica en el siguiente cuadro:

Valor del HHI	Grado de Concentración	Potencialidad de Ejercicio de Poder de Mercado
Menor a 1500	Mercado no concentrado	Reducida
Entre 1,500 y 2,500	Mercado moderadamente concentrado	Moderada
Superior a 2,500	Mercado altamente concentrado	Elevada

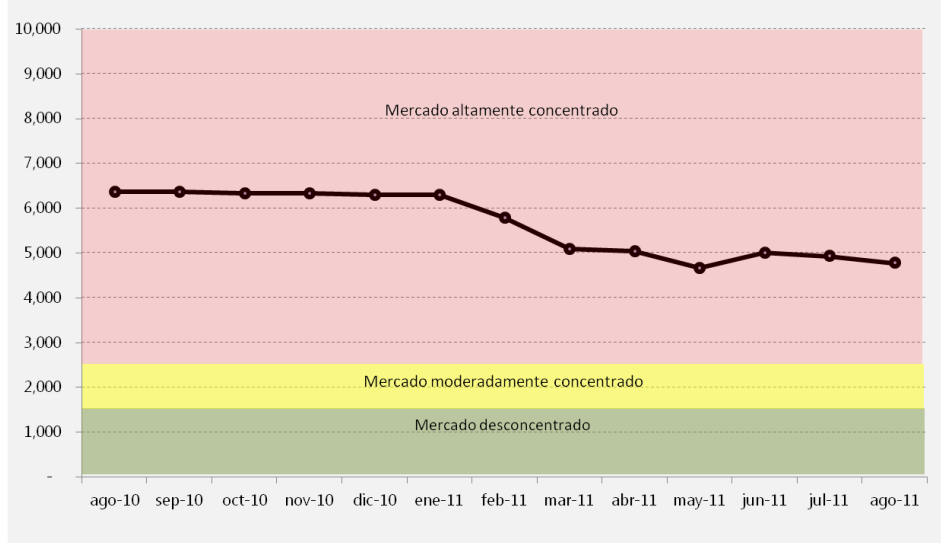
El indicador se calcula a partir de las participaciones de mercado de N empresas, según la siguiente fórmula:

$$HHI = \sum_{i=1}^N S_i^2$$

Donde:

gráfico señalado, la concentración que presenta el mercado es alta, observándose un nivel promedio mayor a 5, 600 entre agosto de 2010 y agosto de 2011. Si bien, el HHI sufrió una disminución entre enero y marzo de 2011, producto de la entrada de Cable Mundo, a partir del mes de abril de ese mismo año se ha estabilizado en un nivel promedio de 5,000, nivel que duplica el mínimo de 2,500 que define un mercado como altamente concentrado.

Gráfico N° 5: Evolución del Índice de Concentración de Mercado (HHI), ago10-ag11



Fuente: Empresas Operadoras

Elaboración: STCCO – OSIPTTEL

Otro indicador importante a considerar cuando se intenta cuantificar el grado de concentración del mercado es el Índice de Dominancia (ID)¹⁰⁵. En el Gráfico N° 6 se puede ver que el ID se mantiene muy cercano al nivel de 1, el cual refleja una elevada dominancia por parte de la empresa más grande, es decir, el grado de dominancia que tiene TVSAM es casi monopolístico, no presentándose mayor disminución en este indicador a pesar de la reducción observada en la participación de TVSAM y el HHI del mercado.

N = número de empresas en una industria

S_i = participación de mercado de la empresa i

¹⁰⁵ El Índice de Dominación o de Dominancia (ID) mide cuán dominado está un mercado por la empresa más grande que opera en el mismo. Este índice toma valores entre $1/N$ y 1, tomando el valor de 1 en el caso de un monopolio

$$ID = \sum_{i=1}^N \left(\frac{S_i^2}{HHI} \right)^2$$

Donde:

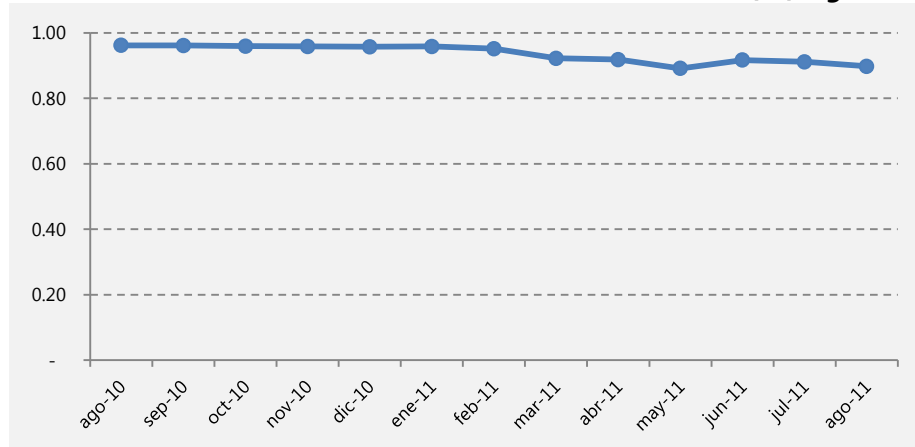
S_i = participación en el mercado de la empresa i .

N = número de empresas participantes en el mercado.

HHI = Índice Herfindhal-Hirschman

Cabe mencionar que el valor del ID depende del tamaño relativo de las empresas y de la estructura de mercado.

Gráfico N° 6: Evolución del Índice de Dominancia de Mercado (ID), ago10-ag11



Fuente: Empresas Operadoras
Elaboración: STCCO - OSIPTEL

De esta manera, como se ha visto en los gráficos líneas arriba, el mercado analizado en la presente controversia es altamente concentrado, siendo TVSAM la empresa operadora que ostenta la mayor tasa de participación.

Sin perjuicio del análisis efectuado en líneas precedentes, cabe indicar que si en el análisis se considerara por separado a TVSAM y Cable Móvil, los resultados de los indicadores de participación y concentración no muestran mayores variaciones, confirmándose que TVSAM es la empresa de mayor participación en el mercado relevante (con cuotas de mercado superiores a 50%), y que el mercado relevante es un mercado altamente concentrado (debido a un HHI en todo momento superior a 3,000 y un Índice de Dominancia muy cercano a 1).

8.3.6.2. Barreras a la entrada y factores adicionales para determinar la posición de dominio

Adicionalmente al análisis de participación y nivel de concentración en el mercado, para arribar a la conclusión de que TVSAM ostenta posición de dominio es necesario analizar otros factores.

Un factor a tomarse en cuenta son las características de la oferta y la demanda del servicio de televisión por cable en el mercado relevante. Por el lado de la demanda, en el mercado relevante se observa una importante penetración de la televisión. Según CPI, a través de su Estudio Nacional de Cobertura de Televisión, entre mayo y junio de 2012, el 95% de los hogares de Tarapoto cuentan por lo menos con un aparato de televisión. Asimismo, según este mismo estudio, el 67% de los hogares cuentan con el servicio de televisión por cable en el distrito de Tarapoto.

Si bien no se cuenta con estos indicadores para los distritos de Morales y Banda de Shilcayo, es probable que, dado el tamaño del mercado de Tarapoto con respecto a los otros dos distritos, la tenencia de televisor y la penetración del servicio de televisión por cable en el mercado relevante

sean cercanas a las cifras antes mencionadas. En ese sentido, el servicio de televisión por cable cuenta con una demanda –tanto actual como potencial-elevada en el mercado relevante, este hecho puede ser aprovechado por TVSAM para incrementar su poder de mercado.

Por el lado de la oferta es importante considerar algunos factores de mercado, así como factores tecnológicos, los cuales finalmente pueden derivar en barreras a la entrada. Por el lado de los factores tecnológicos, debe señalarse que la televisión por cable presenta algunas características de monopolio natural, debido a la presencia de economías de escala y economías de densidad¹⁰⁶. Esta última característica explicaría la existencia de pequeñas empresas que atienden áreas geográficas específicas, con alta densidad poblacional, a precios muy competitivos.

Debe considerarse también la diferencia en los costos de provisión del servicio de acuerdo a la tecnología que se utilice. Si un operador decide proveer el servicio de televisión por cable a través de la modalidad alámbrica, debe enfrentar algunas barreras a la entrada y salida del mercado, referidas principalmente al despliegue de infraestructura necesaria para atender el mercado (inversiones hundidas). Estas barreras no son tan fuertes cuando se presta el servicio a través de la modalidad satelital.

Otra característica que debe tenerse en cuenta por el lado de la oferta del servicio es el poder de negociación que puede alcanzar una empresa operadora del servicio de televisión por cable con respecto a los proveedores de contenidos. Por ejemplo, si una empresa de Televisión por Cable quiere negociar los derechos para transmitir una determinada señal, logrará que la empresa proveedora de contenidos le cobre un menor precio por abonado en la medida que tenga una cantidad más grande de abonados. Esta es una ventaja que tendría TVSAM y que sería difícil de alcanzar por parte de sus competidores (principalmente los operadores de cable locales), dada la diferencia en las cuotas de mercado las mismas que han sido analizado líneas arriba.

Precisamente, la forma estratégica de utilizar los contenidos para atraer potenciales clientes, es una diferenciación del producto. Tal como lo sostienen Church y Ware¹⁰⁷, la estrategia de diferenciación puede ser fuente del poder de mercado de una empresa y puede ser utilizada para incrementar las barreras a la entrada¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Gracias a las economías de densidad, el costo medio de la provisión del servicio se hace menor a medida que aumenta la concentración geográfica de la demanda, ello debido a que el costo de atender a un hogar adicional en una zona ya cubierta es muy bajo.

¹⁰⁷ Church, Jeffrey; y Ware, Roger. "Industrial Organization: A Strategic Approach". United States, McGraw-Hill: 2000. Pág. 430

¹⁰⁸ No obstante, cabe tener en cuenta que la estrategia de diferenciación no significa un incremento a las barreras de entrada *per se*. Por el contrario, la referida estrategia es una práctica deseable en el mercado en la medida que atiende necesidades específicas de distintos consumidores e incrementa la competencia entre los agentes económicos. En ese sentido, sólo será reprochable la mencionada práctica cuando esta tenga el único objetivo de excluir competidores creando efectos ajenos al daño concurrencial, como lo son las barreras estratégicas de acceso al mercado.

En ese sentido, TVSAM parece haber tenido una estrategia muy clara de diferenciación de su producto (su parrilla de canales), la cual ha sido no solo acaparar la mayor cantidad de contenido local, sino el preocuparse por contar con el contenido que goza de mayor preferencia por parte de los usuarios.

La firma de contratos de exclusividad entre diversas empresas de contenido y TVSAM muestran el gran poder de negociación de esta última. De acuerdo a los hechos señalados, la elevada tasa de participación que ostenta TVSAM en el mercado relevante sería usada para lograr contratos de exclusividad entre los canales locales de televisión y este operador de televisión por cable. Así, dado que aproximadamente el 70% de los suscriptores de televisión por cable en el mercado relevante pertenecen a TVSAM, las empresas proveedoras de contenidos y/o canales locales acceden a los contratos de exclusividad planteados por TVSAM ante el temor de quedar fuera de una parte tan importante del mercado. Es decir, el poder de negociación de los proveedores de contenidos es bajo.

La firma de contratos de exclusividad entre TVSAM y los canales y proveedores de contenido local, constituyen una barrera a la entrada estratégica, ya que estos contratos dificultan el desarrollo competitivo de otros operadores del servicio de Televisión por cable, pues estos deben incurrir en costos específicos a la búsqueda o creación de contenido que reemplace a los canales que han firmado la exclusiva con TVSAM.

Una ventaja adicional que posee TVSAM es su tiempo de permanencia en el mercado. La concesión a TVSAM para que brinde el servicio de televisión por cable en la modalidad alámbrica se otorgó el 12 de julio de 1995. En ese sentido, el conocimiento del mercado que puede haber adquirido TVSAM es mucho mayor que el que podría tener un operador de la competencia.

En resumen, como factores adicionales a la elevada participación de TVSAM en el mercado relevante, así como la elevada concentración del mismo, se observan los siguientes hechos:

- Existe una elevada demanda –tanto actual como potencial- por el servicio de televisión por cable en el mercado relevante, esto se ve evidenciado en el importante crecimiento en el número de suscriptores del servicio y a la tenencia de televisión en los hogares.
- En la modalidad de televisión por cable alámbrica existen importantes economías de escala, así como importantes inversiones hundidas que pueden ser barreras a la entrada y salida del mercado.
- Se observa la existencia de barreras a la entrada. En el caso de las barreras económicas estas no son tan fuertes, sin embargo; las mayores barreras a la entrada son estratégicas, siendo la principal barrera la estrategia desplegada por TVSAM de acaparar los contenidos locales, que gozan de gran preferencia por parte de los usuarios del servicio.
- En relación a lo anterior se observa que el poder de negociación de los proveedores de contenido es muy limitado, lo cual se evidencia en la

amenaza de TVSAM de dejar fuera de su parrilla a los canales de televisión que no firmen contratos de exclusividad con ellos.

8.3.6.3. Conclusión sobre la posición de dominio de TV SAM

El conjunto de factores analizados en los puntos previos (participación de mercado, índices de concentración, barreras a la entrada, diferenciación del producto), llevan a la conclusión de que cuando se realizaron los contratos de exclusividad exigidos por TVSAM, esta contaba con posición de dominio en el mercado relevante. Por lo que, es posible afirmar que esta empresa tendría 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 enfrentar y disciplinar a la empresa investigada.

8.3.7. El abuso de la posición de dominio

Acreditados los acuerdos de exclusiva (el acuerdo de exclusiva entre TVSAM con la empresa SONORA y el acuerdo de exclusiva entre TVSAM con Via TV), identificado el tipo sancionador que corresponde para el análisis de dichos acuerdos (el abuso de posición de dominio), y determinada la posición de dominio en el mercado relevante por parte de TVSAM, corresponde que la Secretaría Técnica proceda con el análisis respectivo para determinar si TVSAM ha realizado un abuso de posición de dominio en el mercado relevante.

De acuerdo a la metodología de análisis de competencia, para sancionar una práctica anticompetitiva es indispensable acreditar que esta tiene efectos negativos sobre la competencia en el mercado. Estos efectos negativos deben ser luego comparados con las eficiencias que genera la conducta, si dichas eficiencias son menores que los efectos negativos, la práctica debe ser sancionada. Al respecto, es preciso resaltar que no solo se deben considerar los efectos negativos reales, sino también los potenciales, tanto para la competencia como para el bienestar de los consumidores.

En ese sentido, a fin de determinar si TVSAM ha infringido el artículo 10 del Decreto Legislativo 1034 mediante el establecimiento de acuerdos de exclusiva con empresas de televisión de señal abierta, esta Secretaría Técnica – considerando lo desarrollado en el marco teórico de las exclusivas desarrollado en punto 9.1. y en el marco legal y jurisprudencial de las exclusivas como abuso de posición de dominio desarrollado en el punto 9.3.2.1. – evaluará lo siguiente:

- La importancia de los canales de señal abierta con los que TV SAM mantiene un contrato de exclusividad.
- Justificaciones para la suscripción de las exclusivas (efectos positivos de los convenios de exclusividad).
- Los efectos anticompetitivos.
- Los efectos negativos en el bienestar del consumidor

- Otras consideraciones relevantes para el análisis de las exclusivas bajo análisis (como el índice de cierre de mercado y la duración de los contratos)

8.3.7.1. La importancia de los canales bajo análisis con los que TVSAM mantiene un contrato de exclusividad.

En relación a las preferencias por la programación de estos canales, TV SAM (al igual que SONORA) cuestionó en sus descargos el nivel de preferencias y la presencia en el mercado de los programas televisivos transmitidos por las empresas de televisión de señal abierta con quienes suscribió contratos de exclusividad. A fin de conocer dichas preferencias con mayor precisión, esta Secretaría Técnica encargó la contratación de una consultoría para efectuar una medición de audiencia en el mercado afectado (Tarapoto)¹⁰⁹. La presente sección se basa principalmente en los resultados finales de dicho Informe.

Como se observa en el Cuadro N° 2, actualmente en Tarapoto se ha detectado la existencia de hasta trece canales locales, los cuales son transmitidos tanto en señal abierta como a través de los operadores de Televisión por Cable. Asimismo, son cinco los canales locales que se transmiten de forma exclusiva por TVSAM, quedando fuera de la parrilla de otros operadores de TV de paga, estos canales son: Activa TV, Amazon TV, Antares TV, Solar TV y TV Tarapoto (SONORA)¹¹⁰.

Cuadro N° 2: Canales locales en el distrito de Tarapoto

Canal	Señal Abierta	TVSAM	Cable Mundo	REDCOM
Activa TV		21		
Amazon TV		75		
Antares TV		24		
CNKTV	9		17	30
La exitosa	19	74		
Mega TV		18	16	
Music TV			19	
NKTV	25			66
Ribereña	23	76	21	36
Solar TV		20		
TV Tarapoto	7	26		
Vía TV	15		15	
REDCOM TV				35

Fuente: CPI

Elaboración: STCCO - OSIPTTEL

¹⁰⁹ Si bien el mercado relevante está constituido por los distritos de Banda de Shilcayo, Morales y Tarapoto, conforme al análisis previo; el mercado afectado con la estrategia de TVSAM es solo el distrito de Tarapoto en la medida que las exclusivas operan en dicho distrito. Es por ello que los efectos anticompetitivos se han investigado en dicha zona geográfica.

¹¹⁰ Cabe indicar que cuando se inició la estrategia por parte de TV Sam respecto a la firma de exclusivas, se encontraba un canal local de señal abierta adicional: La Karibeña.

Sin perjuicio del panorama actual, durante los años 2011 y 2012, TVSAM ha tenido como exclusivos a diversos canales locales, entre los mismos a tres canales de televisión de señal abierta:

Canales locales en el distrito de Tarapoto en relación de exclusividad con TVSAM entre el 2011 y 2012^{111 112}

Canal	Señal Abierta	Señal Cerrada	TVSAM
Activa Televisión		X	X
Amazon TV		X	X
Antares TV		X	X
CNKTV		X	X
Rotativos		X	X
Karibeña TV	X		X
Solar TV		X	X
SONORA	X		x
Vía TV	X		X

Elaboración: STCCO - OSIPTel

Al respecto, no solo debe tenerse en cuenta que encima del 40% de los canales locales son transmitidos de forma exclusiva por TVSAM (a la fecha) y durante el periodo investigado un porcentaje bastante mayor, sino que también debe considerarse los niveles de preferencia que alcanzan estos canales en el distrito de Tarapoto. En relación a ello, en el Cuadro N° 3 se puede observar el alcance semanal de los canales de televisión que se transmiten en el distrito de Tarapoto (entendido como el consumo de los canales promedio de días y horas en la última semana):

Cuadro N° 3: Alcance semanal de Televisión

	TOTAL	TENENCIA DE CABLE	
		TIENE	NO TIENE
	%	%	%
AMERICA TV	73.1	81.8	44.4
FRECUENCIA LATINA	59.4	61.6	52.3
TV TARAPOTO	56.5	54.3	63.9
ATV	50.4	59.7	19.7
ANTARES TV	33.1	41.2	6.4
PANAMERICANA	20.4	20.1	21.3
VÍA TV	20.1	11.1	38.7
TELEVISIÓN NACIONAL	13.7	14.4	22
GLOBAL TV	6.5	7.5	3.1
MEGA TV	5.9	7.6	0

¹¹¹ La presente tabla se basa en la información obtenida por la Secretaría Técnica, durante el periodo investigado, ya sea por medio de la GOD, las partes o alguna otra empresa a la cual se le requirió información.

¹¹² Cabe indicar que recientemente han cambiado algunas condiciones en el mercado. Entre otras cuestiones, Vía TV estaría siendo retransmitido por Cable Mundo, al igual que CNKTV, conforme a lo que señala la consultora CPI.

RIBEREÑA TV	3	2.7	4
ACTIVA TV	1.8	2.4	0
SOLAR TV	1.5	1.6	1
AMAZON TV	1.4	1.4	1.2
CNK TV	0.6	0	2.7
MUSIC TV	0.5	0.6	0
TROPICAL	0.5	0.7	0
REDCOM TV	0.4	0.5	0
ATV+	0.2	0.3	0
SUPER CANAL	0.2	0.3	0
CANALES POR CABLE	62.3	82.3	-.-

Fuente: CPI

Elaboración: STCCO - OSIPTTEL

Como se puede observar, los canales locales gozan de un elevado alcance, resaltando entre ellos el canal de SONORA (TV Tarapoto). El elevado alcance de SONORA no solo destaca en los hogares que acceden al servicio de televisión por cable, sino que destaca también en los hogares que no cuentan con dicho servicio pero sí acceden a la señal abierta. Cabe destacar que los hogares que no cuentan con el servicio de Televisión por Cable, pero si observan Televisión por Señal Abierta, constituyen el primer mercado potencial¹¹³ para los operadores de televisión por cable, por ello serán importantes para el análisis de efectos potenciales.

Estos hechos se corroboran al observar el Cuadro N° 4. En este cuadro se muestra el acumulado semanal de audiencia general, el cual permite concluir que, al considerar no solo el alcance sino también el consumo promedio de horas por semana en un solo indicador, SONORA (como Via TV a la distancia) figura entre los tres canales locales más importantes en Tarapoto:

Cuadro N° 4: Consumo promedio de Televisión

	ALCANCE SEMANAL	CONSUMO PROMEDIO HORAS POR SEMANA	ACUMULADO SEMANAL DE AUDIENCIA GENERAL¹
	%		
AMERICA TV	73.1	8.4	614.0
FRECUENCIA LATINA	59.4	7.1	421.7
ATV	50.4	6.2	312.5
TV TARAPOTO	56.5	5.5	310.8
ANTARES TV	33.1	6.1	201.9

¹¹³ En segundo mercado potencial sería el resto de hogares que cuenta con un televisor en la vivienda. Este es un mercado secundario porque antes de decidir contratar el servicio de Televisión por cable el hogar debe adquirir al menos un televisor.

VÍA TV	20.1	5.5	110.6
PANAMERICANA	20.4	4.8	97.9
TELEVISIÓN NACIONAL	13.7	4.3	58.9
GLOBAL TV	6.5	7.9	51.4
MEGA TV	5.9	8.1	47.8
RIBEREÑA TV	3	4.0	12.0
ACTIVA TV	1.8	6.2	11.2
SOLAR TV	1.5	3.8	5.7
AMAZON TV	1.4	3.6	5.0
CANALES POR CABLE	62.3	10.0	623.0

1/ Índice calculado en base al Alcance y Frecuencia (horas) semanal

Fuente: CPI

Elaboración: STCCO - OSIPTTEL

Si bien se observa que los canales de alcance nacional gozan de la mayor preferencia en Tarapoto, los canales locales tienen niveles de preferencia no muy distantes (en particular, SONORA). En específico, se observa que los tres canales locales más sintonizados son: SONORA, Antares TV y Vía TV, todos ellos canales que han sido exclusivos de TVSAM en el periodo investigado. Cabe destacar que, mientras Antares TV es un canal de señal cerrada producido exclusivamente para TVSAM, SONORA y Vía TV son canales de señal abierta.

Un análisis más profundo de las preferencias por contenidos locales incluye una desagregación de dichas preferencias por los programas de cada canal. En el Cuadro N° 5 se muestra el alcance de los distintos programas televisivos que se transmiten a través de los canales locales.

Cuadro N° 5: Alcance semanal de los programas de televisión de canales locales

	TOTAL	TENENCIA DE CABLE	
		TIENE	NO TIENE
	%	%	%
Tarapoto Noticias Edición Central - TV TARAPOTO	33.5	32.3	37.5
Tarapoto Noticias- TV TARAPOTO	21.8	21.4	22.9
Vía Noticias- VÍA TV	20.2	17.0	31.1
Contacto Informativo- ANTARES TV	17.9	22.1	4.2
En Jaque- ANTARES TV	11.1	14.5	0.0
Enfoques- TV TARAPOTO	5.3	6.9	0.0
Frente a Frente- ANTARES TV	4.0	4.9	1.2
Musicales (2pm-6pm)- MEGA TV	2.0	2.6	0.0
Enlace Nacional- TV TARAPOTO	1.5	0.7	4.1
Te vi en TV- TV TARAPOTO	1.2	1.0	2.0
La Cocina de Manolo- TV TARAPOTO	1.0	1.0	1.0
Musical (10am-2pm) - RIBEREÑA TV	1.0	1.3	0.0
Mega musical (10-2pm)- MEGA TV	1.0	1.3	0.0
Musical - Antares- ANTARES TV	0.9	1.2	0.0

Activa Musical- ACTIVA	0.9	1.2	0.0
Los 12 mejores- MEGA TV	0.9	1.2	0.0
Musicales (6pm-12m)- MEGA TV	0.9	1.1	0.0
Vía Deportes	0.8	0.8	1.0
Musical (5am-10am) - RIBEREÑA TV	0.7	0.0	3.0
El swing del sonido 2000- ACTIVA	0.7	0.9	0.0
Musical - VÍA TV	0.7	0.6	1.2
Músical- AMAZON TV	0.6	0.7	0.0
Películas- AMAZON TV	0.6	0.4	1.2
Musicales (5am-10am)- MEGA TV	0.6	0.8	0.0
Dibujos Animados- TV TARAPOTO	0.5	0.4	1.1
Musical (2pm-6pm) - RIBEREÑA TV	0.5	0.6	0.0
Musical (6pm-12m) - RIBEREÑA TV	0.5	0.3	1.0
Cocktail- ANTARES TV	0.5	0.7	0.0
Caiga Quien Caiga- ANTARES TV	0.5	0.6	0.0
Musicales (6pm-12m) - SOLAR TV	0.5	0.3	1.0
Otros programas	8.3	7.2	12.1
No vio canales locales en la última semana	17.3	19.3	11.0
MUESTRA ESTADÍSTICA: Total encuestas realizadas			
	350	265	85

Total: Aplica más de una respuesta

Total respuestas espontáneas

Fuente: CPI

Elaboración: STCCO - OSIPTTEL

Se puede ver que de los diez programas con mayor alcance, nueve de ellos pertenecen a tres de los principales canales exclusivos de TVSAM, es decir, SONORA (5 programas), Antares TV (3 programas) y Via TV (1 programa). Inclusive, un dato de suma importancia es que los tres primeros programas en la lista de los más vistos son los noticieros locales de SONORA (TV Tarapoto) y Via TV, con arriba del 20 % de sintonía (diferenciándose claramente como el mejor noticiero “Tarapoto Noticias Edición Central” de SONORA¹¹⁴).

De esta manera, resulta evidente que los canales de televisión local gozan de una elevada preferencia en el mercado afectado constituido por el distrito de Tarapoto. Asimismo, se observa que dentro de los canales locales, los hogares tienen mayor preferencia por la programación de SONORA (que se encuentra dentro del sub-grupo de los canales locales de señal abierta investigados en el presente caso). En ese sentido, observamos que, en general, el contenido local resulta un insumo importante para las empresas de Televisión por Cable que operan en Tarapoto.

¹¹⁴ Inclusive, este noticiero es el segundo programa más visto en Tarapoto, dentro de toda la programación vista en Tarapoto (incluida la programación de los canales locales así como la de canales de nivel nacional). Ver Cuadro Nº 5 de la Consultoría elaborada por CPI.

El Cuadro N° 6 corrobora lo afirmado líneas arriba. En este cuadro se puede ver que ante un escenario en el que los operadores dejan de transmitir canales locales, la mayor parte de hogares cambiaría de proveedor del servicio, específicamente el 46.5% de los hogares.

Cuadro N° 6: Opinión que genera el escenario: el operador de cable deja de transmitir los canales locales

De darse esta situación ¿estaría usted dispuesto/a a conectar su antena de señal abierta para poder seguir la programación de los canales locales, se cambiaría a un proveedor que le ofrezca transmitir los canales de señal abierta locales, dejaría de contratar una empresa que le brinde la señal por cable o no le ocasionaría problema, pues su tv capta las dos señales?	TOTAL
	%
Cambiaría de proveedor	46.5
No tendría problema, pues su tv capta las dos señales	19.4
Conectaría la antena de señal abierta	7.6
Dejaría de contratar una empresa de cable	1.9
No sabe	24.6

Sobre el total de encuestados que tienen señal de televisión por cable en su hogar.

Fuente: CPI

Elaboración: STCCO - OSIPTTEL

Adicionalmente, es importante considerar los resultados del estudio elaborado por CPI en relación a que no concuerda con algunos precedentes que se han establecido en casos anteriores relacionados con la posibilidad que tienen los consumidores de cambiar entre el cable del servicio de televisión por cable y la antena para captar la señal abierta¹¹⁵.

¹¹⁵ Resolución N° 001-2002-CCO/OSIPTTEL (Alliance S.A.C. contra Telefónica Multimedia S.A.C.):

"(...) en el caso que el usuario prefiriera no optar por la resolución [del contrato] y continuar utilizando los servicios de la empresa de distribución de radiodifusión por cable, mantendría aún la posibilidad de acceder manualmente a los canales del servicio de radiodifusión por televisión, mediante el retiro momentáneo del cable de su televisor, colocando una antena para captar la señal de dichos canales".

Resolución N° 073-2004-INDECOPI/CLC (Televisión Nacional Peruana S.A.C. contra Telefónica Multimedia S.A.C.):

"(...) para un televidente es bastante sencillo desconectar el cable coaxial del servicio de cable para ver los programas del canal de señal abierta que no son transmitidos a través del servicio público de cable".

El Resolución N° 001-2005-CCO/OSIPTTEL (Asociación Cultural Bethel contra Telefónica Multimedia S.A.C.):

"Con relación a la posible afectación a los usuarios, ASOCIACIÓN BETHEL indicó que TELEFÓNICA MULTIMEDIA se encuentra restringiendo el derecho de éstos a acceder a su señal. Al respecto, cabe indicar que el usuario conectado al servicio de Cable Mágico interesado en recibir la señal de ASOCIACIÓN BETHEL tiene la posibilidad de acceder al mismo a través de la colocación de una antena que le permita captar las señales de UHF y, del retiro manual y momentáneo de la alimentación de televisión por cable de su televisor".

Resolución N° 047-2007-INDECOPI/CLC (Asociación Cultural Bethel contra Telefónica Multimedia S.A.C.):

El Cuadro N° 6 también nos muestra que solo el 7.6% de los hogares que cuentan con el servicio de televisión por cable estarían dispuestos a desconectar este servicio para conectar la antena de señal abierta. Es decir, para la mayor parte de usuarios resulta muy costoso el proceso de cambio entre una conexión y la otra¹¹⁶.

Estos resultados son importantes para el análisis, ya que anteriormente, en la casuística relacionada a la transmisión de contenidos de Televisión de Señal Abierta a través del servicio de Televisión por Cable, se había considerado que para el usuario no representaba mayor problema el cambiar de conexión entre la de señal abierta y la de televisión por cable. Sin embargo, el estudio de CPI en Tarapoto demuestra que, para la mayor parte de usuarios en el mercado estudiado, que no tienen la posibilidad de tener conectadas ambas antenas al mismo tiempo en su televisor, no resulta práctico cambiar las conexiones de su televisor cada vez que quiera ver un canal de señal abierta que no está en la grilla de canales de su operador de televisión por cable. Por el contrario, dadas las preferencias por canales locales en el distrito de Tarapoto, para la mayoría de usuarios del servicio de televisión por cable (48.4%)¹¹⁷ la primera opción sería prescindir de los servicios del operador que deje de brindarle contenido local.

En relación a los canales locales de señal abierta que vienen siendo analizados en la presente controversia, es importante observar los resultados del Cuadro N° 7:

Cuadro N° 7: Opinión que genera el escenario en el que el operador de TV de paga no transmite TV Sam y/o Vía TV

	Si su actual proveedor de la señal por cable dejara de transmitir...		
	El canal local Televisión Tarapoto	El canal local Vía televisión	Los dos canales locales Televisión Tarapoto y Vía televisión
Se cambiaría de proveedor de cable	20.0	6.6	22.8
No se cambiaría de proveedor de cable	49.4	58.3	39.4
No sabe	30.6	35.1	37.8

"(...) para un televidente es bastante fácil desconectar el cable coaxial del servicio de cable para ver los programas del canal de señal abierta que no son transmitidos a través del servicio público de cable".

¹¹⁶ Una tesis similar también se encuentra en: SINGER HAL y SIDAK, Gregory. "Vertical Foreclosure in Video Programming Markets: Implications for Cable Operators".

En dicho documento se señala que cuando los usuarios de las cableras cambian de plataforma (como por ejemplo de señal cerrada a señal abierta) para poder seguir contenidos de su preferencia incurrir en altos costos.

¹¹⁷ Ello teniendo en cuenta que, como muestra el Cuadro N° 6, cuando se plantea un escenario en el que los proveedores del servicio de televisión por cable dejan de transmitir contenido local, el 46.5% de los encuestados respondió que se cambiaría de proveedor de televisión por cable y el 1.9% respondió que dejaría de contratar una empresa de televisión por cable.

Sobre el total de encuestados que tienen señal de televisión por cable en su hogar.

Fuente: CPI

Elaboración: STCCO - OSIPTel

Al respecto, cabe destacar que cuando se pregunta específicamente por un escenario en el que los operadores de Televisión por Cable dejaran de transmitir la señal de SONORA, el 20% de los hogares que tienen el servicio responde que se cambiaría de proveedor. Finalmente, cuando el escenario se plantea respecto a una situación en la que el operador de televisión por cable deja de transmitir tanto las señales de SONORA como de Via TV, el porcentaje de hogares que se cambiarían de proveedor del servicio sería de 22.8%.

Es así que observamos que, este sub-grupo de canales locales goza de una preferencia alta hacia el público televidente, para quienes resultan importantes y, se puede afirmar, que para cierto grupo determinado (un núcleo de alrededor del 20%) SONORA tiene características de un insumo muy necesario para el mercado de Televisión por Cable, inclusive con ciertos rasgos de “insumo esencial” – esto se observa al punto de que si no los tendrían cambiarían de proveedor¹¹⁸.

En conclusión, en esta sección ha quedado acreditado que los canales locales en Tarapoto, constituyen insumos muy importantes para que las empresas de Televisión por cable en este distrito presten dicho servicio. Para el caso en particular, queda acreditado que los canales locales de señal abierta, SONORA y Via TV, son considerados para un grupo importante de usuarios como un elemento esencial y determinante para su elección respecto a qué operador contratar en el mercado de Televisión por Cable. Así, es mucho más probable que los contratos de exclusividad de TV SAM con SONORA y Via TV puedan generar efectos anticompetitivos en el mercado de Televisión por cable.

8.3.7.2. Justificaciones de la práctica. Efectos positivos de los convenios de exclusividad

Como se ha desarrollado previamente, la teoría de las restricciones verticales y de los contratos de exclusividad señala algunos efectos positivos que justifican la realización de este tipo de prácticas.

Como primera justificación esgrimida por TVSAM, esta empresa ha argumentado que producto de las exclusivas se ha incrementado la cobertura alcanzada por las empresas de señal abierta. Ello mediante la distribución de las señales en la parrilla de TVSAM. Sin embargo, los hechos demuestran que los canales de señal abierta local transmitían sus señales por todas las empresas de cable antes de la firma de exclusivas con TVSAM (inclusive esta empresa), de esta manera, realizando una exclusiva no se habría incrementado su cobertura, por el contrario, habría disminuido la oferta de alternativas (o posibilidades) por medio de las

¹¹⁸ Cabe indicar que existe alrededor de 37% de indecisos, que no saben si se cambiarían de proveedor o no. Es decir, no les resulta inofensivo el hecho de quedarse sin estos canales (SONORA y Via TV).

cuales la señal de SONORA puede ser vista por los consumidores finales en relación a su situación anterior. Así, dicho acuerdo no tendría una justificación válida para los canales de señal abierta al menos que puedan encontrarse otros beneficios con la suscripción de exclusivas.

No obstante, se observa que dichos contratos exclusivos no generan beneficios adicionales para las empresas de televisión de señal abierta que puedan considerarse como efectos positivos para inversión, mejora de contenidos, u otros, ya que ni SONORA ni Via TV recibieron alguna contraprestación económica por la retransmisión de sus señales en exclusiva¹¹⁹. Al respecto, estas eficiencias que, aunque no han sido acreditadas por TV SAM, son usuales y resultan ser justificaciones para el establecimiento de acuerdos de exclusiva. Una justificación usual que podría mencionarse para el caso en particular, es la eliminación del problema del “free rider”¹²⁰ que, en otras palabras, es un problema que aparece cuando la empresa que financia la provisión de un bien o servicio no puede aprovecharse de manera exclusiva de los beneficios derivados de esa provisión (que podrían ser tomados por otras empresas competidoras que serían las free-riders) convirtiéndose así el servicio en una suerte de “bien público”.

En el caso analizado, esta situación podría evaluarse si una empresa contrata a una productora para que le realice el canal, invierte en la producción, realiza inversiones o co-inversiones¹²¹, y lo publicita, entonces la coinversión debería tener un nexo directo con la exclusividad, pues de otra manera existiría espacio para que sus competidores puedan aprovecharse de las externalidades de la inversión realizada por la empresa operadora¹²². Sin embargo, en este caso, el resultado de los acuerdos de exclusiva por parte de TVSAM es el refuerzo de una posición dominante que no tendría como objetivo eliminar el free rider, en la medida que el contrato con TVSAM resulta de una exigencia sin ningún beneficio (que haya surgido debido a la exclusiva) que haya podido observar la Secretaría Técnica para los canales de señal abierta local.

Es así que, en relación al argumento expuesto de que TVSAM invertiría en publicidad y marketing de SONORA haciendo más conocida su señal, cabe indicar que no se ha acreditado que se hayan generado mayores ingresos por publicidad, ello considerando que el número de televidentes a los que llega SONORA a través de la señal por cable es menor a los que llegaba antes de la firma del contrato de exclusiva. De otro lado, las partes indican que se realizaría publicidad colocando el logo de SONORA en la publicidad de TVSAM, lo cual es un accionar usual de las televisión por cable cuando quieren promocionar su servicio, mostrando los logos y los canales que se incluyen dentro de su parrilla (lo mismo debe haber sucedido cuando

¹¹⁹ En parte este análisis también ha sido realizado en el punto 9.3.4. Cabe resaltar que la contraprestación económica mensual que se establece en el contrato de TVSAM con Via TV es por concepto de la venta de los derechos de producción y post producción.

¹²⁰ Que consiste en que la existencia de convenios de exclusividad permiten evitar que una o algunas empresas se vean beneficiadas de las inversiones que realiza una empresa específica.

¹²¹ TVSAM indica en uno de sus escritos que no realiza coinversiones con SONORA.

¹²² Un análisis similar ha sido recogido en la Resolución Final del Caso Telecable contra TMultimedia y Telefónica reseñado anteriormente.

SONORA transmitía su señal vía TVSAM sin la firma de exclusiva). Sin perjuicio de ello, cabe indicar que cuando TVSAM fue consultada respecto a cuánto ascendía o si podía diferenciar los gastos que realizaba en la supuesta publicidad para SONORA, la denunciada respondió que no tenía un gasto específico para publicidad o marketing en SONORA.

Una última justificación que expone TVSAM en relación a la firma de la exclusiva con SONORA, es que TVSAM ofrece a las empresas de televisión de señal abierta la implementación de paquetes tecnológicos, inclusive habría desplegado en su red fibra óptica. Al respecto, cabe indicar que, al igual que lo mencionado en relación a la publicidad y marketing, un mayor despliegue de infraestructura en su red corresponde al negocio de la operadora de cable y no ha sido relacionada directamente con la suscripción de los contratos de exclusiva.

En la misma línea, se debe enfatizar que esta Secretaría Técnica no ha podido obtener mayor argumentación a favor de estas justificaciones que las expresadas por las partes y, no obstante considera apropiado tener en cuenta las justificaciones vertidas por las partes, se deja constancia de que no se ha evidenciado o acreditado medios probatorios relativos a supuestas inversiones en publicidad, marketing o tecnología por parte de TVSAM generadas directamente por los acuerdos de exclusiva. Inclusive, haciendo el ejercicio teórico de que TVSAM haya invertido grandes cantidades de dinero en publicidad en SONORA, esto no indica que el objetivo haya sido eliminar el dilema del free-rider, en la medida que este argumento no puede ser utilizado en los canales que ya son conocidos por los usuarios del mercado de Tarapoto (mas aun si son de señal abierta que gozan de reputación y preferencia), siendo SONORA el principal canal local del mercado¹²³.

Otra eficiencia observable que, aunque no ha sido argumentado por la denunciada TVSAM, esta Secretaría Técnica considera que se podría relacionar a la práctica en cuestión, es la generación de contenidos adicionales. En el caso de la producción de contenidos, el negocio se maneja por exclusivas, siendo así que se fomenta la creatividad, a una mayor o una mejor gama de contenidos para el usuario final para poder competir con las exclusivas.

Este último punto es importante considerando que, a pesar de las preferencias por el contenido local por parte de los habitantes de Tarapoto, hay gran insatisfacción por los contenidos existentes (falta innovación, mayor variedad, tecnología, etc). Entonces, podría existir un nicho de mercado, que generaría mayor competencia en el mercado upstream, "aguas arriba", de producción de contenidos locales y que a su vez, podría

¹²³ Este argumento es recogido de la Resolución Final del Caso Telecable contra TMultimedia y Telefónica en la cual se señala:

"En tal sentido, el CCO no puede considerar que la celebración de los convenios de exclusividad haya tenido el objetivo de evitar la presencia de "free-riders" para justificar la existencia de las exclusividades, puesto que ya eran conocidos por los consumidores peruanos desde hace varios años, los cuales no requieren de inversiones en publicidad o marketing para que los consumidores se enteren de sus características".

redundar en efectos positivos para el usuario final quien podría cubrir su insatisfacción.

En efecto, se puede observar que en el 2011 las empresas de televisión por cable competidoras de TVSAM (Cable Mundo, REDCOM y Cable Móvil) no contaban con canales exclusivos de contenido local dentro de su parrilla; por el contrario, en el 2012 se puede ver que REDCOM tiene su propio canal (RedCom TV) o que Cable Mundo, al parecer, estaría a punto de inaugurar su canal exclusivo. Sin embargo, existe también la posibilidad de que la creación de estos nuevos canales sea un desvío de recursos ineficiente, ya que si las empresas operadoras del servicio de Televisión por cable pudieran transmitir los canales locales de señal abierta como SONORA y Via TV, podrían utilizar los recursos desviados para la creación de canales, en la ampliación de la cobertura de los servicios y/o la mejora de la calidad de los mismos¹²⁴.

De la misma manera, la creación de nuevos contenidos y la aparición de canales exclusivos locales de las competidoras de TVSAM, no es comparable a la programación local transmitida en señal abierta, en la medida que esta ya tiene una presencia fuerte en el mercado (especialmente los mercados locales) y goza de preferencia incluso para las personas que no cuentan con cable.

En conclusión, con la información con la que se cuenta a la fecha, no se ha podido probar la existencia de efectos positivos en el mercado generados directamente producto de los contratos de exclusiva suscritos por TVSAM con las empresas de televisión de señal abierta local. Por tanto, esta Secretaría Técnica no puede inferir la existencia alguna de ganancias de eficiencia que permitan establecer efectos positivos generados por los acuerdos bajo análisis.

8.3.7.3. Efectos anticompetitivos

El análisis mostrado en la sección anterior permitió concluir que la firma de contratos de exclusividad que tenga como resultado un escenario en el que los operadores del servicio de Televisión por cable dejan de transmitir la programación de ciertas empresas de señal abierta local, retransmitiéndose aquellas solo en la parrilla de un único operador de

¹²⁴ Cabe precisar que con esto no señalamos que las empresas de Televisión de Señal Abierta deban retransmitir sus señales obligatoriamente por las señales de Televisión por Cable, quienes tampoco tienen el deber de retransmitir las señales abiertas. Esta es una discusión amplia en relación a ciertos aspectos en las relaciones entre la televisión de señal abierta y televisión por cable, en la cual no entraremos a tomar posición.

Este tema es tratado ampliamente en los artículos antes citados: “El “deber de transmitir señales” en el mercado de televisión por cable ¿promoviendo la competencia o el free-riding?” de Mario Zuñiga y “¿Deben las empresas de radiodifusión por cable retransmitir obligatoriamente a los canales de televisión abierta?” de Arturo Palleet.

cable, tendría efectos negativos potenciales sobre aquellos operadores que se quedan sin la posibilidad de transmitir ese contenido local.

En tal sentido, corresponde realizar un análisis exhaustivo a fin de demostrar si, además de haber observado que la conducta de TVSAM tiene efectos potenciales en el mercado de televisión por cable, en el período de análisis de los efectos de la conducta se habrían generado efectos reales.

En ese sentido, es necesario evidenciar que, a partir de la realización de la práctica anticompetitiva analizada, los competidores se vean perjudicados, mientras que el agente económico que realiza la práctica se beneficia de la misma. Para ello, es fundamental observar el período en el cual se analizarán los efectos desde la realización de la conducta y, para el presente caso, los efectos difícilmente se darán desde la suscripción del contrato de exclusividad sino mas bien desde que la exclusiva se comienza a aplicar en el mercado.

El contrato de exclusividad (suscrito en agosto de 2011), mediante el cual SONORA solicitó que se retire su señal de las parrillas de los operadores de Televisión por cable que compiten con TVSAM en el mercado de Tarapoto, se habría hecho efectivo entre los meses de setiembre y octubre de 2011, período en el cual Cable Mundo y REDCOM retiraron la señal de SONORA de su programación. Por su parte, el contrato de exclusividad entre TVSAM y Via TV se firmó en noviembre de 2011, haciéndose efectivo a partir de diciembre de 2011.

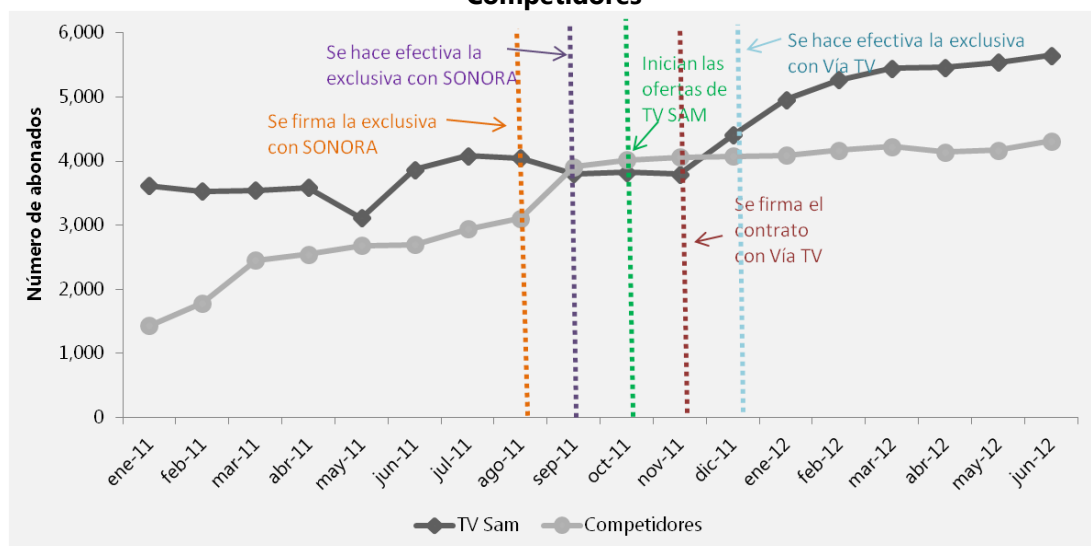
Una variable que permitirá medir los posibles efectos anticompetitivos de la práctica en cuestión es el número de abonados, tanto de TVSAM, como de las empresas que compiten con ella en el distrito de Tarapoto. Asimismo, debe observarse los resultados de la presunta práctica anticompetitiva sobre las tasas de participación en el mercado (en este caso medida sobre el número de abonados).

Al respecto, la evolución de estas variables podría evidenciar los efectos anticompetitivos de la firma de los contratos de exclusividad de TVSAM con SONORA y Via TV. No obstante, en el presente caso existe una complicación adicional para determinar los efectos anticompetitivos, ya que la estrategia investigada coincide en el tiempo con una estrategia adicional de TVSAM, la cual consiste en la aplicación de tarifas especiales para abonados de TVSAM que hayan dado de baja el servicio por cualquier motivo, así como para altas nuevas (nuevos suscriptores).

Respecto a la política tarifaria desplegada por TVSAM, debe mencionarse que a partir del mes de octubre de 2011 se observan registros en el Sistema de Información y Registro de Tarifas del OSIPTEL (SIRT) de ofertas comerciales de TVSAM en las que reducen la renta mensual de S/. 55 a S/. 40 y S/. 30, para periodos de seis meses y un año. Cabe destacar que para mantener estas tarifas el abonado está obligado a firmar un contrato de permanencia mínima por los periodos señalados.

El Gráfico N° 7 muestra la evolución del número de abonados tanto de TVSAM como de los competidores que enfrenta en el mercado de Televisión por Cable. Como se puede ver en dicho gráfico, el crecimiento de los competidores se detiene a partir del mes de setiembre de 2011, mientras que TVSAM empieza a experimentar un crecimiento a partir del mes de diciembre del mismo año que se aparta de la tendencia (a la baja) que venía mostrando desde enero de 2011. Así, la relación entre estos hechos y la estrategia de TVSAM de dejar a sus competidores en el mercado de Televisión por Cable con una variedad limitada en lo que respecta al contenido local en el distrito de Tarapoto (así como llevándose consigo la programación de mayor preferencia, en particular SONORA, principalmente en un sector que goza de preferencia como es la programación periodística local), es un importante indicio de efectos anticompetitivos de la estrategia de TVSAM.

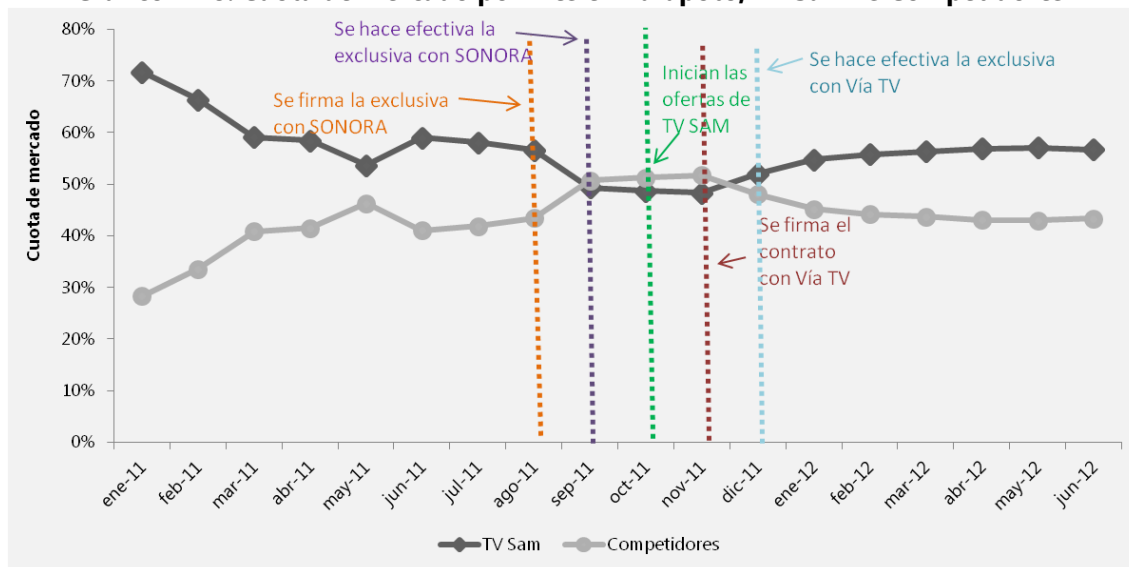
Gráfico N° 7: Número de abonados de TV de paga por mes en Tarapoto, TV Sam vs Competidores



Fuente: Empresas operadoras.

Elaboración: STCCO – OSIPTTEL.

Otra forma de verificar un impacto en el mercado es analizando la evolución de la cuota de mercado de TVSAM y la cuota conjunta del resto de competidores. Es así que, en el Gráfico N° 8 se observan algunos hechos particulares que confirmarían los indicios de efectos sobre la competencia.

Gráfico N° 8: Cuota de mercado por mes en Tarapoto, TV Sam vs Competidores


Fuente: Empresas operadoras.
Elaboración: STCCO – OSIPTTEL.

Observamos que TVSAM tenía la mayor cuota de mercado en el distrito de Tarapoto en el período enero - agosto 2011. Asimismo, las tendencias de las cuotas de mercado de TVSAM y de los competidores en conjunto mostraban tendencias contrarias, ya que, mientras en el periodo señalado la cuota de mercado de los competidores crecía impulsada principalmente por la mayor cantidad de abonados obtenidos por Cable Mundo, la cuota de mercado de TVSAM denotaba una tendencia decreciente. No obstante ello, entre los meses de setiembre y octubre de 2011 la tendencia en la evolución de las cuotas de mercado de TVSAM y sus competidores se estabilizó. Luego, a partir del mes de noviembre de 2011, las tendencias se revirtieron en la medida que TVSAM empezó a recuperar su cuota de mercado, mientras que los competidores la perdían.

En efecto, tanto el Gráfico N° 7 como el Gráfico N° 8 muestran dos hechos a partir del mes de octubre de 2011: (i) De un lado, se observa la recuperación de TVSAM, tanto en su número de abonados como en su cuota de mercado; (ii) De otro lado, se observa que los competidores de TVSAM en el mercado de Televisión por Cable dejan de crecer al ritmo que lo venían haciendo, a la par que pierden cuota de mercado.

Sin perjuicio de ello, estos hechos no podrían atribuirse directamente al inicio de la transmisión exclusiva de SONORA (posteriormente reforzada con la transmisión exclusiva de Vía TV) a través de la parrilla de TVSAM, en la medida que como se ha indicado, esto coincide con las ofertas de TVSAM que rebajan la tarifa mensual del servicio dejándola en niveles de hasta el 55% de la renta que venían cobrando en el período anterior a octubre de 2011.

Así, es necesario determinar la importancia de cada una de las variables que han afectado la demanda por el servicio de Televisión por Cable; a saber, la tarifa y la cantidad y variedad de canales locales.

La teoría económica señala que en un mercado con un bien homogéneo la principal variable de decisión que tienen los consumidores es el precio. En ese sentido, si el servicio de Televisión por Cable en Tarapoto fuera homogéneo, lo más probable sería que los efectos antes mostrados sean producto de la reducción tarifaria de TV SAM. Sin embargo, en un mercado con productos diferenciados existe la posibilidad que la diferenciación del producto (servicios y la programación) sea más importante que la propia tarifa.

Para este caso concreto, en el estudio de CPI se ha encontrado que el 16.8% de los abonados de TVSAM contrató el servicio de este operador hace menos de un año¹²⁵; es decir, durante el periodo en el cual TVSAM ha venido aplicando tanto su estrategia de precios como su estrategia de suscribir contratos de exclusividad con canales locales. Por su parte, se observa que del grupo de abonados de TVSAM que provienen de otro operador, la mayor parte de ellos recibía antes el servicio de Cable Mundo (la principal competidora) y habría hecho el cambio de operador a TVSAM en busca de canales locales.

Cuadro N° 8: Empresa proveedora de cable que le prestaba servicio antes de que decidiera contratar a TV Sam

¿Cuál era su empresa proveedora de cable antes de que decidiera contratar con TV SAM?	TOTAL
	%
CABLE MUNDO	4.3
MOVISTAR TV	3.1
RED COM	1.7
CABLE MOVIL	1.7
CLARO TV	1.3
OTRAS EMPRESAS	1.7
ES SU ÚNICA EMPRESA PROVEEDORA	85.5
NO RECUERDA	0.7

Sobre el total de encuestados que tienen señal de televisión por cable y han contratado a la empresa TV SAM.

Fuente: CPI

Elaboración: STCCO - OSIPTTEL

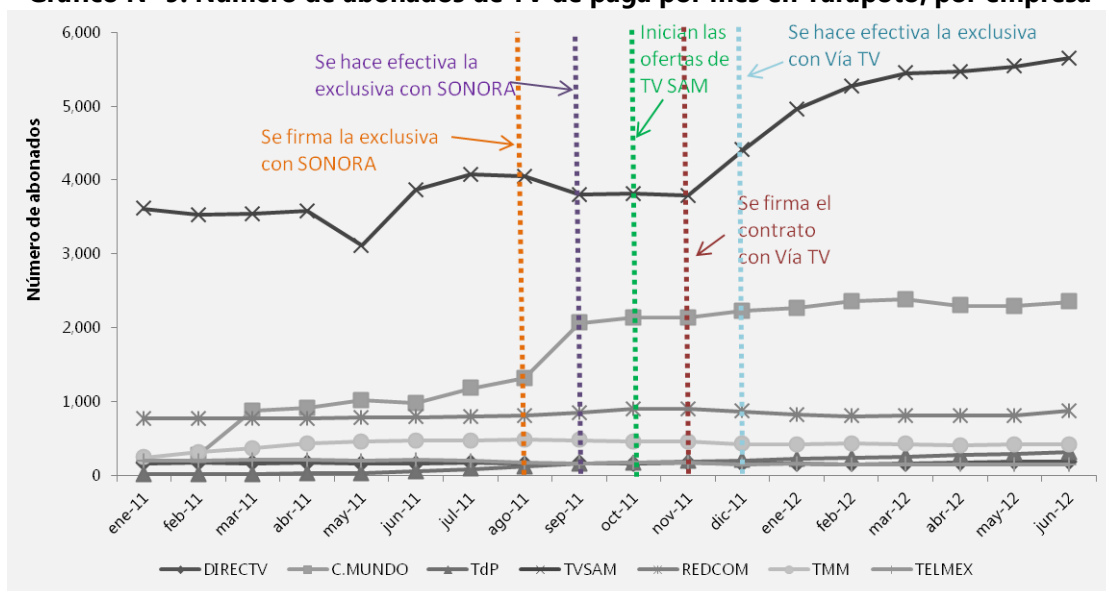
Los resultados que arroja el estudio realizado por CPI en Tarapoto demuestran que el costo del servicio, si bien es un factor importante, no es el factor más influyente en la decisión de contratación de los abonados. En efecto, en el Cuadro N° 33 del Informe Final de CPI, que contiene los resultados obtenidos al preguntarle a los encuestados que tenían el servicio de Televisión por Cable contratado con TVSAM sobre “¿Cuál era su empresa proveedora de cable antes de que decidiera contratar con TVSAM?”, detallando las razones por las que decidieron dejar el operador que les prestaba el servicio para contratar con TVSAM”, permite extraer algunas valiosas conclusiones. De dicho cuadro se puede concluir que, en

¹²⁵ Ver Cuadro N° 31 del Informe Final de CPI.

el caso de aquellos que se cambiaron de Cable Mundo a TVSAM, el 42% respondió que hizo el cambio de operador debido a que Cable Mundo no tenía canales locales, mientras que solo el 9.6% respondió que cambio de operador porque el costo es más económico. En el caso de los que se cambiaron de REDCOM a TVSAM, el 51.8% respondió que hizo el cambio para ver nuevos canales/ programas variados, y ninguno de ellos respondió que se cambio de operador por una menor tarifa¹²⁶.

El Gráfico N° 9 permite confirmar estos hechos señalados en el párrafo precedente. Dicho gráfico muestra que, en el periodo en el que se hace efectiva la exclusiva de TVSAM con SONORA, y luego con Vía TV, empieza a estancarse el crecimiento de Cable Mundo (principal competidora de TVSAM). Asimismo, se observa que, de forma simultánea, TVSAM comienza a aumentar su número de suscriptores.

Gráfico N° 9: Número de abonados de TV de paga por mes en Tarapoto, por empresa



Fuente: Empresas operadoras.

Elaboración: STCCO – OSIPTTEL.

De esta manera, ha quedado acreditado que la firma de contratos de exclusividad por parte de TVSAM ha tenido efectos negativos para la competencia toda vez que ha detenido el crecimiento de sus competidores. Asimismo, se ha hallado evidencia de que los efectos sobre la competencia observados corresponden principalmente a la estrategia de la realización de contratos de exclusividad, y no a la reducción de precios que comenzó a aplicar TVSAM al inicio del período analizado.

Debe enfatizarse que, también se observan efectos potenciales respecto al porcentaje de personas que tienen televisor pero no cuentan con el servicio de Televisión por Cable (solo pueden ver contenidos desde la Televisión de Señal Abierta). La preferencia por el canal de SONORA (TV Tarapoto) es aún mayor en los hogares que no cuentan aun con el servicio

¹²⁶ En el caso de REDCOM los resultados de la encuesta para esta pregunta no son significativos para hacer inferencia, sin embargo, a nivel descriptivo los resultados deben ser considerados.

de Televisión por Cable, de lo cual se podría inferir que cuando estos hogares decidan contratar el servicio de televisión por cable podrían considerar suscribirse a la empresa que tiene la exclusiva de estos canales. Es decir, estos suscriptores potenciales del mercado de televisión por cable se podrían sentir atraídos por la oferta de este canal (ya reconocido y preferido dentro del mercado de Televisión de Señal Abierta) en TVSAM, generando rechazo hacia las competidoras en el mercado de cable. Estos efectos exclusorios potenciales reforzarían la posición de dominio de TVSAM.

Probablemente, una parte del crecimiento de TV SAM, en cuanto a su número de abonados, provenga de hogares que potencialmente pudieron haber contratado el servicio de Televisión por Cable a empresas como Cable Mundo, pero decidieron contratar dicho servicio con TV SAM debido a sus preferencias por contenido local, el cual no estaba disponible en la parrilla de Cable Mundo, por la existencia de contratos de exclusividad. Es decir, a través de la práctica anticompetitiva investigada TV SAM habría absorbido parte de la demanda potencial de sus competidores en el servicio de Televisión por Cable en el distrito de Tarapoto.

Finalmente, se debe considerar que las exclusivas no generan efectos en las empresas de Televisión por Cable de alcance nacional (Directv, Claro y Movistar), toda vez que la política de estas empresas es la de no transmitir canales locales, como se desprende de los escritos presentados en respuesta a los requerimientos de información de esta Secretaría Técnica.

8.3.7.4. Efectos negativos en el bienestar del consumidor

Luego de haber determinado la existencia de efectos anticompetitivos en el mercado de Televisión por Cable en el distrito de Tarapoto, adicionalmente es importante evaluar los efectos negativos que la práctica investigada tendría sobre el bienestar de los consumidores. Cabe destacar que, este análisis no resulta en una evaluación de efectos explotativos¹²⁷, por el contrario, este análisis complementa la evaluación de efectos anticompetitivos, en la medida que el fin último de las normas de competencia es el bienestar del consumidor a través de una libre competencia en los mercados.

Como se ha señalado previamente, los canales locales gozan de una gran preferencia en el distrito de Tarapoto; particularmente, se observa una fuerte preferencia por el canal SONORA (y Via TV con cierta preferencia) – como agentes económicos involucrados en los acuerdos bajo análisis-. En ese sentido, existen importantes efectos en los usuarios que cuentan con el servicio de Televisión por Cable a través de un operador distinto a TVSAM, ello en la medida que se tendrían que abstener de observar el contenido local que goza de su preferencia.

¹²⁷ Las prácticas explotativas resulta de una explotación del poder de mercado adquirido mediante la captura del excedente del consumidor, por medio de figuras como la de precios abusivos. Este tipo de prácticas no son sancionadas por la normativa de libre competencia, la cual solo sanciona las conductas de “efecto exclusorio” en el mercado.

Respecto a este punto, existe –a nivel jurisprudencial– el argumento de que de cualquier forma los usuarios podrían ver las señales locales cambiando de antena¹²⁸; sin embargo, como ya se ha mostrado en el Cuadro N° 6 del presente informe, existe un bajo porcentaje (7.6%) de abonados en la ciudad de Tarapoto que cambiaría de antena como solución al hecho de no contar con los canales locales de señal abierta en la parrilla de canales ofrecida por su operador de Televisión por Cable. De esta manera, si bien la mayoría de abonados tienen la posibilidad de acceder al servicio de Televisión de Señal Abierta, el costo de cambiar constantemente la antena sería importante y por ende, no lo consideran como una opción razonable, teniendo como principal opción el cambio de proveedor.

De esta manera, los usuarios que no hayan podido contratar con TVSAM verán disminuido su bienestar al limitársele el acceso a los contenidos de SONORA (y Via TV entre diciembre del 2011 y noviembre del presente año). Esto es un efecto negativo directo que proviene de las exclusivas.

De otro lado, a largo plazo, de intensificarse los efectos exclusorios podrían aparecer otros efectos negativos para los usuarios, en la medida que algunas empresas de Televisión por Cable podrían terminar saliendo del mercado al no poder ofrecer una parrilla de canales igual de atractiva que la de TVSAM (o las posibles entrantes podrían decidir no entrar al mercado por los mismos motivos). Esto a su vez también tendría como efecto la disminución del bienestar de los consumidores ya sea a través de una menor variedad de empresas que ofrecen el servicio de Televisión por Cable, como a través de un incremento de tarifas por parte de la empresa dominante ante la falta de competidores que puedan disputarle los consumidores del servicio en Tarapoto.

Finalmente, un efecto adicional de la firma de exclusivas de TVSAM sería la estandarización de contenidos que este operador estaría aplicando en el servicio de Televisión por Cable. En ese sentido, se estaría sintonizando un solo programa periodístico dentro de una misma franja horaria, de manera simultánea, en distintos canales¹²⁹. Así, ante la falta de alternativas para el consumidor, éste vería disminuido su bienestar al generarse un escenario de reducida competencia por la poca variedad en la oferta.

¹²⁸ Al respecto, revisar: Resolución N° 001-2002-CCO/OSIPTEL – Expediente N° 002-2002-CCO-ST/LC, Resolución N° 073-2004-INDECOPI/CLC – Expediente N° 011-2004/CLC, Resolución N° 001-2005-CCO/OSIPTEL – Expediente N° 016-2005-CCO-ST/LC, Resolución N° 047-2007-INDECOPI/CLC – Expediente N° 001-2006/CLC

¹²⁹ REDCOM menciona en su denuncia que “En la actualidad ya son seis los canales que cuentan con la misma programación digitada por la empresa denunciada, conforme se acredita fehacientemente con el mérito de la programación de cada canal”. Asimismo, se aprecia que en concordancia con lo expuesto, según un recorte periodístico (el mismo que no fue cuestionado por ninguno de los denunciados) incorporado como anexo en la denuncia de REDCOM, se informa lo siguiente: “Estos son los canales en los que usted puede ver el mismo programa a la misma hora: Antares Televisión, Solar TV, Televisión Tarapoto, Activa TV, Amazon TV y Karibeña TV”.

8.3.7.5. Otras consideraciones relevantes para el análisis de las exclusivas bajo análisis

a. Del cierre de mercado

Uno de los principales efectos anticompetitivos de un abuso de posición de dominio es el cierre de mercado (exclusorio); este caso, debe observarse posible cierre del mercado de Televisión por Cable. En ese sentido, la política que ha desplegado TVSAM de firmar contratos de exclusividad con canales de señal abierta local para la retransmisión de sus contenidos únicamente en su parrilla de canales, puede constituir una barrera a la entrada o la expansión del mercado de Televisión por Cable, afectando a los competidores de TVSAM a través de algunos efectos exclusorios.

Particularmente, dado que la firma de los contratos de exclusividad se circunscribe únicamente al distrito de Tarapoto, es en este distrito donde se han analizado los efectos de la práctica investigada.

En el presente caso, debido a la firma de contratos de exclusiva de TVSAM con SONORA, se produjo un alto riesgo de que los competidores en el mercado de Televisión por cable se queden sin un insumo importante para la provisión de sus servicios. Así, de darse una situación en la que los otros canales que han firmado un contrato de exclusiva con TVSAM cuenten con las mayores preferencias de los habitantes de Tarapoto, el riesgo de los efectos anticompetitivos se eleva, ya que será más difícil para las empresas competidoras en el mercado de Televisión por Cable encontrar sustitutos que eviten la posible pérdida de abonados a favor de TVSAM, asimismo, las posibles entradas al mercado se dificultarían en la medida que, como se ha desarrollado anteriormente, dichas exclusivas se constituirían en barreras de entrada.

Asimismo, debido al tiempo de permanencia que tienen tanto TVSAM como SONORA en el mercado de Televisión por Cable y de Televisión de Señal Abierta, respectivamente, en Tarapoto; resulta muy complicado que en un periodo corto de tiempo, algún competidor en el mercado de Televisión por Cable logre consolidar un canal de televisión que pueda tener un impacto significativo en la competencia que se desarrolla en el mercado. Asimismo, debido a la diferenciación del producto, la creación de un nuevo canal, aunque pueda hacerse en un plazo corto y de forma rentable, no necesariamente genera un sustituto cercano, al contenido ofrecido por SONORA, con lo cual las barreras de entrada como problemas de competencia persistirían¹³⁰.

¹³⁰ En relación a ello, si bien es otro tipo de análisis, cabe resaltar lo que establecen los Horizontal Mergers Guidelines (HMG), en relación a que la entrada al mercado debería cumplir tres requisitos indispensables: **la entrada debe ser oportuna, probable y suficiente**. Respecto a que la entrada sea oportuna, los HMG señalan la entrada al mercado debe ser suficientemente rápida. De otro lado, se dice que la entrada es probable si es rentable, contabilizando los activos, capacidades y el capital necesario así como el riesgo involucrado, incluyendo la necesidad del entrante de incurrir en costos que no serán recuperados si decide salir del mercado posteriormente. Finalmente, los HMG señalan que si bien la entrada puede ser oportuna y probable, puede no ser suficiente. De forma particular se establece que en una industria con productos diferenciados (como la industria de televisión por cable), la entrada puede ser insuficiente debido a que el producto ofrecido por el

Como se observa de los medios probatorios que obran en el expediente, la Secretaría Técnica tiene la certeza de que aparte de las relaciones de exclusividad que mantiene TVSAM con SONORA (y Via TV de manera posterior), también ha mantenido otros canales de señal abierta locales que eran retransmitidos exclusivamente en la señal de cable por TVSAM, como La Karibeña TV.

Por su parte, TVSAM también ha establecido durante el período investigado acuerdos con diversas empresas de producción de contenido local para contar con otros canales que se pueden ver exclusivamente desde la señal de TVSAM en Televisión por Cable: Activa Televisión, Amazon TV, Antares TV, CNKTV, Rotativos y Solar TV.

Si bien, difícilmente podemos decir que estos acuerdos de exclusividad con empresas de televisión de señal cerrada por sí solos son acuerdos anticompetitivos (con mayor razón dada las bajas preferencias por los mismos, salvo Antares TV), estos acuerdos se aúnan a la estrategia establecida por TVSAM en sus relaciones exclusivas con las empresas televisoras que brindan televisión por señal abierta. Así, la firma de los contratos de TVSAM con SONORA y Via TV no son hechos aislados, sino que más bien forman parte de una estrategia que busca cerrar el mercado a los competidores de TVSAM en el mercado de Televisión por Cable, al dejarlos sin la posibilidad de transmitir en su parrilla programación de gran preferencia para la población de Tarapoto (principalmente abarcando los principales programas periodísticos locales).

En efecto, la magnitud de los convenios, resulta amplia en la cantidad de señales locales que ha logrado abarcar TVSAM, de los cuales tres gozan de muy buena preferencia en Tarapoto. Asimismo, entre esas tres se encuentra la de TV Tarapoto (SONORA) que es el canal local mas importante en la ciudad de Tarapoto.

Según lo que argumenta Shapiro¹³¹, los contratos de exclusividad generan que sea más difícil para las nuevas redes el obtener una masa crítica que les permita competir con la empresa que participa de dichos contratos. En otras palabras, los convenios de exclusividad, al generar que sea más difícil para otros competidores el obtener una masa crítica de clientes, generan barreras de entrada a dicho mercado.

En la misma línea de lo anterior, es importante analizar si las barreras a la entrada que se pueden generar producto de las exclusivas de TVSAM con las empresas de señal abierta realmente implicaría un incremento considerable en los costos de los competidores o potenciales entrantes.

entrante puede no ser un sustituto cercano de los productos ofrecidos por la empresa con poder de mercado.

Ver: Horizontal Merger Guidelines (2010). U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Pág. 27 - 29. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf> (última visita: 18/12/2012).

¹³¹ Shapiro, Carl (2000). "Exclusivity in Network Industries"; en: <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/exclusivity.pdf>

Como se ha analizado en el punto referido a la importancia de los canales locales de señal abierta (Via TV y SONORA), es difícil que un canal por sí solo puede implicar la generación de efectos anticompetitivos; sin embargo – y sin que esta Secretaría Técnica afirme que estos canales por sí solos son imprescindibles para la provisión final del servicio de Televisión por cable-, se ha encontrado en los hechos que SONORA (y menor cantidad, Via TV) posee ciertas características de “esencialidad” para el suscriptor de televisión por cable, que incluso son tan importantes para un grupo no despreciable de suscriptores que podrían llegar a cambiarse de proveedor de Televisión por cable solo por esos dos canales.

Si a la importancia de estos canales para el consumidor final, se agrega la mayor cantidad de señales locales (casi todo el universo de señales locales en la ciudad de Tarapoto), resulta que cada vez más señales se encuentran en exclusividad en una sola empresa, ello sí implica una elevación considerable de costos a los competidores o potenciales empresas entrantes¹³². En efecto, esta Secretaría Técnica considera que la estrategia de suscripción de exclusividades por TVSAM se encuentra generando mayores barreras de entrada, implicando así una elevación considerable de costos a los competidores o potenciales empresas entrantes.

Este punto encuentra sentido en las particularidades de las exclusivas realizadas por las operadoras de cable en relación a programación de contenido local. Como señalan algunos autores¹³³ en relación a las particularidades de las exclusivas de contenido local, la estrategia de las cableras, incluye entre otras conductas el mantener la posición de dominio en el mercado de cable disminuyendo la oferta de contenido local de sus competidores (reales o potenciales) del mercado de cable¹³⁴.

Conforme a lo expuesto, esta Secretaría Técnica considera que existe un índice importante de cierre de mercado en la estrategia montada por TVSAM, lo cual implica diversas limitaciones para sus competidores en el mercado de televisión por cable en Tarapoto. No obstante, queda claro que no hay un total cierre de mercado, lo cual encuentra su lógica en la naturaleza misma de la producción de contenidos (obras de contenido creativo). En el caso en particular, tal y como dice la teoría antes expuesta se ha encontrado que las empresas de cable podrían producir sus propios canales exclusivos, como REDCOM que tiene RedCom TV o Cable Mundo, que se encontraría a punto de inaugurar un canal.

Sin perjuicio de ello, es cierto también que el universo de personas que podrían ver dichos canales (haciendo que los mismos gocen de

¹³² Este análisis fue esbozado en la Resolución Nº 62-CCO-2000, resolución final del caso Telecable contra Telefonía Multimedia y Telefónica del Perú antes reseñado.

¹³³ SINGER HAL y SIDAK, Gregory. “Vertical Foreclosure in Video Programming Markets: Implications for Cable Operators”.

¹³⁴ Entre las otras conductas que busca el dominante con su estrategia, se encuentran: (i) el incurrir en pérdidas aguas abajo para debilitar al distribuidor de contenidos no afiliado, (ii) enviar una señal sobre los posibles costos hundidos en los que deberán incurrir los potenciales entrantes, (iii) trasladar el poder de posición de dominio del mercado de cable al mercado de distribución de contenidos. Este punto iii, podría ser lo que sucede con Antares TV.

preferencia) es muy pequeño debido a las participaciones de estas empresas, asimismo, SONORA tiene una reputación ganada, mucho más tiempo en el mercado y puede ser visto por un universo mucho mayor (inclusive los que tienen señal abierta y no poseen cable como consumidores potenciales); por ende, este punto puede resultar bastante subjetivo. Siendo así que, por el contrario, adicionando a las exclusivas con los canales de señal abierta (que gozan de reputación y la mayor preferencia local) sus propios canales exclusivos -como Antares TV-, terminan por reforzar la práctica y hacer que los nuevos canales de TVSAM comiencen a ganar preferencias (trasladando preferencias a sus canales exclusivos), pudiendo generar así un cierre importante de mercado.

La Secretaría Técnica concluye entonces que existen limitaciones o un cierre parcial del mercado por parte de TVSAM, la que considerando que existe gran preferencia por el contenido local en la ciudad de Tarapoto, conforme a lo que se puede apreciar de los resultados de la investigación, ha generado una estrategia de abarcar la mayor cantidad de contenido local. Esto se verifica en el hecho de que durante el periodo investigado ha logrado abarcar hasta 6 canales locales exclusivos, adicionales a los canales locales de señal abierta (los acuerdos bajo análisis y el de la Karibeña TV), que reforzarían su supremacía en programación de contenido local en el mercado de televisión por cable en Tarapoto, lo cual incide directamente en un refuerzo y posible crecimiento de su posición de dominio.

b. De la duración de los contratos

La duración de los contratos en el caso de SONORA no es corta. Es un contrato de 4 años, y que se puede renovar. Dadas las características de los contratos, y las acciones adicionales que lleva a cabo TVSAM (varios canales exclusivos adicionales) para reforzar su poder de mercado, haría que esta posición de dominio en 3 años, imponga una exigencia nuevamente a esta empresa de señal abierta a prorrogar estos contratos, formándose un círculo repetitivo alrededor del acuerdo de exclusividad¹³⁵.

8.3.7.6. Balance de efectos positivos y negativos de los convenios de exclusividad

En el análisis de los convenios de exclusividad firmados por TVSAM con SONORA y Via TV se han observado tanto efectos positivos como negativos. Por el lado de los efectos negativos, se han observado los siguientes hechos:

- TV SAM tiene posición de dominio en el mercado relevante. Esta posición de dominio, sustentada en parte por la elevada cuota de mercado respecto al total de abonados en el mercado relevante

¹³⁵ Criterio similar fue recogido en la Resolución Nº 62-CCO-2000, en donde se consideró que los convenios de exclusividad suscritos por Telefónica Multimedia para obtener las señales exclusivas de Fox y Turner, entre otros, fueron amplios en su vigencia al tener más de tres años de duración.

(alrededor de 70%), le otorga a TV SAM la posibilidad de requerir a los canales de señal abierta la firma de contratos de exclusividad, sin ofrecer contraprestación alguna a los canales de televisión abierta.

- Los canales de televisión abierta local gozan de gran preferencia en el distrito de Tarapoto (el distrito afectado). Particularmente, SONORA y Via TV, cuentan con la mayor preferencia a nivel de canales, tanto en forma general, como en sus programas específicos, los cuales se ubican en los primeros lugares.
- En este contexto, la estrategia de firma de convenios de exclusividad que ha venido desarrollando TVSAM en el distrito de Tarapoto deja a sus competidores sin insumos muy importantes para el desarrollo de sus actividades comerciales, lo cual les resta competitividad y atractivo a sus servicios. Esto es sin duda un efecto anticompetitivo potencial.
- Estos efectos anticompetitivos potenciales se traducen en efectos reales sobre el mercado. De esta manera, se observa que a partir del mes de octubre de 2011, luego de haber mostrado un desempeño negativo en lo que respecta al número de abonados, TVSAM muestra un importante crecimiento tanto en el número de abonados como en su cuota de mercado. Este hecho, viene acompañado de una disminución en el crecimiento del número de abonados de las empresas competidoras. Una de las empresas que ha sido más perjudicada es Cable Mundo.
- En un principio los hechos señalados en el punto anterior no parecían ser efectos puros de la estrategia anticompetitiva de TVSAM debido en el mismo periodo en el que desplegó su estrategia de firma de convenios de exclusividad, TVSAM realizó también ofertas que reducían su tarifa por periodos de hasta un año. Sin embargo, el estudio de CPI demostró que la mayor parte de los abonados que pasaron a TVSAM desde Cable Mundo lo hicieron porque esta última no ofrece canales locales.
- La estrategia anticompetitiva desplegada por TVSAM no solo ha mostrado tener efectos negativos para la competencia, los cuales a largo plazo afectan también al bienestar de los usuarios, sino que también tiene efectos negativos en el bienestar de los usuarios a corto plazo. En ese sentido, se ven afectados aquellos abonados de las empresas de Televisión por Cable que se ven privados del contenido local de mayor preferencia, que pasa a ser exclusivo de TVSAM.

Normalmente se argumenta que los convenios de exclusividad tienen efectos positivos sobre el bienestar social y la competencia en el mercado. Esto es totalmente reconocido por esta Secretaría Técnica. Sin embargo, para este caso en particular, la empresa TVSAM no ha podido demostrar los beneficios de los contratos de exclusividad que ha firmado. Asimismo, la Secretaría Técnica no ha observado efectos positivos reales (y no teóricos). En particular:

- No se ha demostrado que la firma del convenio de exclusividad permita a los canales de señal abierta expandir su cobertura, sino que por el contrario, al quedar la transmisión de sus señales limitada a la red de TVSAM, la cobertura de los canales de señal abierta es menor a la que estos tenían antes de la firma de contratos de exclusividad.
- Tampoco se elimina el problema del free rider, ya que los contratos con TVSAM resultan de una exigencia sin ningún beneficio (que haya surgido debido a la exclusiva) que haya podido observar la Secretaría Técnica para los canales de señal abierta local.
- No se observan beneficios en lo que respecta a los ingresos por publicidad.
- Sin bien se observa que REDCOM y Cable Mundo han recurrido a la creación de sus propios canales de televisión de señal cerrada propios, lo cual podría significar un beneficio para los usuarios en términos de variedad de contenidos, esto no necesariamente sería beneficioso para los usuarios y la sociedad en general, ya que estos nuevos canales solo pueden ser vistos por los abonados de cada uno de los operadores antes señalados. Asimismo, la creación de estos canales podría suponer un desvío innecesario de recursos que podrían emplearse para otros cometidos, como la expansión de las redes del servicio.

En ese sentido, se observan efectos anticompetitivos producto de la firma de convenios de exclusividad de TVSAM. Asimismo, no se observan efectos positivos tangibles de la conducta investigada. En ese sentido, el balance de efectos permite concluir que la firma de convenios de exclusividad realizada por TVSAM debe ser sancionada al constituir un abuso de posición de dominio.

IX. CONSIDERACIÓN ADICIONAL: EL CASO VIA TV

De la información recibida por las distintas empresas a las cuales se les requirió información con motivo de la presente controversia, esta Secretaría Técnica ha podido advertir que Via TV habría suministrado información falsa a este órgano instructor, dificultando así el proceso de investigación. Al respecto, se ha detectado que ante los requerimientos efectuados en donde se le solicitaba a Via TV informar si es que había suscrito un contrato de exclusividad con TVSAM, ésta ha respondido reiteradas veces negando dicho supuesto. Posteriormente, mediante comunicado de fecha 31 de julio de 2012, TVSAM remite a esta Secretaría Técnica el referido contrato de exclusividad que tenía con Via TV.

De esta manera, al haberse corroborado que Via TV ha brindado información falsa a la Administración Pública, en el curso de un procedimiento administrativo, esta Secretaría Técnica cree conveniente dejar constancia del incumplimiento del “deber de no declarar hechos contrarios a la verdad” (Artículo 56° de la Ley N° 27444)¹³⁶ e informar al

¹³⁶ Ley N° 27444, artículo 56.- Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:

respecto a la Procuraduría de OSIPTTEL respecto a la comisión del ilícito tipificado en el artículo 411° del Código Penal por “falsa declaración en el procedimiento administrativo”¹³⁷.

X. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES

De acuerdo a los argumentos anteriormente expuestos, esta Secretaría Técnica recomienda al Cuerpo Colegiado:

- **Declarar infundada la denuncia presentada por REDCOM contra SONORA y TVSAM por la realización de prácticas colusorias verticales en la modalidad de acuerdos de exclusiva**, infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- **Declarar fundada la denuncia presentada por REDCOM contra TVSAM por la comisión de actos de abuso de posición de dominio por parte de TVSAM en la modalidad de acuerdos de exclusiva**, infracción tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

En tal sentido, se recomienda al Cuerpo Colegiado que sancione a TVSAM por la comisión **de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva**, al amparo del literal e) del numeral 2 del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034. En atención a ello, correspondería ordenar a TVSAM como medida correctiva que se abstenga de seguir realizando la conducta ilícita, dejando sin efectos todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos que estuviesen vigentes con las empresas de Televisión de Señal Abierta (para el caso, Vía TV y/o SONORA, según corresponda) que de manera directa o indirecta impliquen el otorgamiento de exclusividades en la retransmisión y/o distribución de las señales y/o programación de dichas empresas.

Zaret Matos Fernández
Secretaría Técnica Adjunta de los
Cuerpos Colegiados

1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo de afecta el principio de conducta procedimental.

(...)
¹³⁷ Código Penal, artículo 411°.- El que, en un procedimiento administrativo, hace una falsa declaración en la relación a hechos o circunstancias que le corresponde probar, violando la presunción de veracidad establecida por ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.