



CONTROVERSIA ENTRE TELE CABLE S.A., TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. Y TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C.

PARTES:

Demandante: Tele Cable S.A.

Demandados: Telefónica del Perú S.A.A.
Telefónica Multimedia S.A.C.

Terceros: Asociación Peruana de Televisión por Cable
Turner Broadcasting System Latin America, Inc.

SUMILLA:

Demanda presentada por Tele Cable S.A. en contra de Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Multimedia S.A.C. por la supuesta comisión de prácticas anticompetitivas, derivadas de la celebración de convenios de exclusividad en la transmisión de contenidos para las empresas de distribución de radiodifusión por cable.

MATERIA:

Libre Competencia

ESTADO:

Apelación en trámite

CUERPO COLEGIADO ORDINARIO (PRIMERA INSTANCIA):

- Alfredo Bullard González
- Jorge Fernández-Baca Llamosas
- Raul Perez-Reyes Espejo
- Pierina Pollarolo Giglio
- Manuel San Román Benavente

RESOLUCIÓN N° 062-CCO-2000

RESOLUCIÓN N° 062-CCO-2000

Lima, 21 de diciembre de 2000.

El Cuerpo Colegiado Ordinario (en adelante CCO) a cargo de la controversia entre Tele Cable S.A. (en adelante TELECABLE), Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA) y Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante TELEFÓNICA MULTIMEDIA), por supuestas prácticas contrarias a la libre competencia derivadas de la celebración de convenios de exclusividad.

VISTOS:

El expediente N° 006-99, seguido por TELECABLE contra TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MULTIMEDIA, en el cual intervienen Turner Broadcasting System Latin America, Inc. (en adelante TURNER) y la Asociación Peruana de Televisión por Cable (en adelante APTC) en calidad de terceros.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESAS INVOLUCRADAS

1. Demandante

- TELECABLE es una empresa privada constituida en el Perú, cuyo objeto social es dedicarse, entre otras actividades, a prestar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable (en adelante Televisión por Cable).

Mediante Resolución Ministerial 0025-82-TC/TEL del 22 de noviembre de 1982 se autorizó el establecimiento del servicio público de distribución de telecomunicaciones por circuito cerrado en la provincia de Lima y en la provincia Constitucional del Callao en favor de Empresa Difusora Radio Tele S.A., actualmente Tele Cable S.A., como resultado de la transferencia aprobada mediante Resolución Viceministerial N° 269-98-MTC/15.03.

Mediante la Resolución 232-2000-MTC/15.03 del 17 de mayo de 2000 se adecuó la autorización anterior al régimen establecido en el Texto Unico Ordenado de la Ley General de Telecomunicaciones, otorgándosele la concesión del servicio de Televisión por Cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico.

2. Demandados

- TELEFÓNICA es una empresa privada constituida en el Perú que, de acuerdo con las concesiones otorgadas por el Estado mediante contratos, brinda, entre otros, servicios públicos de telecomunicaciones de diversa índole.

El 16 de mayo de 1994, la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. y Entel Perú S.A. –actualmente fusionadas en TELEFÓNICA- suscribieron dos contratos de concesión con el Estado Peruano, en virtud de los cuáles TELEFÓNICA se encuentra autorizada para prestar, entre otros, los

servicios públicos de telefonía y portadores locales, de larga distancia nacional y de larga distancia internacional.

- **TELEFÓNICA MULTIMEDIA** es una empresa privada constituida en el Perú, cuyo objeto social es dedicarse, entre otras actividades, a prestar el servicio de Televisión por Cable.

Mediante Resolución Ministerial N° 108-93-TCC/15.17 del 12 de marzo de 1993 se aprobó el Contrato de Concesión para la prestación del servicio de Televisión por Cable en la provincia de Lima y la provincia constitucional del Callao, en favor de la Compañía Peruana de Teléfonos S.A.

Mediante Resolución Ministerial N° 030-96-MTC/15.07 del 11 de enero de 1996 se aprobó el Contrato de Concesión celebrado con la empresa CPT – Telefónica del Perú para la prestación del servicio de Televisión por Cable en las provincias de Arequipa, Cusco, Chiclayo, Santa, Huancayo, Piura y Trujillo.

Posteriormente, mediante la Resolución Ministerial N° 191-98-MTC/15.03 del 15 de abril de 1998 se autorizó la transferencia de ambas concesiones en favor de **TELEFÓNICA MULTIMEDIA**.

3. Terceros

- **APTC** es una asociación cuyo fin es el de agrupar a las personas naturales y jurídicas titulares de concesiones para prestar servicios de Televisión por Cable, así como a empresas e instituciones relacionadas con esta actividad.

A la fecha de su apersonamiento al proceso, esta asociación agrupaba a cuarentiocho (48) empresas peruanas autorizadas para la prestación del servicio de Televisión por Cable.

- **TURNER** es una compañía de la empresa Time Warner cuyo domicilio real se encuentra en la ciudad de Atlanta, Estados Unidos de América. La principal función de esta compañía -relevante para la presente controversia- es la de vender señales de programación diversa a empresas de Televisión por Cable, las cuales adquieren dichas señales y las distribuyen a hogares o familias que contraten sus servicios.

Entre las señales que esta compañía comercializa se encuentran la de los canales: CNN International, CNN en Español, Cartoon Network-Latin America, Turner Network Television-Latin America (TNT) y CNN Financial Network.

II. POSICIONES DE LAS PARTES

Mediante demanda de fecha 20 de diciembre de 1999¹ **TELECABLE** solicitó emplazar a **TELEFÓNICA**, **TELEFÓNICA MULTIMEDIA**, **TURNER** y **Fox Latin American Channel, Inc.** (en adelante **FOX**) por infringir el Decreto Legislativo 701

¹ La demanda fue inicialmente interpuesta ante la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), la cual, mediante Resolución 013-99-INDECOPI/CLC del 29 de diciembre de 1999, se inhibió de conocer el caso, a la vez que dispuso poner en conocimiento de OSIPTEL la referida demanda.

al haber celebrado acuerdos de exclusividad y negarse a conceder licencias de propiedad intelectual.

1. TELECABLE fundamenta su demanda principalmente en virtud de los siguientes argumentos:

- a. TELEFÓNICA y/o TELEFÓNICA MULTIMEDIA apoyándose en las facilidades y recursos que detenta debido a su condición de operador dominante sobre diferentes servicios de telecomunicaciones, viene promoviendo diversos acuerdos de exclusividad desde 1996 para obstruir, limitar y/o eliminar fuentes de aprovisionamiento esenciales para los operadores de Televisión por Cable, y limitar la competencia.²
- b. Los acuerdos de exclusividad estarían limitados a la ciudad de Lima, y por el momento no afectarían a las empresas de Televisión por Cable que operan en provincias.
- c. TURNER y FOX, con quien TELEFÓNICA y/o TELEFÓNICA MULTIMEDIA han celebrado convenios de exclusividad, mantienen el control de la programación considerada más importante para los consumidores del servicio de Televisión por Cable, constituyendo insumos esenciales para el funcionamiento de este sector del mercado, por lo que tienen una importancia comercial estratégica para captar y mantener el interés de los consumidores.
- d. La sustituibilidad de los canales no puede analizarse con independencia de las preferencias de los consumidores
- e. La infracción cometida por TELEFÓNICA y/o TELEFÓNICA MULTIMEDIA se trata de una infracción de alcance general, puesto que no sólo afecta a TELECABLE, sino que afecta a todos los actuales o potenciales competidores de las mencionadas empresas, por cuanto les impide el acceso a los servicios y facilidades esenciales para competir, comprometiendo el interés general de los consumidores.
- f. Adicionalmente, no concurren las circunstancias mediante las cuales la doctrina y la jurisprudencia permite esta clase de acuerdos. Éstos no representan mayores ventajas a los consumidores.
- g. TURNER y FOX no necesitan mantener una exclusividad con una empresa de Televisión por Cable para promover la introducción de sus señales en el mercado, debido a que se encuentran entre los programadores más importantes del mundo.
- h. Tratándose de acuerdos verticales, las restricciones a la competencia denunciadas deben ser evaluadas tomando en consideración sus efectos en los mercados afectados.
- i. Los principales efectos negativos son: (i) desplazamiento de competidores actuales de Televisión por Cable; (ii) imposición de barreras de acceso a

² Como resultado de dichos acuerdos en Abril de 1999 ninguna de las siguientes señales eran transmitidas por empresas de cable diferentes de TELEFÓNICA y/o TELEFÓNICA MULTIMEDIA: HTV, INFINITO, UTILISIMA SATELITAL, CCN, CANAL N, CINE LATINO, HALLMARK, EL CANAL DE LAS ESTRELLAS, LOCOMOTION, SUR, CANAL JOCKEY, PLAY BOY y VENUS.

nuevos competidores; (iii) traslado de los costos de exclusividad a los consumidores; (iv) monopolio sobre medios de publicidad; (v) restricción al desarrollo de nuevos mercados (en particular el mercado de internet); (vi) eliminación de opciones y de la competencia por precios.

- j. Ninguna circunstancia procesal puede evitar que los efectos anticompetitivos de los acuerdos de exclusividad sean analizados conforme a su naturaleza de acuerdos verticales de exclusión.
- k. La denuncia esta dirigida contra TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MULTIMEDIA en su calidad de empresas vinculadas económicamente y pertenecientes al Grupo Telefónica, siendo que los contratos de exclusividad benefician a ambas empresas.

2. TELEFÓNICA MULTIMEDIA contesta la demanda contradiciéndola. Fundamenta su contradicción en virtud, entre otros, de los siguientes fundamentos:

- a. De acuerdo con la Constitución Política del Perú, a toda persona se le reconoce el derecho de contratar, estando facultadas las partes para determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.
- b. Nuestra legislación no prohíbe la celebración de contratos de exclusividad, por lo que las únicas limitaciones para la celebración de éstos se darían si tuvieran una finalidad ilícita o contravinieran normas de orden público, lo que no sucede en el presente caso.
- c. Los contratos de exclusividad suscritos por TELEFÓNICA MULTIMEDIA con TURNER y FOX constituyen un elemento de diferenciación y son beneficiosos para el mercado, puesto que permiten a TELEFÓNICA MULTIMEDIA reducir sus costos de transacción y administrativos derivados de las continuas negociaciones con los titulares de las licencias para la renovación de los contratos, y le permite alcanzar un mayor orden en su estructura de costos brindando un servicio más eficiente a sus clientes.
- d. La celebración de convenios de exclusividad es una práctica usual a nivel internacional. TELECABLE también ha celebrado este tipo de contratos.
- e. Afirmar que una empresa no puede celebrar convenios de exclusividad implica afirmar que tal empresa se encuentra obligada a contratar con todo aquel que se lo solicita, lo cual atenta contra el derecho exclusivo del titular de los canales.
- f. Los canales de TURNER y FOX son importantes dentro de la programación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, mas no son insumos esenciales, debido a lo cual la exclusividad no genera el desplazamiento de los competidores ni la imposición de barreras al acceso.
- g. La aceptación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA se debe a un esfuerzo constante de TELEFÓNICA MULTIMEDIA de invertir con la finalidad de mantener satisfechos a los consumidores.

- h. La legislación peruana no sanciona los intentos de los empresarios por conseguir una posición monopólica en el mercado ni el uso de ésta, lo que se sanciona es el abuso de dicha posición.
- i. La intervención del Estado en derecho de la competencia es residual, es decir que sólo debe intervenir cuando el mercado no puede rápidamente otorgar una solución a la distorsión creada.
- j. Si el precio de los servicios de Televisión por Cable aumentara como consecuencia de la celebración de los contratos de exclusividad, al ser dicho servicio un servicio suntuario, los consumidores se alejarían de él.
- k. Con relación a la afirmación de TELECABLE respecto de que los acuerdos en cuestión generarían una restricción al desarrollo de nuevos mercados (específicamente internet), resulta absurdo relacionar ambos temas.
- l. El mercado geográfico relevante no permite abusos de posición de dominio por cuanto (i) se reduce a los distritos de Lima en los que efectivamente compiten TELEFÓNICA MULTIMEDIA y TELECABLE; (ii) se ha demostrado la existencia de sustitutos adecuados que no permitirían situaciones de abuso de posición de dominio; y (iii) no existen barreras de entrada al mercado.
- m. La televisión satelital es un sustituto adecuado no incluido en las exclusividades otorgadas por TURNER y FOX a TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- n. No se ha demostrado la ocurrencia de efectos nocivos en los consumidores, ni que TELECABLE esté en incapacidad de competir, ni que de hecho existan barreras de entrada al mercado significativas derivadas de los contratos de exclusividad, *"A lo mas, se ha acreditado una posición de dominio que no permite abusos habida cuenta la naturaleza del mercado relevante."*

3. TELEFÓNICA contesta la demanda, contradiciéndola en virtud de lo siguiente:

- a. TELEFÓNICA transfirió sus concesiones para prestar el servicio de Televisión por Cable a TELEFÓNICA MULTIMEDIA, no contando a la fecha con ninguna concesión para la prestación de tal servicio, por lo cual no desarrolla actividades en dicho sector.
- b. Debido a lo mencionado, TELEFÓNICA no debe intervenir en el presente procedimiento administrativo. Además, TELEFÓNICA no ha celebrado los convenios de exclusividad materia de la demanda.
- c. Sin perjuicio de lo antes mencionado, y en consideración a que TELEFÓNICA MULTIMEDIA es una sociedad subsidiaria de TELEFÓNICA, contradicen los fundamentos expuestos por TELECABLE en el mismo sentido que TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

4. TURNER, interviniendo como tercero en el proceso, contradijo la demanda, entre otros, en virtud de los siguientes argumentos:

- a. No es cierto que TURNER haya conspirado con FOX y TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- b. Es perfectamente justificado que si TURNER tiene un cliente en exclusiva, se niegue a contratar con TELECABLE. Además, TURNER no posee posición de dominio en el mercado de señales o de contenidos de señales, ni sus canales son facilidad esencial puesto que existe un sin número de sustitutos a sus canales.
- c. TURNER posee, además, razones más que justificadas para negarse a contratar con TELECABLE, ya que esta empresa ha mantenido deudas con TURNER permanentemente.
- d. La celebración de convenios de exclusividad (i) es una práctica comercial común, TELECABLE también la ha aplicado; (ii) no restringe el mercado de Televisión por Cable; (iii) es la forma típica de diferenciación de productos en el sector; (iv) fomenta la competencia por precios; (v) es el ejercicio legítimo de un derecho de propiedad intelectual.
- e. El contrato con TELEFÓNICA MULTIMEDIA no es exclusivo en cuanto a todos los medios existentes para distribuir las señales de TURNER en Lima.
- f. Un ejemplo de la gran cantidad de posibilidades que existen en el mercado de la Televisión por Cable constituye el caso de Boga Comunicaciones S.A. (en adelante BOGA), la cual prescindió voluntariamente de la señal de TURNER, que aprovechando una estructura de costos diferente a la de prestadores de Televisión por Cable dirigidas a los mercados de niveles adquisitivos más altos logró expandir su participación en el mercado con gran éxito.
- g. El contrato de exclusividad celebrado con TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha permitido a TURNER reducir sus costos de distribución y obtener un mejor pago por sus productos. TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha colaborado decididamente en hacer conocidas las señales de TURNER y la calidad de sus productos en el Perú. Con la exclusividad TURNER se garantiza que TELEFÓNICA MULTIMEDIA seguirá invirtiendo en sus marcas y gozando directamente de los beneficios de su inversión. En tal sentido, la decisión de celebrar dicho contrato no fue más que una de eficiencia empresarial.
- h. TURNER considera razonable el deseo de TELEFÓNICA MULTIMEDIA de celebrar los contratos de exclusividad de sus señales por cuanto a pesar de que le cuesta más, finalmente va a permitirle una mejor eficiencia en su inversión en la promoción de los productos de TURNER.
- i. La intervención estatal que promueve TELECABLE a través de la demanda tendría los siguientes efectos perniciosos, pues distorsionaría el mercado, creando serias ineficiencias: (i) incentivaría la integración vertical hacia abajo de TURNER, al no poder tener una distribución eficiente; (ii) incentivaría el desarrollo de actividades comerciales por parte de los operadores en condiciones de impuntualidad e incumplimiento en las obligaciones de pago de regalías por los contratos de licencia de señales; (iii) podría hacer impracticable la distribución de las señales de TURNER en el país, reduciendo las opciones a los consumidores; (iv) TURNER recibiría una menor contraprestación; (v) TELEFÓNICA MULTIMEDIA podría disminuir la inversión en promoción de los productos de TURNER.

- j. Las consecuencias de la resolución del CCO no deben afectar derechos de terceros, en particular aquellos obtenidos por la celebración de los contratos materia de cuestionamiento.
- k. No se ha acreditado la existencia de posición de dominio (y en consecuencia, de abuso), ni de prácticas restrictivas de la libre competencia.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS

En la Audiencia llevada a cabo con fecha 10 de agosto de 2000 el CCO ratificó los puntos controvertidos fijados mediante Resolución N° 028-CCO-2000, siendo éstos los siguientes:

1. Primer Punto Controvertido

Determinar si TELEFÓNICA MULTIMEDIA y/o TELEFÓNICA han celebrado convenios de exclusividad con las empresas FOX y TURNER, y de ser el caso, si la celebración de estos convenios constituyen infracciones de acuerdo con los incisos f) del artículo 5°, y/o j) del artículo 6° del Decreto Legislativo 701.

2. Segundo Punto Controvertido

Determinar, de ser el caso, la sanción que corresponda imponer a TELEFÓNICA y/o TELEFÓNICA MULTIMEDIA y si corresponde al CCO adoptar medidas correctivas.

3. Tercer Punto Controvertido

Determinar, de declararse fundada la demanda, si las demandadas deberán asumir el pago de los costos correspondientes al presente procedimiento.

IV. CUESTIONES PROCESALES PREVIAS

1. Naturaleza del Procedimiento

Tomando en consideración las alegaciones de las partes vertidas a lo largo del procedimiento relativas, entre otras, a: (i) la fijación de los puntos controvertidos; y (ii) la carga de la prueba, resulta necesario determinar la naturaleza del Procedimiento de Solución de Controversias.

Este procedimiento se rige por el Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa, aprobado mediante la Resolución N° 027-99-CD/OSIPTEL, y supletoriamente por la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y por el Código Procesal Civil.

La Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos resulta aplicable por tratarse de un procedimiento administrativo, y el Código Procesal Civil por tratarse de un procedimiento triangular.

Si bien el Procedimiento de Solución de Controversias resulta en estructura similar al Proceso Civil, se diferencia de éste por el tipo de materias sobre las cuales versa. Mientras que en el Proceso Civil las materias son privadas, en el Procedimiento de Solución de Controversias las materias sobre las que versa en menor o mayor grado pueden afectar a los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones o a otras empresas operadoras de dichos servicios.

Dicha diferencia entre las materias de los procedimientos mencionados, debe ser tomada en consideración al aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Civil en un Procedimiento de Solución de Controversias, a fin de no desnaturalizar dicho procedimiento, y evitar alejarse de la finalidad del mismo.

Lo expuesto cobra especial importancia en controversias como la actual en la cual la materia controvertida está referida a una supuesta infracción a las normas de libre competencia, por ser dicha materia de orden público, tal como lo precisa el artículo 29° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 62-94-PCM.

En casos como éste, la decisión del CCO debe estar orientada no sólo a resolver la controversia entre dos particulares, sino que, principalmente, debe servir de instrumento para que el Estado cumpla con su rol de facilitar y vigilar la libre competencia y combatir toda práctica que la limite, así como el abuso de posiciones dominantes y monopólicas³.

Debido a lo antes expuesto, el hecho de que la demandante precise que la conducta demandada constituye una infracción determinada, no puede constituir un límite que impida al CCO investigar si dicha conducta constituye una práctica distinta, por cuanto una vez iniciada la controversia, ésta trasciende a los intereses de las partes.

Lo antes expuesto, no afecta de manera alguna la necesidad de garantizar a las partes un debido proceso, con todo lo que ello implica.

Debido a las razones antes expuestas en controversias que versan sobre materias de orden público, como las referidas a supuestas infracciones de la libre competencia:

- las partes no pueden desistirse del procedimiento ni de su pretensión;
- al fijar los puntos controvertidos no sólo debe tomarse en consideración lo expresado por las partes, sino también aquello que el CCO infiera de la demanda y contestación y considere debe ser investigado;
- el CCO puede y debe investigar las presuntas conductas ilícitas ordenando la actuación de los medios probatorios que estime pertinente supliendo así posibles omisiones de la parte demandante, valiéndose además tanto de los sucedáneos de los medios probatorios a fin de lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, completando o sustituyendo el valor o alcances de éstos, como de indicios, cuando en su conjunto conduzcan a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

2. Tacha Interpuesta por TELEFÓNICA MULTIMEDIA con fecha 17 de agosto de 2000

• Antecedentes

Mediante Oficio N° 128/2000-ST la Secretaría Técnica requirió a TELEFÓNICA MULTIMEDIA determinada información para la elaboración del informe requerido por el CCO a la Gerencia de Relaciones Empresariales mediante Resolución N° 021-CCO-2000.

³ Artículo 61° de la Constitución Política del Perú.

Mediante escrito de fecha 17 de agosto TELEFÓNICA MULTIMEDIA solicitó la tacha de los documentos requeridos por la Secretaría Técnica relacionados con el servicio de Televisión por Cable que se encuentre fuera del área de Lima Metropolitana.

Mediante escrito de fecha 4 de setiembre, TELEFÓNICA MULTIMEDIA precisó los argumentos de la tacha formulada.

- **Análisis de la Cuestión**

TELEFÓNICA MULTIMEDIA fundamenta la cuestión probatoria formulada en los siguientes argumentos: (i) el pedido de información resulta impertinente, toda vez que se refieren a la probanza de hechos que no forman parte de la presente controversia; y, (ii) el requerimiento cursado a la recurrente escapa al ámbito de los puntos controvertidos materia de la presente controversia.

En el presente caso, la solicitud de información realizada por la Secretaría Técnica no se hizo en calidad de medio probatorio de oficio, sino que dicha solicitud se realizó a pedido de la Gerencia de Relaciones Empresariales como insumo para la elaboración del informe requerido por el CCO, el mismo que sí tiene la naturaleza de medio probatorio de oficio.

En la medida que sólo se pueden formular cuestiones probatorias contra medios probatorios, resulta improcedente la cuestión probatoria formulada por TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta necesario señalar que al momento de resolver la controversia, el CCO sólo toma en consideración los medios probatorios que hayan sido admitidos, por lo que la información requerida para la elaboración del informe sólo es considerada en la medida que ésta haya sido incluida en el informe solicitado por el CCO y éste último no haya decidido apartarse de su contenido de conformidad con el artículo 44° del Reglamento de Solución de Controversias.

En tal sentido, no habiendo utilizado la referida Gerencia la información referente a Provincias para la elaboración de su informe, tal información no será considerada para la resolución de la presente controversia.

3. Tacha interpuesta por TELEFÓNICA MULTIMEDIA con fecha 22 de agosto de 2000

- **Antecedentes**

En la Audiencia Especial llevada a cabo el 10 de agosto de 2000 se admitieron los siguientes medios probatorios ofrecidos por TELECABLE mediante escritos de fecha 16 y 21 de junio de 2000: (i) Copia de la carta de fecha 18 de enero de 2000 emitida por el Presidente del Directorio de BOGA; (ii) copia de la carta de 19 de junio de 2000 emitida por el Presidente de Directorio de BOGA; (iii) copia de la carta emitida por SUR, de fecha 12 de enero de 2000; (iv) copia de la carta emitida por CCN CABLE CANAL DE NOTICIAS de fecha 14 de enero de 2000; (v) copia de la carta de Radio Programas de fecha 24 de enero de 2000; y, (vi) informe de INFOCORP sobre la condición crediticia de TELEFÓNICA.

Mediante escritos de fecha 22 de agosto y 11 de setiembre de 2000, TELEFÓNICA MULTIMEDIA formula tacha a los referidos medios probatorios por los siguientes fundamentos: (i) Los documentos admitidos resultan impertinentes a la presente controversia debido a que ésta no trata de ninguna otra relación de exclusividad que TELEFÓNICA MULTIMEDIA pudiera mantener con terceros distinta a la que tiene con TURNER y FOX; (ii) el informe de INFOCORP no es pertinente debido a que la situación económica de TELEFÓNICA resulta irrelevante para determinar si resultaba justificado que TURNER decidiera no contratar con TELECABLE; (iii) el concepto de hechos nuevos no son aquéllos que el demandante omitió alegar en su demanda, sino aquellos que se producen con posterioridad a ella.

Mediante escrito de fecha 31 de agosto de 2000, TELECABLE absuelve la tacha interpuesta contra los medios probatorios señalando lo siguiente: (i) Las copias de las cartas ofrecidas como medios probatorios constituyen hechos nuevos debido a que fueron emitidas después de iniciado el procedimiento por lo que era materialmente imposible acompañarlas al escrito de demanda; (ii) TELECABLE ha venido sosteniendo que los acuerdos de exclusividad celebrados con TURNER y FOX no constituyen hechos aislados siendo parte de una conducta sistemática de TELEFÓNICA y/o TELEFÓNICA MULTIMEDIA; (iii) respecto al informe de INFOCORP, TELEFÓNICA MULTIMEDIA no está en posición de señalar qué documentos son relevantes para determinar las decisiones tomadas por TURNER y FOX al suscribir los contratos de exclusividad; (iv) TELEFÓNICA es la sociedad que controla a TELEFÓNICA MULTIMEDIA, por lo que no es coherente insistir que la situación crediticia de una empresa no afecta en absoluto a sus subsidiarias.

- **Análisis de la Cuestión**

Respecto de las copias de las cartas ofrecidas como medios probatorios, éstas resultan pertinentes y procedentes debido a que aún cuando las relaciones de exclusividad entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y empresas programadoras distintas a FOX y TURNER no sean materia de los puntos controvertidos, a fin de analizar los posibles efectos en el mercado relevante de la relación de exclusividad entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y las empresas FOX y TURNER es indispensable efectuar un estudio del mercado relevante y de todas aquellas cuestiones que pudieran estar influenciando en éste.

Asimismo, dichos medios probatorios cumplen con el requisito de estar referidos a hechos nuevos debido a que las referidas cartas fueron emitidas con posterioridad a la interposición de la demanda y TELECABLE no estuvo en la posibilidad material de presentar las mencionadas cartas con la misma.

Respecto del Informe de INFOCORP, el CCO considera que éste no resulta pertinente para la presente controversia debido a que el mismo está referido a TELEFÓNICA y no a TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

En tal sentido corresponde declarar fundada la tacha formulada por TELEFÓNICA MULTIMEDIA contra el informe de INFOCORP ofrecido por TELECABLE como medio probatorio y declararla infundada respecto de las

copias de las cartas a que se refiere la sección Antecedentes del punto IV.4 de la presente Resolución.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Para un análisis integral del primero de los Puntos Controvertidos, se requiere: i) determinar si TELEFÓNICA MULTIMEDIA y/o TELEFÓNICA han celebrado convenios de exclusividad con las empresas FOX y TURNER; de resultar esto afirmativo se debe ii) analizar si la celebración de dichos convenios constituye una infracción al Decreto Legislativo 701, tal como ha sido determinado en dicho punto controvertido.

1. Respecto de la Celebración de los Convenios de Exclusividad

Antes de entrar al análisis de la supuesta infracción por parte de TELEFÓNICA y TELEFÓNICA MULTIMEDIA a las normas del Decreto Legislativo 701, resulta necesario comprobar si estas empresas han suscrito los contratos materia de controversia.

A fojas 001524 y siguientes del expediente consta el contrato de licencia de fecha 9 de setiembre de 1999 para la transmisión de determinados canales, celebrado entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y TURNER, presentado por TURNER; mientras que a fojas 002324 y siguientes obra el mismo contrato, presentado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA. La cláusula octava de dicho contrato contiene un acuerdo de exclusividad en los términos que más adelante se detallan.

De otro lado, a fojas 002301 y siguientes obra el contrato denominado "Affiliation Agreement: Perú" de fecha 1 mayo de 1999, celebrado con FOX⁴; a fojas 002366 obra el documento denominado "Multi-Service Proposal" suscrito por FOX⁵ y "CABLEMÁGICO"; y a fojas 002369 y siguientes obra el contrato de julio de 1995 denominado "Affiliation Agreement" suscrito entre FOX y "CABLE MÁGICO-TELEFÓNICA DEL PERU S.A.".

Con relación a los contratos a que se refiere el párrafo anterior debe precisarse lo siguiente:

- Respecto del contrato de julio de 1995, se entiende que éste fue suscrito por TELEFÓNICA por cuanto en tal fecha dicha empresa todavía operaba el servicio de Televisión por Cable y no había transferido la concesión a TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- Con relación al documento denominado "Multi-Service Proposal", en cuya cláusula tercera se acordó el otorgamiento de licencia exclusiva en los términos que se detallan más adelante, cabe resaltar que (i) de acuerdo con el encabezado del contrato, éste fue suscrito por "CABLE MÁGICO" y FOX; (ii) "CABLE MÁGICO" sin embargo es el nombre comercial con el cual opera TELEFÓNICA MULTIMEDIA; (iii) si bien en el contrato no aparece el nombre de la persona que lo firma, de los demás contratos presentados por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, se desprende que la firma corresponde al Gerente General de TELEFÓNICA MULTIMEDIA en aquel entonces, señor

⁴ Entiéndase por FOX a Fox Latin American Channel, Inc, a Fox Sports Latin America LTD, y a Saban International, N.V.

⁵ Entiéndase por FOX a Fox Latin American Channel, Inc, a Fox Sports Latin America LTD, y a Saban International, N.V.

José Javier Manzanares; en tal sentido, se entiende que no obstante aparece el nombre de TELEFÓNICA en el anexo del mencionado documento que obra a fojas 02368, dicho convenio, fue suscrito por TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

- Finalmente, con relación al contrato del 1 de mayo de 1999 -cuya cláusula quinta prevé el otorgamiento de licencia exclusiva- éste se refiere a “TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.” como el licenciatario. Sin embargo, debido a que (i) dicho contrato no se encuentra firmado; (ii) en otros contratos presentados por TELEFÓNICA MULTIMEDIA se ha encontrado confusiones con la denominaciones “Telefónica del Perú S.A.” y “Telefónica Multimedia”; (iii) dichas confusiones parecen basarse en el hecho de que TELEFÓNICA fue quien originalmente prestaba el servicio de Televisión por Cable; y (iv) la cláusula de exclusividad se encuentra en el documento mencionado en el punto anterior; este CCO considera que el hecho de que aparezca el nombre de “Telefónica del Perú S.A.” en el mencionado contrato, no constituye prueba suficiente de la intervención de dicha empresa en la celebración de los convenios de exclusividad.

En tal sentido, de los contratos presentados por TELEFÓNICA MULTIMEDIA se desprende que quien suscribió los contratos de licencia con FOX es TELEFÓNICA MULTIMEDIA, sin que se haya acreditado la participación de TELEFÓNICA. Debido a lo mencionado este CCO considera que corresponde declarar improcedente la demanda interpuesta por TELECABLE contra TELEFÓNICA.

Así, de los medios probatorios que obran en el expediente, se concluye que los contratos materia de la controversia son los siguientes:

- **Contrato entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y TURNER:**
 - **Canales:** CNN International, CNN en Español, CNN Financial Network, Cartoon Network-Latin America y Turner Network Television.
 - **Ámbito Geográfico:** La ciudad de Lima excluyendo los distritos de Ate-Vitarte y San Juan de Lurigancho, los cuales también estarán comprendidos dentro de la cláusula de exclusividad a partir del 01 de enero de 2001 y de 01 de noviembre de 2001 respectivamente.
 - **Plazo de Vigencia:** La exclusividad mantiene su vigencia entre el 1 de enero de 2000 hasta el 30 de junio de 2003, la cual se renueva al renovarse el contrato automáticamente por períodos mensuales hasta que una de las partes notifique a la otra su deseo de terminarlo.
- **Contrato entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y FOX:**
 - **Canales:** Canal Fox, Fox Sports y Fox Kids.
 - **Ámbito Geográfico:** Lima.
 - **Plazo de Vigencia:** La exclusividad mantiene su vigencia entre el 1 de julio de 1999 hasta el 30 de junio de 2002.

Habiendo quedado confirmada la existencia de los contratos de exclusividad mencionados, y habiéndose determinado las partes que han intervenido en la celebración de los mismos, corresponde analizar si la celebración de éstos contraviene lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701.

2. Respecto de la supuesta infracción al Decreto Legislativo 701

Tal como se ha indicado anteriormente, corresponde analizar si la celebración de los convenios de exclusividad por parte de TELEFÓNICA MULTIMEDIA con TURNER y FOX constituyen una infracción a las normas del Decreto Legislativo 701, por tratarse de un supuesto caso de abuso de posición de dominio y/o de una práctica restrictiva de la libre competencia.

El Decreto Legislativo 701 tiene por finalidad *"...eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores."*

El artículo 3° de dicho Decreto, por su parte establece que *"Están prohibidas y serán sancionadas, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionadas con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional."*

Con relación al abuso de posición de dominio, el artículo 5° del Decreto Legislativo establece que dicha práctica existirá cuando una o más empresas que contando con posición de dominio, actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio.

Las prácticas de abuso de posición de dominio constituyen, en la mayoría de los casos, restricciones verticales, aplicadas por una empresa; las cuales, por su propia naturaleza, tienen efectos directos que no se aprecian necesariamente en el mismo mercado relevante donde se configuran, sino que más bien pueden ser observadas en los mercados de insumos (aguas arriba, upstream) que abastecen a los productores de dicho mercado relevante, o en el mercado al cual se abastece (aguas abajo, downstream), incluyendo a los consumidores finales. Dichas prácticas no tienen efectos dañinos sobre la competencia cuando son realizadas por empresas que no tienen poder en el mercado, e incluso pueden promover la eficiencia generando beneficios claramente perceptibles para los consumidores en términos de calidad y/o precios. Sin embargo, cuando las mismas prácticas, son realizadas por empresas que tienen posición de dominio en el mercado, sus efectos sobre la competencia y la eficiencia pueden ser significativamente negativos, obstaculizando la capacidad de las empresas rivales presentes y/o potenciales para competir lealmente en el mercado y privando a los consumidores de la capacidad de elegir y de acceder a mejores condiciones de calidad y/o precio. Es por este motivo que la realización de este tipo de prácticas por empresas que tienen posición dominante en el mercado, debe ser analizada por la autoridad para determinar sus beneficios y sus costos, bajo el principio de la *regla de la razón*.

Dicho artículo detalla algunas prácticas, todas ellas caracterizadas por representar restricciones verticales, consideradas como abuso de posición de dominio, estableciendo en su inciso f), que son también prácticas abusivas *"Otros casos de efecto equivalente."* Es decir, otros casos, que no estando expresamente previstos en el mencionado artículo tienen efectos equivalentes a los casos que sí se encuentran expresamente tipificados en el mismo. Este inciso permite considerar allí cualquier conducta que representa una restricción vertical por parte de una empresa dominante. Esto es lo que la legislación

comparada denomina prácticas anticompetitivas relativas, pues están sujetas a la regla de la razón.

De otro lado, con relación a las prácticas restrictivas de la libre competencia, el artículo 6° del Decreto Legislativo 701 define a las prácticas restrictivas como a los acuerdos, decisiones o similares realizados entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir, o falsear la competencia.

El mencionado artículo detalla algunas prácticas consideradas como restrictivas, indicando de esta manera que dichas prácticas suelen tener el efecto antes mencionado, y establece en su inciso j) que son también prácticas restrictivas "*Otros casos de efecto equivalente*". Es decir, otros casos, que no estando expresamente previstos en el mencionado artículo tienen por efectos los indicados en el primer párrafo de éste. En este caso no es requisito la existencia de posición de dominio, sino que la práctica ilícita puede ser cometida tanto por empresas que tengan o no posición de dominio.

Debido a que la celebración de convenios de exclusividad no se encuentra expresamente tipificada como práctica restrictiva de la libre competencia, ni en el artículo 5° ni en el artículo 6°, corresponde analizar, tal como se ha previsto en el primer punto controvertido, si la celebración de contratos de exclusividad por parte de TELEFÓNICA MULTIMEDIA se encuentra comprendida en los incisos f) y j) de los artículos 5° y 6° respectivamente.

Este CCO considera que la contratación o acuerdo de exclusividad constituye una restricción vertical, tal como lo define la legislación comparada, en la medida 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; y que los servicios ofrecidos por TURNER y FOX en exclusividad se constituyen en insumos para la provisión del servicio de Televisión por Cable provisto por TELEFONICA MULTIMEDIA. Es claro que ambos grupos de empresas no compiten y que sus productos no son sustitutos, por el contrario, uno es insumo del otro.

Respecto del tratamiento de la exclusiva como una práctica restrictiva de naturaleza vertical, este CCO considera que uno de los supuestos asociados a las prácticas restrictivas es la existencia de una conducta paralela. A esto habría que agregar la existencia de potenciales beneficios para quienes participan de dicho acuerdo, no derivados necesariamente de la existencia de posición de dominio en el mercado, sino asociados a la realización de la conducta misma. Este tipo de práctica es propia de acuerdos de exclusiva en donde la integración vertical a nivel societario es parte de los supuestos del acuerdo, pues de lo contrario se requeriría de una prueba fehaciente y explícita que en ausencia de integración vertical establezca la relación de control vertical entre quienes establecen una restricción vertical. De lo actuado en el expediente no existe prueba alguna que permita establecer que algunos de estos supuestos se cumple.

Finalmente, la conceptualización de las prácticas restrictivas permite afirmar que las mismas tienen un tratamiento bajo la regla per se siempre que producto de ellas se facilite una concertación de precios, en otros casos la práctica se analiza utilizando la regla de la razón; mientras que las prácticas de abuso de posición de dominio siempre tienen el tratamiento de la regla de la razón. Del análisis teórico de la conducta, cuyos efectos anticompetitivos pueden coexistir

con los efectos procompetitivos de la misma, es claro que la contratación en exclusiva requiere de un tratamiento de la regla de la razón, pues no es posible afirmar a priori que algunos efectos primen sobre otros; por el contrario, se requiere del análisis de la conducta concreta dentro de mercados relevantes concretos para poder definir qué efectos priman de la misma⁶. En este sentido manifiesta la agencia antimonopolio de Reino Unido⁷:

“En los casos en que una restricción vertical pueda producir beneficios económicos, aunque ocurra un apreciable efecto anticompetitivo, el Director General analizará si dichos beneficios exceden el referido efecto. En general, es más probable que los beneficios de las restricciones verticales excedan cualquier efecto anticompetitivo cuando los mercados impliquen:

- *productos complejos, técnicos o relativamente caros;*
- *nuevos productos con una débil promoción;*
- *adquisiciones de una vez en lugar de repetidas compras;*
- *clientes que tienen poco conocimiento del producto; y*
- *pocos niveles de economías de ámbito en la venta de productos de distintos productores y bajos niveles de barreras de entrada en la venta al por menor.*

En la práctica, el Director General normalmente no realizará un análisis beneficio-coste detallado para balancear los efectos anticompetitivos contra los beneficios. En su lugar, cuando existan efectos anticompetitivos y beneficios significativos, la cuestión será analizar si la forma de la restricción es el mecanismo menos anticompetitivo de lograr los beneficios.” (traducción propia).

En tal sentido, de lo expuesto anteriormente se desprende que a fin de determinar si existe abuso de posición de dominio de acuerdo con la norma antes mencionada, resulta necesario en primer lugar determinar si existe posición de dominio, para lo cual se requiere determinar previamente el mercado relevante. De determinarse la existencia de posición de dominio corresponde analizar los efectos de la práctica -tanto potenciales como los efectivamente causados sobre el bienestar de los consumidores- a fin de determinar: (i) si éstos se originan de una conducta indebida destinada a beneficiar a quien realiza la práctica y si causa o podría causar perjuicios a otros debido a la actuación indebida de la primera; (ii) si estos son equivalentes a los de las prácticas mencionadas en los incisos a), b) y c) del artículo 5º; y (iii) finalmente si dichos efectos no hubieran sido posibles de no contar la supuesta infractora con posición de dominio.

⁶ De conformidad con la Unión Europea: “En el pasado, el análisis económico de las restricciones verticales ha sido objeto de un apasionado debate entre economistas. A principios de los años 80, se pasó de considerarlas una amenaza para la competencia a la opinión generalizada de que eran inocuas (Escuela de Chicago). En la actualidad, se está llegando a un nuevo consenso, y los economistas son más cautos al valorar el efecto de las restricciones verticales sobre la competencia y más reacios a generalizar, ya que no se puede considerar que estas restricciones sean, por naturaleza, beneficiosas para la competencia (1). Sin embargo, hay un elemento que merece destacarse. El pensamiento económico actual hace hincapié en la importancia de la estructura del mercado a la hora de determinar el impacto de las restricciones verticales sobre la competencia. Cuanto más agresiva sea la competencia entre diversas marcas, habrá más posibilidades de que los efectos positivos de las restricciones verticales sobre la competencia y la eficiencia superen a los efectos anticompetitivos. Ocurrirá a la inversa cuando la competencia entre diversas marcas sea exigua y existan importantes barreras de acceso.” en Libro Verde sobre las Restricciones Verticales en la Política de Competencia Comunitaria, Unión Europea, p. 16.

⁷ Office of Fair Trading: “The Competition Act 1998: Assessment of Individual Agreements and Conduct”; en <http://www.oft.gov.uk/html/comp-act/download/oft414.pdf>, p. 23.

En el caso de las prácticas restrictivas, tomando en cuenta que los convenios celebrados son de naturaleza vertical y que producto de las mismas no resulta previsible a priori que puedan llevar a una fijación concertada de precios, entonces también deben analizarse utilizando la regla de la razón. Es decir, que sólo se considerarán como una práctica restrictiva ilícita dependiendo de los efectos que los convenios han generado en el bienestar de los consumidores.

3. Mercados Relevantes

Tal como se ha establecido en los “Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Ámbito de las Telecomunicaciones”⁸ (en adelante LINEAMIENTOS), el mercado relevante es el área geográfica sobre la base de la cual se va a definir la participación de una empresa en el mercado, el nivel comercial y los productos o servicios que deben ser considerados sustitutos adecuados.

En tal sentido, los principales factores que permiten delimitarlo correctamente son: i) el producto o servicio; ii) el ámbito geográfico; y iii) el nivel comercial.

Con relación a la delimitación del producto o servicio, a fin de realizarla debe identificarse a aquellos otros servicios que los usuarios puedan considerar como sustitutos cercanos del producto o servicio en cuestión.

Para determinar qué productos o servicios son sustitutos cercanos debe tomarse en consideración (i) que los compradores o usuarios puedan darle al supuesto producto o servicio sustituto el mismo o similar uso que le dan al servicio en cuestión -sustituibilidad técnica-; y, (ii) que los compradores o usuarios estén dispuestos a pagar el costo de los servicios supuestamente sustitutos en lugar de utilizar el servicio en cuestión -sustituibilidad económica-.

Con la finalidad de analizar la sustituibilidad del servicio de Televisión por Cable a través de cable coaxial es necesario caracterizar el proceso de decisión de un consumidor promedio de Televisión por Cable. Existen dos niveles de decisión: ex-ante y ex-post. Adicionalmente, es posible caracterizar a este servicio como un “servicio búsqueda”, en la medida que es posible inferir sus atributos previamente a la decisión de compra. En el nivel de decisión ex-ante el consumidor evalúa las distintas alternativas disponibles para proveerse del servicio de entretenimiento e información en su hogar, donde la señal de televisión juega un papel de extraordinaria importancia.

Esta decisión ex-ante es similar a la decisión de asociarse a un club, donde cada club es representado por las empresas que proveen servicio de entretenimiento e información en el hogar, una vez elegido el club existen costos de cambio (*switching costs*) que generan cierta rigidez en la decisión del consumidor, esto es, los costos de cambio pueden provocar que un consumidor no pueda revisar en el corto plazo su decisión de cambiar de empresa proveedora del servicio, de club. Cada consumidor valora ex-ante estos costos de cambio -lucro cesante, equipos de decodificación, cableado interno al hogar, entre otros costos objetivos y subjetivos- a efectos de tomar una decisión. Adicionalmente, el consumidor evaluará ex-ante los servicios que ofrece el club a sus asociados, en este caso los diversos canales de programación televisiva

⁸ Aprobados mediante la Resolución N° 003-2000-CD/OSIPTEL, publicados en el Diario Oficial El Peruano el 8 de febrero de 2000.

que se ofrecen por las distintas empresas, y el precio por acceder al club, o al servicio como sería en el presente caso.

Si los costos de cambio no son representativos, se apreciará que los consumidores podrán revisar su decisión relativa a la elección de su proveedor de cable y podrán elegir aquél que se ajuste a sus preferencias, su disposición de pago y sus ingresos. A nivel ex-post, es decir, una vez decidido el proveedor de cable que se desea contratar, el consumidor determina su rating sobre la base de sus preferencias y de los canales disponibles por su proveedor de Televisión por Cable.

La adquisición de un proveedor de cable es un acto colectivo, directo o indirecto, en la medida que es la familia como un todo la usuaria del servicio, la cual sobre la base de las preferencias de sus miembros, elige a la empresa de Televisión por Cable que proveerá la programación que dichos miembros requieren. En tal sentido, si bien la decisión final de contratación del servicio recae sobre un adulto, las preferencias de los otros miembros del hogar influyen en forma decisiva en la elección del proveedor.

Es por ello importante analizar de forma parcial y relativa aquellas encuestas que registran la recordación de canales de programación de forma agregada, pues las distintas edades y sexos implican diferencias de preferencias que hacen que la programación elegida por los mismos pueda ser totalmente distinta. Por ejemplo, mientras los adultos están laborando son los niños los principales direccionadores del rating, pero incluso entre niños es posible diferenciar horarios y asociado a ello edades, pues antes del mediodía los niños que observan la televisión son los que están en edad pre-escolar mientras que luego del mediodía son los niños y jóvenes en edades escolares los que definen la programación; es por ello inadecuada la sustentación hecha por el Sr. Julio Luque, en su argumentación de parte de las demandadas, respecto del rating y la relativa importancia que tienen los canales de FOX y TURNER en las preferencias de los consumidores, siendo que en el informe oral de fecha 9 de noviembre de 2000 se reconocieron las limitaciones de la encuesta que él presentó para probar sus argumentos en lo relativo a la opinión de los niños. Adicionalmente, no se presentaron elementos que mostraran el supuesto bajo rating de los canales en cuestión. Por el contrario, se hizo referencia a niveles de recordación, que como ya se mencionó, no son una herramienta estadística adecuada para medir las preferencias y decisiones de los consumidores; esto último se manifiesta más bien a través del nivel de sintonía o rating de los canales. Por esto, el CCO considera apropiada la utilización de la información elaborada por IBOPE a efectos de determinar el patrón de demanda de los consumidores de la Televisión por Cable.

Respecto del nivel de sustituibilidad entre los proveedores de Televisión por Cable, en el Informe emitido por la Gerencia de Relaciones Empresariales de OSIPTEL N° 002-2000/GRE⁹, -el cual es acogido por el CCO- (en adelante el Informe) se determinó que siendo en el presente caso el servicio en cuestión el de Televisión por Cable en la modalidad de cable físico, los usuarios de este servicio sólo considerarán sustitutos a los servicios de otras empresas, si es que estas empresas ofrecen una programación o servicios similares o cuentan con canales de similar aceptación que aquéllos con los que cuenta TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

⁹ Informe 002-2000/GRE: "Informe sobre Posición de Dominio en el Mercado de Televisión por Cable por parte de Telefónica Multimedia S.A.C." del 27 de setiembre de 2000.

En tal sentido, y luego de un análisis de las distintas modalidades de prestación del servicio de Televisión por Cable, se concluyó en el Informe que el servicio de Televisión por Cable en la modalidad de cable físico con las características con las que es ofrecido por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, carece de sustitutos cercanos, no pudiendo preverse la aparición de servicios similares a corto plazo.

Con relación a la delimitación geográfica, a fin de determinarla se requiere hallar aquel espacio en el cual los consumidores están dispuestos a pagar el costo total que implica adquirir algún servicio sustituto.

En el mercado de la Televisión por Cable, para que los usuarios puedan utilizar un servicio sustituto, constituye un requisito el que en la zona opere por lo menos una empresa distinta a aquélla que les presta dicho servicio, ya que ningún usuario razonable optaría por mudarse hacia una zona distinta sólo para poder utilizar los servicios de Televisión por Cable ofrecidos por otra empresa. En otras palabras, la Televisión por Cable está asociada a un bien inmueble.

La Gerencia de Relaciones Empresariales, luego del análisis correspondiente, concluyó en el Informe que el área geográfica relevante en el presente caso, es la correspondiente a los distritos de la ciudad de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, en donde se tenga concesión para operador de Televisión por Cable. Dentro de dicho espacio geográfico se ha identificado la existencia de dos grupos de mercados geográficos relevantes: uno determinado por aquellos distritos donde predominan los perfiles de los niveles socioeconómicos A, B1 y B2; y otro, donde predominan los perfiles de los niveles socioeconómicos C1, C2, D y E¹⁰.

Finalmente, mediante la delimitación del nivel comercial se busca identificar el nivel de la cadena comercial en el cual los consumidores adquieren los servicios de telecomunicaciones; es decir determinar si la adquisición se hace al por mayor o al por menor, a concesionarios o a revendedores, entre otros, tal como se establece en los LINEAMIENTOS.

Respecto de este tema, en el Informe se concluyó que el nivel comercial delimitado en el presente caso es el de los usuarios finales que contratan, al por menor, el servicio de Televisión por Cable para sus propios fines.

De lo expuesto anteriormente se desprende que se han identificado dos grupos de mercados relevantes, definidos de la manera siguiente:

- **Primer Grupo de Mercados Relevantes:** El mercado de servicios de Televisión por Cable en la modalidad de cable físico que cuente con canales de programación similar y de similar aceptación por parte de los usuarios respecto del servicio ofrecido por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, que sea ofrecido en los distritos de San Luis, Jesús María, Lince, Magdalena, Miraflores, Pueblo Libre, San Isidro, San Miguel, Surquillo, La Molina, San Borja, Santiago de Surco, Bellavista, La Punta y que sea contratado, al por menor, por usuarios finales.

¹⁰ La caracterización de dos grupos de mercados relevantes de ninguna manera implica que el criterio para definir dichos mercados sea el nivel socioeconómico, sino que solamente es un criterio de agrupación.

- **Segundo Grupo de Mercados Relevantes:** El mercado de servicios de Televisión por Cable en la modalidad de cable físico que cuente con canales de programación similar y de similar aceptación por parte de los usuarios respecto del servicio ofrecido por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, que sea ofrecido en los distritos de Carabayllo, Comas, Independencia, Los Olivos, San Martín de Porres, Ate, El Agustino, San Juan de Lurigancho, Santa Anita, Breña, Cercado de Lima, La Victoria, Rímac, Barranco, Chorrillos, San Juan de Miraflores, Villa El Salvador, Villa María del Triunfo, Callao, Carmen de la Legua, La Perla, Ventanilla y que sea contratado, al por menor, por usuarios finales.

El primero de estos grupos de mercados relevantes se caracteriza por incluir geográficamente a los distritos donde predominan los perfiles de niveles socioeconómicos A, B1 y B2, en los que la penetración del servicio de Televisión por Cable es superior que en el resto de distritos y donde resulta difícil prever la existencia de competencia por niveles de precios únicamente. Este grupo representa el 49% de los consumidores del servicio de Televisión por Cable.

El segundo de estos grupos de mercados relevantes incluye geográficamente a los distritos donde predominan los perfiles de los niveles socioeconómicos C1, C2, D y E, donde la penetración del servicio es considerablemente menor en relación con el primer grupo y en los cuales es más probable prever la existencia de competencia entre empresas por niveles de precios. Este grupo representa solo el 51% de los consumidores del servicio de Televisión por Cable.

Tanto TELEFÓNICA MULTIMEDIA como TURNER han cuestionado que en el informe N°002-2000/GRE se haya excluido a las tecnologías MMDS, LMDS y satelital para la provisión de servicios de Televisión por Cable. Al respecto, se debe tomar en cuenta que –adicionalmente a los criterios utilizados en dicho informe para excluir a dichas tecnologías del mercado relevante–, estos concesionarios incurren en mayores costos al utilizar esta tecnología debido al canon que se debe pagar por el uso del espectro radioeléctrico¹¹, al cual no están afectos los concesionarios que dan el servicio mediante cable físico. Además la utilización de, por ejemplo, la tecnología MMDS no presenta economías de escala, sino que por cada nuevo suscriptor la empresa de cable incurre en un costo promedio fijo¹², mientras que con el cable físico el costo promedio disminuye conforme el número de suscriptores sea mayor.

Adicionalmente se debe mencionar que la exclusión de una tecnología como la satelital para la provisión de servicios de Televisión por Cable se sustenta también en resoluciones expedidas por otras agencias antimonopolio como la Comisión Federal de Competencia de México¹³ y el Instituto Nacional de

¹¹ Artículo 210° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N°06-94-TCC.

¹² De acuerdo con lo manifestado por TELECABLE en el informe oral del día 9 de noviembre de 2000, este costo asciende a US\$330.00 por suscriptor.

¹³ Comisión Federal de Competencia, fallo del 10 de setiembre de 1998 al analizar la solicitud de concentración de dos empresas de Televisión por Cable (Cablevisión/Telecable del Estado de México: Expediente CNT-63-98). Al respecto dicha Comisión menciona lo siguiente: *“Las diferencias que existen entre diversos servicios de televisión restringida, radica en que un sistema de televisión por satélite puede ofrecer paquetes con un mayor número de canales de transmisión y programación más amplios que las alternativas por cable y microondas. Cabe hacer mención, sin embargo, que los servicios de televisión vía satélite tienen costos más elevados que los servicios que se transmiten por cable o por microondas.”*

Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual¹⁴ del Perú.

Sobre la televisión de señal abierta, TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha considerado que ésta debe incluirse como parte de los Mercados Relevantes debido a que a través de ella es posible transmitir contenidos similares que mediante el cable físico¹⁵.

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.

Al analizar de manera conjunta todos estos aspectos, el CCO considera que la definición de mercado relevante mencionada líneas arriba se ajusta al presente procedimiento.

4. Posición de Dominio

Habiendo quedado delimitados los mercados relevantes en el presente caso, corresponde determinar si TELEFÓNICA MULTIMEDIA tiene o no posición de dominio en dichos mercados.

Según el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 701: *“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación de las empresas en los mercados respectivos, 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 suministros, así como redes de distribución.”.*

¹⁴ En la Resolución N°011-2000-INDECOPI/CLC de la Comisión de Libre Competencia se menciona lo siguiente: *“Por las razones antes expuestas, para un entrante potencial al mercado de televisión por cable, la forma de acceso más adecuada sería a través de la modalidad de cable físico.”.* *“Lo anterior no desconoce el dinamismo que se observa en el sector de las telecomunicaciones en general y que podría eventualmente hacer más extensiva la prestación del servicio bajo las modalidades que no emplean cables (MMDS y satélite). Sin embargo, es claro que la denuncia debe ser analizada en el contexto y momento en que esta se presentó y no sobre la base de la posibilidad futura del ingreso de potenciales entrantes con modalidades inalámbricas.”.* (el subrayado es nuestro), p. 14.

¹⁵ Escrito N° 20 de fecha 2 de octubre de 2000.

De acuerdo con dicha definición, se desprende que la posición de dominio se determina en un mercado determinado, además de que la misma no sólo resulta determinada por el grado de concentración industrial o de umbrales de participación de mercado, sino que también del grado de rivalidad que existe entre los agentes que operan en los mercados relevantes definidos y asociado a esto con el grado de facilidad para la entrada de nuevas empresas.

- **Barreras de Entrada**

Siguiendo la definición de barrera de entrada planteada por el Banco Mundial y la Organización para el Desarrollo y Cooperación Económica (OECD)¹⁶, se puede entender que:

“El término barrera generalmente se refiere a las condiciones o conductas que restringen la movilidad del capital hacia o desde el mercado en respuesta a la existencia de beneficios sobrenormales o subnormales.” (traducción propia)

Basándose en esta definición, es claro que las barreras de entrada se asocian con el grado de movilidad del capital hacia o desde una industria. Las barreras de entrada pueden ser clasificadas en naturales, institucionales y/o estratégicas. Esta clasificación parte del hecho de que existen barreras de entrada eficientes e ineficientes y por lo tanto es necesario desvirtuar la connotación peyorativa asociada a la existencia de barreras de entrada como opuesto a la competencia y por lo tanto al bienestar de la sociedad. A este respecto es necesario considerar lo planteado por Geroski, Gilbert y Jacquemin (1990)¹⁷ respecto de una definición normativa de barrera de entrada, dichos autores consideran que:

“Si una actividad crea externalidades positivas, el empresario que lleva a cabo dicha actividad podría estar insuficientemente protegido respecto de sus derechos de propiedad, lo que puede ser un insuficiente incentivo para dedicar recursos a dicha actividad” (traducción propia)

Como señala Bork¹⁸, es necesario establecer que ciertas barreras de entrada surgen como consecuencia de la eficiencia de las empresas y que se requiere diferenciarlas de aquéllas que resultan generadas artificialmente. Es necesario aclarar que el que una barrera de entrada sea eficiente para una empresa, no implica necesariamente que dicha barrera sea deseable para la sociedad, a través del fomento o promoción de la competencia. Es claro que la legislación de competencia no defiende a los actores de la competencia, sino que ésta tiene por objetivo la defensa del proceso competitivo, en tanto éste resulte beneficioso para la sociedad.

El CCO, con la finalidad de determinar el grado de competencia en un mercado, considera que es necesario definir las barreras de entrada que en él existen, con el objetivo de poder determinar si la materia controvertida genera barreras de entrada que puedan estar restringiendo artificialmente la competencia, con la finalidad de realizar conductas que se constituyen en abuso de posición de dominio.

¹⁶ Banco Mundial y Organización para el Desarrollo y Cooperación Económica (1999), A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, p. 102.

¹⁷ Geroski, Paul, Gilbert, Richard y Jacquemin, Alexis (1990). Barriers to entry and Strategic Competition, Harwood Academic Publishers, p. 11.

¹⁸ Bork, Robert H. (1993). The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, The Free Press, p. 311

El mercado del servicio de Televisión por Cable presenta barreras de entrada naturales, también denominadas tecnológicas, tales como las economías de escala o el tamaño reducido de la demanda. Como cualquier servicio de red de fibra, el servicio de Televisión por Cable tiene redes de distribución primaria y distribución secundaria. Si se define la red de distribución primaria como la red portadora de las señales de audio y video, de lo observado en otras industrias y en otros países similares al Perú, es posible afirmar que las economías de escala no son un argumento para justificar un monopolio natural, pues coexisten diversas redes de transporte de señales de voz y datos, basadas en fibra óptica.

Los problemas de economías de escala y de densidad sin embargo surgen en la denominada “última milla” (red de distribución secundaria) donde no es común observar niveles de competencia elevados, entendido como rivalidad en precios o a través del número de empresas que efectivamente compiten en un mismo mercado relevante. Esto se corrobora con la experiencia nacional e internacional sobre telefonía fija local y Televisión por Cable alámbrica, los cuales muestran segmentación de mercados en lugar de competencia efectiva en la mayoría de mercados relevantes. Ello, sin embargo, no justifica la existencia de un monopolio natural sobre la base de la eficiencia.

Respecto de la demanda total y la demanda residual, se puede apreciar que en los mercados de Televisión por Cable alámbricos ubicados en los distritos donde predominan los perfiles de los niveles socioeconómicos A y B, el nivel de penetración es superior al 70% en promedio, además de que el número de familias que se encuentran en dichos estratos socioeconómicos no es elevado.

En el mercado de la Televisión por Cable existen barreras naturales que restringen la entrada de competidores, no al nivel de justificar un monopolio natural, pero sí al nivel de justificar un oligopolio natural (reducido número de competidores). Esto es lo que la teoría económica define como un mercado desafiante.

Una barrera a la entrada de naturaleza estratégica está determinada por las “ventajas provenientes de la diferenciación de producto” como puede ser la reputación que tenga una empresa, así como la fidelidad de los usuarios sobre su servicio¹⁹. Asimismo, de acuerdo con Joe Bain “...la diferenciación de producto es una barrera a la entrada general y significativa.”²⁰ (traducción propia). De la concepción de barrera utilizada, es claro que la diferenciación puede resultar una barrera de entrada eficiente o una barrera de entrada artificial. Adicionalmente, resulta conveniente lo expuesto por Carlton y Perloff²¹:

“Las restricciones verticales (o la integración vertical) pueden ser utilizadas para incrementar la dificultad de ingresar a una industria. Por

¹⁹ Shy, Oz (1996), *Industrial Organization: Theory and Practice*, The MIT Press, Second Printing, p. 182. Oz Shy es profesor de Organización Industrial de las Universidades de Michigan y Tel Aviv. La Organización Industrial es la sección de la economía que estudia las estructuras, conductas y desarrollos de los mercados.

²⁰ Arreda, Phillip y Louis Kaplow, *Antitrust Analysis*, Little, Brown & Company, Sixth Printing; p. 23.

²¹ Carlton, Dennis W. y Jeffrey M. Perloff (1994), *Modern Industrial Organization*, Harper Collins College Publishers, Second Edition, p. 536. Dennis Carlton y Jeffrey Perloff son profesores de Organización Industrial y Economía de la Regulación en las Universidades de Chicago y California en Berkeley, respectivamente.

ejemplo, en el capítulo 10 se muestra como una empresa ya establecida, al atar canales de distribución escasos, puede dificultar o hacer imposible que un rival ingrese al mercado. La contratación en exclusiva es una manera como los productores atan la distribución. En estos contratos las dos partes que participan de ellos acuerdan depender solamente del otro y no de otras empresas. Este comportamiento estratégico puede incrementar de una manera exitosa los costos de entrada sólo si los canales de distribución son limitados.” (traducción propia)

Otra barrera de entrada estratégica resulta siendo las estrategias legales de las empresas, en especial, aquellas relacionadas con los diversos contratos de las firmas, los que pueden resultar de acuerdos eficientes o en la deliberada conducta de imponer barreras artificiales a la entrada de competidores.

En el caso concreto de la presente controversia, se ha identificado la existencia de barreras naturales y estratégicas.

Las barreras naturales principalmente están referidas a las economías de escala existentes para la prestación del servicio de Televisión por Cable. Así, para ingresar a competir en el mercado, se requiere de una considerable inversión para el tendido de la red de cable, la cual, en términos generales, es un costo de una única vez. De esta manera, el costo medio en el que incurre la empresa al prestar el servicio disminuye conforme ésta tenga una mayor cantidad de suscriptores, esto último debido a que los costos de única vez se pueden repartir entre una mayor cantidad de usuarios. Sin embargo, una empresa que desea ingresar a competir en un mercado en el que ya existe una empresa establecida que tiene una considerable participación en el número total de suscriptores, incurrirá en un costo medio mayor que la ya establecida, debido a que los costos fijos se deben repartir entre una menor cantidad de usuarios. Tal como se muestra en el informe N° 002-2000/GRE, en el primer grupo de mercados relevantes, más del 70% de las familias posee el servicio de Televisión por Cable, de las cuales más del 90% son atendidas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA. Esto implica que cualquier otra empresa que desee competir en este grupo de mercados relevantes, le resultará difícil conseguir nuevos clientes, con lo cual incurrirá en costos mayores que la empresa ya establecida. En lo que respecta al segundo grupo de mercados relevantes, también se ha verificado la existencia de barreras naturales de entrada al mismo, las cuales actualmente tienen un menor efecto en impedir el ingreso de competidores, debido al alto nivel de demanda insatisfecha que existe por este servicio en dicho grupo de mercados relevantes.

Respecto de las barreras estratégicas, la celebración de cualquier convenio de exclusividad, en la medida que es una manera de diferenciación de producto, genera algún nivel de barrera a la entrada. En el presente caso, se ha hallado que las barreras erigidas por las exclusividades con FOX y TURNER son considerables, no sólo por que implican los derechos exclusivos de transmisión sobre ocho canales de Televisión por Cable, sino por la importancia que estos canales tienen para los usuarios de la Televisión por Cable, además de que ya existen diversas exclusividades con otros canales aparte de éstos.

En otras palabras, en el presente caso no sólo se ha identificado la existencia de las llamadas barreras naturales, sino que las exclusividades han generado barreras adicionales para la entrada de competidores a este mercado.

- **Participación de Mercado e Índices de Concentración**

De la información proporcionada por las empresas se ha podido hallar que, dentro del primer grupo de mercados relevantes, la participación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA supera el 90% del total de suscriptores del servicio. En lo que respecta al segundo grupo de mercados relevantes, este indicador supera el 85% de dicho mercado.

Lo señalado en el informe N° 002-2000/GRE se corrobora con las encuestas remitidas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA en su escrito de fecha 11 de octubre de 2000²² y en el Cuadro de Participación de Mercado de CABLE MÁGICO presentado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA que obra a fojas 002879 del expediente principal.

El alto nivel de participación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA sobre el total de suscriptores en ambos grupos de mercados relevantes, permiten concluir que en ambos casos se cumple con holgura lo que el Decreto Legislativo 701 establece como “participación significativa” al momento de definir cuándo se entiende que una empresa goza de posición de dominio.

La participación de mercado, sin embargo, únicamente considera a la empresa en cuestión, no tomando en cuenta ni la participación de mercado del resto de empresas que concurren en cada grupo de mercados relevantes, ni el número de estos concurrentes. Debido a esto, también resulta conveniente utilizar los llamados índices de concentración industrial, de los cuales los más utilizados son el Índice de Herfindahl Hirschman (HHI) y el Índice de Dominancia (ID).

Usualmente, se suele considerar que un HHI superior a 0.18 es característico de mercados altamente concentrados²³, donde muy probablemente exista una empresa con posición de dominio, mientras que un ID superior a 0.25 también es indicativo de lo mismo.

Tomando en cuenta que en ambos grupos de mercados relevantes identificados -a junio de 2000- el HHI calculado es superior a 0.80, mientras que el ID es superior a 0.98, es posible concluir que resulta claro, conceptual y matemáticamente, que en cada uno de los grupos de mercados relevantes existe una empresa con posición de dominio.

Cabe destacar, que a pesar de que en ambos grupos de mercados relevantes tanto la participación de mercado de TELEFÓNICA MULTIMEDIA como los índices de concentración muestran valores considerablemente altos, éstos son mayores en el primero de dichos grupos de mercados relevantes que en el segundo de ellos.

²² En la encuesta de APOYO Y MERCADO de agosto de 1999, que obra a fojas 002741 del expediente se indica que Cable Mágico tendría el 81% del mercado de Televisión por Cable en Lima y Callao. Asimismo, en la encuesta de esa misma empresa realizada en agosto de 2000, que obra a fojas 002798 del expediente, se indica que el 91% de los entrevistados que tienen acceso a la Televisión por Cable, lo hacen a través de Cable Mágico.

²³ Siguiendo a Joskow (1995) es posible que para industrias con presencia importante de redes el valor crítico sea 0,25.

La unión de los aspectos anteriores –barreras a la entrada, participación de mercado e índices de concentración- permiten concluir que TELEFÓNICA MULTIMEDIA goza de una posición dominante en ambos grupos de mercados relevantes identificados.

Habiéndose verificado, el presupuesto a que se refiere el artículo 5°, corresponde analizar los efectos de la práctica en el mercado, a fin de determinar si TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha incurrido en abuso de su posición de dominio.

5. Análisis de la conducta sobre el Bienestar de los Consumidores

De acuerdo con el Decreto Legislativo 701²⁴ y los LINEAMIENTOS, los efectos que este CCO debe analizar son aquéllos generados en los consumidores. Es decir, el CCO debe analizar si los efectos derivados de la celebración y ejecución de dichos convenios afectan positiva o negativamente al bienestar de los consumidores²⁵.

De la lectura de las normas antes citadas se desprende que para determinar si los convenios de exclusividad materia de la presente controversia contravienen las normas de libre competencia –ya sean las relativas al abuso de posición de dominio, como las de prácticas restrictivas de la libre competencia- se requiere analizar los efectos derivados de la celebración de dichos convenios.

Este tipo de convenios generan dos efectos, de un lado incrementan el bienestar de los consumidores producto de las eficiencias que se podrían derivar de dichos convenios, mientras que por otro lado también pueden tener un efecto negativo sobre los competidores actuales o potenciales, lo que podría implicar una reducción del nivel de competencia, y la subsecuente reducción en el bienestar de los consumidores como resultado de los aumentos en el precio y/o reducción en la calidad del servicio prestado que hubieran resultado de una mayor competencia.

Esta relación de conflicto entre los efectos positivos y negativos que los convenios de exclusividad pueden tener sobre el bienestar de los consumidores debe analizarse en detalle, siendo el objetivo determinar si los efectos positivos predominan sobre los negativos o viceversa. Así, en caso el efecto neto sobre los consumidores sea positivo, dichos convenios de exclusividad no serían objetables; caso contrario, debe considerarse que contravienen las normas sobre libre competencia. Esto resulta de una aplicación directa de la anteriormente mencionada “regla de la razón”, tal como lo mencionan Carlton y Perloff²⁶:

*“Las leyes sobre libre competencia analizan a la mayor parte de las restricciones verticales que no impliquen la aplicación de precios bajo la **regla de la razón**: una posible violación a las leyes que debe ser*

²⁴ De acuerdo con el artículo 1° de dicho decreto, el objeto del mismo es el de: “eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores” (el subrayado es nuestro).

²⁵ LINEAMIENTOS: “...En ese sentido, OSIPTEL asume que la finalidad de la legislación de promoción y protección de la competencia tiene efectos en el bienestar del consumidor y por ello orienta su actuación a cumplir con dicho objetivo.”. “De esta manera, la labor de OSIPTEL se orientará a alcanzar aquellas situaciones en las cuales el bienestar de los consumidores sea el máximo posible.”.

²⁶ Carlton, Dennis W. y Jeffrey M. Perloffop. cit., p. 537.

considerada de manera separada a sus méritos. Esto quiere decir que las restricciones verticales no son ilegales per se (siempre ilegales). Al momento de decidir si una restricción debe prohibirse, las Cortes intentan sopesar los efectos procompetitivos de restricción contra los anticompetitivos de las mismas.”

Los convenios que han motivado el presente proceso tienen la característica de vincular a proveedores de insumos (FOX y TURNER) y a un distribuidor (TELEFÓNICA MULTIMEDIA) para la venta exclusiva de sus señales de programación dentro de un espacio geográfico determinado. En la medida que estos contratos tienen el efecto de restringir o limitar la posibilidad de que los distribuidores accedan a los servicios de los proveedores de insumos, dichos contratos son clasificados como una Restricción Vertical, sin que esto implique alguna calificación sobre su naturaleza en términos de eficiencia o ineficiencia social.

- **Restricciones Verticales**

Las restricciones verticales se entienden como aquellas conductas que se realizan en el marco de la relación contractual entre dos empresas, siendo una de ellas compradora y la otra, vendedora; y, participando ambas en mercados de bienes o servicios distintos pero relacionados verticalmente, pues la compradora está adquiriendo un insumo necesario para poder ofrecer los bienes o servicios que ella a su vez provee a sus clientes: finales o intermedios.

Una restricción vertical se puede dar en el marco de un proceso de integración o desintegración vertical de empresas. Un acuerdo de distribución exclusiva tiene, en principio, los mismos efectos que la integración vertical entre las empresas signatarias de dicho acuerdo; es por ello que le es aplicable similar metodología con la finalidad de analizar los efectos de la conducta sobre el bienestar de los consumidores. E incluso, los efectos del acuerdo en exclusiva pueden ser más nocivos para la competencia y para los consumidores que la integración vertical, puesto que esta última no implica necesariamente una exclusión en el aprovisionamiento de los insumos que pasan a ser controlados por la empresa compradora.

Las restricciones verticales tienen dos posibles efectos en el mercado: 1) mejora en las condiciones de eficiencia de una o ambas empresas involucradas en la restricción vertical, y/o 2) disminución del grado de competencia en todos o en algunos de los más importantes mercados relevantes afectados.

Según Bellamy y Child los acuerdos verticales se pueden clasificar en: 1) acuerdos de agencia en exclusiva, 2) acuerdos de distribución en exclusiva, 3) acuerdos de suministro exclusivo, 4) acuerdos de franquicia, 5) acuerdos de distribución selectiva, 6) acuerdos de suministro para la industria y 7) subcontratación. La materia controvertida en el presente caso es el contrato o acuerdo de distribución en exclusiva de los canales de TURNER y FOX con TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

- **Contratación en Exclusiva**

Los artículos 2° numeral 4) y 62° de la Constitución del Perú consagran como un derecho constitucional a la libertad de contratar y la libertad contractual, partiendo para ello de la premisa que la libre contratación privada refleja de forma adecuada los intereses de las partes en ella involucrada. Desde el punto de vista económico, ambas libertades son imprescindibles para el logro de las transacciones eficientes, así como de las cercanamente eficientes. Estas últimas transacciones pueden surgir producto de contratos incompletos debido a factores tales como la existencia de costos de transacción o la existencia de asimetrías de información en el proceso de contratación. En estos casos, los contratos requerirían de cláusulas específicas que permitan resolver los probables inconvenientes que podrían surgir en distintos escenarios que, por ejemplo, afecten el aprovisionamiento normal de los insumos materia del contrato o la compra de los mismos.

Lo expresado en el párrafo anterior, y en los artículos mencionados de nuestra Constitución, se basa en el supuesto de que las acciones individuales no tienen efectos en el resto de los miembros de la sociedad. Es decir, se asume que no existen externalidades o que éstas podrían ser internalizadas en las decisiones de los agentes económicos o que éstos podrían recurrir a las instancias judiciales para resolver dichas externalidades.

Dichas soluciones, sin embargo, no son soluciones operativas al problema de las externalidades, en especial a lo relacionado con los costos de transacción. En tal sentido, en el caso de que los intereses afectados sean difusos, es claro que surge la necesidad constitucional de restringir la libertad contractual y de contratar, reconociéndose de este modo las limitaciones de la contratación privada cuando producto de ella se generen perjuicios para los consumidores.

Es así que en el marco de lo anteriormente expresado se encarga al Estado, a través del Art. 61° de la Constitución, que vigile el mercado, y las transacciones que en él se dan, con la finalidad de evitar que a través de contratos privados entre dos empresas, se puedan estar configurando condiciones de mercado que permitan el abuso de posición de dominio o que induzcan a la formación de monopolios legales.

Esto se materializa en el Decreto Legislativo 701, cuyo artículo 3° establece que:

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

Son claras, para el CCO, las bondades que, en términos de eficiencia privada y social, implican la libre contratación y la libertad contractual; sin embargo, también es claro que en nombre de dicha libertad no es posible

realizar conductas que configuren prácticas contrarias a la libre competencia. Tal como lo señalan los profesores Kay y Thompson (1986).²⁷

“En consecuencia, no parece que los resultados de la propiedad sean intrínsecamente superiores ... Por tanto, las disciplinas del mercado son más eficaces en la mejora de los resultados del sector privado que los del sector público. No es la propiedad como tal, sino la interacción entre propiedad y competencia lo que promueve la eficiencia. Los pocos test directos de la introducción de la competencia entre empresas públicas y privadas lo avalan.”

En razón de ello es que se ha decidido analizar los efectos de la contratación en exclusiva en los casos de los contratos entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA con TURNER y TELEFÓNICA MULTIMEDIA con FOX, con la finalidad de determinar si dichos contratos constituyen conductas que representen abuso de posición de dominio o prácticas restrictivas de la libre competencia.

Los contratos de distribución exclusiva equivalen a que la firma que contrata en exclusiva incremente los costos al rival existente o al potencial. Una vez definidos los conceptos de restricciones verticales y contratación en exclusiva, corresponde al CCO analizar tanto los efectos positivos, como los negativos que la firma de los convenios entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA, FOX y TURNER han podido generar en el mercado. Tal como mencionan Carlton y Perloff²⁸:

“Los Efectos de las Restricciones Verticales

En general, los productores utilizan diversas combinaciones de restricciones verticales para reducir los problemas de “double monopoly markup”, “free riding” e interacciones competitivas. Estas restricciones típicamente limitan el nivel de competencia que puede surgir en un mercado y, al mismo tiempo, incentivan la generación de esfuerzos adicionales al momento de vender el producto.

Una restricción en la competencia es algo que un economista aborrece, ya que puede incrementar el poder de mercado. Por otro lado, un incremento en los esfuerzos de ventas es algo que un economista aplaude. Por tanto, ¿debe un economista concluir que las restricciones verticales son deseables o no deseables? No existe una respuesta clara para esta pregunta, pero se pueden hacer múltiples observaciones sobre la relación de conflicto existente entre las restricciones y los esfuerzos adicionales en ventas.” (traducción propia)

- **Efectos Positivos de los Convenios de Exclusividad**

En general, las restricciones verticales se utilizan para superar fallas que pudieran existir en el mercado. El principal argumento que se utiliza para justificar la existencia de convenios de exclusividad es que permiten evitar que una o algunas empresas se vean beneficiadas de las inversiones que realiza una empresa específica. Esto significa que una empresa sea la que

²⁷ Kay, John y Thompson, David (1986). “La privatización: una política necesitada de base racional”. En: Economic Journal, vol. 96, marzo. Reimpreso en: Privatización, desregulación y ¿Competencia? P. 170. Editado por Germá Bel i Queralt (1996), Editorial Civitas.

²⁸ Carlton, Dennis W. y Jeffrey M. Perloff, op. cit., p. 533.

financie la provisión de un bien o servicio y no pueda apropiarse de manera exclusiva de los beneficios que se derivan de dichas provisiones, puesto que una parte o la totalidad de dichos beneficios terminan trasladándose a sus competidores. En otras palabras, la inversión privada termina convirtiéndose en un bien público.

Por ejemplo, si una empresa de Televisión por Cable desea introducir un nuevo canal dentro de su paquete de programación, probablemente tenga que realizar inversiones en marketing y publicidad, de tal manera que permita a los suscriptores del servicio conocer las características de dicho canal y, asimismo, para atraer a nuevos suscriptores hacia dicha empresa. Sin embargo, empresas competidoras podrían beneficiarse de las inversiones en publicidad realizadas por la primera empresa ofreciendo el mismo canal publicitado e incluso podrían ofrecer menores tarifas –ya que no incurrir en los costos de publicidad en los que sí incurre la otra empresa–, lo cual podría redundar en que los nuevos suscriptores decidan utilizar los servicios de las empresas competidoras que no realizan las inversiones.

En un caso como el anterior, las empresas de Televisión por Cable difícilmente harían grandes esfuerzos en ofrecer nuevos canales de programación, en tanto, finalmente sus inversiones probablemente no tendrían efectos positivos sobre ellas, sino más bien sobre sus competidores. Este CCO considera que este es el caso de algunos canales de deportes y en especial el de Canal N, en donde la coinversión de TELEFÓNICA MULTIMEDIA se explica por la exclusividad, pues de otra manera existiría espacio para que sus competidores puedan aprovecharse de las externalidades de la inversión realizada por TELEFÓNICA MULTIMEDIA en un canal para su programación. Este problema es conocido como el “free-riding” y en este caso las empresas competidoras beneficiarias serían las “free-riders” que se benefician de las inversiones realizadas por la empresa que inicialmente decide introducir un nuevo canal en su paquete de programación.

No permitir la exclusividad en un caso descrito como el del párrafo anterior probablemente no contribuya a lograr el mayor bienestar de los consumidores, puesto que ninguna empresa de Televisión por Cable tendría incentivos para mejorar la calidad de sus servicios. En casos como éste es que se justifica la existencia de convenios de exclusividad entre el programador del nuevo canal y la empresa distribuidora de cable. Así, la empresa que realiza las inversiones para publicitar este nuevo canal sabe de antemano que el resto de competidores no podrán ofrecer dicho canal dentro de sus paquetes de programación, por lo que los beneficios derivados de sus inversiones ya no recaerían sobre el resto de empresas. En otras palabras, los convenios de exclusividad pueden ayudar a solucionar el problema del “free-riding”, lo cual probablemente contribuya a incrementar el bienestar de los consumidores al generar incentivos para que las empresas mejoren la calidad de sus servicios. Adicionalmente, al tratarse de canales de contenido local, es factible que ante el éxito de un determinado tipo de canal, las redes de Televisión por Cable competidoras puedan invertir en canales similares que puedan representar sustitutos cercanos, de hecho en algún momento TELECABLE tuvo un canal local de noticias denominado MONITOR.

En su argumentación a favor de las ganancias de eficiencia, en la presente controversia, tanto TELEFÓNICA MULTIMEDIA como TURNER han

utilizado como uno de sus argumentos el que la firma de los convenios de exclusividad ha permitido introducir en el servicio de Televisión por Cable de TELEFÓNICA MULTIMEDIA el canal “CNN Financial Network”, basándose en que de no mediar dicho convenio, ello no hubiera resultado factible, toda vez que el problema del “free-rider” señalado anteriormente hubiera eliminado los incentivos a realizar las inversiones en publicidad y marketing que se requieren para introducir dicho canal. En otras palabras, es posible concluir que, en opinión de TELEFÓNICA MULTIMEDIA y TURNER, los convenios de exclusividad materia de la presente controversia han contribuido a incrementar el bienestar de los consumidores, motivo por el cual ellos no serían objetables. El CCO no ha podido obtener mayor argumentación a favor de esta justificación que la expresada por partes y considera apropiado considerarla como justificación, dejando constancia, sin embargo, de que no se ha tenido evidencia o medios probatorios relativos a las supuestas inversiones realizadas en publicidad que permitan introducir el referido canal.

Sin embargo, los contratos que han motivado la presente controversia, no sólo permiten a TELEFÓNICA MULTIMEDIA transmitir en exclusiva el canal “CNN Financial Network”, sino también los canales “Canal Fox”, “Fox Sports”, “Fox Kids”, “CNN International”, “CNN en Español”, “Cartoon Network-Latin America” y “Turner Network Television-Latin America”. Estos últimos canales –a diferencia de “CNN Financial”- no son nuevos para los consumidores peruanos, sino que venían transmitiéndose varios años por diversas empresas antes de la celebración de dichos convenios.

En tal sentido, este 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 dicho argumento no puede ser utilizado en los canales 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.

Otro aspecto derivado de los convenios de exclusividad es que podría generar incentivos para que las empresas programadoras creen nuevos canales para la Televisión por Cable. Esto se daría en la medida que las empresas competidoras de cable que no participan de la exclusividad demandasen la existencia de nuevas señales de programación de tal manera que puedan atender las necesidades de sus suscriptores. En otras palabras, los convenios de exclusividad generarían una demanda por nuevos canales de programación, lo cual podría beneficiar a los usuarios, ya que incentivaría a que las empresas compitan por niveles de calidad.

Este aspecto, sin embargo, no resultaría aplicable a los mercados relevantes analizados, en que la celebración de los convenios de exclusividad con FOX y TURNER, difícilmente generarían una demanda de magnitud tal que otras empresas transnacionales o nacionales generen nuevos canales de contenido similar o sustituto de los canales contratados en exclusiva. El reducido tamaño del mercado peruano con respecto del mundial, difícilmente podría generar la existencia de una demanda tal que las empresas programadoras internacionales decidan crear nuevos canales únicamente para satisfacer las necesidades de los consumidores peruanos, pues es importante señalar que este tipo de prácticas por parte de TURNER y FOX sólo se habrían realizado en el Perú. De esta manera, este CCO no

considera que los convenios de exclusividad materia de la presente controversia puedan incrementar el bienestar de los consumidores en este sentido.

TURNER ha argumentado que la exclusividad ha permitido que la publicidad sobre el horario de transmisión de sus programas sólo considere la franja horaria en la cual Perú o Chile se encuentren. De acuerdo con TURNER, esto permite que los consumidores peruanos eviten visualizar distintas horas de programación de un solo programa, lo cual podría generar confusiones. Si bien este CCO considera beneficioso para los consumidores peruanos que la publicidad de los programas considere específicamente el horario del Perú, se debe dejar claro que dicho beneficio se hubiera podido lograr sin la existencia de la cláusula de exclusividad. Esto se debe a que la creación de publicidad dirigida específicamente a un país (o a todos los países que se encuentren dentro de una zona horaria determinada) se justifica en la medida que el número de usuarios en dicha zona horaria sea considerable. Sin embargo, en el presente caso, la exclusividad ha tenido el efecto de reducir el total de usuarios con posibilidad de visualizar los canales de TURNER (e.g. los usuarios de TELECABLE y BOGA), lo cual demuestra que el beneficio a los consumidores no se ha derivado de la cláusula de exclusividad.

En conclusión, no se ha podido probar la existencia de efectos positivos sobre los consumidores generados producto de las cláusulas de exclusividad. Por tanto, de lo actuado en el expediente y de lo argumentado por las partes, este CCO no puede inferir la existencia alguna de ganancias de eficiencia que permitan establecer efectos positivos generados por los convenios de exclusividad en cuestión.

• Efectos Negativos de los Convenios de Exclusividad

De acuerdo con la información obtenida sobre preferencias de los usuarios, se ha encontrado que diversos canales de mayor sintonía únicamente son transmitidos por TELEFÓNICA MULTIMEDIA. Es así que, dentro de los canales que ocupan los cuatro primeros lugares de sintonía en rubros de Películas, Series, Noticias, Infantil y Deportes se encuentran: Turner Network Television (TNT), Fox, CNN en Español, CNN International, Cartoon Network, Fox Kids y Fox Sports, los cuales se ha verificado que se encuentran contratados en exclusividad por TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

Se llega a esta conclusión al analizar la encuesta “Hábitos y Costumbres de los Usuarios de Cable en relación a la utilización de este Producto”, elaborada por Ginocchio A&G Asociados²⁹ entre el 18 y el 21 de marzo de

²⁹ Los principales aspectos de la ficha técnica de este estudio son los siguientes: “

1. DESCRIPCIÓN

GINOCCHIO A&G ASOCIADOS realizó un Estudio para conocer los hábitos y costumbres de los usuarios de “Cable”, en relación a la utilización de este producto. La investigación fue realizada en los niveles socio-económicos “Alto/Medio Alto” (NSE A), “Medio Típico/Medio Bajo” (NSE B) y, “Bajo Ascendente/Bajo Típico” (NSE C), en Lima Metropolitana.

El Estudio fue realizado en el período desde el 18 hasta el 21 de Marzo de 2000.

3. DISEÑO MUESTRAL

...
Asignación y Distribución Muestral

2000, así como de los otros medios probatorios que obran en el expediente como son:

- Copia de un extracto de la Revista Producción y Distribución de fecha 15 de setiembre de 1999, en el que aparecen mediciones de rating realizadas por IBOPE en México y Argentina, ofrecida por TELECABLE como medio probatorio con su demanda en el que se muestra que el canal "Cartoon Network" ha ocupado los primeros lugares de sintonía en dichos países en dichas fechas.
- Copia del aviso publicitario publicado en la Revista Producción y Distribución de fecha 15 de setiembre de 1999 en el que se señala que, según fuentes de IBOPE, tomando en consideración el promedio ponderado de Argentina y México, en horario pico: Lunes a domingo de 20:00 a 1.00 hrs., entre personas de dieciocho (18) a cuarentinueve (49) años, los canales FOX, FOX SPORTS y FOX KIDS son sintonizados por el 17% de personas, medición efectuada entre enero y mayo de 1999, la cual ha sido ofrecida por TELECABLE como medio probatorio con su escrito de demanda.
- Mediciones efectuadas por IBOPE PERÚ por el periodo comprendido entre el 18 de octubre al 12 de diciembre de 1999 que muestran los ratings de ciento cincuenta y uno (151) canales de cable, las cuales han sido ofrecidas por TELECABLE como medio probatorio con su escrito de demanda y de las cuales se ha podido elaborar el siguiente cuadro:

Se realizaron doscientos (200) encuestas en cada nivel socioeconómico, aplicándoles a los resultados para obtener el total de la Muestra, el factor de proporción entre la cantidad de personas, de ambos sexos, entre los 05 y 59 años de edad, con servicio de "Cable", en los hogares NSE A, NSE B, NSE C:

- NSE A: 170,680 personas (18.00%)
- NSE B: 457,520 personas (48.26%)
- NSE C: 319,880 personas (33.74%)

Los grupos de edad y sexos se distribuyeron de acuerdo a la estructura poblacional. (ANEXOS III y IV)

Selección Muestral

Probabilística, estratificada y sistemática.

Error Muestral

Margen de error de 4.0% y, un nivel de confianza del 95%, al asumir la máxima dispersión en los resultados de ($p/q=1$).

4. RECOLECCIÓN DE DATOS

Método

Entrevistas directas en las zonas donde residen y, en sus puntos de confluencia.

En el caso de los "niños" las entrevistas se aplicaron en hogares y colegios, con la autorización de los padres de familia/profesores. Las encuestas a los niños de 5-9 años de edad fueron realizadas exclusivamente por entrevistadores calificados con la supervisión de Ejecutivos de la Consultora.

Se aplicaron dos Cuestionarios (ANEXO V y ANEXO VI), debidamente estructurados, con algunas preguntas "abiertas" y "cerradas"

Niños de 5-9 años de edad
Grupos de 10-14, 15-24, 25-39 y 40-59 años de edad."

Posición (de un total de 151 canales)	Canal	Empresa Programadora	Rating IBOPE
1	Cartoon Network	TURNER	0.50
7	Fox Kids Network	FOX	0.21
14	Canal Fox	FOX	0.14
18	TNT	TURNER	0.13
29	CNN en Español	TURNER	0.09
30	Fox Sports Americas	FOX	0.09
56	CNN International	TURNER	0.01

Elaboración Propia

- Copia del Estudio de Diagnóstico y Segmentación del mercado de Televisión por Cable efectuado por CONSUMIDORES Y MERCADOS, de setiembre de 1999, en el cual se muestra la alta recordación que tienen los canales materia de la presente controversia en las personas entrevistadas, especialmente por los canales "CNN en Español" y "Cartoon Network".
- Mediciones efectuadas por IBOPE TIME PERÚ S.A. realizadas entre marzo de 1998 a diciembre de 1999, en las que se puede apreciar la preferencia por los canales materia de exclusividad, presentadas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA en su escrito de fecha 11 de octubre de 2000. De estas mediciones se ha podido elaborar el siguiente cuadro que muestra la preferencia que cada canal ocupa de acuerdo con las preferencias de los consumidores de un total de ciento cincuenta y uno (151) canales analizados:

Canal	Empresa Programadora	Mar-98	Jun-98	Sep-98	Dic-98	Mar-99	Jun-99	Sep-99	Oct-99	Nov-99	Dic-99
Cartoon Network	TURNER	3	2	3	1	1	1	1	1	1	1
TNT	TURNER	9	7	4	12	18	18	13	15	12	10
Canal Fox	FOX	10	12	10	15	22	11	11	8	21	17
Fox Kids	FOX	13	15	15	7	13	12	8	7	6	9
Fox Sports Americas	FOX	22	30	17	22	32	22	9	22	27	24
CNN en Español	TURNER	29	40	27	21	15	23	25	25	36	36
CNN International	TURNER	42	57	47	46	58	53	46	45	56	65

Elaboración Propia

Cabe señalar que, aún cuando TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha presentado junto con su escrito de observación al informe de la Gerencia de Relaciones Empresariales, encuestas elaboradas por APOYO OPINIÓN Y MERCADO³⁰ en las que las preferencias por los canales de Televisión por Cable varía con relación a la información señalada en el mencionado informe, la información elaborada por IBOPE, a diferencia de las encuestas que miden el nivel de recordación de canales, lo que mide es el rating de éstos, razón por la cual las mediciones de IBOPE tienen un mayor nivel probatorio. Asimismo, la encuesta elaborada por A&G Asociados resulta mucho más completa en lo que respecta a la Televisión por Cable, debido a que no se limita a señalar los primeros cinco canales de cable, sino que incluye una lista mucho mayor, además de que desagrega los resultados por niveles de edad de los encuestados, nivel socioeconómico, entre otros aspectos.

³⁰ Estas encuestas corresponden a los años 1999 y 2000 y en la primera se efectúa un comparativo de los años 1998 y 1999 de los canales de los principales canales de cable sintonizados, incluyéndose en la misma sólo los primeros cinco lugares de la lista. En la segunda el trabajo se realizó en agosto de 2000 incluyéndose un cuadro referente a los cinco canales de cable sintonizados más frecuentemente.

Respecto de la alta preferencia de los usuarios por los canales materia de la controversia, el Sr. Julio Luque, en el informe oral de fecha 9 de setiembre de 2000, ha argumentado que ello se debe a que TELEFÓNICA MULTIMEDIA cuenta con el 95% de los usuarios del servicio, motivo por el cual las encuestas recogerían en su mayoría las declaraciones de clientes de dicha empresa que cuenta en exclusiva con dichos canales. Este aspecto, sin embargo, no reduce el hecho de que los convenios de exclusividad materia de la presente controversia generen barreras a la entrada. Por ejemplo, si sólo TELEFÓNICA MULTIMEDIA cuenta con un conjunto de canales de alta preferencia por parte de sus usuarios, resultaría muy difícil que dichos usuarios decidan utilizar los servicios de otra empresa de cable que no cuente con dichos canales. Esto implica que la suscripción de una exclusividad con estos canales generaría una barrera a la entrada al mercado, sin embargo se debe mencionar que dicha barrera no implica en sí misma la comisión de una práctica ilícita.

Otro aspecto que muestra la importancia de los canales de FOX y TURNER es el hecho de que TELEFÓNICA MULTIMEDIA paga a dichas empresas primas adicionales por concepto de las exclusividades –más de 17% en el caso de FOX y más de 25% en el caso de TURNER respecto de la situación en la que no se contemplaba la exclusividad-. Una empresa únicamente estaría dispuesta a pagar más por un insumo, si producto de ello puede obtener más clientes. En este caso, el contratar en exclusividad los canales de FOX y TURNER le permitirían a TELEFÓNICA MULTIMEDIA captar nuevos suscriptores sólo si dichos canales son importantes para los consumidores, caso contrario el pagar más por las señales resultaría económicamente ilógico.

Adicionalmente, en la Memoria Anual de TELEFÓNICA de 1999 consta el siguiente texto: *“Además, se continuó buscando una diferenciación entre los contenidos transmitidos por Cable Mágico y los de sus competidores. Como resultado se celebraron acuerdos para la ciudad de Lima con FOX Latin America y Turner, empresas líderes en contenidos para América Latina”, p. 53* (el subrayado es nuestro).

A través de esta publicación, TELEFÓNICA reconoce la importancia del contenido de las señales de las empresas FOX y TURNER para la Televisión por Cable. Esto desvirtúa los argumentos que ella misma, directamente o a través de la opinión de peritos, ha argumentado. Asimismo, el referido párrafo TELEFÓNICA también reconoce que fue dicha misma empresa la que buscó las exclusividades con los referidos canales. Estos aspectos refuerzan la convicción del CCO sobre la importancia de los canales de FOX y TURNER.

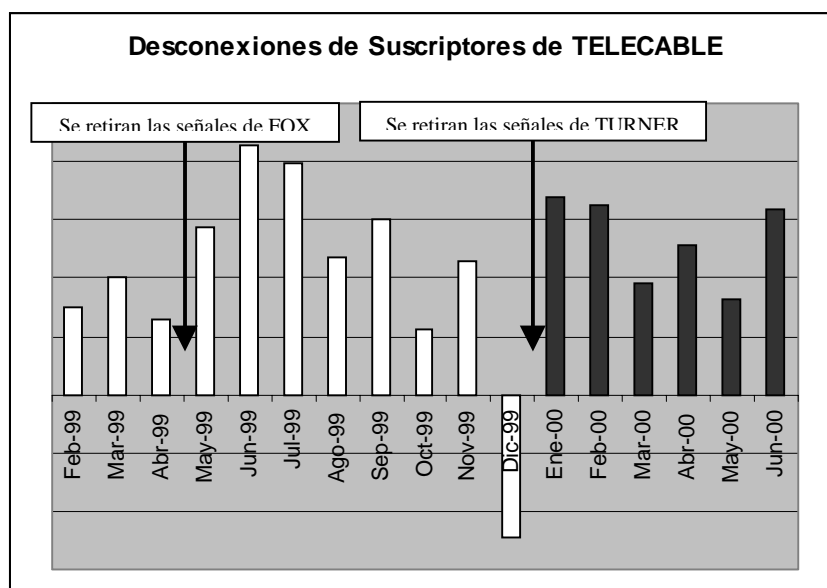
El principal efecto negativo que los convenios de exclusividad pueden tener sobre el bienestar de los consumidores se deriva de una reducción de los niveles de competencia, efectiva o potencial, en el mercado, porque los competidores, o potenciales competidores, enfrentarían mayores costos para poder competir con la empresa que participa de dichos convenios. De acuerdo con lo establecido por la Office of Fair Trading de Reino Unido³¹:

³¹ Office of Fair Trading: “The Competition Act 1998: Assessment of Individual Agreements and Conduct”; en <http://www.offt.gov.uk/html/comp-act/download/oft414.pdf>, p. 19.

“La exclusión de mercados se produce cuando las empresas no pueden ingresar parcial o totalmente al mercado. Un mercado puede estar parcialmente excluido si, por ejemplo, las empresas tuvieran una participación de mercado mucho menor que la tendrían en ausencia de la restricción vertical, o si las empresas más pequeñas tuvieran dificultades para ingresar al mercado. Una exclusión parcial frecuentemente se produce cuando las restricciones verticales incrementan los costos de las empresas rivales y por tanto erigiendo barreras de entrada o forzando a los competidores a salir del mercado. Las restricciones verticales pueden excluir los mercados tanto al nivel del productor como del minorista” (traducción propia)

De la información estadística presentada, se aprecia que tanto la participación de mercado de TELEFÓNICA MULTIMEDIA como los índices de concentración en el primer grupo de mercados relevantes se han incrementado con posterioridad a las fechas en las cuales los convenios de exclusividad con FOX y TURNER tuvieron vigencia³². Así, mientras la participación de mercado de TELEFÓNICA MULTIMEDIA se incrementaba durante las vigencias de dichas exclusividades, la cantidad de suscriptores de TELECABLE se redujo casi en 40%.

El siguiente gráfico ha sido elaborado con la información proporcionada por TELECABLE y que obra a fojas 002467 a 002470 del expediente, pero que sin embargo ha sido clasificada como confidencial, motivo por el cual no se muestra el eje de las ordenadas de los mismos.



Elaboración Propia

Este gráfico muestra, mes tras mes el total de clientes que dejaron los servicios de TELECABLE. Las señales de FOX se dejaron de transmitir en esta empresa el 30 de abril de 1999. Si bien esta empresa mostraba una tendencia decreciente en el número de clientes, dicha tendencia decreciente se modifica considerablemente a partir del mes de mayo de 1999, cuando se deja de transmitir la señal de FOX en su programación producto de la exclusividad firmada por TELEFÓNICA MULTIMEDIA. Asimismo, las

³² Las señales de FOX se transmitieron por última vez dentro de la programación de TELECABLE en abril de 1999, mientras que las de TURNER en diciembre de 1999.

señales de TURNER se transmitieron en TELECABLE por última vez el 31 de diciembre de 1999. En este caso, también puede verificarse que la tendencia decreciente en el número de suscriptores de TELECABLE se modifica con posterioridad a que se retiran las señales de TURNER de su programación. Cabe destacar, que en los meses de enero a junio de 2000 (barras de color negro), el número de desconexiones es resultado de un efecto conjunto del retiro de las señales de FOX y de TURNER, por tanto, la comparación en el número de desconexiones debe realizarse con los meses anteriores a que se retiran las señales de TURNER de la programación de TELECABLE.

Tal como se ha mostrado en el informe N° 002-2000/GRE, en los distritos donde predominan los niveles socioeconómicos A, B1 y B2, la reducción en el total de suscriptores de TELECABLE se ha incrementado coincidiendo con las fechas del retiro de su programación de las señales de FOX y TURNER. Esto se puede verificar en el siguiente cuadro, en el cual se muestra el promedio mensual –en porcentaje- de captación de nuevos clientes de TELECABLE y TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

PROMEDIO MENSUAL DE CAPTACIÓN DE NUEVOS CLIENTES

	TELECABLE	TELEFÓNICA MULTIMEDIA
Feb - Abr 1999	-1.89%	0.24%
May - Dic 1999	-2.58%	0.32%
Ene - Jun 2000	-3.13%	0.38%

Elaboración Propia

Los períodos para los cuales se encuentra calculado el promedio de captación de nuevos clientes (de febrero a abril de 1999; de mayo a diciembre de 1999; y de enero a junio de 2000) están basados en las fechas en las cuales se retiraron las señales de FOX y TURNER de la programación de TELECABLE debido al otorgamiento en exclusiva de las mismas a TELEFÓNICA MULTIMEDIA (30 de abril de 1999 y 31 de diciembre de 1999 respectivamente). Cada cifra del cuadro muestra el incremento o disminución en el total de usuarios de TELECABLE o de TELEFÓNICA MULTIMEDIA respecto del mes de enero de 1999, cuando las exclusividades aún no se encontraban en vigencia y, por tanto, ambas empresas transmitían los canales de FOX y TURNER.

Del cuadro anterior es posible observar que desde el momento en que se retiraron las señales de FOX de la programación de TELECABLE, la tasa promedio de clientes que dejaban esta empresa pasó de –1.89% a –2.58%, mientras que al momento en que se retiraron las señales de TURNER, esta tasa disminuyó hasta llegar a un promedio mensual de –3.13%. En el caso de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, la tasa promedio de captación de nuevos clientes se incrementó de 0.24% a 0.32% mensual cuando se retiran las señales de FOX de la programación de TELECABLE. Mientras que, desde el momento en que TELEFÓNICA MULTIMEDIA empieza a transmitir en exclusiva las señales de TURNER, esta tasa se incrementó a 0.38% promedio mensual.

En general, no todas las restricciones verticales –incluyendo dentro de éstas a la contratación en exclusiva- en sí mismas generan efectos nocivos sobre el bienestar de los consumidores. Sin embargo, cuando las restricciones verticales implican la presencia de una empresa con posición de dominio o

poder de mercado, entonces, es bastante más probable que los efectos negativos sobre el bienestar de los consumidores dominen a los efectos positivos que se pudieran derivar de las mismas. Al respecto, resulta pertinente recoger lo establecido por la Comisión Europea³³:

“En la mayor parte de las restricciones verticales, sólo deben preocupar sus efectos sobre la competencia si es que no existe un nivel suficiente de competencia entre marcas, es decir, si es que existe un cierto grado de poder de mercado al nivel del proveedor, del comprador, o de ambos...”

“Los convenios de contratación en exclusiva generalmente tienen peores efectos sobre la competencia que los acuerdos que no implican exclusividades...” (traducción propia)

Asimismo, conviene tomar en cuenta el siguiente argumento de Carlton y Perloff³⁴:

*“Una de las restricciones verticales más comunes es la del **territorio exclusivo**, en la que un solo distribuidor puede vender un producto dentro de una región: El distribuidor obtiene los derechos monopólicos sobre los consumidores que adquieren los productos dentro de dicho territorio. Los territorios exclusivos usualmente se refieren a la promesa que un productor da un distribuidor de que a otros distribuidores no se les permitirá estar localizados dentro de cierta distancia de él. (...) Al otorgarle un monopolio geográfico al distribuidor, el productor lo aísla de competidores. Este aislamiento puede ser esencial si el distribuidor va a cosechar los beneficios de sus esfuerzos en ventas.”* (traducción propia)

De otro lado, la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos - en la resolución mediante la cual deniega la solicitud de la empresa de Televisión por Cable Time Warner de transmitir en exclusiva el canal “Courtroom Television”- manifiesta lo siguiente³⁵:

“Las provisiones para el acceso a programas en la Ley de Cable de 1992 se emitieron con el objeto de incrementar la competencia y la diversidad en el mercado de distribución de programación de vídeo multicanal. Al momento de adoptar esta ley, el descubrimiento de que la mayor parte de los operadores de televisión por cable gozaban de un monopolio en la distribución de programas, preocupaba al congreso y éste concluyó que la utilización de convenios de exclusividad entre vendedores de programación verticalmente integrados y los operadores de televisión por cable permitían inhibir la existencia de competencia entre los distribuidores. Adicionalmente, el congreso descubrió que la creciente concentración industrial de los operadores de televisión por cable a nivel horizontal, al mismo tiempo que se incrementaba la integración vertical, había creado un desbalance de poder entre los operadores de televisión por cable y los vendedores de programación no afiliados; y entre operadores de televisión por cable y sus

³³ Commission Notice, “Guidelines on Vertical Restraints”; en:

http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/legislation/vertical_restraints/guidelines_en.pdf, p. 24 y 25.

³⁴ Carlton, Dennis W. y Jeffrey M. Perloff, op. cit., p. 529.

³⁵ Federal Communications Commission (1994), In the Matter of TIME WARNER CABLE Petition for Public Interest Determination under 47 C.F.R. Relating to Exclusive Distribution of Courtroom Television.

competidores de programadores multicanales, lo cual también impide el desarrollo de competencia.

(...)

Al emitir las provisiones de la Ley de Cable, el congreso reconoció que cuando los operadores de televisión por cable controlaban el acceso a la programación, éstos desarrollaban un monopolio sobre la distribución de la programación en la mayor parte de mercados.” (traducción propia)

Otro aspecto a tomar en cuenta además de si la empresa que firma convenios de exclusividad cuenta con posición de dominio o no, es la magnitud de las exclusividades. En la presente controversia, las exclusividades otorgadas a TELEFÓNICA MULTIMEDIA son por períodos de tiempo considerables -mayores a los tres años en ambos casos-. Ello sin perjuicio de que los convenios sólo se refieren a una señal que no era conocida en el mercado peruano (CNN Financial Network), pero que sí implicaban retirar de la programación de otros competidores señales ya conocidas en el mercado peruano (Canal Fox, Fox Sports, Fox Kids, CNN International, CNN en Español, Cartoon Network-Latin America y Turner Network Television-Latin America).

Al respecto TELECABLE ha señalado en su demanda que TELEFÓNICA MULTIMEDIA mantenía la exclusividad de los canales HTV, INFINITO, UTILISIMA SATELITAL, CCN, CANAL N, CINE LATINO, HALLMARK, LOCOMOTION, SUR, CANAL JOCKEY, PLAYBOY (PREMIUM) y VENUS (PREMIUM). Estas alegaciones las sustenta con copia de un folleto publicitario en el que CABLE MÁGICO, nombre comercial de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, tiene canales exclusivos, así como también en la copia de un contrato de exclusividad suscrito entre TELEFÓNICA (antes de transferir la concesión a TELEFÓNICA MULTIMEDIA) e IMAGEN SATELITAL S.A., propietaria de la señal VENUS en setiembre de 1996, el cual, de no haberse producido la renovación automática contemplada en el contrato, habría vencido. Ninguno de estos medios probatorios han sido tachados por las demandadas.

Asimismo, obran en el expediente cartas remitidas por las empresas SUR, de fecha 12 de enero de 2000, CCN CABLE CANAL DE NOTICIAS de fecha 14 de enero de 2000 y Radio Programas de fecha 24 de enero de 2000, en las que declaran tener una relación de exclusividad con TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

Estos medios probatorios, si bien han sido tachados por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, en la presente resolución se declara infundada dicha tacha. Además, TELEFÓNICA MULTIMEDIA en ningún momento alegó la falsedad de los mismos como causal de tacha, sino sólo cuestionó su procedencia y/o pertinencia.

Por otro lado, TELEFÓNICA MULTIMEDIA no cumplió con el reiterado requerimiento efectuado por el CCO de presentar todos los contratos de exclusividad suscritos con empresas distintas de FOX y TURNER, alegando que éstas relaciones de exclusividad eran impertinentes, sin embargo, en ningún momento alegó la inexistencia de las mismas, conducta procesal que debe ser tomada en consideración para poder extraer conclusiones al respecto, de conformidad con el artículo 282° del Código Procesal Civil.

En tal sentido, tanto los medios probatorios que obran en el expediente como la falta de cooperación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, han hecho llegar al CCO a la certeza de que aparte de las relaciones de exclusividad que mantiene con FOX y TURNER, mantiene o ha mantenido como canales exclusivos los siguientes: HTV, INFINITO, UTILISIMA SATELITAL, CCN, CANAL N, CINE LATINO, HALLMARK, LOCOMOTION, SUR, CANAL JOCKEY, PLAYBOY (PREMIUM) y VENUS (PREMIUM) y CABLE MÁGICO DEPORTES.

Tal como argumenta Shapiro³⁶, 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 la entrada a dicho mercado.

Queda demostrado así que los convenios de exclusividad materia de la presente controversia han incrementado las barreras a la entrada de competidores al mercado.

En la misma línea de lo anterior, la magnitud de los convenios no sólo es amplia en su vigencia -más de tres años de duración-, en cantidad de señales -siete canales conocidos en el mercado peruano más uno para ser introducido al mismo-, sino también en las primas adicionales que TELEFÓNICA MULTIMEDIA debía pagar por los derechos exclusivos -más de 25% en el caso del contrato con TURNER y más de 17% en el caso de FOX, respecto de la situación en la que no se contemplaban las exclusividades-.

Finalmente, otro aspecto relacionado con la magnitud de los convenios se refiere a si las barreras a la entrada que se generan producto de ellos realmente implica un incremento considerable en los costos de los competidores o potenciales entrantes. Es claro que la celebración de un convenio que implique la transmisión en exclusiva de una única señal no genere significativos niveles de barrera a la entrada o incremento en los costos de los competidores, salvo que dicha señal sea imprescindible para la provisión final del servicio. En el presente caso, este CCO considera que ninguno de los canales motivo de la controversia, por sí solos pueden implicar la generación de efectos anticompetitivos. No obstante, no puede dejarse de lado que los convenios implican la transmisión de ocho canales, muchos de los cuales son de alta preferencia por parte de los usuarios. Pero las exclusividades no culminan con dichas ocho señales, sino que anteriormente ya se habrían celebrado otros convenios, tal como se desprende de los medios probatorios ofrecidos por TELECABLE, los que si bien fueron cuestionados por TELEFÓNICA MULTIMEDIA por impertinentes no lo fueron por ser su contenido falso, de lo que se infiere que efectivamente TELEFÓNICA MULTIMEDIA adquirió dichas exclusividades.

En efecto, ninguna de las señales contratadas en exclusividad, por sí sola implica la presencia de una práctica anticompetitiva, pero cuando cada vez más y más señales se encuentran en exclusividad en una sola empresa, ello

³⁶ Shapiro, Carl (2000). "Exclusivity in Network Industries"; en:

<http://www.haas.berkeley.edu/~shapiro/exclusivity.pdf>. Carl Shapiro es profesor titular del Departamento de Economía de la Universidad de California en Berkeley, ha sido Economista Jefe de la División Antimonopolio del Departamento de Justicia de los EE.UU.

sí implica una elevación considerable de costos a los competidores o potenciales empresas entrantes. Ello es de especial importancia cuando las exclusividades implican el retiro de las señales de empresas competidoras en lugar de utilizarse para introducir nuevas señales al mercado. Estos factores generan que los convenios de exclusividad celebrados puedan tener un considerable efecto negativo sobre los consumidores.

Así, tomando en consideración que,

- i) TELEFÓNICA MULTIMEDIA goza de posición de dominio en ambos grupos de mercados relevantes.
- ii) En los LINEAMIENTOS se ha establecido que: *“En los casos de posible Abuso de Posición de Dominio que se presenten ante OSIPTEL, y que merezcan la actuación de dicho organismo, serán las empresas denunciadas las encargadas de mostrar los elementos probatorios que permitan desvirtuar, de ser el caso, la alegación planteada. De no presentarse estos medios probatorios, OSIPTEL podrá considerar dicha situación como un indicio de que la empresa denunciada sí ha incurrido en una práctica de abuso de posición de dominio.”*
- iii) TELEFÓNICA MULTIMEDIA no ha acreditado los efectos positivos que se hubieran podido generar sobre el bienestar de los consumidores por la celebración de los contratos de exclusividad con FOX y TURNER.
- iv) Asimismo, TELEFÓNICA MULTIMEDIA no ha acreditado las supuestas inversiones en publicidad que se habrían realizado para introducir la señal del canal “CNN Financial Network”.
- v) La supuesta -y desestimada- justificación relativa a la introducción de nuevas señales al mercado peruano de ninguna manera justifica los amplios plazos de vigencia de las exclusividades.
- vi) Se ha acreditado que dichos convenios han afectado negativamente a competidores como TELECABLE y que en el futuro podría afectar a otros concesionarios del servicio y por ende a los consumidores o usuarios.
- vii) No se han podido identificar considerables efectos positivos, ni potenciales efectos positivos, sobre el bienestar de los consumidores derivados de los convenios de exclusividad.
- viii) Se ha comprobado que los convenios de exclusividad materia de la presente controversia han elevado los niveles de barreras a la entrada al mercado de Televisión por Cable.
- ix) Por otro lado, sí se han podido identificar efectos negativos sobre el bienestar de los consumidores y potenciales efectos negativos considerables sobre dicho bienestar.
- x) Los convenios de exclusividad con FOX y TURNER son adicionales a otros convenios ya celebrados por TELEFÓNICA MULTIMEDIA con diversas empresas programadoras.

El CCO concluye que los efectos negativos sobre el bienestar de los consumidores generados por los convenios de exclusividad materia de la presente controversia, son mayores que los efectos positivos que el CCO ha podido percibir y que TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha argumentado.

Debe enfatizarse que, si bien se ha determinado que los convenios de exclusividad celebrados con FOX y TURNER contravienen lo dispuesto en las normas de libre competencia, ello de ninguna manera implica que cualquier convenio que contenga cláusulas de exclusividad constituya automáticamente un acto prohibido según el Decreto Legislativo 701. En el presente caso se ha llegado a dicha conclusión luego de analizar los alcances de los convenios de

exclusividad, su vigencia, la cantidad de canales que cada uno de ellos implica, la importancia de los mismos, la validez de los argumentos de las partes, el efecto sobre el bienestar de los consumidores y el contexto en el cual se han celebrado. Esto quiere decir que otros convenios de exclusividad con distintos alcances y/o celebrados en otras circunstancias probablemente no impliquen un acto anticompetitivo ilícito.

6. Conducta de TELECABLE

En su escrito de contestación de demanda, TURNER ha argumentado que dicha empresa posee razones más que suficientes para negarse a contratar con TELECABLE, entre otros, debido a los continuos retrasos en el pago de sus obligaciones con dicha empresa programadora.

De los medios probatorios que TURNER ha ofrecido respecto de este tema, este CCO considera que, del historial de TELECABLE con TURNER se podría llegar a la conclusión de que una negativa de esta última empresa a satisfacer las demandas de adquisición de TELECABLE podría ser justificada y por tanto no contraría a las normas de libre competencia. Sin embargo, los supuestos de negativas injustificadas a satisfacer las demandas de productos o servicios se encuentran sujetos a un análisis sobre los efectos de la práctica, utilizando para ello la denominada regla de la razón. Cabe destacar que este último aspecto debe ser resuelto, en el presente caso, por el INDECOPI, a fin de determinar si una supuesta negativa de TURNER resulta justificada o no.

No obstante, se debe dejar claro que la conducta o historial crediticio de TELECABLE con TURNER, incluso en el supuesto de que se justificara una negativa a contratar³⁷, ello no necesariamente justifica la suscripción de una exclusividad con TELEFÓNICA MULTIMEDIA, impidiendo así que cualquier otra empresa de Televisión por Cable –aparte de TELECABLE- puedan tener acceso a la programación de TURNER.

7. Efectos Colaterales de la Práctica

Lo expuesto en el numeral anterior ha permitido concluir que los convenios de exclusividad celebrados con FOX y TURNER han afectado o pueden afectar negativamente el bienestar de los consumidores del servicio de Televisión por Cable, sin embargo, los efectos de esta práctica probablemente no sólo se restrinjan a dicho mercado, sino que, tal como se mostrará a continuación, puede tener efectos en otros mercados relacionados.

La infraestructura de un sistema de Televisión por Cable –compuesta principalmente por cables coaxiales y fibra óptica- puede ser utilizada además para la transmisión de datos, lo cual implica que se pueden prestar diversos servicios de telecomunicaciones a través de dicha red. Algunos servicios potenciales podrían ser la prestación del servicio de telefonía fija local o de servicios de internet.

De lo anterior se puede concluir que un daño a la competencia en el servicio de Televisión por Cable potencialmente tendría efectos indirectos sobre la generación de competencia, entre otros, en los servicios de internet y de telefonía fija.

³⁷ Cabe destacar, nuevamente, que la determinación de si esta negativa resulta justificada o no debe ser analizada en el presente caso por el INDECOPI.

En lo que respecta a internet, en la actualidad existen tres tecnologías que permiten la utilización de “tarifas planas” por parte de los usuarios: los circuitos dedicados, la tecnología ADSL y el acceso mediante la red de Televisión por Cable. Los circuitos dedicados, debido al alto costo que implica su utilización no constituyen una alternativa viable para los pequeños usuarios del servicio³⁸. Un posible candidato podría ser el acceso mediante la tecnología ADSL, sin embargo, en la actualidad este servicio sólo puede ser ofrecido por la empresa que controle la “última milla” del servicio de telefonía fija –en este caso TELEFÓNICA-. El acceso mediante la red de Televisión por Cable podría constituir una alternativa, de esta manera, resulta deseable para la sociedad el garantizar la existencia de competencia en esta modalidad de servicio, ya que mediante ADSL ello no resulta previsible por el momento.

La existencia de competencia en la provisión de servicios de internet no constituye únicamente una conclusión lógica de lo expuesto anteriormente, sino que encuentra su sustento en que mediante la competencia en dichos servicios los usuarios podrán gozar de mejores tarifas y así lograr una masificación del servicio. Esto se encuentra reflejado en los “Lineamientos de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones”³⁹ que en su numeral 8 inciso c) señala que uno de los objetivos del Estado para el año 2003 es el de *“Incrementar sustancialmente el acceso a internet en el Perú.”*

Sin embargo, para que las empresas de Televisión Cable puedan ofrecer estos otros servicios de telecomunicaciones, se requiere de realizar inversiones adicionales, así como de modificaciones en su infraestructura, aspecto que puede tomar cierto tiempo. En tal sentido, es necesario, en tanto, que estas empresas tengan una plena capacidad de competir con las otras empresas de Televisión por Cable para lo cual se les debe garantizar el acceso a los principales insumos que comercializan –en este caso programación y publicidad-.

No obstante, un acaparamiento de los principales insumos por parte de una sola empresa distribuidora limita las posibilidades de competir de las demás, en tanto que producto de ello se pueden producir efectos negativos en la cantidad de suscriptores, lo cual a su vez redundaría en una disminución en sus posibilidades de transmitir publicidad local y de brindar servicios de internet o de telefonía fija.

Finalmente, otro aspecto que se debe tomar en cuenta es que mediante la red de Televisión por Cable no sólo resulta posible ofrecer servicios de internet, sino en general cualquier tipo de servicios públicos de telecomunicaciones. Por ejemplo, las empresas de Televisión por Cable, en la medida que ya “han pasado” por diversos hogares limeños también podrían convertirse en potenciales competidores de servicios de telefonía u otros servicios de telecomunicaciones⁴⁰. En tal sentido, en la medida que TELEFÓNICA

³⁸ En la actualidad el acceso a Internet mediante un circuito dedicado a 64 Kbps implica un costo mensual para los usuarios de aproximadamente US\$ 490.00.

³⁹ Aprobados mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, publicados en el Diario Oficial El Peruano el 5 de agosto de 2000.

⁴⁰ La Comisión Federal de Competencia de México ha emitido opinión similar en el caso mencionado anteriormente: *“Como consecuencia de lo anterior, dos mercados se verán afectados como resultado de la presente concentración: directamente, el mercado de televisión restringida y, potencialmente, el mercado de telefonía básica local. Además, es factible prestar servicio de transmisión de datos e Internet a través de la red de televisión por cable..* Posteriormente, dicha Comisión concluye que: *“Si se toma en consideración la definición antes señalada, existen suficientes elementos para presumir que Telmex podría bloquear la entrada a un competidor potencial que pudiera utilizar la red de televisión por cable para ofrecer servicio de telefonía y, por otro lado, impedir o retardar la*

MULTIMEDIA ha adquirido el derecho para distribuir en exclusiva sus señales que han afectado negativamente a la competencia y también a los consumidores, los mismos también generarían un daño potencial sobre la generación de competencia en el mercado de telefonía fija local y acceso a Internet.

En este punto es necesario hacer mención a lo expuesto por el representante de TELEFÓNICA MULTIMEDIA en el informe oral del día 9 de noviembre de 2000. De acuerdo con sus declaraciones, no resulta pertinente analizar los efectos de los convenios de exclusividad sobre mercados ajenos al del servicio público de distribución de radiodifusión de Televisión por Cable. Este argumento se sustentaría en que los grupos de mercados relevantes determinados en el informe de la Gerencia de Relaciones Empresariales no incluyen a los servicios de Internet.

Al respecto, el CCO debe aclarar que la definición de Mercado Relevante no necesariamente debe tener relación alguna con el o los mercados relacionados afectados por posibles prácticas anticompetitivas. Tal como se ha mencionado anteriormente, el Mercado Relevante es un concepto sobre la base del cual se va a definir si una o más empresas cuentan con Posición de Dominio, mas no tiene que guardar relación alguna con el o los mercados relacionados afectados. En el mismo sentido, en los LINEAMIENTOS se estableció lo siguiente:

“Es importante mencionar, que, en este tipo de prácticas, el mercado afectado no es necesariamente el mercado en el que la empresa ostenta posición de dominio.”

De esta manera, queda clara la pertinencia de analizar los posibles efectos generados por los convenios celebrados con FOX y TURNER en otros mercados ajenos al del servicio público de distribución de radiodifusión de Televisión por Cable. Concluyéndose así que un daño injustificado a la competencia en el servicio de Televisión por Cable puede tener efectos potenciales negativos sobre los servicios de Internet y Telefonía Fija.

8. Sobre la Infracción Cometida

El análisis realizado en las secciones anteriores ha permitido concluir a este CCO que los convenios materia de la presente controversia han generado efectos negativos netos sobre el bienestar de los consumidores, a la vez de que han incrementado los niveles de barreras a la entrada al mercado debido a la importancia que dichos canales tienen para los consumidores.

En el numeral 2. de la presente sección se mencionó que las Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia se refieren a acuerdos, decisiones o similares realizados entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir, o falsear la competencia.

En términos generales, los convenios celebrados con FOX y TURNER en sí mismos constituyen acuerdos entre empresas, habiéndose demostrado que han producido el efecto de restringir la competencia en perjuicio de los usuarios o consumidores. De esta manera, la infracción podría ser calificada como una

entrada de aquellas empresas que obtuvieron concesión para ofrecer el servicio de telefonía local que utilicen tecnología inalámbrica en el área geográfica antes señalada.”.

Práctica Restrictiva de la Libre Competencia, sin embargo, de conformidad con el Primer Punto Controvertido, este CCO debe evaluar si la celebración de los convenios constituye una infracción al inciso j) del artículo 6° del Decreto Legislativo 701.

Este inciso establece que son Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia: *“otros casos de efecto equivalente.”* En tal sentido, para determinar si la conducta debe considerarse como una Práctica Restrictiva, primero deben analizarse los efectos de los casos expresamente considerados como tales.

El artículo 6° considera a diversas prácticas o conductas como Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia. Muchos de estos incisos se refieren principalmente a prácticas que solamente pueden ser realizadas entre empresas competidoras, es decir que existe una relación horizontal entre las empresas involucradas en la práctica. Este no es el caso de la presente controversia debido a que se refiere a una relación vertical entre empresas programadoras (FOX y TURNER) y una empresa distribuidora (TELEFÓNICA MULTIMEDIA).

Sin embargo, no todos los incisos se refieren principalmente a prácticas que sólo pueden ser realizadas en un nivel horizontal, sino que también pueden ser realizadas en una relación vertical. Por ejemplo, el mismo artículo considera como posibles prácticas restrictivas a *“La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros...”* o también a *“La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;”*.

De esta manera, en la medida que los contratos celebrados con FOX y TURNER constituyen acuerdos entre empresas –en una relación vertical- que han producido y pueden producir el efecto de restringir la competencia en diversos mercados, a la vez que podrían generar un perjuicio potencial al bienestar de los consumidores, se concluye que dicha práctica constituye una infracción al inciso j) del artículo 6° del Decreto Legislativo 701.

Sin perjuicio de lo anterior, aún queda por analizar si la materia de la presente controversia puede considerarse como una infracción al inciso f) del artículo 5° de dicho Decreto. Tal como se ha mencionado anteriormente, dicho artículo está referido a los casos que son considerados como Abuso de Posición de Dominio, mientras que el inciso j) establece que son casos de Abuso de Posición de Dominio: *“Otros casos de efecto equivalente.”* Así, resulta necesario analizar si los efectos derivados de la materia de la presente controversia son equivalentes a aquéllos que se pueden derivar de los otros incisos de este artículo.

Sobre ello, se ha verificado tanto la existencia de posición de dominio, como los efectos negativos de la práctica en el mercado, debido a lo cual corresponde determinarse (i) si los efectos antes mencionado son los *“efectos equivalentes”* a que se refiere el inciso j) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701; y (ii) si dichos efectos hubieran sido posibles en caso TELEFÓNICA MULTIMEDIA no contase con posición de dominio.

Respecto del primer punto, algunos de los casos que expresamente se consideran como Abuso de Posición de Dominio son los siguientes:

- i) *“La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;”*

Si bien la negativa a contratar es una decisión legítima de cualquier empresa, cuando ésta cuenta con posición de dominio, producto de la negativa injustificada se podría afectar el nivel de competencia en otros mercados, lo cual podría redundar en una disminución en el bienestar de los consumidores. En un caso como éste, los efectos de la práctica se derivan de relaciones entre empresas que se encuentran en distintos niveles de la cadena comercial y que, por tanto, no necesariamente compiten entre ellas. Esto quiere decir que los efectos de esta práctica o conducta principalmente se pueden generar producto de una relación vertical entre distintas empresas.

- ii) *“La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. (...)”*

Esto quiere decir que una empresa con posición de dominio que, por ejemplo, comercializa un bien o servicio a distintas empresas que compiten entre sí, se encuentra impedida de ofrecer condiciones comerciales distintas a las mismas si es que producto de ello se pone en desventaja a una de dichas empresas frente a otra. Este caso también se refiere a relaciones entre empresas que se realizan en distintos niveles de la cadena comercial, por tanto, los efectos de esta práctica principalmente se pueden generar producto de una relación vertical entre empresas.

- iii) *“La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;”*

De manera similar que en los dos casos anteriores, se considera que las ventas atadas sólo pueden generar efectos anticompetitivos, si es que es llevada a cabo por una empresa con posición de dominio y si es que producto de ella, por ejemplo, se puede estar restringiendo la competencia en otros mercados. En tal sentido, los efectos de esta práctica principalmente se vinculan con relaciones empresariales de orden vertical.

Tomando en consideración que en estos tres casos, los efectos de los casos que se pueden considerar como Abuso de Posición de Dominio implican la generación de efectos en el mercado producto de relaciones verticales entre empresas, entonces para determinar si la materia de la presente controversia se puede considerar como *“Otros casos de efecto equivalente”* a los anteriores, es necesario comprobar que los efectos también se generan producto de relaciones verticales entre empresas.

Tanto FOX como TURNER son empresas que se dedican a la creación de paquetes de programación y en el Perú distribuyen sus servicios a través de empresas concesionarias del servicio de Televisión por Cable. Dentro del territorio nacional estas empresas no se dedican a esta última actividad, por

lo que no puede considerarse que compitan con TELEFÓNICA MULTIMEDIA. Las relaciones existentes entre estas tres empresas es más bien una relación del tipo vendedor-distribuidor (FOX-TELEFÓNICA MULTIMEDIA, TURNER-TELEFÓNICA MULTIMEDIA). Esto implica que los contratos celebrados entre estas empresas son de tipo verticales y, en tal sentido, pueden generar efectos equivalentes a los otros casos expresamente tipificados como posibles casos de Abuso de Posición de Dominio.

Respecto de si los efectos de la práctica hubieran sido posibles en caso TELEFÓNICA MULTIMEDIA no contara con posición de dominio en el mercado, resulta relevante sacar a colación el argumento de TURNER referido a que el otorgarle la exclusividad a CABLE MÁGICO le ha permitido obtener un mejor pago por sus productos (foja 001084 del expediente). Esto implica que la exclusividad entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y TURNER sólo se pudo llevar a cabo debido a que producto de ella, TURNER podía recibir un mayor pago por sus productos. Sin embargo, este mayor pago por sus productos se produce al mismo tiempo que TURNER deja de recibir los ingresos provenientes de las empresas excluidas por dicha exclusividad – como por ejemplo TELECABLE-. En otras palabras el mayor pago que recibe TURNER proviene únicamente de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, el cual debe cubrir los ingresos que TURNER deja de percibir provenientes de los competidores de TELEFÓNICA MULTIMEDIA producto de la exclusividad con esta empresa. Es decir, este mayor pago que realiza TELEFÓNICA MULTIMEDIA a TURNER, al ser mayor que el pago que los competidores realizaban a TURNER antes de la vigencia de la exclusividad, es una muestra la necesaria existencia de una posición dominante para que la conducta sea rentable por ambas empresas. En tal sentido, de no contar TELEFÓNICA MULTIMEDIA con una posición dominante en el mercado, no hubiera podido realizar un pago adicional a TURNER que sea lo suficientemente alto como para cubrir los ingresos que esta última empresa percibía de los competidores de TELEFÓNICA MULTIMEDIA antes de la vigencia de la exclusividad.

Adicionalmente, de acuerdo con los medios probatorios ofrecidos por TELECABLE (fojas 000320 a 000333 del expediente), así como de lo expresado en su demanda, se ha podido comprobar que FOX solicitó un pago de US\$ 60,000 mensuales a TELECABLE –adicionales a las regalías mensuales usuales- con el objeto de que esta última pudiera transmitir sus señales por un período de tres meses adicionales, para posteriormente retirar definitivamente su señal de esta empresa. Así, sólo pagando estas primas adicionales, TELECABLE podría seguir transmitiendo las señales de FOX, pero únicamente hasta el 30 de junio de 1999, ya que el 01 de julio de dicho año empezó la vigencia de la exclusividad con TELEFÓNICA MULTIMEDIA. Asimismo, TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha adjuntado como medio probatorio un contrato no firmado entre ella y FOX, mediante el cual la primera podría distribuir sus señales desde el 01 de mayo de 1999. Estos datos permiten concluir que, inicialmente FOX iba a otorgar en exclusividad sus señales a TELEFÓNICA MULTIMEDIA desde antes del 01 de julio de 1999, sin embargo, este otorgamiento de exclusividad se postergaría unos meses sólo si TELECABLE pagaba a FOX una prima mensual –adicional a los pagos mensuales usuales- de US\$60,000. De lo anterior se puede concluir que para FOX aparentemente resultaba similar el exigir a TELECABLE el pago de una prima mensual adicional de US\$60,000 o el otorgarle la exclusividad de transmisión de su señal a TELEFÓNICA

MULTIMEDIA⁴¹. No obstante, de lo expuesto en el expediente se puede concluir que esta alta prima exigida no pudo ser afrontada por TELECABLE, mientras que TELEFÓNICA MULTIMEDIA sí pudo afrontar un convenio de exclusividad con FOX. Este aspecto no es extraño, ya que tal como se ha demostrado TELEFÓNICA MULTIMEDIA cuenta con posición de dominio, mientras que TELECABLE no. Es decir que, en este caso, sólo la empresa que cuenta con posición de dominio –TELEFÓNICA MULTIMEDIA- pudo asumir un convenio de exclusividad con FOX, aspecto que no hubiera sido posible de no contar con dicha posición. Un ejemplo de esto lo constituye el caso de TELECABLE, en el que no contando con posición de dominio, no pudo afrontar la prima solicitada por FOX a fin de que pudiera seguir transmitiendo sus señales.

Lo expuesto en los anteriores párrafos permite concluir que de no contar con una posición dominante en el mercado, TELEFÓNICA MULTIMEDIA no hubiera podido asumir rentablemente los convenios de exclusividad con FOX ni con TURNER, por lo que los efectos derivados de los mismos tampoco hubieran sido posibles.

De tal manera, al haberse acreditado en el numeral anterior que los efectos negativos de los contratos materia de la presente controversia sobre el bienestar de los consumidores superan a los efectos positivos de los mismos sobre dicho bienestar, este CCO considera que dicha práctica constituye un caso de Abuso de Posición de Dominio, de conformidad con el inciso f) del artículo 5° del Decreto Legislativo 701.

De lo expuesto en los párrafos anteriores se ha hallado que los artículo 5° y 6° del Decreto Legislativo 701 no son excluyentes, por lo que una práctica o conducta bien puede ser declarada como una infracción a ambos incisos siempre que se hayan cumplido los requisitos en los mismos.

Finalmente, este CCO concluye que la celebración de los convenios de exclusividad materia de la presente controversia constituyen una Práctica Restrictiva de la Libre Competencia –de conformidad con lo establecido en el artículo 6° del Decreto Legislativo 701- a la vez que es una muestra de abuso de posición de dominio en el mercado por parte de TELEFÓNICA MULTIMEDIA –de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto Legislativo 701-.

9. Cesación de la conducta ilícita

El CCO considera necesario ordenar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA que se abstenga de seguir realizando la conducta que ha sido calificada como ilícita y contraria al Decreto Legislativo 701. Es decir, se ha considerado necesario ordenar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA que deje sin efectos todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos vigentes con FOX y TURNER que de manera directa o indirecta impliquen el otorgamiento de exclusividades en la transmisión y/o distribución de las señales y/o programación de dichas empresas.

Por otro lado, el CCO entiende que, estando de por medio relaciones jurídicas contractuales que involucran a TELEFÓNICA MULTIMEDIA, FOX y TURNER,

⁴¹ Tal como obra en las fojas 002366 a 002368 del expediente, TELEFÓNICA MULTIMEDIA debía pagar a FOX una prima adicional a los pagos mensuales por concepto de exclusividad, llamada “Exclusivity Premium”.

las cuales fueron emplazados al procedimiento por considerarse que la presente resolución podría afectarlos, resulta necesario otorgar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA un plazo prudencial a fin de que pueda tomar las medidas tendientes a hacer efectiva la orden del CCO, y pueda negociar con estas empresas nuevos contratos para la transmisión de sus señales o simplemente la modificación de los vigentes, en lo que respecta a la exclusividad.

Esto debido a que si se ordenara el cese inmediato de los contratos de exclusividad materia de la controversia, TELEFÓNICA MULTIMEDIA no tendría el tiempo necesario para negociar con estas empresas un contrato alternativo, y esto podría traer como consecuencia que los usuarios puedan verse afectados ante un posible cese de la transmisión de las señales de FOX y TURNER, señales que tal como se ha comprobado en la presente Resolución gozan de gran preferencia en los consumidores, efecto que el CCO desea evitar.

Asimismo, de conformidad con el artículo 44° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones⁴², los incumplimientos de las disposiciones de la presente Resolución se calificarán como infracción muy grave, por lo que, en dicho supuesto, correspondería aplicar una sanción entre ciento cincuentiuna (151) UIT y trescientas cincuenta (350) UIT. El CCO considera necesario declarar que el incumplimiento de la orden de cesación de la conducta ilícita a que se refiere el presente numeral por parte de TELEFÓNICA MULTIMEDIA conllevará a la aplicación de una sanción equivalente a trescientas cincuenta (350) UIT, sin perjuicio de aplicarse multas coercitivas de conformidad con el artículo 34° de la Ley N° 27336.

10. Sobre los argumentos de las partes

Tomando en cuenta los argumentos esgrimidos por las partes a lo largo del procedimiento –si bien muchos de ellos ya han sido aclarados a lo largo de la presente resolución-, este CCO considera relevante realizar precisiones puntuales respecto de los siguientes:

- *“De acuerdo con la Constitución Política del Perú, a toda persona se le reconoce el derecho de contratar, estando facultadas las partes para determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.”*

Este CCO tiene claros los derechos fundamentales que la Constitución Política del Perú otorga a todas las personas. Sin embargo, también es consciente de que según la misma Constitución Política: *“La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al momento del contrato.”*⁴³. Es así, que la misma Constitución Política en su artículo 61° señala que: *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.”*. Esto último se encuentra reflejado en el Decreto Legislativo 701, cuyo cumplimiento ha sido encargado en el presente caso a este CCO. En tal sentido, al haberse acreditado que las exclusividades contempladas en los contratos materia de

⁴² Aprobado mediante la Resolución N° 002-99-CD/OSIPTTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de febrero de 1999.

⁴³ Artículo 62°.

la presente controversia contravienen lo dispuesto en dicho Decreto, es función de este CCO tomar las medidas necesarias para corregir las distorsiones generadas en el mercado, quedando claro que la libertad a contratar está sujeta a las normas vigentes al momento del contrato.

- *“Los contratos de exclusividad suscritos por TELEFÓNICA MULTIMEDIA con TURNER y FOX constituyen un elemento de diferenciación y son beneficiosos para el mercado, puesto que permiten a TELEFÓNICA MULTIMEDIA reducir sus costos de transacción y administrativos derivados de las continuas negociaciones con los titulares de las licencias para la renovación de los contratos, y le permite alcanzar un mayor orden en su estructura de costos brindando un servicio más eficiente a sus clientes.”*

Si bien un menor número de negociaciones al momento de celebrar contratos permite a las empresas reducir sus costos de transacción y costos administrativos, ello no guarda relación alguna con que dichos contratos contemplen el otorgamiento de exclusividades. El principal elemento que permite reducir dichos costos está referido con la duración de los contratos celebrados y no con las exclusividades otorgadas o solicitadas. Es así, que un contrato de exclusividad suscrito por un período corto de tiempo implica el incurrir en repetidas negociaciones y por ende mayores costos de transacción y administrativos, mientras que un contrato de no exclusividad suscrito por un período largo de tiempo permite evitar dichas continuas negociaciones. De esto se desprende que la disminución en costos de transacción no depende de la existencia de cláusulas de exclusividad.

- *“La celebración de convenios de exclusividad es una práctica usual a nivel internacional. TELECABLE también ha celebrado este tipo de contratos.”*

Respecto de esta alegación, el CCO no ha podido encontrar dentro del expediente los medios probatorios que permitan verificar que, al menos en América Latina las empresas de Televisión por Cable suscriben usualmente convenios de exclusividad con empresas programadoras. Si bien en algunos mercados altamente competitivos la suscripción de convenios de exclusividad puede resultar una práctica usual, en el mercado de las telecomunicaciones ello está sujeto a condiciones más gravosas. Un ejemplo de esto último lo constituye la Resolución de la Federal Communications Commission (FCC) de Estados Unidos, emitida el 01 de junio de 1994, mediante la cual se deniega la solicitud de la empresa “Time Warner Cable” de suscribir un convenio de exclusividad para la transmisión de las señales del canal “Courtroom Television – Court TV” por considerar que ello iría en contra del interés público. Adicionalmente se debe destacar que en dicho país, de acuerdo con el “Cable Act” o Ley de Cable de 1992, los convenios de exclusividad se encuentran per se prohibidos entre empresas programadoras y distribuidoras de Televisión por Cable. Únicamente se pueden suscribir estos convenios con aprobación previa de la FCC.

- *“Los canales de TURNER y FOX son importantes dentro de la programación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA, mas no son insumos esenciales, debido a lo cual la exclusividad no genera el desplazamiento de los competidores ni la imposición de barreras al acceso.”*

A lo largo del procedimiento se han mostrado diversos medios probatorios relativos a la preferencia que los usuarios tienen sobre los canales transmitidos por la Televisión por Cable. Por ejemplo, tanto el estudio de A&G Asociados –utilizado por la Gerencia de Relaciones Empresariales-, así como los informes de Apoyo Opinión y Mercado –ofrecidos por TELEFÓNICA MULTIMEDIA- permiten obtener el nivel de recordación que los usuarios tienen sobre los canales de televisión, aspecto que no necesariamente concuerda con el nivel de audiencia real de dichos canales, ya que la medición no se realiza en el mismo momento que los usuarios están viendo dichos canales. No obstante, el nivel real de audiencia sí se encuentra reflejado en las mediciones de IBOPE, motivo por el cual las mismas son preferidas por este CCO respecto del estudio de Apoyo Opinión y Mercado. Por ejemplo, utilizando las mediciones de IBOPE ofrecidas por TELECABLE se pueden obtener las siguientes conclusiones:

Nivel de Sintonía de Cartoon Network

- Argentina (Julio 1999) 1° lugar de audiencia.
(Marzo 1999) 1° lugar de audiencia.
- México (Julio 1999) 1° lugar de audiencia.
(Marzo 1999) 2° lugar de audiencia.
- Perú (Diciembre 1999) 1° lugar de audiencia.

Asimismo, de las mediciones realizadas por IBOPE tomando una muestra de 151 canales de Televisión por Cable se ha podido realizar el siguiente cuadro:

Posición (de un total de 151 canales)	Canal	Empresa Programadora	Rating IBOPE
1	Cartoon Network	TURNER	0.50
7	Fox Kids Network	FOX	0.21
14	Canal Fox	FOX	0.14
18	TNT	TURNER	0.13
29	CNN en Español	TURNER	0.09
30	Fox Sports Americas	FOX	0.09
56	CNN International	TURNER	0.01

Elaboración Propia

De los aspectos considerados en el informe N°002-2000/GRE, así como de lo mostrado en puntos anteriores de la presente resolución se muestra que las señales motivo de la presente controversia sí resultan de importancia para cualquier empresa que desee ofrecer servicios de Televisión por Cable. Otro aspecto a considerar es que en otros rubros, aparte del infantil, las exclusividades consideran diversos canales preferidos por los usuarios. Adicionalmente, en la Memoria Anual de TELEFÓNICA de 1999 consta el siguiente texto: *“Como resultado se celebraron acuerdos para la ciudad de Lima con FOX Latin America y Turner, empresas líderes en contenidos para América Latina”, p. 53 (el subrayado es nuestro).* De esta manera se refuerza el hecho de que un convenio de exclusividad sobre estas señales genera barreras de acceso al mercado, a la vez que ha generado efectos negativos sobre las empresas competidoras y de que la programación de

FOX y TURNER es de suma importancia para cualquier empresa de Televisión por Cable, al menos, en América Latina.

- *“La aceptación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA se debe a un esfuerzo constante de TELEFÓNICA MULTIMEDIA de invertir con la finalidad de mantener satisfechos a los consumidores.”*

El CCO deja en claro que la aceptación de TELEFÓNICA MULTIMEDIA por parte de los consumidores es un aspecto que no está en discusión en la presente controversia. Adicionalmente, las inversiones realizadas por cualquier empresa, independientemente de su monto, no constituyen una justificación para la comisión de conductas ilícitas. Por otro lado, si el argumento está referido a las inversiones que TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha manifestado ha realizado para promocionar las señales de los canales materia de la exclusividad, dentro del expediente no se ha podido encontrar medio probatorio alguno que sustente las supuestas inversiones realizadas. Incluso, no consta documento alguno que permita al CCO verificar las supuestas inversiones incurridas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA para la introducción de las señales del canal “CNN Financial Network”, único canal desconocido para los consumidores peruanos al momento de la suscripción de los convenios de exclusividad.

- *“La legislación peruana no sanciona los intentos de los empresarios por conseguir una posición monopólica en el mercado ni el uso de ésta, lo que se sanciona es el abuso de dicha posición.”*

El CCO considera totalmente legítimo el uso de una posición dominante en el mercado que es consecuencia de la eficiencia y aceptación de los consumidores, sin embargo, tiene claro que también se encuentran prohibidos los abusos de dicha posición, así como de los acuerdos que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia que, tal como se ha determinado, ha ocurrido en el presente caso.

- *“Si el precio de los servicios de cable aumentaran como consecuencia de la celebración de los contratos de exclusividad, al ser dicho servicio un servicio suntuario, los consumidores se alejarían de él.”*

Tal como se ha mostrado en el informe N° 002-2000/GRE, el servicio de TELEFÓNICA MULTIMEDIA carece de sustitutos cercanos, además de que los usuarios tienen preferencias marcadas por los servicios de Televisión por Cable que por la televisión de señal abierta; esto permitió concluir que un cambio en los precios de la Televisión por Cable difícilmente generaría un incremento o disminución significativo en el nivel de demanda por el servicio. El siguiente cuadro permite confirmar que el servicio de Televisión por Cable no resulta un servicio del todo suntuario.

Sensibilidad de la Probabilidad de Suscripción al Servicio de Cable, ante cambios en la Tarifa Básica⁴⁴

⁴⁴ Fuente: Crandall, Robert W. y Harold Furchtgott-Roth, “Cable TV, Regulation or Competition?”, The Brookings Institution, Washington D.C., 1996, p.60.

	Situación Inicial	Incremento de 10% en la tarifa	Disminución de 10% en la tarifa	Disminución de 17% en la tarifa
Sin servicio	31.7%	34.1%	29.5%	28.0%
Sólo servicio básico	39.5%	38.9%	39.9%	40.2%
Servicio básico y premium	28.8%	27.1%	30.5%	31.8%

Elaboración: Propia

De acuerdo con el cuadro anterior, ante un incremento de 10% en el precio del servicio de Televisión por Cable, la probabilidad de que una persona contrate el servicio básico disminuye de 39.5% a 38.9%. Por otro lado, ante una disminución de 10% en el precio, la probabilidad de contratación del servicio básico se incrementa de 39.5% a 39.9%, mientras que si la disminución es de 17%, entonces la probabilidad de contratación del servicio se incrementa a 40.2%. Estos aspectos permiten confirmar que la decisión de contratación del servicio de Televisión por Cable prácticamente no se ve afectada por un incremento o disminución de dicho servicio. Esto desvirtúa el argumento de que ante un incremento en el precio del servicio, los consumidores se alejarían de él. Si bien los datos anteriores reflejan las preferencias de un consumidor promedio en Estados Unidos, estas preferencias son comparables a aquéllas de un consumidor promedio perteneciente a los niveles socioeconómicos A o B del Perú.

- *“Con relación a la afirmación de TELECABLE respecto de que los acuerdos en cuestión generarían una restricción al desarrollo de nuevos mercados (específicamente internet), resulta absurdo relacionar ambos temas.”*

Tal como se ha mostrado en una sección anterior de la presente resolución, los efectos derivados de posibles prácticas anticompetitivas no necesariamente tienen que tener relación con la definición de mercado relevante, sino que deben analizarse todos los efectos –actuales y potenciales- de dichas prácticas. De esta manera, al constituir las redes del servicio de Televisión por Cable un medio mediante el cual se pueden brindar –y que efectivamente ya se están brindando- servicios de internet y mediante los cuales potencialmente se podría brindar cualquier servicio público de telecomunicaciones, el CCO debe tomar en consideración los efectos que se podrían generar en dichos mercados producto de los convenios de exclusividad. Esto tiene especial importancia cuando las redes de Televisión por Cable son uno de los pocos medios masivos mediante los cuales es posible ofrecer el altamente solicitado servicio de internet a un costo fijo mensual –es decir, mediante una tarifa plana-. Una muestra de la relevancia de relacionar estos temas lo constituye el hecho de que la demandada ya se encuentra ofreciendo servicios de internet a un costo fijo mensual, mientras que la demandante ya anunció que próximamente ofrecerá este servicio. Por tanto, sí podrían generarse efectos en estos mercados, por lo que resulta relevante relacionarlo con el de la Televisión por Cable.

- *“El mercado geográfico relevante no permite abusos de posición de dominio por cuanto (i) se reduce a los distritos de Lima en los que efectivamente compiten TELEFÓNICA MULTIMEDIA y TELECABLE; (ii) se ha demostrado la existencia de sustitutos adecuados que no permitirían situaciones de abuso de posición de dominio; y (iii) no existen barreras de entrada al mercado.”*

De lo expuesto en los puntos anteriores, así como en el informe N° 002-2000/GRE se ha comprobado que el servicio de Televisión por Cable, tal como es ofrecido por TELEFÓNICA MULTIMEDIA carece de sustitutos cercanos, ya que la televisión satelital –aparte de que es un servicio que aún no se ofrece en el Perú- implica un mayor costo para los usuarios, por lo que no puede considerarse un sustituto. Respecto de las barreras de entrada, si bien los requisitos legales para ingresar al mercado actualmente no pueden considerarse una barrera de entrada al mercado, ha quedado demostrado que los niveles de inversión requerida, así como la contratación en exclusiva de diversas señales –especialmente de aquéllas que son de alta preferencia por los usuarios- sí incrementan las barreras de acceso a los competidores. Tomando estos aspectos en cuenta se puede concluir que dentro del mercado relevante sí resulta factible la existencia de casos de abuso de posición de dominio, tal como ello se ha determinado en la presente resolución.

- *“La televisión satelital es un sustituto adecuado no incluido en las exclusividades otorgadas por TURNER y FOX a TELEFÓNICA MULTIMEDIA.”*

En este punto cabe reiterar que al no ser la televisión satelital un servicio que actualmente se ofrezca en el mercado, ella no puede considerarse dentro del mercado relevante. Sin perjuicio de ello, la televisión satelital no podría ser considerada un sustituto, porque implica un mayor costo para los consumidores, aspecto que –tal como ha sido mostrado en puntos anteriores- ha sido confirmado por resoluciones emitidas por otras agencias antimonopolio como INDECOP y la Comisión Federal de Competencia de México.

- *“Es perfectamente justificado que si TURNER tiene un cliente en exclusiva, se niegue a contratar con TELECABLE. Además, TURNER no posee posición de dominio en el mercado de señales o de contenidos de señales, ni sus canales son facilidad esencial puesto que existen un sin número de sustitutos a sus canales.”*

Resulta algo tautológico que al solicitar u otorgar una exclusividad, una empresa se niegue a contratar con otras, caso contrario no se estaría cumpliendo el convenio celebrado, sin embargo, esto de ninguna manera justifica aquellos casos en los que el bienestar de los consumidores se ve afectado de manera negativa. Si bien existen diversos canales diferentes de aquéllos incluidos en las exclusividades, ello no necesariamente implica que sean sustitutos, ya que dichos otros canales pueden tener un nivel de calidad distinto, lo cual genera que tengan un menor nivel de aceptación por parte de los usuarios, lo cual genera que no sean sustitutos. La información estadística contenida en el expediente ha permitido mostrar que los canales materia de la controversia se encuentran entre los preferidos por los usuarios.

- *“TURNER posee, además, razones más que justificadas para negarse a contratar con TELECABLE, ya que esta empresa ha mantenido deudas con TURNER permanentemente.”*

El CCO considera que de los medios probatorios que se encuentran en el expediente, podría analizarse si el hecho de que TURNER se niegue a

contratar con TELECABLE resulta justificado o no⁴⁵. En caso resultara justificado que TURNER se niegue a contratar con TELECABLE, ello no necesariamente justifica que TURNER se niegue a contratar con todas las demás empresas competidoras además de TELECABLE –efecto directo de la exclusividad-. De lo actuado en el expediente se deduce que la exclusividad ha sido otorgada debido al mayor pago que TELEFÓNICA MULTIMEDIA realiza tanto a FOX como a TURNER siempre que sus señales sean otorgadas en exclusiva.

- *“El contrato con TELEFÓNICA MULTIMEDIA no es exclusivo en cuanto a todos los medios existentes para distribuir las señales de TURNER en Lima.”*

El CCO ha podido comprobar que los convenios de materia de la presente controversia no otorgan exclusividad en la transmisión de las señales a través de la televisión satelital. Sin embargo, al haberse mostrado que este último servicio no constituye un sustituto cercano del cable físico, entonces resulta irrelevante el hecho de que la exclusividad no sea extensiva a dicho servicio debido a que no compiten entre sí.

- *“Un ejemplo de la gran cantidad de posibilidades que existen en el mercado de la TV por Cable constituye el caso de BOGA CABLE EXPRESS, la cual prescindió voluntariamente de la señal de TURNER, y aprovechando una estructura de costos diferente a la de prestadores de TV por Cable dirigidas a los mercados de niveles adquisitivos más altos y logró expandir su participación en el mercado con gran éxito.”*

El CCO ha podido comprobar que la empresa BOGA, no transmite en la actualidad los canales de TURNER. Al momento en que BOGA dejó de transmitir las señales de TURNER, el convenio de exclusividad firmado entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y esta última no comprendía los distritos en donde operaba BOGA. Sin embargo, tal como consta en el expediente (fojas 001553 a 001556), BOGA, al expandir sus área de cobertura, empezó a operar en zonas donde TURNER ya había otorgado la exclusividad a TELEFÓNICA MULTIMEDIA. Debido a esto, BOGA dejó de transmitir las señales de TURNER, ya que de lo contrario hubiera tenido que transmitir dos señales separadas: una para los distritos donde no se había otorgado la exclusividad a TELEFÓNICA MULTIMEDIA y que incluía las señales de TURNER; y otra para el resto de distritos donde se encontraba prohibida de transmitir dichas señales. La imposibilidad de llevar a cabo esta separación de las señales según el distrito de operación, tuvo como consecuencia que BOGA se viera obligada a dejar de transmitir las señales de TURNER en toda su área de cobertura, quedando desestimado el argumento de que BOGA prescindió voluntariamente de dichas señales. Se debe destacar que el convenio de exclusividad celebrado entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y TURNER comprendía una ampliación en las áreas donde se otorgaba la exclusividad, por lo que de todas maneras BOGA se hubiera visto obligada a prescindir de sus señales. Cabe señalar que BOGA compite con TELEFÓNICA MULTIMEDIA en mercados relevantes distintos de donde compite con TELECABLE. En este mercado el precio y la calidad de recepción de la televisión de señal abierta son un aspecto muy importante que los consumidores toman al momento de contratar los servicios de Televisión por Cable.

⁴⁵ Cabe destacar, sin embargo, que en el presente caso, dicho análisis debe ser realizado por el INDECOPI.

- *“El contrato de exclusividad celebrado con TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha permitido a TURNER reducir sus costos de distribución y obtener un mejor pago por nuestros productos. TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha colaborado decididamente en hacer conocidas las señales de TURNER y la calidad de sus productos en el Perú. Con la exclusividad TURNER se garantiza que TELEFÓNICA MULTIMEDIA seguirá invirtiendo en sus marcas y gozando directamente de los beneficios de su inversión. En tal sentido, la decisión de celebrar dicho contrato no fue más que una de eficiencia empresarial.”*

“TURNER considera razonable el deseo de TELEFÓNICA MULTIMEDIA de celebrar los contratos de exclusividad de sus señales por cuanto a pesar de que le cuesta más, finalmente va a permitirle una mejor eficiencia en su inversión en la promoción de los productos de TURNER.”

Tal como se ha mencionado en puntos anteriores, de las cinco señales otorgadas en exclusividad a TELEFÓNICA MULTIMEDIA por TURNER, cuatro de ellas ya eran conocidas en el mercado peruano desde hace varios años antes de la vigencia de la exclusividad, por lo que grandes inversiones adicionales en publicidad que justifiquen dicha exclusividad no eran necesarias. Adicionalmente, de la información contenida en el expediente no se han podido encontrar medios probatorios referidos a las inversiones en publicidad realizadas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA o de las reducciones en los costos de distribución por parte de TURNER.

- *“La intervención estatal que promueve TELECABLE a través de la demanda tendría los siguientes efectos perniciosos, pues distorsionaría el mercado, creando serias ineficiencias: (i) incentivaría la integración vertical hacia abajo de TURNER, al no poder tener una distribución eficiente; (ii) incentivaría el desarrollo de actividades comerciales por parte de los operadores en condiciones de impuntualidad e incumplimiento en las obligaciones de pago de regalías por los contratos de licencia de señales; (iii) podría hacer impracticable la distribución de las señales de TURNER en el país, reduciendo las opciones a los consumidores; (iv) TURNER recibiría una menor contraprestación; (v) TELEFÓNICA MULTIMEDIA podría disminuir la inversión en promoción de los productos de TURNER.”*

El CCO debe desestimar el argumento de que si no existiera exclusividad, entonces podría ser impracticable la distribución de las señales de TURNER en el país, debido a que dicha distribución sí resultó factible –sin la existencia de exclusividades- en Lima, al menos desde 1989. Otro aspecto a tomar en cuenta es que, si bien la relación comercial entre TURNER y TELECABLE puede haber contenido impuntualidades en los pagos por parte de esta última, ello no implica que otros operadores distintos a TELECABLE –que no podrían contratar las señales de TURNER debido a la exclusividad- también tengan el mismo trato. De esta manera, estos otros operadores no tienen por qué verse afectados por el historial crediticio de TELECABLE.

VI. IMPOSICIÓN DE MULTAS

Habiéndose determinado que la suscripción de convenios de exclusividad entre TELEFÓNICA MULTIMEDIA y TURNER, y TELEFÓNICA MULTIMEDIA y FOX constituyen infracciones al Decreto Legislativo 701, resulta necesario pronunciarse respecto de la pertinencia de imponer una multa.

Para tal efecto debe tenerse presente que en el transcurso de la controversia se ha producido una modificación del régimen sancionador.

Al momento de la suscripción de los contratos de exclusividad las normas que determinaban la calificación de la infracción y la sanción aplicable eran el artículo 87° inciso 9° de la Ley General de Telecomunicaciones y los artículos 3° y 26° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL.

Sin embargo, dicha normativa fue modificada por la Ley N° 27336, publicada en el diario oficial "El Peruano" el 5 de agosto de 2000.

En efecto, de conformidad con el artículo 26° de la Ley N° 27336 a las infracciones relacionadas con la libre competencia se les aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701 y aquellos que lo modifiquen o sustituyan⁴⁶

Por tanto, como cuestión previa el CCO debe determinar la normativa aplicable para la calificación de la infracción y la imposición de la sanción correspondiente.

Al respecto, el CCO tiene presente que la actividad sancionadora de la Administración es una de las manifestaciones del poder punitivo del Estado, el cual se subdivide en Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador.

Si bien entre ellos no existe relación de jerarquía o subordinación, ello no significa que no sea preciso acudir al Derecho Penal, en busca de instrumentos necesarios para hacer efectivo el reconocimiento de las garantías individuales de aplicación

⁴⁶ En tal sentido, sería de aplicación el artículo 23° del Decreto Legislativo 701° modificado por el artículo 11° del Decreto Legislativo 807° que establece lo siguiente:

Artículo 23°.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas:

a) Si la infracción fuese calificada como leve o grave, una multa de hasta mil (1,000) UITs. Siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

b) Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las 1,000 UITs siempre que la misma no supere el 10% del volumen de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

En caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1ro de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las mil (1,000) UITs.

Además de la sanción que a criterio de la Comisión corresponde imponer a los infractores, cuando se trate de una empresa o entidad, se podrá imponer una multa de hasta cien (100) UIT a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

Los criterios que la Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes son los siguientes:

- a) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia.*
- b) La dimensión del mercado afectado.*
- c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente.*
- d) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.*
- e) La duración de la restricción de la competencia.*
- f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas.*

En caso de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse de acuerdo al presente Decreto Legislativo, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción

general en el ámbito punitivo, por el gran desarrollo dogmático de éste y la ausencia de elaboración de una parte general en el Derecho Administrativo Sancionador⁴⁷.

Dado el carácter de potestad sancionadora, ésta debe regirse por aquellos principios penales que por ausencia de normativa concreta en la materia son de aplicación a las sanciones administrativas.

Este fundamento no sólo ha sido recogido por la doctrina, sino también en la jurisprudencia extranjera y nacional, tanto a nivel administrativo como judicial⁴⁸.

En tal sentido, el CCO considera necesario recurrir al Derecho Penal a fin de comprender la naturaleza de la infracción cometida por TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

En el presente caso la conducta materia de infracción está constituida no sólo por la suscripción de los convenios de exclusividad con FOX y TURNER, sino que son las relaciones de exclusividad que mantienen estas empresas las que producen efectos negativos a la libre competencia, relaciones cuya vigencia se iniciaron para el caso de TURNER el 01 de enero de 2000 y en el caso de FOX el 01 de julio de 1999 y que siguen manteniéndose hasta la fecha.

En tal sentido la conducta ilícita de TELEFÓNICA MULTIMEDIA no se configura de manera instantánea con la suscripción de los acuerdos, sino que reviste el carácter de permanente, por lo que es asimilable a la figura del delito permanente.

Al respecto la doctrina señala que el delito permanente supone la persistencia en el tiempo de una situación antijurídica, mantenimiento a través del cual se sigue realizando el tipo, por lo que el delito continúa consumándose hasta que se abandone esta situación antijurídica⁴⁹.

En el delito permanente se da un caso de “(...)unidad de acción típica, y, por tanto (...), los distintos actos individuales realizados para el mantenimiento del estado antijurídico que realiza ininterrumpidamente el tipo legal son objeto de una valoración unitaria”⁵⁰. Tal es el caso de la detención ilegal que sigue siendo actual hasta que el autor pone en libertad a la víctima o ésta es liberada, o en la conducción en estado de embriaguez o el allanamiento de morada⁵¹.

Resulta útil aclarar la distinción de esta figura con la del delito continuado. Éste último “está integrado por distintas acciones, diferenciadas en el tiempo unas de otras, todas ellas típicas pero que jurídicamente se “unifican” para imponer la pena, como si se tratase de una sola acción típica”⁵². Es decir, aquí existe una decisión legal de por medio para considerar distintos hechos temporalmente

⁴⁷ Angeles de Palma del Teso. Pag. 38-39. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos.

⁴⁸ Ver: Angeles de Palma del Teso. op. cit. p. 35-36; NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Segunda Edición. Madrid: Tecnos, pág. 160. Resolución de la CMT de España de fecha 20 de julio de 2000, recaída en el expediente sancionador AJ 2000/1848-1946. Resolución de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de INDECOPI N° 276-97-TDC de fecha 19 de noviembre de 1997.

⁴⁹ En este sentido: CREUS, Carlos. Derecho Penal: Parte General. 2° Edición. Buenos Aires: Astres, 1990. P. 189; ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General. Traducción de la Segunda edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

⁵⁰ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. El Delito Continuado. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 81.

⁵¹ CREUS, Carlos. Op. Cit. P. 329.

⁵² CREUS, Carlos p.189.

separados, como un supuesto de unidad de acción⁵³. En el Perú el artículo 49° del Código Penal establece lo siguiente: *“Cuando varias violaciones de la misma ley penal hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente a éste.”*

A diferencia del delito continuado, el tratamiento que se le otorga al delito permanente, no resulta de una ficción legal sino que éste es consecuencia de la naturaleza misma de la acción, la cual se produce sin solución de continuidad, debiendo necesariamente considerarse como una sola acción ilícita.

Por lo expuesto, no se requiere para el presente caso recurrir a una figura de creación del Derecho Penal para explicar el porqué se entiende que existe una única infracción, cometida por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, la cual se desarrolla en un periodo de tiempo y que a la fecha aún no ha cesado.

Para determinar la normativa aplicable para el presente análisis tiene que considerarse que la potestad sancionadora de la Administración debe tomar como referencia el ordenamiento constitucional, el cual recoge el principio de legalidad y el de irretroactividad.

Al respecto, el artículo 2 numeral 24 inciso d) de la Constitución Política del Perú establece que *“Toda persona tiene derecho:...A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:...Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”*

Asimismo el artículo 103° de la Constitución establece que *“Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.”*

En tal sentido, la aplicación de lo dispuesto por la Ley N° 27336 estaría prohibida si ésta tuviera en el presente caso efectos retroactivos, salvo que fuese más favorable que la primera⁵⁴, por lo que habría que determinar si su aplicación sería retroactiva o no.

El CCO considera que la aplicación del ordenamiento sancionador vigente no constituye de manera alguna aplicación retroactiva de la norma sino que resulta de la aplicación inmediata de la misma.

Tal como se señaló al explicar la naturaleza de la infracción permanente, el acto ilícito no se consuma con la suscripción de los convenios de exclusividad, sino que éste se prolonga hasta que el infractor no cese la conducta antijurídica.

En tal sentido, si la normativa es modificada en el transcurso en que TELEFÓNICA MULTIMEDIA mantenía la relación de exclusividad con las empresas FOX y TURNER y ésta no cesa la conducta calificada como contraria a la libre competencia, es claro que se sigue consumando la infracción aún con la existencia del nuevo régimen sancionador y que la ley aplicable es la vigente al momento de la comisión de la infracción.

⁵³ CHOCLÁN MONTALVO. Op. Cit. p. 81.

⁵⁴ Se podría aplicar la retroactividad benigna en el Derecho Administrativo Sancionador, justamente por aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador. Ver: DANOS ORDOÑEZ, Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. P. 154. En: Ius et Veritas, Año V, N° 10, Lima.

En ese mismo sentido, el Doctor Claus Roxin señala, en relación con la norma aplicable en el caso del delito permanente, lo siguiente: *“...en el caso de los delitos permanentes... puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de la comisión, p.ej. que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso “se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho”⁵⁵.*

Lo contrario implicaría que no se cumplan normas que califiquen ilícitos sólo con la excusa de que la conducta que actualmente es calificada como ilícita se empezó a cometer cuando no lo era y por tanto, puede seguir ejecutándose por una errónea interpretación de la aplicación de la ley más favorable.

Por lo tanto, para la determinación de la sanción aplicable a TELEFÓNICA MULTIMEDIA por mantener relaciones de exclusividad con FOX y TURNER se debe recurrir a lo dispuesto por la Ley N° 27336, por aplicación inmediata de la norma.

Habiendo determinado la norma aplicable, resulta necesario determinar la pertinencia de la aplicación de una sanción.

El CCO, de acuerdo con la legislación vigente, tiene la facultad de imponer sanciones de hasta el 10% del volumen de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución, dependiendo de la calificación de la infracción.

Para el CCO es claro que existe intencionalidad por parte de TELEFÓNICA MULTIMEDIA de cometer la infracción, es decir de mantener la exclusividad con las empresas FOX y TURNER y que no existe en el presente caso circunstancias eximentes de responsabilidad, como sería un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor. Sin embargo, el CCO considera que para la calificación de la infracción se debe tomar en cuenta, además de los criterios considerados en el artículo 23° del Decreto Legislativo 701, a la novedad en la identificación de este tipo de prácticas. En tal sentido, este CCO considera necesario calificar la infracción cometida por TELEFÓNICA MULTIMEDIA como grave. De esta manera, corresponde aplicar a la infractora una multa de hasta 1000 UIT.

No obstante ello, el CCO considera que, para la graduación de la sanción debe tomarse en consideración la intención o voluntad consciente de vulnerar la norma. Esta consciencia de vulneración de la norma en infracciones que se califican según la regla de la razón es mucho menor que la que se podría dar si es que la infracción se calificara bajo la regla per se. Esto es así porque para determinar que un sujeto ha incurrido en una infracción a la libre competencia, en el caso esta infracción sea per se ilegal, sólo es necesario verificar que objetivamente se ha producido el supuesto de hecho contenido en la norma para sancionarlo. Es decir, en este caso no es necesario un análisis de los costos y beneficios de las prácticas, esto se da tanto para la Administración como por el lado de los sujetos que cometen la infracción. Sin embargo, cuando una práctica se debe de analizar bajo la regla de la razón para calificarla ilegal, es probable que aún cuando se haya verificado el supuesto de la norma, el sujeto no esté consciente de los posibles efectos que su conducta podría tener para los consumidores. A esto hay que sumar la novedad en la calificación de estas prácticas como infracción en el Perú, lo cual, debe ser tomado como un atenuante, según el numeral 113 de los

⁵⁵ Claus Roxin op. Cit. P. 162.

Lineamientos de Apertura del Mercado, que establecen que *“Aquellas prácticas consideradas infracciones en base a criterios de interpretación recogidos en precedentes aprobados luego del desarrollo de la práctica serán objeto de una sanción atenuada”*, máxime cuando no existe a la fecha precedente de observancia obligatoria a la fecha que considere a estas prácticas como infracciones.

El CCO, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 23º del Decreto Legislativo Nº 701, considera que en este caso resulta suficiente ordenar el cese de la conducta ilícita, sin necesidad de imponer una multa a la infractora. Adicionalmente, con el objeto de reducir los efectos negativos de la infracción y sobre todo dejar en claro (o alertar) no sólo a las empresas involucradas, sino a todos los agentes involucrados en el mercado de las telecomunicaciones que este tipo de prácticas, es decir, la suscripción de convenios de exclusividad, en supuestos especiales como los analizados en la presente resolución, pueden ser contrarios a las normas de libre competencia, el CCO considera necesario difundir el contenido de la misma.

Por lo expuesto anteriormente, el CCO ha dispuesto no imponerle una sanción pecuniaria a TELEFÓNICA MULTIMEDIA, sino una amonestación.

VII. COSTOS DEL PROCESO

Respecto del tercer punto controvertido, el CCO no considera que deba requerirse a las demandadas el pago por los costos procesales, quedando a salvo la facultad del demandante de iniciar una acción civil, de considerarlo pertinente.

Por tanto, resulta improcedente la solicitud de TELECABLE en este extremo.

VIII. PUBLICACIÓN DE LA PRESENTE RESOLUCIÓN

Finalmente, el CCO considera que por razones de ejemplaridad, para evitar confusiones en el contenido de la Resolución, así como para alertar al resto de agentes involucrados en el mercado de que la suscripción de convenios de exclusividad puede contravenir las normas de libre competencia, así como para dar señales de cuándo se pueden estar contraviniendo dichas normas, debe recomendarse al Consejo Directivo de OSIPTEL, en virtud de lo dispuesto en el artículo 65º del Reglamento de Solución de Controversias, la publicación de la presente Resolución en el diario oficial “El Peruano” o en algún otro medio de difusión.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar IMPROCEDENTE la demanda interpuesta por TELECABLE contra TELEFÓNICA.

Artículo Segundo.- Declarar IMPROCEDENTE la tacha interpuesta por TELEFÓNICA MULTIMEDIA con fecha 17 de agosto de 2000.

Artículo Tercero.- Declarar INFUNDADA en parte la tacha interpuesta por TELEFÓNICA MULTIMEDIA con fecha 22 de agosto de 2000.

Artículo Cuarto.- Declarar que TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha celebrado convenios de exclusividad con las empresas FOX y TURNER.

Artículo Quinto.- Declarar que la vigencia de las cláusulas de exclusividad de los convenios a que se refiere el artículo anterior constituyen infracciones a los incisos f) y j) de los artículos 5° y 6°, respectivamente, del Decreto Legislativo 701, por lo que TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha incurrido en conductas consideradas como Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia y, a la vez, como actos de Abuso de Posición de Dominio en el mercado.

Artículo Sexto.- Calificar como grave las infracciones cometidas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

Artículo Séptimo.- Amonestar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA por haber incurrido en prácticas ilícitas.

Artículo Octavo.- Ordenar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA que en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario deje sin efectos todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos vigentes con FOX y TURNER que de manera directa o indirecta impliquen el otorgamiento de exclusividades en la transmisión y/o distribución de dicha programación y/o señales.

Artículo Noveno.- Declarar IMPROCEDENTE la solicitud de TELECABLE a fin de que se le abonen los costos del proceso.

Artículo Décimo.- Encargar a la Secretaría Técnica que solicite formalmente al Consejo Directivo de OSIPTEL, evalúe la conveniencia y ordene, de considerarlo adecuado, la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano o en algún otro medio de difusión.

Artículo Undécimo.- Declarar que el incumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución conllevará a la aplicación de una sanción equivalente a trescientas cincuenta (350) UIT, sin perjuicio de la aplicación de multas coercitivas de conformidad con el artículo 34° de la Ley N° 27336.

Con el voto favorable y firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ordinario:

- Raúl Perez-Reyes Espejo
- Jorge Fernández-Baca Llamosas
- Manuel San Román Benavente

VOTO EN DISCORDIA

VOTO EN DISCORDIA

El voto de los señores Alfredo Bullard y Pierina Pollarolo, integrantes del CCO, es como sigue:

1. Tachas presentadas por Telefónica Multimedia

Los miembros del CCO que suscriben el presente voto en discordia coinciden plenamente con los fundamentos contenidos en la decisión de la mayoría referidos a las tachas interpuestas por Telefónica Multimedia con fecha 17 y 22 de agosto del 2000 contra diversos documentos y analizados en los puntos 2 y 3 del rubro IV (Cuestiones Procesales Previas) de la parte considerativa de la Resolución aprobada por la mayoría.

2. Celebración de Convenio de Exclusividad

De la misma manera, los firmantes de este voto concuerdan con la conclusión referida a que está plenamente acreditada la existencia de los convenios de exclusividad objeto de este procedimiento, tal como se analiza en el punto 1 del rubro V (Análisis de las Cuestiones en Discusión).

3. Definición de mercado relevante y existencia de posición de dominio

Asimismo, los firmantes de este voto coinciden con la mayoría en la definición del mercado relevante, acogiendo la parte pertinente del informe emitido por la Gerencia de Relaciones Empresariales de OSIPTEL No. 002-2000/GRE. Asimismo, existe coincidencia con el análisis efectuado por la mayoría en el sentido de que Telefónica Multimedia goza de posición de dominio en el mercado relevante de acuerdo a la definición contenida en el artículo 4 del Decreto Legislativo 701.

4. Barreras de acceso a la entrada

Sin perjuicio de coincidir de manera general con la definición de mercado relevante y la existencia de posición de dominio tal como ha sido analizada por la Resolución aprobada por la mayoría, los firmantes consideran necesario hacer algunas precisiones respecto de la conclusión del referido informe de la Gerencia de Relaciones Empresariales, cuyo análisis es acogido en la Resolución de mayoría, en cuanto a que los convenios de exclusividad objeto del presente procedimiento constituyen barreras de acceso al mercado, tomando en consideración otros factores relevantes para su correcta comprensión.

En principio, la titularidad exclusiva de ciertos canales incrementó los costos de acceso al mercado de otros competidores al servicio de televisión por cable, como ocurre en el caso de cualquier ventaja competitiva. Sin embargo, es importante precisar que el origen de esta elevación de costos (que puede describirse en términos muy amplios como una barrera) es la preferencia de los propios consumidores: la dificultad de entrada está constituida por la preferencia que muestran los consumidores hacia la programación objeto del convenio de exclusividad, el que se deriva de la titularidad de Turner y Fox sobre su propia programación.

El análisis de preferencias de los consumidores como barrera debe hacerse con cautela, en especial si se entiende que el objeto de las normas de libre competencia es precisamente proteger a los consumidores.

La barrera está constituida por la necesidad de cambiar dichas preferencias, lo cual puede, efectivamente, ser complejo y difícil, pero a su vez es consecuencia del propio esfuerzo, inversión e innovación de las empresas por ganar tales preferencias, como consecuencia de la competencia. Y los consumidores se han beneficiado de dicho esfuerzo, inversión e innovación, al haberse producido una programación que consideran adecuada y en la que depositan sus preferencias. En tal sentido es importante destacar lo que señala Bork al respecto:

“Deberíamos comenzar por preguntarnos qué es una barrera de entrada. No parece haber una definición precisa, y en el uso corriente una barrera parecería ser siempre cualquier cosa que haga la entrada de nuevas empresas en una industria más difícil. (...) Cuando las firmas existentes son eficientes y posee plantas, equipos, conocimientos, habilidades y reputación valiosos, los potenciales entrantes encontrarán como consecuencia que es más difícil entrar a la industria, desde el punto de vista que tendrán que adquirir tales cosas. Es más difícil entrar a la industria del acero que en el negocio de zapaterías o pizzas (...). Pero estas dificultades son naturales; son inherentes a la naturaleza de los retos a ser enfrentados. No pueden haber objeciones a las barreras de este tipo.”⁵⁶

Las preferencias de los consumidores son consecuencia del éxito de los proveedores por generarlas y/o captarlas. Por ello, cualquier intervención del Estado sobre las preferencias debe hacerse con cuidado para evitar que se envíe al mercado mensajes que pongan en riesgo los incentivos existentes para esforzarse en obtener tales preferencias. Por ejemplo, no podría considerarse como barreras nocivas el hecho de que un canal adquiera los derechos exclusivos de transmisión de un programa de alto *rating* o que contrate en exclusividad a una figura del medio artístico. Si los canales competidores reclamaran contar con ese programa argumentando que es muy difícil competir con el mismo se estaría limitando la competencia y los incentivos para producir programas exitosos y promover figuras atractivas para el público. Debe considerarse adicionalmente que las barreras basadas en preferencias suelen ser buenas para los consumidores porque fuerzan a los competidores a ofrecer nuevas opciones a los consumidores para, precisamente, superar esas barreras.

La adquisición de la titularidad exclusiva sobre cierta programación que goza de las preferencias de los consumidores es una estrategia de diferenciación de producto que se transforma en una ventaja competitiva. Esa ventaja dificulta a los competidores su participación en el mercado pero, precisamente, los fuerza a buscar alternativas de diferenciación, lo que genera más y mejores opciones.

En el presente caso, la programación objeto de exclusividad fue desarrollada por Fox y Turner. Este esfuerzo les asigna un derecho de propiedad sobre la misma que puede ser transferido a terceros por la vía contractual, tal como ha ocurrido en el presente caso. Limitar el derecho de Telefónica Multimedia de adquirir dicha exclusividad implica limitar el derecho de Fox y Turner de disponer de su derecho de propiedad, aspecto que será analizado más adelante en el presente voto.

En ese sentido, los firmantes de este voto consideran que no es objeto de la legislación de libre competencia limitar la capacidad de competir, menos cuando la

⁵⁶ Bork, Robert H. “The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself. Pp. 310-311. (Traducción libre).

misma se basa en las preferencias de los consumidores. Este aspecto debe de ser cuidadosamente analizado al momento de evaluar la barrera y sus efectos.

Un segundo aspecto relevante es que las preferencias sobre programación son menos estables de lo que se sugiere en la resolución adoptada por la mayoría. La programación es producto básicamente de creatividad y esfuerzo para identificar preferencias de los consumidores, que no son permanentes. Los consumidores cambian continuamente sus gustos por canales, lo que se aprecia en la información de *ratings* y preferencias contenida en el expediente. Ello es consistente con la dinámica del mercado de programación, que ha multiplicado las opciones de los consumidores de manera importante en los últimos años a través de la continua entrada al mercado de nuevos canales con diversas opciones a los consumidores.

En la misma línea, debe considerarse que un operador de cable puede desarrollar sus propias opciones de programación como alternativas a otros canales, tal como ocurre efectivamente en los operadores existentes en el mercado. Eso es especialmente notorio en el espectro de información y noticias, donde canales como Canal N o Cable Canal de Noticias, o, en su momento, Canal Monitor, pueden ser opciones a canales como CNN. Y ello ocurre también en otras áreas de programación. Otra opción para los operadores de cable es adquirir los derechos de transmisión de otros canales disponibles en el mercado.

Un tercer elemento a considerar es la importancia específica de los ocho canales objeto de los dos convenios de exclusividad en discusión. En opinión de los firmantes de este voto, estos canales no constituyen un elemento esencial para competir pues existen otras alternativas ofrecidas por otros proveedores de programación. Ello se refleja en los estudios de preferencias de los consumidores que se incluyen en el expediente y que son analizadas más adelante.

5. Análisis de los convenios de exclusividad

Los firmantes del voto en minoría consideran que no se ha acreditado que los acuerdos de exclusividad hayan generado efectos que dañan a los consumidores mayores a los beneficios que les generan en el largo plazo. En los puntos siguientes se desarrolla los fundamentos de esta discrepancia con la Resolución de la mayoría.

5.1 Derechos de Propiedad y Normas de Libre Competencia

El adecuado funcionamiento del mercado tiene como pilar básico la existencia y protección de los derechos de propiedad. La facultad de excluir del uso y aprovechamiento de un bien es esencial para crear los incentivos correctos para la inversión y el uso eficiente de los recursos. Es por ello que los sistemas legales consagran la protección de la propiedad como un derecho fundamental. En esa línea, los artículos 2 y 70 de la Constitución establecen:

*“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(...)
16. A la propiedad y a la herencia”*

“Artículo 70.- El derecho de propiedad es inviolable. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago

en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.”

Dicha protección no permite la afectación ni privación de la propiedad. Esta protección se extiende no sólo a la expropiación, sino a acciones invasivas del Estado que restrinjan el derecho de exclusión de terceros, salvo excepciones plenamente justificadas en algún otro derecho de jerarquía constitucional.

El correlato natural del derecho de propiedad es el derecho de libre disposición de la misma, que se expresa y consagra por el derecho a contratar libremente, recogido en el artículo 62 de la Constitución, según el cual:

“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...) “

No es posible entender la propiedad y su valor para el sistema económico sin que ésta pueda ser transferida o transada en el mercado. Por ello la protección de la propiedad se enlaza con la protección de los actos por los cuales se transfiere total o parcialmente a terceros la posibilidad de excluir a terceros. Un ejemplo del ejercicio de esta facultad es, precisamente, los convenios de exclusividad como los que son objeto del presente procedimiento.

Así, la protección de la libre contratación cumple el mismo fin que la protección a la propiedad. Son las dos caras de la misma moneda y por tanto su protección debe ser integral.

De otra parte, el artículo 61 de la Constitución establece:

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

La persecución de los abusos de posiciones dominantes y de prácticas restrictivas de la competencia llevan implícita la posibilidad de limitar el derecho de exclusiva sobre recursos de la empresa o empresas acusadas de la práctica considerada ilegal o, incluso, la imposibilidad de contratar sobre ellas. Así, surge una paradoja en la legislación de libre competencia, que tiene que limitar la propiedad, base del funcionamiento de una economía de mercado, para defender la competencia. Esa paradoja debe resolverse evitando que las limitaciones impuestas para proteger la competencia restrinjan injustificadamente los incentivos para competir. Cualquier limitación a la propiedad y a la libre contratación debe partir de la convicción de que el bienestar de los consumidores está siendo afectado en el largo plazo y de manera injustificada.

Este principio ya está recogido en la jurisprudencia administrativa de libre competencia. En el caso Vicente Torres y otros contra Empresa de Mercados Mayoristas S.A. y otros, Expediente 086-94-CLC, el Tribunal del Indecopi estableció, basado en el principio de la protección de la propiedad, que el titular de

un mercado podía excluir de la prestación de servicio de carga por carretilleros en el interior del mercado para evitar las externalidades que generaba la propiedad común. Así la referida resolución señaló:

“ Sin embargo, la limitación del número de carretilleros que pueden acceder al Mercado puede encontrar una explicación económicamente lógica, que justifica la decisión de quien administra o es propietario del Mercado para imponer dicha limitación. El área del Mercado es limitada y, por tanto, las áreas de circulación y acceso al mismo no pueden soportar un número infinito de carretilleros. El acceso de un número ilimitado de ellos generaría congestión y tráfico excesivo, e impediría un control adecuado (robos, abusos, calidad del servicio, etc.). Ello contribuiría a generar un mal servicio al consumidor, quien percibiría que la administradora o propietaria del Mercado no está cumpliendo con ofrecer condiciones adecuadas.

(...)

La Sala considera que el acuerdo en cuestión conlleva una limitación consistente con el derecho de propiedad y que no entra en contradicción con el principio de libre competencia, ...“

De este análisis se derivan dos consecuencias para este caso. La primera de ellas es que el denunciante o en su caso la autoridad, deben demostrar que el ejercicio de un derecho de exclusión sobre recursos de titularidad directa o indirecta de las empresas a las que se les imputa haber realizado prácticas ilegales y/o el ejercicio a su derecho a contratar sobre tales recursos afecta realmente la competencia generando más perjuicios que beneficios para los consumidores en el largo plazo. Ello porque la actuación de la autoridad debe ser cautelosa para establecer límites al ejercicio de derechos de naturaleza constitucional como la propiedad y la libre contratación.

La segunda consecuencia es que, en caso de duda sobre si los efectos nocivos de la práctica superen los efectos beneficiosos, la autoridad deberá preferir no intervenir. Así, toda limitación al derecho de propiedad y contratación debe partir de la convicción de los efectos anticompetitivos de la práctica en el largo plazo.

A partir de estas consideraciones los firmantes consideran que debe analizarse las pruebas existentes y determinar si éstas generan o no la convicción del efecto anticompetitivo de la práctica.

5.2 Naturaleza de la Práctica Involucrada

Al inicio del procedimiento, cuando se fijó el punto controvertido primero, se discutió como un aspecto a determinar si el presente caso se trataba de una infracción al artículo 5, inciso f del Decreto Legislativo 701 (abuso de posición de dominio) o al artículo 6 inciso j de la misma norma (práctica restrictiva de la libre competencia).

Los convenios de exclusividad, como restricción vertical, sólo pueden ser considerados como una práctica ilegal si alguna de las partes que lo celebra cuenta con posición de dominio en el mercado relevante. Así, los meros acuerdos de exclusividad suscritos entre contratantes que no tienen posición de dominio no pueden afectar la competencia y, por tanto, no podrían ser considerados ilegales. En tales casos, los acuerdos no son otra cosa que mecanismos para evitar los problemas de “free riding”, derivados precisamente de la naturaleza de los

derechos de propiedad y titularidades exclusivas que tienen sobre su programación.

Así, si Telefónica Multimedia careciera de posición de dominio no se le podría imputar una infracción, pues no estaría en posibilidad de forzar a las empresas que venden programación a contratar con ella dicha exclusividad y, por tanto, restringir las opciones de otras empresas competidoras de ella.

Por ello, los firmantes discrepan con la Resolución de la mayoría en el sentido de que la práctica podría constituir una infracción tanto al artículo 5 como al artículo 6 del Decreto Legislativo 701. Los meros acuerdos verticales no constituyen en sí mismos infracciones a la Ley.

La decisión de la mayoría señala que para evaluar los acuerdos verticales debe aplicarse la misma metodología utilizada para los casos de integración vertical. Sin embargo, es importante destacar que en el Perú la legislación general no ha previsto un control de integración vertical, al no existir un sistema de control de fusiones, adquisiciones o concentraciones, con la sola excepción del caso del sector eléctrico. No existiendo un sistema de control de concentraciones, es decir no existiendo impedimento o limitación legal para que estas operaciones se realicen, no parece consistente sujetar un mero acuerdo vertical (que no conlleva integración) usando para determinar su supuesta ilegalidad una metodología aplicable para evaluar operaciones no prohibidas ni ilegales.

En atención a estas consideraciones, los firmantes de este voto consideran que el análisis debe restringirse a si el presente caso involucra un abuso de posición de dominio que caiga bajo el ámbito del artículo 5 inciso f del Decreto Legislativo 701.

5.3 Efectos de los convenios de exclusividad sobre el bienestar de los consumidores

Los firmantes de este voto discrepan con los siguientes aspectos de la resolución de la mayoría:

- Inversión de la carga de la prueba
- Estimación de los beneficios para el consumidor sólo en el corto plazo
- Medición de los beneficios sin considerar el sistema de incentivos
- Evaluación del carácter de barrera a la entrada

A continuación se analiza cada uno de estos aspectos.

5.3.1 La carga de la prueba

Como ya se analizó en el punto 5.1 del presente voto, la naturaleza de los derechos involucrados, de origen constitucional, exige que la intervención del Estado se justifique plenamente en la demostración de los efectos anticompetitivos de la práctica. Esto es, además, consistente con la presunción de inocencia contenida en el artículo 2, inciso 24, literal e), de la Constitución. Así, no se puede presumir que existe una infracción obligando al imputado a descargar la existencia de responsabilidad.

Esto implica que los elementos que constituyen el supuesto de hecho de la infracción deben de ser demostrados en el expediente. Estos elementos, en este caso, son (1) la existencia de posición de dominio, (2) el desarrollo de la conducta y (3) el carácter no razonable de la misma, es decir, su impacto negativo en los

consumidores, dado que los casos de abuso de posición de dominio están sujetos al análisis de la regla de la razón.

Los firmantes de este voto consideran que está acreditada en el expediente la existencia de posición de dominio, tal como se ha analizado en el punto 3 y 3n 3l punto 4 del rubro V de la resolución de la mayoría, con las precisiones efectuadas en el punto 4 de este voto. Asimismo, la existencia de los convenios de exclusividad también está plenamente acreditada, no habiendo incluso sido negado por las partes.

Es en cuanto al análisis de la razonabilidad de los convenios de exclusividad que la opinión de los firmantes es divergente con la de la mayoría. La Resolución de la mayoría, al señalar que la empresa imputada no ha demostrado sus efectos beneficiosos, está presumiendo que éstos tienen efectos nocivos en el bienestar de los consumidores. La resolución señala que la empresa imputada no ha presentado pruebas que demuestren la inversión en el posicionamiento y desarrollo en el mercado de los canales objeto de exclusividad (publicidad, promociones, etc.). Los firmantes de este voto consideran que tal presunción no tiene base en norma legal que la autorice, pues el Decreto Legislativo 701 no establece en ninguno de sus artículos la inversión de la carga de la prueba ni la obligación de demostrar la justificación de la conducta desarrollada.

En este punto no se discute que la necesidad de preservar la libre competencia pueda llevar a limitar los derechos de propiedad y de libre contratación, sino las condiciones para que ello ocurra. Debe quedar acreditado con mucha claridad que los efectos nocivos de la práctica superan claramente los beneficios de la misma. Ello no puede hacerse por medio de presunciones, menos aún cuando las mismas no están sustentadas en norma legal que la autorice de manera expresa. El análisis de la razonabilidad realizado por la resolución de la mayoría impone una responsabilidad sin que se haya probado uno de los elementos del supuesto de hecho establecido en la Ley.

5.3.2 Análisis de largo plazo

La resolución de la mayoría señala que no se ha acreditado que los convenios de exclusividad hayan producido ya beneficios a los consumidores. En opinión de los firmantes, el análisis debe abrir el espectro temporal para evaluar los impactos futuros y, a partir de ellos, concluir si existe o no afectación nociva en el bienestar de los consumidores.

Es evidente que la celebración inicial de un convenio de exclusividad puede generar restricciones de opciones a ciertos consumidores. Así, los clientes de Telecable perdieron acceso a ciertos canales. A su vez, ello puede conducir a una concentración inicial mayor a favor de Telefónica Multimedia. Pero tiene que analizarse también los efectos que ello tendrá en el desarrollo futuro o adquisición de programación, generado precisamente por los incentivos generados por la exclusión derivada de la protección adecuada de los derechos de propiedad, es decir la aparición de nuevos entrantes.

Esto implica analizar el impacto en el largo plazo que tendría la no limitación del ejercicio de la facultad de exclusión cedida contractualmente por Turner y Fox a Telefónica Multimedia, y no sólo evaluar si a la fecha se han producido o no inversiones orientadas a promover los canales.

En esa línea, un elemento adicional que también debería ser analizado en perspectiva de largo plazo es si la práctica va a limitar la competencia, en términos de producir un desplazamiento de la demanda de los consumidores que finalmente deje a los mismos sin opciones como consecuencia de la salida de todos los competidores actuales que pudiera tener Telefónica Multimedia. Ello no está acreditado ni existen elementos de juicio en el expediente que indiquen que ello vaya a ocurrir.

Pero adicionalmente, no se ha analizado ni acreditado en la Resolución de la mayoría que las barreras de acceso existentes sean de tal naturaleza que impidan en el largo plazo la entrada de nuevos competidores. Si bien es un punto que también debería considerarse, no está acreditado en el expediente que sea siquiera verosímil que ello pueda pasar en el largo plazo y que Telefónica Multimedia pueda consolidar una posición que se encuentre protegida por barreras que impidan que su servicio pueda ser contestado por entrantes actuales o potenciales al mercado.

5.3.3 Beneficios en abstracto

Derivado del punto anterior está el hecho de que la resolución aprobada por la mayoría busca identificar en concreto los beneficios a los consumidores a través de hechos ocurridos. En opinión de los firmantes, la evaluación de los beneficios debe considerar también la creación en abstracto de un sistema de incentivos que tendrá en el futuro efectos en el bienestar de los consumidores.

La resolución aprobada por la mayoría analiza de manera conceptualmente correcta el efecto de los convenios de exclusividad en neutralizar el problema de “*free riding*” en la inversión en publicidad y promoción. Pero luego traslada ese análisis a los efectos concretos de la práctica, señalando que no se ha acreditado que las inversiones en publicidad realizadas por Telefónica Multimedia se hubieran generado por el incentivo de exclusividad.

En opinión de los firmantes, señalar que no se han acreditado inversiones en ese período en concreto no implica necesariamente que en abstracto esos beneficios no se puedan producir. Además, la existencia precisamente de este procedimiento puede haber generado los incentivos para neutralizar los incentivos a invertir en promoción y desarrollo de los canales señalados. Dado que existe incertidumbre sobre si los referidos convenios son o no una infracción, los agentes económicos pueden haberse visto restringidos a invertir al no saber si dichos contratos podrán o no ser finalmente ejecutados.

Por ello, la no demostración de inversiones a la fecha no es un elemento significativo en la demostración de la inexistencia de beneficios a los consumidores.

Adicionalmente, debe considerarse que es importante considerar no sólo los efectos de la regla en este caso particular, sino el efecto en las estrategias empresariales de otras empresas distintas. Los agentes económicos verán en la decisión que adopte la instancia administrativa una regla que motivará conductas futuras. La regla que propone la mayoría sujeta los límites del derecho de exclusión a la demostración de la realización de inversiones en publicidad y promoción derivadas de los incentivos del convenio de exclusividad, lo que implica definir los términos de la validez de una decisión empresarial adoptada *ex ante* en función de poder mostrar resultados efectivos *ex post*. Este mensaje que se envía al mercado debilita las facultades del derecho de propiedad sobre la base de una regla incierta y difícilmente predecible.

Otro fundamento de la mayoría se refiere a que los canales objeto de los convenios de exclusividad no son nuevos para los consumidores sino que venían transmitiéndose años antes de la celebración de dichos convenios, y que, por tanto, el argumento de evitar el “*free riding*” no puede ser utilizado. En opinión de los firmantes, este fundamento no considera la naturaleza dinámica de un mercado como el de programación que continuamente genera nuevas alternativas. Así, la inversión no es sólo para introducir el canal correspondiente, sino para mantener o incluso mejorar el posicionamiento, lo que sigue generando beneficios para el mercado y en particular para los consumidores. Este carácter dinámico del mercado explica por qué estos convenios son precisamente comunes en marcas o productos bien posicionados. El valor del canal y la necesidad de proteger su prestigio y posicionamiento agudizan el problema de “*free riding*”.

La mayoría señala que un mercado como el peruano no generaría incentivos para la creación de nuevos canales y su introducción al mercado peruano. Pero nuevamente ello parte de un análisis hecho desde una perspectiva que no contempla todos los aspectos. Alternativas de programación deportiva o de noticias han sido desarrolladas con singular éxito en el Perú, lo que demuestra que las dimensiones del mercado peruano justifican la inversión y esfuerzo para hacerlo. Ello ocurrió como ya se mencionó con casos como Canal N, Monitor, Cable Canal de Noticias, Cable Mágico Deportes, entre otros casos.

Además, se crean incentivos para adquirir otros canales que podrían estar disponibles y que no son transmitidos en el Perú. Por ejemplo el Disney Channel podría ser una alternativa de programación infantil que aún no está disponible en el mercado peruano, pero que convenios de exclusividad pueden motivar a adquirir.

La diferenciación de productos, de la misma manera como los precios o la calidad, es un incentivo a la competencia que debe, en lo posible, ser preservado. La decisión de la mayoría envía un mensaje a favor de la estandarización de productos y servicios, lo que por definición restringe opciones a los consumidores. Este es un aspecto fundamental del voto en minoría.

5.3.4 Los acuerdos de exclusividad como barrera

Finalmente, los firmantes del voto en minoría consideran que la resolución de la mayoría sobrestima el carácter de barreras que tendrían los acuerdos de exclusividad reseñados.

Como se señaló en el punto 4, es importante analizar la naturaleza de los convenios de exclusividad como barrera a la competencia. El origen de esta supuesta barrera es la titularidad exclusiva sobre la programación por parte de Turner y Fox en cada caso, la que es transferida parcialmente a Telefónica Multimedia por medio del convenio de exclusividad. Esta titularidad recae sobre un recurso que ha sido desarrollado con esfuerzo, innovación e inversión por cada empresa. Así, su fuente es la eficiencia de las empresas en cuestión para captar las preferencias de los consumidores.

El sustento económico del derecho de exclusiva, propio de cualquier derecho de propiedad, es crear incentivos al esfuerzo, innovación e inversión, a través de la generación de beneficios que retribuyen lo invertido y el esfuerzo depositado. El convenio de exclusividad no es sino el ejercicio de esa titularidad, a través del derecho de disposición de la misma ejerciendo la libertad de contratación que tienen Fox y Turner, de un lado, y Telefónica Multimedia, del otro y constituye una de las formas como las empresas programadoras reciben los incentivos para el

desarrollo de su programación. Por ello, la restricción de este derecho debe de ser analizado con sumo cuidado. Bork advierte de tal riesgo:

“La pregunta que las normas antimonopolio tratan de responder es cuándo existen barreras artificiales de entrada. Deben haber barreras que no son formas de eficiencia superior y que previenen a las fuerzas del mercado – entrada y crecimiento de empresas más pequeñas dentro de la industria- de operar para erosionar posiciones de mercado no basadas en eficiencia. Debe tenerse cuidado para distinguir entre formas de eficiencia y barreras artificiales. De otra manera, la ley se encontraría a ella misma (...) atacando la eficiencia en el nombre de la libertad de mercado.”⁵⁷

En esa misma línea, el propio Bork sostiene que es realmente inusual que los contratos de exclusividad dañen la competencia:

“La verdad parece ser que nunca ha sido el caso en el que se haya demostrado que la contratación de exclusividad (...) daña la competencia. Un vendedor que quiera exclusividad debe dar al comprador algo a cambio. Si le da un precio más bajo, la razón sería que el vendedor esperaría que el acuerdo cree eficiencias que justifican el precio menor. Si él quisiera dar precios menores sólo para dañar a su rival, se estaría involucrando en una estrategia de predación deliberada por reducción de precios, y, como hemos visto (...) sería tonto y un comportamiento contrario a su propio interés.

Ofrecer convenios de exclusividad (...) sería una forma particularmente tonta de predación, porque el vendedor deberá comprometerse a un precio bajo y no rentable por años y por adelantado, atándose a una campaña predatoria (...)

El vendedor podría no estar ofreciendo precios más bajos. En lugar de ello podría estar ofreciendo nuevas eficiencias al comprador, como asegurar una fuente de suministro y la eliminación de los costos de venta y de compra. El incremento de eficiencia, por supuesto, no puede ser clasificada como una exclusión impropia, y hay muchas razones para creer que la contratación exclusiva (...) no tienen ningún propósito o efecto distinto a la creación de eficiencias.”⁵⁸

Si bien el comentario de Bork se refiere a convenios de exclusividad que obligan al distribuidor a no vender productos de competidores, la lógica es perfectamente aplicable al caso de convenios que obligan al proveedor a no vender a otros distribuidores. En ese caso no se habla de un precio más bajo, sino de un precio más alto, ofrecido en este caso por Telefónica Multimedia a cambio de la exclusividad, y que tendría por propósito según la interpretación de la mayoría, depredar la posibilidad de otras empresas de acceder a la misma programación. Es pues la misma imagen, pero vista en un espejo, donde el distribuidor ocupa el lugar del proveedor y el proveedor el del distribuidor. Pero el efecto y la lógica económicos son los mismos.

La tesis de que el convenio de exclusividad de este caso es nocivo parte de asumir que Telefónica puede convencer a Fox y Turner de que le concedan la exclusividad

⁵⁷ Bork, op cit, p. 311 (Traducción libre).

⁵⁸ Ibid, p. 309 (Traducción libre) .

por medio de ofrecer un precio superior al que arroja el mercado, asumiendo los mayores costos. Es decir, TM aceptaría incurrir en mayores costos en beneficio de Fox y Turner, para compensarlos con un precio mayor por lo que pierden al no poder contratar con otros operadores de cable. Entender de esa manera la estrategia adolece, como se verá, de las mismas inconsistencias que anota Bork.

La estrategia predatoria existente detrás de los convenios de exclusividad se orientaría a debilitar o dificultar la posibilidad de los competidores actuales o potenciales de entrar o ganar mercados. Como toda estrategia predatoria, ésta implica que quien la desarrolla debe incurrir en costos o pérdidas para sostenerla en el tiempo. Esto quiere decir que debe invertir en la predación del mercado con la esperanza de conseguir, una vez que la estrategia sea efectiva, quedarse en el mercado suficiente tiempo como para, por medio de rentas monopólicas, recuperar el costo invertido y ganar aún más dinero.

En el presente caso, en la hipótesis de que se tratara de una práctica ilegal, ese costo sería el “plus” o precio adicional que Telefónica Multimedia paga por la exclusividad. Pero la exclusividad tiene también un valor en el mercado que puede entenderse como la inversión legítima en una estrategia de diferenciación de producto.

Por eso los firmantes discrepan del argumento usado por la mayoría según el cual el recibir un mayor pago por la exclusividad demuestra la existencia y aprovechamiento de una posición de dominio. Toda estrategia de diferenciación de producto lleva implícita una inversión cuya recuperación será intentada por medio del precio o por las ventas que se obtengan en el mercado. Es evidente que el uso exclusivo de ciertos canales podría generar algún nivel de captación de preferencias que permitiría obtener más clientes o cobrarles más. Pero ello es un efecto totalmente natural en el mercado que no puede ser usado como base para un cuestionamiento.

El éxito de una estrategia predatoria como la anotada implica el cumplimiento de ciertos supuestos. El primero de ellos es que el costo de la estrategia de desplazamiento de competidores sea relativamente bajo, es decir que sea relativamente sencillo doblegarlos con la estrategia para sacarlos del mercado o desalentar su entrada.

El segundo requisito es que, logrado el éxito en la estrategia, las barreras de entrada al mercado sean lo suficientemente efectivas como para impedir la entrada de competidores por tiempo suficiente como para recuperar los costos y la inversión efectuada en la predación y además generar rentas adicionales en ejercicio del poder de mercado desarrollado con la estrategia.

Los firmantes del voto en minoría estiman que al menos una de esas condiciones no se cumplen en el presente caso. Así, si bien se puede sostener que el costo de la exclusividad no es excesivo ni prohibitivo, los costos de entrada de competidores tampoco lo son, en especial respecto del recurso que es objeto de la exclusividad, es decir la programación. De hecho, esto es consistente con la premisa que normalmente, en aquellos mercados en los que los costos de salida son bajos, son también bajos los costos de entrada y acceso. Esta circunstancia hace de la estrategia de predación por medio de convenios de exclusividad algo bastante inusual.

En esta línea se pronuncia Bork al señalar:

“...la facilidad de entrada es simétrica con la facilidad de salida. Cuanto más fácil sea sacar a una empresa del mercado, más fácil será para otra reingresar al mismo, una vez que el monopolista comience a recaudar sus utilidades monopólicas. Contrariamente, cuanto más difícil es la entrada, más difícil y costoso será sacar al rival fuera del mercado.”⁵⁹

Los dos costos importantes para acceder a este mercado son la inversión en la red y la inversión en desarrollar o adquirir la programación necesaria para capturar las preferencias de los consumidores. En este caso, si bien la inversión en el desarrollo de la red puede ser significativa, esta puede ser aprovechada por un nuevo entrante que la adquiera o la contrate y no hay por qué pensar que los costos de transacción para que esa operación se dé sean significativos.

Pero además la resolución de la mayoría sobrestima el costo de desarrollar o adquirir programación. En opinión de los firmantes, ese costo, que se refiere a conseguir las preferencias de los consumidores, no es demasiado oneroso. Ello se hace básicamente a través de creatividad, innovación y una adecuada identificación de preferencias. La cantidad de opciones de canales existentes, sumados al crecimiento del número y variedad de los mismos en los últimos años, es inconsistente con la premisa de que es costoso desarrollar estas opciones. A ello hay que añadir que, como lo muestran las propias cifras que obran en el expediente, las preferencias de los consumidores son variables. Nuevos canales captan rápidamente las preferencias de consumidores. Adicionalmente el mercado peruano es uno bastante sensible a precios, en especial en uno de los grupos de mercados relevantes identificados.

Por otro lado, no aparece claro para los firmantes que la importancia de los canales objeto de exclusividad sea tal que impida o eleve innecesariamente los costos de acceso. Nótese que según la propia información recogida por la resolución aprobada por la mayoría, citando las mediciones efectuadas por IBOPE, sólo muestran a uno de los canales involucrados dentro de los diez primeros canales en *rating* y sólo cuatro están entre los veinte primeros. Es discutible que esos niveles de preferencia sean realmente una barrera artificial.

La resolución de la mayoría estaría tratando esos canales como una suerte de facilidad esencial indispensable para competir con éxito en el mercado de cable, es decir, como recursos imprescindibles. Los niveles de *rating* mostrados están lejos de confirmar la hipótesis que son canales imprescindibles para competir. Así, no se ha analizado si existe algún nivel de posición de dominio en el mercado de programación (en manos de Fox y Turner) que justifique esa preocupación. Mientras los consumidores puedan optar por programas distintos ofrecidos por diversos proveedores de programación no puede considerarse a determinados canales como una facilidad esencial para competir.

Se sostiene adicionalmente que los convenios de exclusividad han afectado a Telecable con la pérdida de clientes, lo que es coincidente con el incremento de clientes de Telefónica Multimedia. Sin embargo, en opinión de los firmantes de este voto, la reducción de clientes de Telecable es el resultado de una diversidad de factores anteriores y simultáneos a los convenios de exclusividad. Entre ellos está, por ejemplo, la introducción del Canal N en Cablemágico, que ofrecía noticias y análisis político en una época en ello fue de gran interés para el público.

⁵⁹ Bork, op cit. p. 153. (traducción libre)

Además, existen numerosas pruebas en el expediente que acreditan que Telecable no venía cumpliendo puntualmente sus obligaciones de pago con Fox y Turner. Telecable habría perdido los derechos a transmitir la programación de Turner y Fox como consecuencia de una relación comercial insatisfactoria para la otra parte.

Incluso la pérdida de clientes luego de que Telecable perdiera los derechos para explotarlos no es un hecho que en sí mismo haga de la conducta una ilegal. Es de esperar que las estrategias de diferenciación de productos consigan que parte de la demanda por un producto cambien las preferencias de los consumidores. De hecho ese es el objetivo legítimo de una práctica de ese tipo. Diferenciarse implica incorporar elementos distintos que en lo posible no sean fácilmente repetibles o utilizables por los competidores. Ello, en principio, no tiene nada de ilegal.

Estos fundamentos conducen a los firmantes a considerar que no existen elementos de juicio de los que se pueda derivar que exista una estrategia o efecto predatorio en los convenios de exclusividad, los que aparecen más bien como una estrategia competitiva legítima, que crea los incentivos adecuados para invertir en el desarrollo y/o adquisición de canales de programación.

En atención a las consideraciones expuestas los firmantes del este voto en minoría consideramos que el FALLO debería ser por declarar INFUNDADA la demanda interpuesta en todos sus extremos.

Con el voto favorable y firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ordinario:

- Alfredo Bullard González
- Pierina Pollarolo Giglio

RESOLUCIÓN N° 064-CCO-2000

RESOLUCIÓN N° 064-CCO-2000

Lima, 5 de enero de 2001.

El Cuerpo Colegiado Ordinario a cargo de la controversia entre Tele Cable S.A. (en adelante TELE CABLE), Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante TELEFÓNICA) y Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante TELEFÓNICA MULTIMEDIA), por supuestas prácticas contrarias a la libre competencia derivadas de la celebración de convenios de exclusividad

VISTOS:

La Resolución N° 062-CCO-2000.

El escrito de fecha 03 de enero de 2001 presentado por TELECABLE mediante el cual solicita corrección del artículo primero de la Resolución N° 062-CCO-2000.

CONSIDERANDO:

Que, mediante escrito de fecha 03 de enero de 2001 TELECABLE solicita que se corrija el artículo primero de la Resolución N° 062-CCO-2000, por haberse omitido señalar expresamente en la parte resolutive que la demanda interpuesta contra TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha sido declarada fundada.

Que, tanto en la sección considerandos como en la parte resolutive de la mencionada Resolución, se declaró que TELEFÓNICA MULTIMEDIA había incurrido en conductas consideradas contrarias a la libre competencia, pronunciamiento sobre el cual versaba la demanda interpuesta por TELECABLE.

Que, no obstante ello en la parte resolutive, se declaró improcedente la demanda interpuesta por TELECABLE contra TELEFÓNICA pero se incurrió en un error material al omitirse declarar fundada la demanda interpuesta por TELECABLE contra TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

Que, de conformidad con el artículo 407° del Código Procesal Civil, es posible corregir de oficio o a pedido de parte cualquier error material evidente que contenga la Resolución.

Que, dicho artículo resulta aplicable de conformidad con la Segunda Disposición Final del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias en la Vía Administrativa.

Que, corresponde poner en conocimiento de las partes y terceros el escrito a que se refiere la sección Vistos de la presente Resolución.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Téngase por presentado y póngase en conocimiento de las partes y terceros el escrito a que se refiere la sección Vistos de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- Corríjase el Artículo Primero de la Resolución N° 062-CCO-2000, siendo la redacción correcta la siguiente:

“Artículo Primero.- Declarar IMPROCEDENTE la demanda interpuesta por TELECABLE contra TELEFÓNICA y FUNDADA la demanda interpuesta por TELECABLE contra TELEFÓNICA MULTIMEDIA en los términos expuestos en la presente Resolución.”

COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE.

Con el voto favorable y firma de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Ordinario:

- Raúl Perez-Reyes Espejo
- Jorge Fernández-Baca Llamosas
- Manuel San Román Benavente