

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS****Nº 0019-TSC-2020/OSIPTEL****Lima, 5 de octubre de 2020**

EXPEDIENTE Nº	001-2018-CCP-ST/LC-CD
MATERIA	Libre Competencia
ADMINISTRADOS	Asociación Peruana de Televisión por Cable Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. Directv Perú S.R.L.

SUMILLA: *Se declara INFUNDADO el recurso de apelación presentado por Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. contra la Resolución N° 040-2019-CCP/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente el 28 de agosto de 2019 y, en consecuencia, se CONFIRMA dicha resolución que desestimó la solicitud de declaración de caducidad del procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.*

Se DESESTIMA la solicitud de nulidad de la Resolución N° 058-2019-CCP/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente, formulada por Directv Perú S.R.L., de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Asimismo, se declaran FUNDADOS los recursos de apelación presentados por Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. y por Directv Perú S.R.L. contra la Resolución N° 058-2019-CCP/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente el 25 de noviembre de 2019, que declaró la responsabilidad administrativa de Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. y Directv Perú S.R.L., por el desarrollo conjunto de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada a contratar, infracción tipificada en el literal g) del artículo 11.1 y 12 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM, y les impuso la sanción de multas individuales de seiscientos cuarenta y uno (641) Unidades Impositivas Tributarias y mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente, y, en consecuencia, se REVOCA dicha resolución en los artículos segundo, tercero y cuarto, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Finalmente, se ENCARGA a la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias la remisión de la presente resolución a la Presidencia Ejecutiva del OSIPTEL y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para los fines pertinentes, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 001-2018-CCP-ST/LC-CD.
- (ii) El recurso de apelación del 23 de diciembre de 2019, interpuesto por Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. (en adelante, LATINA) contra la Resolución N° 058-2019-CCP/OSIPTEL del 25 de noviembre de 2019 (en adelante, Resolución Impugnada) y contra la Resolución N° 040-

- 2019-CCP/OSIPTEL del 28 de agosto de 2019 (en adelante, Resolución 040-2019), emitidas por el Cuerpo Colegiado Permanente (en adelante, CCP).
- (iii) El recurso de apelación del 23 de diciembre de 2019, interpuesto por Directv Perú S.R.L. (en adelante, DIRECTV) contra la Resolución Impugnada, y escritos posteriores.
 - (iv) El escrito de absolución del 4 de febrero de 2020, presentado por la Asociación Peruana de Televisión por Cable (en adelante, APTC), y escritos posteriores.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito de fecha 21 de febrero de 2018, la APTC comunicó que LATINA remitió comunicaciones a sus asociadas, a efectos de dar por finalizados los contratos de licencia de retransmisión de su señal, sin expresar justificación alguna y negándose a atender sus constantes solicitudes de reunión.
2. Con fecha 23 de marzo de 2018, la APTC solicitó a la Secretaria Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO) iniciar una investigación de oficio por la presunta existencia de conductas anticompetitivas y desleales realizadas por LATINA, evidenciada al resolver de forma unilateral los contratos suscritos con sus asociadas, que les permitía retransmitir la señal de esta empresa.
3. Posteriormente, el 3 de abril de 2018, la APTC presentó una denuncia contra LATINA, por la presunta comisión de conductas anticompetitivas y desleales en el mercado de televisión de paga. Al respecto, manifestó que LATINA había resuelto unilateralmente los contratos con sus asociadas, mientras mantenía exclusividades con otros operadores de televisión de paga ajenos a la APTC.
4. Mediante Resolución N° 039-2018-CCP/OSIPTEL de fecha 28 de junio de 2018 (en adelante, Resolución de Inicio), notificada el 2 de julio de 2018, el CCP dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra LATINA y DIRECTV en los siguientes términos:
 - (i) Admitió a trámite la denuncia interpuesta por la APTC, dando inicio al respectivo procedimiento administrativo sancionador contra LATINA y DIRECTV, por el desarrollo conjunto de una presunta práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada a contratar, supuesto de infracción previsto en el literal g) del Artículo 11.1 y 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - (ii) Dispuso la suspensión del plazo para la presentación de descargos otorgado a las empresas DIRECTV y LATINA, hasta que la STCCO cumpla con notificar las pruebas de cargo y de descargo correspondientes, luego de que la decisión de levantar la confidencialidad de la información para las imputadas se encuentre consentido y/o no sea recurrido por los titulares de la información.
 - (iii) Dispuso la tramitación del procedimiento como uno que involucra la comisión de una infracción, de conformidad el Reglamento General del

Osiptel para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 136-2011-CD/OSIPTTEL (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias).

5. Con fecha 9 de julio de 2018, LATINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Inicio alegando que adolecía de vicios de nulidad que le producían indefensión.
6. En la misma fecha, DIRECTV presentó un escrito en el que se opuso al levantamiento de información confidencial dispuesto por la Resolución de Inicio. Luego de su evaluación, el CCP le dio el trámite de recurso de apelación.
7. Mediante Resolución N° 014-2018-TSC/OSIPTTEL del 4 de setiembre de 2018, el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, el TSC) emitió el siguiente pronunciamiento con relación a los dos recursos de apelación contra la Resolución de Inicio:
 - (i) Declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por LATINA contra la Resolución de Inicio en el extremo que el CCP dispuso dar inicio al procedimiento administrativo sancionador por la presunta comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada para contratar.
 - (ii) Declaró fundado en parte el recurso de apelación interpuesto por LATINA contra la Resolución de Inicio, en el extremo referido al levantamiento de información declarada confidencial.
 - (iii) Declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por DIRECTV en el extremo referido al levantamiento de información declarada confidencial.
8. El 13 de noviembre de 2018, DIRECTV formuló una excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva señalando que el CCP contaría con información suficiente para determinar que no debería encontrarse involucrada en el presente procedimiento, por lo que debería ser excluida del procedimiento.
9. Mediante Resolución N° 060-2018-CCP/OSIPTTEL del 20 de noviembre de 2018, el CCP decidió tener por presentada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva deducida por la empresa DIRECTV y dispuso que sus alcances sean evaluados en la resolución final¹.
10. El 3 de diciembre de 2018, DIRECTV interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 060-2018-CCP/OSIPTTEL.
11. El 3 de diciembre de 2018, mediante Oficio N° 459-STCCO/2018 y Oficio N° 460-STCCO/2018, la STCCO notificó a LATINA y a DIRECTV, respectivamente, las pruebas de cargo y de descargos correspondientes, conforme a lo ordenado en la Resolución de Inicio y siguiendo los criterios expuestos sobre el particular por el TSC en la Resolución N° 014-2018-

¹ El Artículo Segundo de la Resolución N° 060-2018-CCP/OSIPTTEL también dispuso que la solicitud de confidencialidad presentada por DIRECTV sea evaluada conforme al marco normativo específico, dentro del plazo previsto para tal efecto.

TSC/OSIPTEL, a efectos de que las dichas administradas presentes sus descargos a la imputación formulada en su contra. Los mencionados oficios fueron notificados el 3 de diciembre de 2018 a ambas empresas.

12. Mediante Resolución N° 001-2019-TSC/OSIPTEL del 15 de enero de 2019, el TSC declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por DIRECTV.
13. Mediante Informe Instructivo N° 009-STCCO/2019 de 16 de julio de 2019, la STCCO emitió el Informe Final de Instrucción y recomendó al Cuerpo Colegiado Permanente declarar la comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada acordada entre DIRECTV y LATINA, tipificada en el artículo 11.1 y 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas e imponer a cada una de las infractoras una multa de mil (1,000) UIT por la comisión de una infracción grave.
14. Mediante escrito del 12 de agosto de 2019, LATINA solicitó al CCP que declare la caducidad del procedimiento administrativo sancionador.
15. Mediante Resolución 040-2019, el CCP desestimó la solicitud de declaración de conclusión del procedimiento por caducidad formulada por LATINA.
16. Mediante escritos del 9 de setiembre de 2019, LATINA y DIRECTV interpusieron recursos de apelación contra la Resolución 040-2019, solicitando que se deje sin efecto y se declare la caducidad administrativa del procedimiento sancionador.
17. Mediante Resolución N° 024-2019-TSC/OSIPTEL del 15 de noviembre de 2019, el TSC declaró improcedentes los recursos de apelación interpuestos por LATINA y DIRECTV contra la Resolución 040-2019, al no advertirse una situación que determine la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzca indefensión a las partes, en tanto se otorgaron los derechos y garantías que aseguraron la prohibición de indefensión de los administrados.
18. Mediante la Resolución Impugnada, el CCP resolvió por mayoría lo siguiente:
 - (i) Declara infundada la excepción de falta legitimidad para obrar pasiva, deducida durante el procedimiento por DIRECTV.
 - (ii) Declara la responsabilidad administrativa de LATINA y DIRECTV en el desarrollo conjunto de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada a contratar.
 - (iii) Sanciona a LATINA con una multa de 641 UIT y a DIRECTV con una multa 1000 UIT.
 - (iv) Ordena a las empresas sancionadas el cese de la práctica colusoria previamente determinada. Adicionalmente, impuso a LATINA en calidad de medida correctiva, que vuelva a negociar los derechos de retransmisión de su señal con los operadores de televisión de paga con los que resolvió sus contratos y con cualquier operador de televisión de paga que se lo solicite, bajo condiciones de mercado, de forma que no se generen efectos equivalentes a una negativa a contratar. Dicha medida deberá hacerse efectiva dentro del plazo de un (1) mes contado a partir

de la fecha de notificación de la presente resolución, para lo cual deberá informar de la política comercial adoptada y, respecto a los operadores de televisión de paga a los que les resolvió los respectivos Contratos que facultaban la retransmisión de su señal, de las negociaciones sostenidas en el marco de dicha nueva política y el modelo de contrato que habría sido acordado con las empresas, así como las fechas de su eventual suscripción.

19. En la mencionada resolución adoptada en mayoría se expusieron, entre otros, los siguientes fundamentos:

Sobre la existencia de un acuerdo implícito pactado entre LATINA y DIRECTV

- (i) LATINA y DIRECTV iniciaron la negociación del contrato de sub-licenciamiento de los 32 partidos exclusivos de DIRECTV a favor de LATINA (en adelante, Contrato de Sub-licencia) en el contexto de clasificación de Perú a la Copa Mundial de Fútbol Rusia 2018 (en adelante, el Mundial 2018). Se resaltó la importante coincidencia entre el inicio de las negociaciones y el incremento de las posibilidades de que la Selección Nacional de Fútbol clasifique al Mundial 2018.
- (ii) Entre enero y abril de 2018, LATINA resolvió los contratos que había suscrito con diversos operadores de televisión de paga entre 2016 y 2017 sin justificación y sin la posibilidad de negociar nuevos términos contractuales; no respondiendo a las solicitudes de los operadores de televisión de paga de suscribir nuevos contratos. Como consecuencia de ello, DIRECTV se convirtió en la única empresa autorizada legalmente por LATINA a retransmitir su señal a nivel nacional. Mientras, LATINA se comportó “de manera contraria a la lógica empresarial”, pues renunció a las contraprestaciones dinerarias.
- (iii) En el contexto de la restricción de la señal de LATINA a diversos operadores de televisión de paga, los servicios prestados por DIRECTV compensaron, en alguna medida, las pérdidas de LATINA provocadas por la referida restricción. Este hecho indica que existe un vínculo entre el comportamiento de LATINA desplegado con otros operadores de televisión de paga y el Contrato de Sub-licencia de DIRECTV y LATINA.
- (iv) El mencionado vínculo se reafirma con el “Contrato de Licencia para Transmisión por Satélite DTH” suscrito por LATINA y DIRECTV el 3 de abril de 2018, mediante el cual LATINA autorizó a DIRECTV para recibir, promocionar, ofrecer y distribuir su señal, por cualquiera de los medios autorizados (en adelante, Contrato de Distribución). Entre las particularidades de este contrato están:
 - a. No se estableció una contraprestación dineraria a diferencia de otros contratos suscritos por LATINA con otras operadoras de TV de paga.
 - b. Se estableció que únicamente DIRECTV podría resolver el Contrato de Distribución en caso se resuelva el Contrato de Sub-licencia.
 - c. Se fijó un plazo de vigencia de 4 años (habitualmente LATINA los suscribía por un año), coincidiendo con el periodo (2019-2022) de la transmisión de otros eventos deportivos.

- (v) Son evidentes los beneficios que obtendría DIRECTV con la restricción de la señal de LATINA a otras empresas de televisión de paga. Por su lado, LATINA obtendría más ingresos por la publicidad de contar con los 64 partidos del Mundial 2018 y, asimismo, los servicios prestados por DIRECTV le facilitaban la retransmisión de estos.
- (vi) El CCP por mayoría concluye sobre la existencia del acuerdo colusorio entre LATINA y DIRECTV, en tanto el comportamiento de LATINA surge como concesión recíproca en el contexto de la suscripción del Contrato de Sub-licencia. No existe una explicación lógica desde el punto de vista empresarial que haya llevado a LATINA a restringir de manera unilateral su señal a las empresas de televisión paga. Según el CCP, para LATINA, las consecuencias de una restricción unilateral de su señal son las siguientes: (i) perder los ingresos directos que ya venía percibiendo por la autorización de su señal, y (ii) perder audiencia, ya que está limitando innecesariamente las posibilidades de que los televidentes puedan ver su señal.

Sobre las hipótesis alternativas

- (vii) Del contrato de licenciamiento suscrito entre LATINA y Mountrigi Management Group LTD (empresa encargada de otorgar las transmisiones de los partidos de la FIFA, en adelante, MOUNTRIGI) por los 32 partidos adicionales del Mundial 2018 no se aprecia que esta última haya establecido una prohibición relacionada a la retransmisión de la señal de LATINA a través de operadores de televisión de paga. De existir tal restricción, LATINA debió impedir la retransmisión de todo evento deportivo entre 2015 y 2018, lo que no ocurrió. Más aún, de la evaluación de la política desarrollada por MOUNTRIGI para licenciar los derechos de transmisión del Mundial 2018, se advierte que contempló que las empresas de señal abierta autorizadas podían permitir la retransmisión de su señal a través de operadores locales de televisión de paga.
- (viii) LATINA indicó que la resolución de los contratos se debió a que se encontraban evaluando su política comercial. Sin embargo, a diferencia de las resoluciones contractuales que LATINA efectuó entre 2016 y 2017 como cambio de su política comercial, las comunicaciones que LATINA remitió a los operadores de televisión de paga durante 2018 no invitaban a dichas empresas a conocer las nuevas condiciones bajo las cuales podrían continuar retransmitiendo su señal. Ello pone de manifiesto que las resoluciones contractuales de 2018 no corresponden a un cambio de política comercial, considerando que las empresas adoptan decisiones realizando un análisis previo de las ventajas y desventajas que generarían.
- (ix) Según DIRECTV, la decisión de LATINA fue realizada de manera unilateral, como parte de una estrategia comercial. Sin embargo, ello no es congruente, considerando que LATINA tomó la decisión de no autorizar la retransmisión de su señal a ningún operador de televisión de

paga, a excepción de DIRECTV, desaprovechando sus contenidos deportivos exclusivos para celebrar contratos más beneficiosos.

- (x) Asimismo, de acuerdo al voto en mayoría resulta inverosímil que DIRECTV no haya tenido conocimiento en todo el proceso de negociación que sostuvo con LATINA acerca de las acciones impulsadas por LATINA respecto de las empresas de televisión de paga.

Sobre el mercado relevante y posición de dominio

- (xi) El análisis se realiza en este mercado mayorista, considerando que el ofertante es LATINA y los posibles sustitutos son otros canales de señal abierta que ofrecen los derechos de retransmisión de su señal. Asimismo, los derechos de transmisión de la señal de LATINA a operadores de televisión de paga no tienen sustitutos por sus características, debido a que sus contenidos son insumos insustituibles para los operadores de televisión de paga, ni por precios, dado que los precios establecidos por LATINA para la retransmisión de su señal son considerablemente más altos que los precios establecidos por otros canales de señal abierta. Finalmente, dado que la oferta y demanda de la señal de LATINA es a nivel nacional, el mercado relevante está constituido por el mercado de los derechos de retransmisión de la señal de LATINA a empresas operadoras de televisión de paga a nivel nacional.
- (xii) Para los operadores de televisión de paga contar con la señal de LATINA será determinante para poder mantener las preferencias de los consumidores, dada la cantidad de contenidos deportivos que posee en exclusiva. Así, esto no solo hace que la señal de LATINA sea en sí misma un mercado relevante, sino que también le otorga una evidente posición de dominio. A ello se le suman las barreras de entrada de tipo legal, económica y estratégica existentes y la independencia que tiene en el mercado respecto de sus proveedores, clientes o competidores. En ese sentido, LATINA tiene posición de dominio en el mercado de los derechos de retransmisión de su señal a empresas operadoras de televisión de paga a nivel nacional (con excepción de su relación con Telefónica del Perú S.A.A., a quien LATINA no ha podido ejercer su posición de dominio).

Sobre los efectos de la práctica colusoria imputada

- (xiii) El CCP considera en mayoría que los afectados y potenciales afectados son todos los operadores del servicio de televisión de paga diferentes a DIRECTV, pues este era el único operador autorizado a retransmitir su señal. Las empresas operadoras cuyas rentas mensuales son menores que la de DIRECTV podrían ser sustituidas considerando los atractivos que ofrece. Así, la preferencia por el servicio prepago de DIRECTV podría extenderse más allá del tiempo que dure el Mundial 2018 y, además, ser sostenible en el tiempo, en la medida que los usuarios tendrán que afrontar altos costos de cambio o *switching cost* para volver a sus operadores anteriores, sobre todo al familiarizarse con contenidos exclusivos de DIRECTV.
- (xiv) Si los operadores de televisión de paga optan por continuar retransmitiendo la señal de LATINA, estarían incurriendo en un hecho ilícito, por el cual no solo podrían recibir las sanciones económicas del

INDECOPI en materia de derechos de autor, del OSIPTEL por competencia desleal o por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) con la cancelación de su título habilitante. En ese sentido, ante la pérdida de los derechos de retransmisión de la señal de LATINA, la retransmisión ilícita no es una alternativa a considerar en el mediano y largo plazo, aunque ciertamente en el corto plazo puede esconder los efectos reales de la conducta.

- (xv) En los casos de Telecable Soritor y VIP Channel existe una clara relación entre el retiro de la señal de LATINA de sus parrillas de canales, y la caída de su número de conexiones en servicio. Asimismo, esto ha estado acompañado por una evolución positiva del número de conexiones en servicio de DIRECTV, la cual ha mostrado un desempeño positivo a partir del lanzamiento de su servicio prepago, el cual compite con los servicios de los operadores de televisión de paga de menor escala.
 - (xvi) Los efectos reales de la conducta no se han manifestado en el corto plazo, debido a la intervención de la autoridad con la emisión de medidas cautelares y a la conducta de las propias afectadas. Sin embargo, los efectos potenciales que se pudieron producir sí son considerables, y van más allá del Mundial Rusia 2018, considerando no solo los niveles de audiencia por las transmisiones del Mundial 2018 y que LATINA es el único canal de señal abierta que podrá transmitir los partidos del Mundial Qatar 2022, sino también que la cobertura de la señal de LATINA es limitada y no tiene el mayor alcance a nivel nacional, por lo que la principal forma de acceder a su señal es a través de operadores de televisión de paga, pudiendo trasladarse la demanda de forma artificial a DIRECTV.
20. Asimismo, dos de los miembros del CCP fundamentaron el voto en discordia respecto de la Resolución Impugnada, argumentando lo siguiente:
- (i) Los indicios probados y convergentes de la existencia de una negativa de contratar, materializada en la restricción de la retransmisión de la señal de LATINA a las empresas integrantes de la APTC, no permiten acreditar la existencia de un acuerdo colusorio entre LATINA y DIRECTV para tal fin, y no se logra determinar que la hipótesis de la STCCO sea la única explicación posible de los hechos probados.
 - (ii) No se presentan elementos que establezcan de manera concluyente que, aun considerando que el análisis puede basarse en indicios, DIRECTV participó en éstas, en acuerdo con LATINA.
 - (iii) La inferencia sobre la relación o no entre el contrato de sub-licencia y el de Distribución celebrado por LATINA y DIRECTV, es decir, sobre la no existencia de retribución económica en este último, no genera convicción de la constitución de un acuerdo vertical.
21. Con fecha 23 de diciembre de 2019, LATINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Impugnada en todos sus extremos a fin de que se anule o revoque. Asimismo, señaló que también impugnaba la Resolución 040-2019 mediante la cual el CCP desestimó su solicitud de declaración de caducidad del procedimiento administrativo sancionador. Los fundamentos expuestos por esta empresa fueron los siguientes:

Sobre el acuerdo colusorio

- (i) El CCP ha concluido la existencia de un acuerdo colusorio implícito utilizando premisas vagas que no superan el estándar probatorio exigible para sancionar: probar la infracción más allá de toda duda razonable, sin que exista otra justificación válida.
- (ii) LATINA contaba con restricciones contractuales que le impedía permitir la retransmisión de los partidos adicionales del Mundial 2018 por televisión de paga y ello conllevaba una necesaria revisión de su política comercial. En virtud del contrato entre MONTRIGI y LATINA, MOUNTRIGI cedió a LATINA los derechos para retransmitir los 32 partidos adicionales del Mundial 2018 únicamente por señal abierta, radio, IPTV y *broadband*. De permitir la retransmisión por televisión de paga, se encontraría incumpliendo los términos del referido contrato y perjudicando a una tercera empresa que, según LATINA, ostentaba la exclusividad para dicho medio de retransmisión.
- (iii) Mediante carta cursada por MOUNTRIGI a LATINA el 23 de agosto de 2018, se ratificó que el contrato suscrito entre MOUNTRIGI y LATINA no autoriza (a) la retransmisión directa o a través de terceros de la señal de los canales de televisión abierta de los partidos y ceremonias del Mundial en sistemas de cable o de televisión de paga en territorio peruano, ni (b) el sub-licenciamiento de la señal de los canales de televisión abierta de los partidos del Mundial 2018 a sistemas de cable o de televisión de paga.
- (iv) Aún si se considerase que LATINA no tenía restricción contractual para resolver los contratos con las empresas operadoras de televisión de paga, las premisas de la Resolución Impugnada no logran demostrar un comportamiento concluyente e inequívoco de las partes que refleje una manifestación de voluntad tácita o implícita respecto de la existencia del acuerdo colusorio.
 - a) *La conducta de LATINA desde setiembre de 2017 (fecha de inicio de negociaciones entre LATINA y DIRECTV) evidenciaría el acuerdo implícito*
- (v) LATINA cursó comunicaciones preventivas a América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL), Media Network Latin American parte del grupo TELEFÓNICA (en adelante, MEDIA NETWORKS)² y Catv Systems E.I.R.L. (en adelante, CATV SYSTEMS) y resuelva todos los contratos suscritos con empresa de televisión de paga únicamente porque contaba con restricciones contractuales para la retransmisión de los partidos adicionales del Mundial 2018. LATINA informó que existía un tercero que ostentaba exclusividad para la retransmisión de los derechos cedidos por MOUNTRIGI en televisión de paga, quedando LATINA habilitada a retransmitir estos únicamente en señal abierta.
- (vi) La potestad de LATINA de resolver unilateralmente sus contratos sin expresar la razón que motivó esta decisión es válida y acorde a lo

² Carta notificada el 30 de noviembre de 2017 y remitida por Latina a la STCCO el 19 de setiembre de 2019.

estipulado en cada uno de ellos. Ninguna ley en nuestro ordenamiento jurídico obliga a expresar justificación para la resolución del contrato.

- (vii) La contraprestación económica que recibía LATINA por sus contratos con las empresas operadoras de televisión de paga representaron menos del 0.05% de los ingresos anuales. Por tanto, la decisión de resolver los referidos contratos no solo tiene justificación legal, en tanto evita el incumplimiento del contrato suscrito entre MOUNTRIGI y LATINA, sino también tiene una justificación comercial, dado que no existe renuncia a contraprestaciones dinerarias importantes, como sostiene el CCP.
 - (viii) LATINA y DIRECTV suscribieron dos contratos y de ninguno de ellos se desprende la voluntad de las partes de llegar a un acuerdo colusorio. Ambos contratos se encuentran imbricados, en tanto conforman un acuerdo global, por lo que la negociación de sus términos fue realizada de manera conjunta. Además, el Contrato de Distribución tiene carácter contraprestativo al formar parte del acuerdo global, por lo que LATINA no pretendió beneficiar a DIRECTV por sobre el resto de las operadoras de televisión de paga.
 - (ix) Resulta incorrecto considerar como indicio de la existencia del acuerdo colusorio que el marco temporal en el que se dieron las restricciones de retransmisión de la señal de LATINA a las empresas de televisión de paga haya sido el mismo que el de la suscripción de ambos contratos con DIRECTV.
- b) *El contrato entre MOUNTRIGI y LATINA no tendría restricciones para la retransmisión de la señal de LATINA por televisión de paga*
- (x) El CCP ha interpretado los alcances del contrato entre MOUNTRIGI y LATINA cuando carece de facultades para hacerlo. La Resolución Impugnada ha decidido ignorar que las partes se encuentran de acuerdo respecto del contenido del mencionado contrato y pretende conocer la voluntad de LATINA a través del contenido de un contrato del que no es parte.
 - (xi) El CCP confunde los métodos de interpretación de la ley con los métodos de interpretación contractual. En materia contractual deben primar los métodos de interpretación del acto jurídico, todos ellos restringiéndose al contenido mismo del acto y no extendiéndose a otros distintos. En tal sentido, el Contrato entre MOUNTRIGI y DIRECTV no es oponible a LATINA y menos aún para interpretar cláusulas del contrato entre MOUNTRIGI y LATINA.
 - (xii) La Resolución Impugnada ha obviado que el contrato suscrito entre LATINA y MOUNTRIGI contiene cláusulas generales de contratación que no serían exclusivamente aplicables para territorio peruano. Asimismo, se debe tener en cuenta que existen diversos países que cuentan con obligaciones legales de *must carry* y *must offer* no aplicables en Perú, por lo que el clausulado de los contratos de MOUNTRIGI debe estar orientado a proteger a esta última empresa de la manera más conservadora posible.

- (xiii) La disposición contenida en el Anexo 7 del contrato suscrito entre MOUNTRIGI y DIRECTV dispone que las empresas de señal abierta podrán permitir la retransmisión de su señal a operadores de televisión de paga. Esta disposición buscaría informar a la empresa de televisión de paga sublicenciada sobre la posibilidad de permitir la retransmisión de los partidos cedidos a las empresas de señal abierta en televisión de paga; sin embargo, estas disposiciones no podrían permitir entender que LATINA cuenta con derechos que no le han sido empresa otorgados.
- (xiv) Con relación a que la restricción de los derechos audiovisuales cedidos debía incluir a los eventos deportivos desde el 2015, debe entenderse que el objeto principal del contrato suscrito entre MOUNTRIGI y LATINA era la retransmisión del Mundial 2018, razón por la cual se evaluaron las políticas internas con miras al dicho evento deportivo. Un grupo de eventos deportivos distinto al Mundial 2018 ni siquiera fue transmitido en la señal de LATINA.
- (xv) El CCP ha desconocido el contenido y alcances del contrato entre MOUNTRIGI y LATINA, infringiendo los principios de presunción de veracidad y legalidad administrativa al no contar con facultades para recalificar los contratos válidamente suscritos.
- (xvi) La Resolución Impugnada contraviene el principio de licitud al desmerecer la carta cursada por MOUNTRIGI sin justificación válida. El correo electrónico enviado por LATINA a MOUNTRIGI fue enviado por el Gerente Legal de LATINA de su cuenta de correo electrónico de la empresa a la cuenta de correo de la empresa del representante de MOUNTRIGI.

c) Hipótesis alternativa

- (xvii) LATINA evaluó los contratos suscritos con las empresas de televisión de paga en los años 2016 y 2017, observándose que no todos los acuerdos suscritos contenían cláusulas que permitiera adoptar acciones concretas en caso de contenidos o programación con restricción de retransmisión. Tampoco se contaban con tecnología suficiente que permite realizar un *black out* selectivo de contenidos y existía la posibilidad de que empresas de televisión de paga pudieran “*bypasear*” restricciones en el satélite tomando la señal directamente del aire.
- (xviii) Las resoluciones de los contratos se dieron en el contexto de la revisión de la política comercial de LATINA, precisamente a fin de evitar que se pudiera alegar un incumplimiento de los términos acordados con MOUNTRIGI, por lo que ambas explicaciones van de la mano.

Sobre el mercado relevante y la posición de dominio

- (xix) El análisis de sustituibilidad debe ser realizado desde la perspectiva del consumidor, debido a que la demanda de los servicios minoristas determina la demanda del producto mayorista.
- (xx) Para determinar si la señal de LATINA cuenta o no con sustitutos es necesario evaluar el contenido y las características de la programación

que ofrece, para luego determinar si existen canales con una programación similar que sean sustitutos de LATIMA. No basta con afirmar que LATINA está presente en las parrillas de los operadores de televisión de paga. El contenido de LATINA y el de otros canales peruanos de televisión abierta de alcance nacional pueden ser sustituibles.

- (xxi) Además de la similitud de los programas ofrecidos por LATINA, América TV y ATV a nivel de contenidos, se ha podido corroborar que estos ejercen presión competitiva entre sí. De acuerdo al Informe D&N, el 44% de los programas de LATINA fueron cambiados o sustituidos por los televidentes y si se realiza un análisis por tipo de programas se obtiene que el 43% cambia de canal en noticieros, 28% en variedades, 36% en *realities* y el 32% en telenovelas. El comportamiento de los televidentes que refleja esta información puede deberse a que los canales peruanos de televisión abierta desarrollan contenidos con características similares.
- (xxii) En lugar de tomar en cuenta el análisis hecho en Perú sobre el mercado de canales de señal abierta, el CCO opta por referirse a una encuesta realizada a consumidores finales en Tarapoto y a un estudio de Colombia, que presentan deficiencias.
- (xxiii) La sustitución debe ser analizada por tipo de contenido. El solo hecho de que LATINA ostente contenidos exclusivos como el Mundial no puede bastar para señalar que no tiene sustitutos cercanos, pues deberá evaluarse la existencia de contenidos deportivos en los diversos canales de señal abierta.
- (xxiv) La aplicación de la prueba de SSNIP en el presente caso presenta importantes limitaciones, porque tendría que capturar las interacciones entre cada lado del mercado y la existencia de los dos mercados hacen difícil identificar el precio competitivo. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el precio de retransmisión de la señal de LATINA entre los años 2016 y 2017 era cero, de modo que cualquier incremento sería mayor al 10% que establece la prueba SSNIP, lo que invalida su propósito.
- (xxv) El mercado de producto abarca, por lo menos, los derechos de retransmisión del contenido de LATINA y otros canales de televisión abierta de alcance nacional a través de operadores de televisión de paga. En dicho mercado relevante, LATINA no tiene posición de dominio, pues compite con otros canales de señal abierta.

Sobre la existencia de efectos negativos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores

- (xxvi) El CCP se refiere al *kit prepago* de DIRECTV resaltando que su comercialización tendría por finalidad posicionar su marca como una empresa más asequible y tendría como competidores a los pequeños operadores de televisión de paga; sin embargo, el lanzamiento de este producto se produjo en junio de 2016, dos años antes de que LATINA decida resolver los contratos suscritos con empresas operadoras de televisión de paga y de que LATINA y DIRECTV suscribieran sus

acuerdos comerciales. Por tanto, la Resolución Impugnada no acredita que este hecho tenga relación con la supuesta conducta colusoria.

(xxvii) La Resolución Impugnada ha considerado la evolución del número de conexiones de las empresas de televisión de paga a quienes LATINA resolvió los contratos. Sin embargo, restringe su análisis respecto de aquellas empresas sobre las cuales existiría certeza del corte de señal de Latina: Telecable Soritor y Vip Channel. Estos son los únicos dos casos de empresas que habrían dejado de retransmitir la señal de Latina en algún momento, por lo que los supuestos efectos reales deben limitarse a estos dos casos. No obstante, ni siquiera en estos casos existe evidencia que permita afirmar que la sutil disminución de conexiones presentada en junio de 2018 sea atribuible a la conducta imputada.

(xxviii) La Resolución Impugnada reconoce que no hay efectos reales de la supuesta conducta, pero precisa que se advierten daños potenciales a la competencia. No puede haber un efecto potencial si ni siquiera se ha podido evidenciar que la señal de LATINA haya dejado de retransmitirse por la gran mayoría de operadores de televisión de paga afectados.

Sobre la caducidad del procedimiento

- (i) LATINA coincide con el criterio del CCP sobre la aplicación del artículo 259 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, (en adelante, TUO de la LPAG) en lo referido a la caducidad administrativa.
- (ii) El plazo de caducidad no puede ser suspendido, en tanto el marco legal aplicable no lo permite bajo ningún supuesto. El CCP confunde dos conceptos para justificar la suspensión de la caducidad: la suspensión del plazo para resolver y la suspensión del plazo para presentar descargos. Con la Resolución de Inicio se produjo una suspensión del plazo para presentar descargos, no del plazo para resolver. Sin perjuicio de que las disposiciones procedimentales de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no aplican, la incorporación de su artículo 30-A se refiere al segundo caso, no al primero; y aún en el supuesto hipotético que se hubiera producido una suspensión del plazo para resolver, este artículo no establece que ello conlleve a la suspensión del plazo de caducidad.
- (iii) El sustento de la Resolución 040-2019 para justificar la suspensión del plazo de caducidad reside en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1396, el cual no es fuente de derecho en el procedimiento administrativo, por lo que se atenta contra el principio de legalidad. Asimismo, la propia Exposición de Motivos reconoce que dicha disposición normativa no introduce nuevas facultades a los órganos competentes, por lo que el CCP no puede suspender el plazo de caducidad del procedimiento basándose en la facultad de suspender el plazo para resolver.
- (iv) La interpretación del CCP sobre el cómputo del plazo de la caducidad en el presente procedimiento administrativo es contraria al ordenamiento vigente. El CCP alude a una diferenciación entre dos fases del

procedimiento sancionador: el acto de apertura del procedimiento y la notificación de cargos. Sin embargo, el TUO de la LPAG no señala que se traten de dos actuaciones que se realizan en dos oportunidades distintas, ni que el plazo de caducidad se cuenta desde la notificación de todas y cada una de las pruebas correspondientes.

- (v) Considerando que la caducidad busca evitar afectaciones en la esfera jurídica de los administrados por el transcurso del plazo sin que la autoridad emita pronunciamiento, carece de razonabilidad y vulnera el debido procedimiento que los administrados se encuentren impedidos de contabilizar el plazo de caducidad hasta que no se produzca la notificación de todas las pruebas pertinentes por parte del CCP. Esta interpretación implicaría un incentivo perverso para las autoridades administrativas.

22. Mediante escrito del 23 de diciembre de 2019, DIRECTV interpuso recurso de apelación contra la Resolución Impugnada, solicitando que se declare su nulidad o, en su defecto, que sea revocada, exponiendo los siguientes fundamentos:

Sobre la nulidad de la Resolución Impugnada

- (i) La Resolución Impugnada es nula, pues contraviene el marco legal, específicamente el principio de verdad material, y contiene un vicio de motivación. Con relación al principio de verdad material, el CCP ha omitido actuar todos los medios probatorios necesarios que lo lleven a conocer la realidad de los hechos, esto es, que no existió el presunto acuerdo colusorio. Como consecuencia de ello y de la falta de evidencia, la Resolución Impugnada contiene inferencias y suposiciones carentes de lógica que han sido desarrolladas sobre la base de premisas injustificadas y no acreditadas, afectando la motivación de la referida resolución.

Sobre la inexistencia del acuerdo colusorio vertical

- (ii) El CCP no ha cumplido con el estándar de la prueba requerido para acreditar la conducta anticompetitiva con certeza más allá de toda duda razonable. La prueba circunstancial no suele funcionar para demostrar la existencia de acuerdos colusorios verticales, dado que, a diferencia de los acuerdos colusorios horizontales, estos acuerdos se presumen lícitos y, por tanto, suelen encontrarse en pactos expresos y documentados. Así se demuestra en casos resueltos por el INDECOPI y el OSIPTEL, en los que se verifica la existencia de acuerdos verticales mediante prueba directa. Por el contrario, en este caso no existe evidencia clara y directa sobre alguna exclusividad pactada a favor de DIRECTV.
- (iii) El CCP no ha probado (i) la existencia de un requerimiento de una de las partes a la otra para la implementación de una política unilateral a su favor; (ii) la existencia de indicaciones para la supervisión de un acuerdo vertical; ni, (iii) la existencia de descuentos o penalidades que hubieran sido aplicadas por DIRECTV a fin de supervisar que LATINA hubiera efectivamente restringido su señal a los otros operadores de televisión de paga. En ese sentido, los únicos indicios válidos y convergentes hacia

una hipótesis de colusión vertical entre LATINA y DIRECTV hubieran sido la incitación, requerimiento u ofrecimiento de DIRECTV para que LATINA actúe a su favor, los cuales no han sido probados.

- (iv) La inferencia acerca del vínculo entre las cartas preventivas y resolutorias remitidas por LATINA y el Contrato de Sub-Licencia es inválida, pues el CCP no demuestra el nexo causal entre la conducta unilateral de LATINA y la decisión de DIRECTV y LATINA de negociar el referido contrato. La mera coincidencia de fechas en la ocurrencia de ambos sucesos no es suficiente para probar la existencia del presunto acuerdo vertical. Asimismo, la inclusión de una referencia sobre la exclusividad de otro sub-licenciatario de televisión de paga en las cartas remitidas por LATINA, así como la alegada irracionalidad en la decisión de resolver los contratos con otros operadores de televisión de paga no son evidencia de que en el marco de la negociación del Contrato de Sub-licencia, DIRECTV haya solicitado o inducido a LATINA al envío de las cartas preventivas y resolutorias.
- (v) La inferencia acerca del supuesto conocimiento de DIRECTV sobre la conducta de LATINA es inválida, pues existen correos electrónicos internos de DIRECTV que evidencian que durante la negociación del Contrato de Sub-Licencia nunca conoció las intenciones de LATINA de enviar las cartas preventivas y resolutorias y que siempre asumió que los partidos del Mundial 2018 serían transmitidos por las empresas de televisión de paga a través de la señal de LATINA. En este contexto, el CCP no habría realizado una adecuada labor de descarte de los contraindicios aportados.
- (vi) Para afirmar que el envío de las cartas por LATINA fue requerimiento de DIRECTV a fin de otorgarle la exclusividad de difusión de la señal de LATINA, el CCP debió acreditar que se adoptaron medidas para que tal exclusividad se materialice, impidiendo que los demás operadores de televisión de paga pudieran retransmitir su señal, lo cual no ocurrió. Existen 672 empresas con concesión para la prestación del servicio de televisión de paga en el territorio nacional y LATINA solo envió 3 cartas preventivas y 36 cartas resolutorias. Más aún, no se registraron bloqueos o defectos en la transmisión de la señal de LATINA en el reducido porcentaje de empresas en las cuales se realizaron verificaciones sobre el corte de la señal. En tal sentido, el supuesto beneficio para DIRECTV no puede ser considerado válidamente como un indicio de la existencia de una práctica colusoria en la medida que este nunca se materializó.
- (vii) La hipótesis planteada por el CCP relativa a una compensación entre los supuestos ahorros de costos de LATINA entre los servicios de soporte técnico y producción para la transmisión del Mundial 2018 (en el marco del Contrato de Sub-Licencia) y las pérdidas en las que habría incurrido por el corte de su señal en las empresas de televisión de paga carece de validez. La racionalidad de esta prestación en el contexto en el que ambas transmitirían los partidos del Mundial 2018 es evidente, pues ambas empresas colaboraron para no duplicar costos de producción y transmisión del evento.

- (viii) Con respecto a la supuesta gratuidad del Contrato de Distribución, DIRECTV viene presentado como contraindicio la vinculación económica entre el referido contrato y el Contrato de Sub-Licencia, en vista que DIRECTV buscó maximizar la posición negociadora que le otorgaba el ser titular de los derechos de transmisión de los partidos del Mundial 2018 para obtener que el Contrato de Distribución respondiera a sus intereses comerciales, esto es, obtener la señal de LATINA a título gratuito.

Sobre la inexistencia de efectos negativos para la competencia y el bienestar del consumidor

- (ix) Un factor importante para explicar la tendencia negativa en la participación de mercado de las pequeñas empresas de televisión de paga consiste en la informalidad existente en este mercado. Sin embargo, el CCP no considera a los operadores informales como un factor clave en la dinámica competitiva ni toma en cuenta indicadores que reflejen correctamente su participación de mercado, lo que impide realizar un análisis integral de la situación del sector y de la presunta afectación del mercado generada por la conducta investigada.
- (x) DIRECTV ofrece una oferta flexible en precios para su producto Kit Prepago, lo que ha permitido una mayor penetración del servicio. En ese sentido, es una lectura incorrecta asociar el interés en la provisión del servicio prepago con una estrategia consistente en una práctica anticompetitiva orientada a quitar los clientes de un sub-segmento poco rentable conformado por los pequeños operadores con presencia regional, cuya participación reportada es menor a 6%.
- (xi) Aún en el supuesto negado que DIRECTV hubiese realizado la conducta investigada, su falta de efectividad se manifiesta al analizar las opciones disponibles para el consumidor, pues la supuesta pérdida de suscriptores no necesariamente implica una migración hacia productos de DIRECTV, dado que podrían hacer uso de señal abierta, migrar a otros operadores o dejar de consumir el producto.
- (xii) Además de que el CCP no fue claro al incluir y excluir a Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) y AMÉRICA MÓVIL del mercado afectado, el CCP no muestra evidencia de una afectación real o potencial significativa. Es incorrecta la afirmación respecto a que empresas de al menos ocho (8) departamentos fueron significativamente afectadas, dado que, en el supuesto negado de haberse realizado la conducta, solo habría afectado a dos (2) departamentos, donde Telecable Soritor S.A.C. y VIP Channel S.A.C. habrían dejado de transmitir la señal de LATINA. Asimismo, el estándar de la prueba utilizado para la estimación de efectos potenciales difiere del estándar de la jurisprudencia nacional e internacional.
- (xiii) De la evolución de suscriptores de las 36 operadoras de televisión de paga, desde el primer trimestre de 2017 hasta el tercer trimestre de 2018, no es posible identificar una afectación que se vincule con la transmisión del Mundial 2018. Sin perjuicio de ello, las participaciones de las referidas operadoras van desde el 0.01% al 24.98% de sus respectivos

departamentos, lo que representan niveles que no superan los umbrales de afectación comúnmente considerados como riesgosos, esto es, por encima del 30%. Siendo así, aún en el supuesto negado de que hubiera una afectación potencial, esta no puede considerarse significativa.

23. Mediante escrito del 4 de febrero de 2020, la APTC absolvió el traslado de las apelaciones interpuestas por LATINA y DIRECTV, exponiendo los siguientes argumentos:

Sobre los hechos probados

- (i) La política comercial de LATINA empezó en el 2016 mediante el cobro por la retransmisión de su señal. A partir del 2018, la política comercial de LATINA tuvo un giro de 180 grados, pues, luego de que la selección peruana clasificó al Mundial 2018, empezó a sabotear su propia estrategia comercial, dado que en menos de un mes resolvió los contratos de retransmisión de 34 empresas de televisión de paga y posteriormente continuó con la resolución de contratos hasta el mes de abril de 2018, para luego negarse a renovar contratos.
- (ii) La conducta de LATINA tiene dos consecuencias claras: (i) dejar de percibir retribución económica por una prestación que no le irroga costos marginales, por no aparente tener motivación racional y (ii) perder la posibilidad de obtener una mayor cobertura a nivel nacional, llevando su señal, la señal del Mundial 2018, hacia aquellas ciudades y pueblos alejados que son cubiertos por las empresas que integran APTC.
- (iii) Contrariamente a lo indicado por LATINA, el Anexo 7 del contrato suscrito por las imputadas y MOUNTRIGI coinciden en establecer la facultad de retransmisión de la señal de televisión abierta mediante empresas de televisión de paga. Por tanto, si LATINA continuaba con los contratos con las operadoras de televisión de paga, no hubiese incumplido las obligaciones asumidas.
- (iv) Las apelantes señalaron que el Contrato de Sub-licencia y el Contrato de Distribución no se encontraban vinculados económicamente; sin embargo, esto es falso, pues como ha señalado DIRECTV en su recurso de apelación, es un hecho acreditado y no controvertido que el Contrato de Sub-licencia tuvo incidencia en las cláusulas del Contrato de Distribución y que el plazo de 4 años es atípico.

Sobre inferencias y descarte de explicaciones alternativas

- (v) La única explicación para la conducta irracional de LATINA está vinculada con los contratos suscritos con DIRECTV. En un inicio actuaba persiguiendo sus propios intereses a través de monetizar el uso de su señal, pero luego del inicio de sus negociaciones y posterior suscripción de los contratos con DIRECTV, sabotó su monetización y optó por dejar de contratar la retransmisión de su señal.
- (vi) DIRECTV tuvo participación en la adopción del cambio de política comercial. Las prestaciones recíprocas de la conducta colusoria serían como siguen: LATINA podría retransmitir 32 partidos del Mundial 2018

sobre los que DIRECTV tenía derechos, logrando transmitir la totalidad de los 64 partidos; DIRECTV no solo adquiriría los derechos de retransmisión de una señal abierta, sino que obtenía una exclusividad encubierta, que le permitiría competir en mejores condiciones a nivel de operadoras de televisión de paga.

- (vii) Resulta conveniente a favor de DIRECTV que, durante la ejecución de ambos contratos, LATINA, alegando una falsa exclusividad, dejase sin efectos sus vínculos y se negase a renovarlos, a pesar del interés de las empresas de televisión de paga por contar con sus servicios. Asimismo, no se debe olvidar que recién después del primer informe oral, LATINA adopta la postura de una decisión independiente.
- (viii) Lo que motivó la conducta fue el retribuir las prestaciones complementarias que le brindó DIRECTV en Rusia. Tal como lo ha señalado el CCP, las prestaciones y facilidades técnicas brindadas en el país europeo ascienden a un millón de dólares americanos, monto muy por encima de lo que podrían pagar las pequeñas operadoras de televisión de paga.
- (ix) DIRECTV aduce que no se habría probado su "cooperación" en el acuerdo, sea aplicando sanciones, exigiendo su cumplimiento o mejorando su parámetro de exigibilidad. Al respecto, reiteramos que el juzgador solo debe aplicar lo dispuesto en la ley, y en ninguna parte del supuesto de hecho infractor se contempla a estos tres elementos como indispensables para la configuración de una práctica anticompetitiva.
- (x) Este caso se trata de una práctica colusoria vertical diseñada de forma cuidadosa, a fin de reducir la probabilidad de contingencias legales. Es razonable pensar que las denunciadas adoptaron las precauciones necesarias como para evitar la sanción de una práctica anticompetitiva. Es por tal motivo que DIRECTV no cursó comunicaciones con LATINA respecto a la exigibilidad del acuerdo. En otras palabras, la exclusividad se encuentra bajo la forma de un "pacto de caballeros". La confianza existente entre ambas empresas fue un factor determinante para no dejar constancia del carácter exclusivo de la retransmisión de la señal de LATINA.
- (xi) Como ha referido la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI en una reciente resolución, la prueba indiciaria debe aplicarse tomando en cuenta las características particulares del mercado involucrado y el hecho de que las empresas infractoras difícilmente dejan huella documental de su conducta restrictiva. Pese a ello, DIRECTV hace referencia a un correo electrónico, con el que se demostraría la ignorancia de DIRECTV respecto a la conducta de LATINA; sin embargo, resulta fuera de contexto la alusión a un acuerdo con LATINA.
- (xii) Los aspectos vinculados a probar la "cooperación" son elementos adicionales al de la probanza de una práctica colusoria vertical y, por lo tanto, no son determinantes para declarar la existencia de una infracción.

Sobre el mercado relevante y la posición de dominio

- (xiii) A pesar de que a primera vista podría pensarse que los canales de televisión siempre compiten entre sí, un análisis más preciso permite evidenciar que pueden existir características que los diferencien. Una situación de competencia monopolística puede convertirse en mercados relevantes distintos si la diferenciación es suficientemente alta. Existe diferenciación suficiente como para considerar la señal de LATINA como un mercado relevante distinto, lo que resulta más claro si se considera que los abonados de TV de paga demandan la disponibilidad de un paquete de canales de señal abierta, por lo que los derechos de retransmisión de estos canales son insumos distintos que permiten a cada operador conformar una parrilla mínimamente atractiva para competir aguas abajo.
- (xiv) Aun superando con creces los parámetros de aumento de precios exigible por el test SNNIP, las asociadas de la APTC siguen con la intención de contratar sus servicios, pese a que los canales de señal abierta preferidos por la población y de mejor imagen a nivel nacional no cobran o cobran tarifas muy inferiores a LATINA. No puede afirmarse que LATINA es insumo sustituible por otros canales cuando la APTC ha pagado por los derechos de retransmisión de su señal un precio casi triplicado en relación con el precio cobrado por otros canales (la mayoría gratuitos). El conjunto de programas de LATINA es esencial para integrar el producto final.
- (xv) Frente a los operadores de televisión de paga, los principales canales de señal abierta no se sustituyen entre sí, sino que conforman en su conjunto una parte fundamental de su parrilla. Por tanto, el mercado de producto, bajo distintas metodologías e indicadores, debería ceñirse al mercado de los derechos de retransmisión de señal de LATINA nivel nacional.
- (xvi) El mercado de derechos de retransmisión de la señal de LATINA, en el cual es ofertante y las operadoras de televisión de paga son demandantes, no es un mercado de dos lados, es simplemente un mercado mayorista, en el que las operadoras adquieren la señal como insumo para sus clientes aguas abajo, por lo que el test SSNIP es válida.

Sobre la justificación expuesta por LATINA

- (xvii) A lo largo del procedimiento, LATINA no adjuntó la cláusula fuente de la obligación de no hacer respecto a la restricción en la transmisión de los eventos deportivos del Mundial 2018 a través de TV de paga.
- (xviii) Culminado el Mundial 2018, LATINA pudo volver a contratar con las empresas de televisión de paga, debido a la ausencia de algún potencial incumplimiento contractual, existiendo la posibilidad de pactar un plazo de duración hasta el inicio de los Juegos Panamericanos 2019.
- (xix) Si el interés de LATINA fuera velar por el respeto de sus pactos, intimaría con la misma vehemencia a empresas como Movistar TV, Claro TV, quienes retransmiten la señal de LATINA sin ningún tipo de

enforcement. Sin embargo, les permite seguir retransmitiendo su señal a pesar de que no cuentan con autorización e insta a las empresas de televisión de paga de la APTC a tener un comportamiento similar, sin reparar en que la transmisión de la señal abierta sin autorización expresa constituye una práctica ilegal.

- (xx) La negativa de LATINA para la retransmisión de su señal es desproporcionada. Pudo limitar los alcances de la resolución unilateral e inmotivada a los partidos del Mundial 2018; sin embargo, por el contrario, esta empresa terminó con cualquier posibilidad de retransmitir otros de sus programas, así como con la posibilidad de que, concluido dicho evento deportivo, las empresas integrantes de APTC puedan continuar con la transmisión de su programación.
- (xxi) Si la preocupación de LATINA fuese cumplir con las cláusulas de exclusividad hubiese resuelto el contrato con DIRECTV, a propósito de los Juegos Panamericanos 2019, toda vez esta empresa no tiene derechos de retransmisión de dicho evento. En consecuencia, si no le resuelve el contrato a DIRECTV y su verdadera intención es cumplir con el contrato, no se habría celebrado acuerdos de exclusividad de la misma naturaleza que con MOUNTRIGI y, por lo tanto, no cabría justificación alguna para negarse a contratar con las empresas de televisión de paga, por lo menos, hasta marzo de 2020, fecha de inicio de las Eliminatorias Qatar 2020.

Sobre los efectos graves en la competencia, generados por la conducta denunciada

- (xxii) Para la evaluación de los efectos de la conducta se debe considerar que no se podrá evidenciar efecto real significativo debido a la emisión de resoluciones cautelares del 14 de junio de 2018 y 5 de julio de 2019. Por tanto, el análisis del efecto exclusorio debe realizarse con especial énfasis en el daño potencial del mercado y del bienestar de los consumidores. En este caso, basta acreditar la idoneidad de la conducta para afectar la competencia y que dicha consecuencia tenga como finalidad la exclusión de las operadoras de televisión de paga de la APTC del mercado.
- (xxiii) La informalidad del mercado de televisión de paga no puede desacreditar el peligro latente y constante de las agremiadas de la APTC de ser sancionadas e inhabilitadas.
- (xxiv) Se debe considerar la proximidad de los partidos e las Eliminatorias Qatar 2020, pues la negativa de LATINA evidenciaría cómo los efectos negativos potenciales de la conducta en cuestión se vuelven efectivos.
- (xxv) El servicio prepago de DIRECTV y de los denunciantes se asemejan en el precio. Este servicio se caracteriza porque reduce los costos de cambio y su precio se encuentra en el mismo rango que las proveídas por las operadoras de televisión de paga de la APTC. Ello significa que los precios del servicio de DIRECTV tienen la capacidad de absorber los abonados que pierden los agremiados de la APTC por la negativa de

LATINA, con lo que quedan excluidas del mercado de manera directa, al no poder enfrentar la competencia de DIRECTV.

24. El 9 de junio de 2020, DIRECTV presentó un escrito desarrollando argumentos adicionales y solicitando que se tenga presente al resolver.
25. El 23 de junio de 2020, DIRECTV presentó un escrito contestando los alegatos presentados por la APTC.
26. El 10 de julio de 2020 se desarrolló la audiencia de informe oral con la participación de todas las partes.
27. El 15 de julio de 2020, la APTC presentó un escrito desarrollando argumentos sobre la caducidad del procedimiento, solicitando que se tenga presente al resolver.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

28. Considerando los argumentos expuestos por los administrados, este Tribunal considera que las cuestiones en discusión en el presente caso son las siguientes:
 - (i) Determinar si concurren las condiciones para declarar la caducidad del procedimiento.
 - (ii) Determinar si la Resolución Impugnada es nula por falta de motivación y si ha vulnerado el principio de verdad material.
 - (iii) Determinar la existencia de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar.
 - (iv) De corresponder, determinar si corresponde confirmar la medida correctiva y sanción impuesta a LATINA y DIRECTV.

III. ANÁLISIS

III.1 LA CADUCIDAD ADMINISTRATIVA

3.1.1 Regulación de la caducidad administrativa

29. El Decreto Legislativo N° 1272 introdujo en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), el régimen de caducidad aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores. La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272 explica que la incorporación de la caducidad administrativa *busca darle una salida distinta al mero transcurso del tiempo ante la falta de pronunciamiento* en un procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, resalta que se orienta a preservar *condiciones básicas de seguridad jurídica*, a fin de evitar que los imputados se encuentren indefinidamente en dicha situación, sin una solución definitiva.

30. Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 1452 se efectuó una modificación del referido artículo 237-A, precisando que la caducidad a la que se refería esta disposición era de naturaleza administrativa y se añadió un numeral que detalla los efectos generados sobre las actuaciones realizadas en un procedimiento cuando se declara su caducidad.
31. En la Exposición de Motivos del citado Decreto Legislativo N° 1452, cuyo contenido resulta relevante para efectos del caso, se explicó que la institución de la caducidad administrativa fue tomada de la legislación española³. Asimismo, se resaltó que la finalidad de su inclusión era acorde a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que reconoce el “derecho al plazo razonable” como un derecho público subjetivo de los ciudadanos, que limita el poder estatal.
32. Si bien esta no es una fuente de derecho conforme a lo previsto en el artículo V del Título Preliminar del TUO de la LPAG, de acuerdo con los métodos de interpretación jurídica, con principal atención al método de interpretación histórico, la Exposición de Motivos permite obtener el significado de lo que quiere decir la norma materia de análisis⁴. Por este motivo, es conveniente acudir a la fuente de intención para así constatar el sentido otorgado por el legislador para interpretar las causas de una norma.
33. Así, de las exposiciones de motivos previamente mencionadas se advierte que la voluntad del legislador al incorporar la caducidad en el TUO de la LPAG era establecer un plazo razonable a partir del cual se considerará que el procedimiento caducó. Cabe precisar que el Tribunal Constitucional⁵ reconoce que en virtud del principio de razonabilidad las partes tienen derecho a ser investigados y juzgados dentro de un plazo razonable, lo cual resulta trasladable al ámbito administrativo. De esta manera, se otorga seguridad y confianza al administrado al disponer a la caducidad como una de las formas de conclusión del procedimiento motivada por el transcurso del tiempo.

³ La Exposición de Motivos cita textualmente del artículo 25, numeral 1, literal b), de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas del 2015, que se señala lo siguiente:

Artículo 25. Falta de resolución expresa en procedimientos iniciados de oficio.

1. En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

a) En el caso de procedimientos de los que pudiera derivarse el reconocimiento o, en su caso, la constitución de derechos u otras situaciones jurídicas favorables, los interesados que hubieren comparecido podrán entender desestimadas sus pretensiones por silencio administrativo.

b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95.

2. En los supuestos en los que el procedimiento se hubiera paralizado por causa imputable al interesado, se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución.

(Énfasis agregado)

⁴ RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Décima edición, aumentada. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 237.

⁵ Ver: Expediente N° 00156-2012-PHC/TC.

34. En el contexto expuesto, la caducidad es una figura que pretende resguardar el interés de los administrados a tener seguridad jurídica respecto de la extensión del trámite en un procedimiento administrativo sancionador dentro de un plazo razonable, de modo que no se justifica su extensión indeterminada a fin de resguardar el derecho al debido proceso, y que no esté sujeta a la simple voluntad de la Administración pública.
35. En el presente caso, atendiendo la solicitud de declaración de caducidad formulada por LATINA, el CCP consideró que el plazo máximo para resolver debía computarse desde la notificación de las pruebas de cargo que se efectuó el 3 de diciembre de 2018. Asimismo, consideró que la norma aplicable, para efectos de la determinación del plazo máximo para resolver el procedimiento, era el TUO de la LPAG, con lo cual el plazo para resolver podía extenderse por un periodo adicional de tres (3) meses.
36. Por su parte, tanto LATINA como DIRECTV indicaron que ha operado la caducidad del procedimiento sancionador. De acuerdo al cómputo efectuado por ambas empresas, el plazo para resolver el procedimiento se habría iniciado el 2 de julio de 2018, con la notificación de la Resolución de Inicio, por lo que el plazo de nueve (9) meses al que se refiere el TUO de la LPAG se habría cumplido el 2 de febrero de 2019.
37. Sobre el particular, resulta pertinente señalar que, mediante la Resolución de Inicio, notificada el 2 de julio de 2018, el CCP dio inicio al procedimiento administrativo sancionador contra LATINA y DIRECTV por la presunta comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar. En la misma resolución se consideró necesario levantar la confidencialidad de información aportada por las empresas, por lo que se dispuso suspender el plazo para la presentación de descargos hasta cumplir con la notificación de las pruebas de cargo y de descargo a los imputados, luego que la decisión de levantamiento de confidencialidad se encuentre consentida y/o no sea recurrida por sus titulares.
38. Tanto LATINA como DIRECTV formularon recursos de apelación contra la citada Resolución de Inicio, cuestionando, entre otros aspectos, la decisión de levantar la confidencialidad de la información que aportaron durante la investigación preliminar. Estas impugnaciones fueron resueltas por este Tribunal mediante la Resolución N° 14-2018-TSC/OSIPTEL del 4 de setiembre de 2018, declarando fundado en parte el recurso de apelación de LATINA y fundado el recurso de apelación de DIRECTV en los extremos referidos al cuestionamiento de la decisión del CCP de levantar la confidencialidad de información que calificaba como prueba de cargo.
39. En este sentido, se observa que, a partir de la notificación de la resolución del inicio de procedimiento, se tuvieron que evaluar las solicitudes de oposición al levantamiento de confidencialidad de la información a efectos de remitir las pruebas de cargo correspondiente a las partes, no siendo adecuado considerar que durante este tiempo la Administración Pública haya realizado alguna actividad de investigación en el marco del presente procedimiento administrativo sancionador.
40. Posteriormente, mediante Oficio N° 459-STCCO/2018 y Oficio N° 460-STCCO/2018, ambos recibidos el 3 de diciembre de 2018 por LATINA y

DIRECTV respectivamente, la STCCO procedió a notificar a las imputadas las respectivas pruebas de cargo, luego de discriminar la información confidencial que podía ser levantada como prueba de cargo, en atención a lo dispuesto por este Tribunal. En dicha oportunidad, se otorgó a las imputadas un plazo no mayor a quince (15) días hábiles para la presentación de sus descargos.

41. Gráficamente, se pueden resumir dos (2) momentos en la tramitación del procedimiento. El primero, ocurrido el 2 de julio de 2018, corresponde a la fecha de notificación de la Resolución de Inicio, y el segundo, ocurrido el 3 de diciembre de 2018, corresponde a la fecha de notificación de las pruebas de cargo.



42. De acuerdo a lo expuesto, la cuestión en discusión en el presente caso consiste en determinar la fecha inicial para el cómputo del plazo de caducidad.
43. Al respecto, conforme al artículo 259 del TUO de la LPAG, el plazo máximo para resolver los procedimientos sancionadores por la comisión de prácticas anticompetitivas se computa desde la fecha de notificación de la imputación de cargos.

Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.

44. Por su parte, los artículos 254 y 255 del TUO de la LPAG recogen los alcances del acto de notificación de imputación de cargos, al que se refiere el citado artículo 259, precisando la oportunidad en la que debe formularse y los requisitos mínimos que debe contener:

Artículo 255.- Procedimiento sancionador

(...)

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

Artículo 254.- Caracteres del procedimiento sancionador

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión

de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

45. Con relación a la misma actuación, la “Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador”, elaborada por el MINJUS, a la que también recurre el CCP, señala que la notificación de la imputación de cargos es una característica esencial del procedimiento administrativo sancionador. Ello se debe a que esta le garantiza a los administrados el conocimiento oportuno de los hechos que se le imputan, las infracciones en las que habrían incurrido y las sanciones que correspondería imponer.
46. Asimismo, la mencionada guía enuncia los requisitos mínimos que debe contener la notificación de imputación de cargos: (i) precisión; (ii) claridad; (iii) inmutabilidad; y, (iv) suficiencia⁶. Importa señalar que, para cumplir con el requisito de suficiencia al que se refiere la Guía, la notificación de imputación de cargos debe contener toda la información necesaria que sustente los cargos que se imputan al administrado (informes o demás documentos).
47. La notificación de la imputación de cargos asegura el respeto del derecho de defensa de los administrados. Adicionalmente, conforme a la regulación prevista en el TUO de la LPAG, también constituye el punto de partida para el cómputo del plazo máximo para resolver con el que cuenta la entidad. En ese sentido, al amparo de las disposiciones que se han citado, no es posible asumir que se haya activado el plazo máximo para resolver el procedimiento y, por otro lado, que no ocurra lo mismo con la presentación de descargos. En otros términos, la misma actuación de notificación de imputación de cargos no puede tener consecuencias distintas en la tramitación de un procedimiento sancionador.
48. En este sentido, resulta imprescindible para los administrados contar con las pruebas de cargo para ejercer su derecho a la defensa, “como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento”⁷. En el presente procedimiento administrativo sancionador, dicha situación se logra luego de superados los procedimientos para el levantamiento de la confidencialidad de la información correspondiente.
49. De este modo, dado que, para contradecir los cargos imputados, la conducta imputada y las pruebas mediante la cual se atribuye a una parte haber incurrido en la conducta infractora, correspondía a la STCCO notificar las pruebas de cargo y de descargos correspondientes de modo posterior al levantamiento de la confidencialidad de la información a efectos de poder continuar con las siguientes etapas del procedimiento administrativo sin que las mismas revistan alguna causal de nulidad.
50. En esa línea, la doctrina considera que las pruebas de cargos son de carácter central en el procedimiento porque es la concreción de la acusación, sin la cual el imputado no podría alegar con coherencia sobre una imputación cuyos

⁶ Ver: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-2DA-EDICION.pdf>
Consultado el 6 de noviembre de 2019.

⁷ Ver: Expediente N° 5085-2006-PA/TC. Fundamento Jurídico N° 5.

fundamentos desconoce⁸, lo cual evidencia que en la etapa instructora del procedimiento administrativo sancionador, conviene que los administrados accedan a las pruebas de cargos a fin de que presenten sus descargos y demás pruebas.

51. Lo anteriormente mencionado evidencia que la necesidad del levantamiento de la confidencialidad en el procedimiento administrativo materia del presente recurso de apelación responde a la obligación de garantizar a los administrados la facultad de ejercer plenamente su derecho a la defensa. Ello, sin embargo, no se dio producto de una dilación que pudiera ser considerada como indebida por parte de la STCCO y tampoco implicó el otorgamiento de una etapa adicional en el procedimiento en beneficio de la Administración Pública, como se verá más adelante.
52. Por tanto, se puede afirmar que cuando se produce la notificación de cargos a los imputados se activa el plazo para la presentación de descargos y también ocurre lo mismo con relación al plazo máximo para resolver. *Contrario sensu*, si no se ha producido la notificación de los cargos, no se puede activar el plazo para la presentación de descargos y, por extensión, tampoco podría iniciar el cómputo del plazo de caducidad.
53. Ahora bien, de acuerdo a los artículos 254 y 255 del TUO de la LPAG antes citados, la notificación de cargos a los imputados requiere cumplir determinadas condiciones que aseguren su validez. En efecto, la aplicación de estas normas lleva a considerar que es necesario proceder a realizar la efectiva notificación de los cargos a los administrados, cumpliendo con los requisitos mínimos a los que nos hemos referido. Por ello, siguiendo una interpretación estricta y literal de lo dispuesto en el TUO de la LPAG, se puede desprender que la falta de notificación de cargos no tiene la aptitud legal de activar el cómputo del plazo para la presentación de descargos. Por lo mismo, tampoco podrían activar el plazo máximo para resolver.
54. En ese sentido, durante la tramitación del procedimiento que se sigue contra LATINA y DIRECTV, se puede observar que, si bien la Resolución de Inicio fue notificada a las partes el 2 de julio de 2018, la notificación de los cargos, en el sentido reconocido por los artículos 254 y 255, así como el artículo 259 del TUO de la LPAG, se produjo posteriormente, con fecha 3 de julio de 2018, cuando el órgano instructor procedió a notificar a ambas empresas todas las pruebas de cargo, incluidas las que contenían información confidencial, que sustentaba la hipótesis de la existencia de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar.
55. Este Tribunal comprende la preocupación de las recurrentes, en el sentido que el retraso de la notificación de los cargos podría eventualmente servir de justificación para extender el plazo máximo para resolver por un periodo mayor al que establece la ley. Sin embargo, un desvío del propósito de la regulación de la caducidad, como el que considera LATINA, podría identificarse con facilidad si la falta o retraso de la notificación de los cargos carece de respaldo legal que la justifique.

⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XII Actos Administrativos y Sanciones Administrativas. Segunda Edición. 2017, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 354

56. Como ya se ha señalado, de la evaluación de los actuados, se advierte que el periodo comprendido entre la notificación de la Resolución de Inicio, efectuada el 2 de julio de 2018, y la notificación de las pruebas de cargo, efectuada el 3 de diciembre de 2018, obedece al trámite de levantamiento de información confidencial por constituir prueba de cargo, lo cual resulta exigible en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores por infracción a las normas de libre competencia. En otras palabras, la falta de notificación conjunta de la Resolución de Inicio y de las pruebas de cargos, no se produjo por un hecho atribuible a la Administración, sino en cumplimiento de una disposición legal de carácter especial, que regula la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores por la comisión de conductas anticompetitivas para salvaguardar la confidencialidad de la información que presentan los administrados.
57. Resulta indispensable resguardar y cumplir con los procedimientos incluidos para el levantamiento de la información confidencial. De lo contrario, la publicación indiscriminada de dicha información restringida ocasionaría consecuencias perjudiciales para los agentes económicos en cuanto a la defensa de la libre competencia. Como consecuencia de la divulgación de dicha información, se podía producir una afectación a su titular o al tercero de quien la hubiera recibido. Asimismo, se estaría concediendo una ventaja significativa indebida para el competidor⁹.
58. En efecto, de acuerdo al artículo 35 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto supremo N° 030-2019-PCM (en adelante, TUO de la Ley de Competencia), la información que constituye prueba de cargo no puede ser declarada o mantenida como confidencial para los imputados. Asimismo, esta norma establece que la calificación de prueba de cargo corresponde a la autoridad administrativa, la misma que puede ser impugnada por los administrados.

35.7. La información que constituya prueba de cargo no podrá ser declarada o mantenida como confidencial para los imputados en el procedimiento administrativo sancionador a iniciarse o en curso. La calificación de prueba de cargo corresponde a la Secretaría Técnica como órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador y será quien resuelva los pedidos de confidencialidad que recaigan sobre pruebas de cargo. Su pronunciamiento podrá ser objeto de apelación dentro del plazo de cinco (5) días hábiles de notificado, debiendo resolverse por el Tribunal en un plazo máximo de veinte (20) días hábiles.¹⁰

⁹ INDECOPI. Resolución N° 0273-2018/SDC-INDECOPI. Fundamento 17.

¹⁰ Esta disposición es producto de la modificación introducida mediante Decreto Legislativo N° 1205 del año 2015. Previamente tuvo dos modificaciones. Originalmente, se establecía lo siguiente:

“32.7. Los procedimientos y plazos para la declaración de reserva de información confidencialidad serán establecidos por Directiva conforme lo prevé la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N° 1396 del año 2018 se efectuó una nueva modificación, con una redacción bastante similar a la vigente:

“32.7. La información que constituya prueba de cargo no podrá ser declarada o mantenida como confidencial para los imputados en el procedimiento administrativo sancionador. La calificación de prueba de cargo corresponde a la Secretaría Técnica como órgano instructor del procedimiento

(Énfasis agregado)

59. Además de lo anterior, el reconocimiento de la necesidad de poner en conocimiento de los imputados incluso la información confidencial, cuando esta califica como prueba de cargo, encuentra fundamento en la eventual afectación al derecho de defensa que se produciría por proteger la confidencialidad.

“(…) un escenario donde la protección de la confidencialidad vulneraría el derecho de defensa ocurrirá cuando no se permita a los imputados el acceso a información, en principio confidencial, que sea necesaria para poder contradecir los argumentos sostenidos en la imputación de cargos o las conclusiones- contenidas en el Informe Técnico, lo cual constituiría una afectación indebida al debido proceso, consagrado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución”¹¹

60. Sobre el particular, en un anterior pronunciamiento, este Tribunal ha abordado esta problemática, indicando que no puede computarse el plazo para la presentación de descargos mientras los administrados no reciban toda la información que sustente los hechos que se le atribuyen a título de infracción¹².

“120. Sin perjuicio de ello, conforme a lo desarrollado en los numerales precedentes, este Tribunal considera importante resaltar que las “pruebas de cargo” son esenciales para iniciar el procedimiento administrativo sancionador; mientras que, la importancia de la “prueba de descargo” toma relevancia iniciado el procedimiento administrativo sancionador, en cuanto corresponde a la defensa de los cargos por parte del administrado.

(…)

130. Al respecto, se desprende de una lectura del oficio de notificación de la ST-CCO, que como se ha declarado que dicha información debe ser de tratamiento público, las empresas -quienes solicitaron la confidencialidad de dichos correos- podrían apelar este extremo de la decisión y, en ese sentido, la ST-CCO debía guardarle reserva a la misma hasta que transcurra el plazo de apelación establecido en el TUO del Reglamento de Información Confidencial. Conforme a ello, se les remitió a las partes la Resolución de Inicio con las pruebas de cargo “tapadas”.

131. No obstante, con dicha notificación se activó el resuelve contenido en el Artículo Tercero de la Resolución de Inicio, en relación al plazo de quince (15) días hábiles para la presentación de los descargos por parte de las imputadas. Así, con esta disposición y el acto de notificación, el plazo de descargos comenzó a contabilizarse y la resolución de inicio comenzó a generar efectos, los mismos que no se debieron generar en cuanto el derecho de defensa había sido limitado a las empresas imputadas a partir del desconocimiento del contenido detallado de las pruebas de cargo consideradas por el Cuerpo Colegiado. En efecto, ello genera un vicio de nulidad indubitable, pues el plazo que tenían las empresas para descargar comenzó a correr, sin que las empresas conozcan las pruebas de cargo identificadas por el Cuerpo Colegiado, recortándose el plazo de descargos

administrativo sancionador y será ésta quien resuelva los pedidos de confidencialidad que recaigan sobre pruebas de cargo. Su pronunciamiento podrá ser objeto de apelación dentro del plazo de cinco (5) días hábiles de notificado, debiendo resolverse por el Tribunal en un plazo improrrogable de treinta (30) días hábiles.”

¹¹ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1205.

¹² Ver: Resolución N° 008-2017-TSC/OSIPTEL del 6 de setiembre de 2017.

que les correspondería desde que se conocen las pruebas de las imputaciones en su contra y limitándose así su derecho de defensa.

132. *Al respecto, este Tribunal considera que resulta correcto que la primera instancia haya guardado la reserva de dicha documentación en tanto no haya quedado consentida o haya sido confirmada por este Tribunal. No obstante, el actuar debido de la primera instancia hubiera sido indicar en la Resolución de Inicio que el plazo de descargos quedaba suspendido hasta que las empresas tomen conocimiento de las pruebas de cargo identificadas en el procedimiento.*
(Énfasis agregado)

61. En ese sentido, la necesidad de regular y observar el trámite de resguardo de la información confidencial que constituye prueba de cargo y su levantamiento para efectos de garantizar el ejercicio de derecho de defensa encuentra justificación en el marco de la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores por la comisión de prácticas anticompetitivas. El mencionado procedimiento se encuentra expresamente reconocido por el TUO de la Ley de Competencia, puesto que en estos casos se suele requerir a los administrados diversa información sensible de carácter comercial, cuya divulgación podría causar perjuicios a su titular¹³.
62. De acuerdo a lo expuesto, el aludido trámite de levantamiento de confidencialidad de la información recabada por la autoridad de competencia durante la investigación preliminar no es una actuación de la que pueda prescindirse en la tramitación del procedimiento sancionador. Todo lo contrario, la necesidad de observar su realización es una exigencia que se encuentra expresamente reconocida en el propio TUO de la Ley de Competencia.
63. Admitiendo la necesidad de este trámite, no puede válidamente concluirse que la notificación de la Resolución de Inicio haya producido la condición que permite activar el cómputo de plazo máximo para resolver el procedimiento. Esta afirmación se sustenta en la medida que, para ello, se requería realizar la notificación de todos los elementos que sirven de sustento para atribuir la existencia de responsabilidad administrativa a LATINA y DIRECTV, y este hecho se produjo el 3 de diciembre de 2018.
64. Lo expuesto guarda consistencia con el reconocimiento de la existencia de determinadas fases en la tramitación del procedimiento administrativo sancionador, a las que se refiere la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272.

“Entrando a revisar lo previsto como trámite para el seguimiento de un procedimiento administrativo sancionador, y tomando en cuenta las diversas fases de dicho procedimiento – iniciación, notificación del cargo, instrucción del procedimiento, propuestas de sanción, decisión administrativa –, hoy se hace innecesaria la mención que se incluía en el texto original del numeral 235.5 (...)”
(Énfasis agregado)

65. En estas condiciones, nuestro ordenamiento jurídico reconoce que entre las fases de un procedimiento administrativo sancionador es posible distinguir la iniciación del procedimiento de la notificación de cargos. Por tanto, no es cierto que la fase de iniciación deba incorporar necesariamente la fase de notificación

¹³ Así se reconoce en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1205, que modificó el artículo bajo comentario.

de las pruebas de cargo. Como se ha explicado en los fundamentos previos, precisamente en procedimientos de represión de conductas anticompetitivas se advierte la diferenciación de estas fases, que encuentra respaldo en el artículo 255 numeral 3 del TUO de la LPAG (*[d]ecidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado*) y en la exposición de motivos, citada en el párrafo anterior.

66. Contrariamente a la interpretación otorgada por LATINA a lo previsto en los numerales 63 y 99 de la Resolución N° 014-2018-TSC/OSIPTEL, este Tribunal reivindica que el acto de apertura o iniciación es considerada, en la normativa nacional aplicable al procedimiento administrativo sancionador, como una fase distinta a la notificación de cargos de acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, situación que resulta de similar aplicación a la caducidad en la cual se reconoce el inicio del cómputo del plazo con la notificación de las pruebas de cargo.
67. En consecuencia, de acuerdo a lo que se ha explicado en la presente sección, para efectos del cómputo del plazo máximo para resolver, este Tribunal considera que la fecha inicial para el cómputo coincide con la fecha de notificación de todas las pruebas de cargo a las dos empresas imputadas, esto es, el 3 de diciembre de 2018.

3.1.2 Norma aplicable para determinar el plazo máximo para resolver

68. Determinada la fecha de inicio para el cómputo del plazo máximo para resolver, corresponde señalar que el TUO de la LPAG establece dos (2) escenarios en los que puede aplicarse el régimen de caducidad:
 - (i) En el primero corresponde resolver el procedimiento en nueve (9) meses como máximo, con posibilidad de una ampliación excepcional máxima de tres (3) meses.
 - (ii) El segundo escenario se presenta cuando la entidad encargada de la tramitación del procedimiento cuenta con una ley que establece un plazo mayor al previsto en el TUO de la LPAG, en cuyo caso la caducidad opera al vencimiento de este.
69. En atención a una consulta específica efectuada por el INDECOPI, el MINJUS emitió una opinión técnica mediante el documento Consulta Jurídica N° 15- 2017-JUS/DGDNCR del 7 de julio de 2017. En dicho documento señaló que el plazo para declarar la caducidad del procedimiento administrativo sancionador regulado por el TUO de la Ley de Competencia es el plazo máximo para resolver que se encuentra establecido en este dispositivo normativo. Del mismo modo, se indica que, si bien no se establece de manera precisa el plazo de caducidad del procedimiento sancionador, este plazo se podía desprender del “*iter procedimental establecido en la citada norma*”.
70. Si bien el INDECOPI ejerce potestad sancionadora en materia de represión de conductas anticompetitivas, es necesario recordar que esta labor se encuentra reservada al OSIPTEL en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Para el desarrollo de esta función y específicamente para la determinación de la existencia de prácticas anticompetitivas los órganos

competentes del OSIPTEL aplican las disposiciones del TUO de la Ley de Competencia, tal como lo reconocen el artículo 17 y la Primera Disposición Complementaria Final de esta misma norma.

“Artículo 17.- Del OSIPTEL.-

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.”

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- Competencia primaria.-

El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.”

71. Estas disposiciones normativas reconocen que la aplicación del TUO de la Ley de Competencia en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones se encuentra a cargo del OSIPTEL. Así, la labor de identificar y, eventualmente, sancionar a los agentes económicos por la comisión de conductas anticompetitivas, como los casos de abuso de posición de dominio o prácticas colusorias que tengan incidencia en este mercado, se encuentra a cargo de los órganos resolutivos instalados al interior del OSIPTEL.
72. Ahora bien, para efectos de determinar la norma aplicable en el cómputo del plazo máximo para resolver, es pertinente resaltar que las disposiciones normativas citadas reconocen que las instancias competentes para evaluar las conductas anticompetitivas, sus facultades y el procedimiento que rige su actuación son establecidos en el marco normativo del OSIPTEL. Dentro del marco normativo al que se refiere el TUO de la Ley de Competencia se encuentra el Reglamento de Solución de Controversias aprobado por el OSIPTEL, en el que se ha regulado el procedimiento administrativo sancionador frente a la comisión de prácticas anticompetitivas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.
73. No obstante lo anterior, es importante tener presente que mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016, se introdujeron modificaciones que otorgan a la LPAG el carácter de norma común. Efectivamente, modificando el artículo II del Título Preliminar, se dispuso que la LPAG contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado, y que regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. Estas disposiciones buscaron otorgar una vocación unificadora a esta norma¹⁴, cuya concepción se refuerza con la derogación de su Tercera

¹⁴

En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272 se señala lo siguiente:

“Cabe anotar que con las modificaciones efectuadas en lo referido al ámbito de aplicación de la LPAG se busca, tomando en cuenta las experiencias vividas en nuestro país en los últimos años, disponer que esta norma contenga disposiciones comunes para las actuaciones de la función

Disposición Complementaria y Final¹⁵, mediante Decreto Legislativo N° 1452, publicado el 16 de setiembre de 2018.

74. De esta forma, se aprecia que la LPAG pasó de ser una norma supletoria a ser la norma común que establece las condiciones mínimas que deben regir a todos los procedimientos, lo que no implica que se excluya la existencia de esta regulación procedimental especial. Siendo así, se debe resaltar que el carácter común de la LPAG tiene especial relevancia en los procedimientos administrativos sancionadores, pues debido a su naturaleza se deben aplicar reglas y pautas comunes que no pueden ser disminuidas a través de normas especiales contenidas en leyes o reglamentos, en tanto estas representan garantías mínimas para los administrados.
75. En este orden de ideas, si bien el Reglamento de Solución de Controversias constituye el régimen especial aplicable a los procedimientos que versan sobre materias de libre y leal competencia dentro del mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones (conforme lo dispuesto en el artículo 17 del TUO de la Ley de Competencia); en tanto nos encontramos ante un procedimiento administrativo sancionador, la actuación de la Administración pública deberá sujetarse a las reglas y condiciones mínimas previstas en el régimen común que es el TUO de la LPAG, el mismo que regula el plazo de caducidad en su artículo 259.
76. En este sentido, el régimen de caducidad administrativa contemplado en el artículo 259 del TUO de la LPAG prevé lo siguiente:

Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo.

administrativa del Estado y regule todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

Asimismo, se tiene como finalidad que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no impongan condiciones menos favorables a los administrados que aquellos regulados en la LPAG. No tomar en cuenta lo anterior implicaría ir en contra de la vocación unificadora de la LPAG, aspecto que es uno de sus objetivos centrales, y todo lo que ello involucra, esto es, asegurar la existencia de un parámetro de unidad como criterio rector de los procedimientos administrativos y la actuación estatal, circunscribir la existencia de procedimientos administrativos especiales a las situaciones que lo justifiquen y establecer un núcleo de aplicación general para todos los procedimientos."

(Énfasis agregado)

15

DECRETO LEGISLATIVO N° 1452 - D ECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

Única.- Derogación de la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 27444

A partir de la vigencia de la presente Ley, quedan derogada expresamente la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y FINALES

TERCERA.- Integración de procedimientos especiales

La presente Ley es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales.

Quando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.
(Énfasis agregado)

77. Por tanto, la regla general para aplicar el régimen de caducidad administrativa exige que un procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio debe tener una duración máxima de nueve (9) meses, computados desde la fecha de notificación, el cual puede extenderse, excepcionalmente, por un plazo de tres (3) meses. Esta regla general admite una excepción, que resulta aplicable cuando existe una ley que establece un procedimiento con una duración mayor, en cuyo caso, el plazo de caducidad opera a su vencimiento.
78. Como se advierte, la aplicación de la excepción prevista en el artículo 259 del TUO de la LPAG se encuentra sujeta a la existencia de dos condiciones: la primera, que el plazo mayor haya sido establecido en una ley y la segunda es que el plazo consignado en esta disposición sea mayor al previsto como regla general.
79. Al respecto, el Reglamento de Solución de Controversias, norma que rige los procedimientos administrativos del OSIPTEL en materia de libre competencia, no dispone un régimen particular para el plazo de caducidad, y tampoco es una norma con rango de ley, en tanto fue aprobado por el OSIPTEL en ejercicio de potestad normativa, teniendo carácter reglamentario. Por tanto, el plazo de caducidad aplicable al procedimiento administrativo sancionador seguido contra LATINA y DIRECTV es el que se encuentra previsto en el régimen común establecido en el TUO de la LPAG, esto es, nueve (9) meses, computados desde la fecha de notificación, pudiendo extenderse, excepcionalmente, por un plazo de tres (3) meses.
80. Cabe mencionar que LATINA ha señalado en su recurso de apelación que coincide con el criterio del CCP y, por tanto, de este Tribunal respecto de la aplicación del plazo de caducidad administrativa previsto en el artículo 259 del TUO de la LPAG.
81. Durante el procedimiento, las empresas impugnantes han sostenido que se habría producido el vencimiento del plazo máximo para tramitar el procedimiento sancionador; sin embargo, la notificación de la imputación de cargos, con todos los actuados correspondientes, luego del levantamiento de la información confidencial que califica como prueba de cargos, se realizó el 3 de diciembre de 2018, por lo que el plazo de caducidad vencía el 3 de setiembre de 2018, el mismo que en caso de ampliación por el máximo permitido, vencía el 3 de diciembre de 2019. En tal sentido, el procedimiento administrativo sancionador seguido a las referidas empresas debía concluir con pronunciamiento y notificación a las partes como máximo en esta fecha, es decir, el 3 de diciembre de 2019.
82. Finalmente, de la revisión del expediente, se advierte que el CCP decidió la ampliación del plazo para emitir su pronunciamiento mediante Resolución N° 040-2019. Posteriormente, con fecha 25 de noviembre de 2019 expidió la decisión que ha sido impugnada, mediante la cual declaró la responsabilidad administrativa de LATINA y DIRECTV. Esta decisión fue notificada a las partes el 2 de diciembre de 2019, de manera que puede afirmarse que las actuaciones

se realizaron dentro de los plazos máximos previstos por el ordenamiento jurídico.

83. Por tanto, conforme a lo desarrollado, corresponde desestimar los argumentos expuestos por LATINA y DIRECTV mediante los cuales pretende que se declare la caducidad del procedimiento administrativo sancionador.

III.2 EL PRINCIPIO DE VERDAD MATERIAL Y LA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA COMO CAUSAL DE NULIDAD

3.2.1. Sobre la nulidad invocada

84. DIRECTV señala que la Resolución Impugnada es nula, pues contraviene el principio de verdad material y contiene un vicio de motivación. Con relación al principio de verdad material, DIRECTV señala que el CCP ha omitido actuar todos los medios probatorios necesarios que lo lleven a conocer la realidad de los hechos, esto es, que no existió el presunto acuerdo colusorio entre DIRECTV y LATINA. Como consecuencia de ello y de la falta de evidencia, la Resolución Impugnada contiene inferencias y suposiciones carentes de lógica que han sido desarrolladas sobre la base de premisas injustificadas y no acreditadas, afectando la motivación de la referida resolución.
85. Al respecto, la nulidad es la institución jurídica mediante la cual se expulsa del ordenamiento jurídico a un acto administrativo que adolece de alguna de las causales de invalidez trascendente o relevante, establecidas expresamente como tales en el TUO de la LPAG. En este sentido, se irrumpe la presunción de validez de la cual gozan los actos administrativos debido a la gravedad del vicio que acarrea, por lo que corresponde a la autoridad administrativa superior, de oficio o a solicitud de parte mediante los recursos administrativos, analizar si el acto administrativo cuestionado incurre en alguna causal de nulidad.
86. El artículo 10 del TUO de la LPAG establece como causales de nulidad del acto administrativo la inobservancia de las leyes, así como la omisión o defecto de sus requisitos de validez¹⁶.
87. En cuanto al alegado principio de verdad material, en efecto, la misma está prevista entre uno de los principios que fundamentan todo procedimiento administrativo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, por lo que ante la corroboración de su

¹⁶

DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

(Énfasis agregado)

inobservancia, la autoridad administrativa superior deberá declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

88. Sobre la motivación, conforme al numeral 3) del artículo 3 del TUO de la LPAG, constituye un requisito de validez del acto administrativo. Asimismo, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 10 de la referida norma, constituye un vicio del acto administrativo que acarrea su nulidad, el defecto o la omisión de alguno de los requisitos de validez; salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14 del TUO de la LPAG.
89. A continuación, corresponde analizar si la Resolución Impugnada incurre en algún vicio de validez que revista con una causal de nulidad a dicha resolución por incumplir la observancia al principio de verdad material, previsto en el TUO de la LPAG, o no estar debidamente motivada, de acuerdo con las afirmaciones de DIRECTV en su recurso de apelación.

3.2.2. Sobre la presunta vulneración del principio de verdad material

90. El principio de verdad material se encuentra previsto en el inciso 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, en el que se dispone que *“la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por ley”*¹⁷.
91. Este principio implica que la autoridad administrativa debe realizar, incluso de oficio, las actuaciones dirigidas a obtener todos los medios probatorios necesarios para averiguar la realidad de los hechos ocurridos, sin limitarse a las pruebas aportadas por el administrado. En este sentido, la prueba de oficio adquiere especial relevancia, pues la Administración tiene la carga de la prueba de los hechos investigados, encontrándose facultada para resolver fundamentándose en evidencia obtenida de oficio, previamente incorporada al expediente.
92. De esta manera, la verdad material implica que, al momento de resolver, la Administración debe remitirse a los hechos, independientemente de lo alegado o probado por el administrado, en tanto debe cautelar no solo el interés de los administrados, sino también el interés común¹⁸. En este orden de ideas, existiría una contravención a este principio si la autoridad no realiza actividad probatoria o esta resulta mínima, tomando una decisión ajustándose únicamente a las pruebas aportadas o a lo alegado por el administrado.

17

DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

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

18

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Los principios generales del Derecho Administrativo. *Revista Ius et Veritas*, no. 38 (2009), pág. 245.

93. DIRECTV alega que se ha vulnerado el principio de verdad material y, por tanto, el marco legal, dado que el CCP le ha impuesto una sanción sin que se haya cumplido con verificar plenamente los hechos que sustentaron su decisión, al haber omitido, junto con la STCCO, actuar medios probatorios, como inspecciones sorpresa u otras acciones de supervisión a las empresas presuntamente afectadas, que lo hubieran llevado a conocer la realidad de los hechos, esto es, que no existió acuerdo colusorio entre DIRECTV y LATINA.
94. Sin embargo, contrariamente a lo señalado por DIRECTV, consta en el expediente que la STCCO, como órgano instructor, realizó una serie de actuaciones de oficio a fin de recabar los medios probatorios pertinentes que permitieran al CCP esclarecer y averiguar la realidad de los hechos ocurridos. Entre estas actuaciones se encontraron las siguientes:
- (i) Requerimientos de información a LATINA.
 - (ii) Requerimientos de información a DIRECTV.
 - (iii) Requerimientos de información a empresas de televisión de paga: TELEFÓNICA y AMÉRICA MÓVIL.
 - (iv) Realización de entrevistas a LATINA (entrevistas del 23 de mayo y 5 de julio de 2018), DIRECTV (entrevista del 18 de mayo de 2018) y TELEFÓNICA (entrevista del 23 de mayo de 2018).
 - (v) Requerimientos de información a las empresas de televisión de paga asociadas a la APTC y otras operadoras de televisión de paga.
 - (vi) Requerimiento de información a la IRTP.
 - (vii) Requerimiento de información al MTC.
95. Considerando lo anterior, se aprecia que la STCCO, realizando las actuaciones probatorias que consideró necesarias para acreditar los hechos, recolectó indicios, documentos, información y declaraciones, por lo que se verifica que efectivamente realizó una actividad probatoria dirigida a comprobar la existencia de la conducta anticompetitiva investigada.
96. En ese sentido, se desprende de la fundamentación en la Resolución Impugnada que el CCP resolvió sobre la responsabilidad administrativa de LATINA y DIRECTV considerando no solo las alegaciones de los administrados -LATINA, DIRECTV y la APTC- o los medios probatorios aportados por estos, sino todos los medios probatorios obtenidos e incorporados de oficio al expediente, con el fin de verificar la existencia de la conducta anticompetitiva sin trasladar la carga de la prueba a la APTC y menos aún a las empresas imputadas.
97. Estos medios probatorios de oficio, junto con los aportados por los administrados, fueron evaluados por el CCP, y en dicha evaluación los consideró pertinentes y suficientes para concluir que existió una práctica colusoria vertical. Si bien DIRECTV puede discrepar de la valoración probatoria efectuada por el CCP, es decir, puede considerar que estos medios probatorios no acreditan la comisión de la conducta anticompetitiva investigada, ello no implica una vulneración al principio de verdad material.
98. Por lo expuesto, este Tribunal considera que corresponde desestimar la nulidad de la Resolución Impugnada invocada por DIRECTV en este extremo, en tanto no se ha vulnerado el principio de verdad material ni, por tanto, se ha incurrido en una causal de nulidad por contravención al marco legal.

3.2.3. Sobre la alegada indebida motivación

99. DIRECTV afirma que como consecuencia de la falta de actuaciones probatorias y de la falta de evidencia, la Resolución Impugnada contiene inferencias y suposiciones carentes de lógica que, además, han sido desarrolladas a partir de premisas injustificadas, no acreditadas e incorrectas. Por ello, considera que se presentaron defectos de corrección lógica que afectan la motivación de dicha resolución.
100. El artículo 3 del TUO de la LPAG establece como requisito para la validez del acto administrativo la debida motivación¹⁹. Asimismo, en el artículo 6 del mismo cuerpo normativo, se dispone que la motivación debe ser expresa, exigiéndose la relación concreta y directa entre el hecho, derecho y los medios probatorios²⁰.
101. Sobre el particular, el artículo 139 de la Constitución²¹ reconoce como principio y derecho a la debida motivación, por lo que la autoridad deberá motivar su resolución bajo fundamentos de hecho y de derecho. Así, el Tribunal Constitucional ha enfatizado sobre la relevancia del derecho a la motivación de las resoluciones administrativas, siendo que es una garantía en favor del administrado que exige la existencia de un razonamiento jurídico entre los hechos importantes y la subsunción de estos en la normativa vigente²².

¹⁹ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos
Son requisitos de validez de los actos administrativos:
(...)
4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

²⁰ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS – TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 6.- Motivación del acto administrativo
6.1. La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
6.2. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.
6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.
No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tena una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.
(...)
(Énfasis agregado)

²¹ **Constitución Política del Perú de 1993**
Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)
5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

²² **Tribunal Constitucional del Perú, STC 91-2005-AA, fundamento 9**

102. Del mismo modo, el máximo intérprete de la Constitución también ha sostenido que la debida motivación es una condición exigible a todo acto administrativo dado que imposibilita la libre discrecionalidad de la Administración![?ABCpdf?!0- ftn7](#)²³.
103. Asimismo, la motivación de los actos administrativos evidencia que los órganos de la administración actuaron conforme con las facultades otorgadas y, a su vez, brinda protección a los derechos de los administrados a fin de permitirles conocer las razones que fundamentan la emisión del acto. En otras palabras, la motivación *“es un requisito que integra el elemento forma y consiste en la exteriorización de las razones que justifican y fundamentan la emisión del acto, que versan tanto en las circunstancias de hecho y de derecho (causa) como en el interés público que se persigue con el dictado del acto (finalidad)”*²⁴.
104. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, para considerar que un acto administrativo incurre en una causal de nulidad, en tanto la consecuencia que le corresponde será la más grave, es decir su expulsión del ordenamiento jurídico, los supuestos para concretar nulidad están explícitamente delimitados y no cualquier cuestionamiento a la motivación tendrá dicha consecuencia²⁵.
105. Conviene agregar que, de concordancia con el artículo 6 del TUO de la LPAG, la distinta apreciación respecto de la valoración de los medios probatorios no constituye una causal de nulidad. Por lo que, a partir de la discrepancia en la apreciación, la consecuencia es estimar parcial o totalmente el recurso presentado, mas no declarar su nulidad²⁶.

“El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican...”

Tribunal Constitucional del Perú, STC 8495-2006-PA, fundamento 40

“Un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta – pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”.

²³ **Tribunal Constitucional del Perú, STC 91-2005-AA, fundamento 9**

“La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional...”

Tribunal Constitucional del Perú, STC 91-2005-AA, fundamento 9

“Cabe acotar que la Constitución no establece una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión

²⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. Séptima Edición Actualizada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, pág. 114.

²⁵ Al respecto, el artículo 14 del TUO de la LPAG dispone que son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, y por lo tanto corresponde su conservación, el acto que haya sido emitido con una motivación insuficiente o parcial.

²⁶ MORÓN URBINA, Juan. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2019, pág. 250.

106. Sobre esto último, cuando la autoridad administrativa competente valore que en el acto administrativo la instancia previa incurrió en una aplicación incorrecta de las normas de fondo o una valoración incorrecta de los medios probatorios, corresponderá la revocación de dicho acto y no la nulidad, dado que no se cuestiona su validez o se presenta alguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 10 del TUO de la LPAG.
107. De la revisión de la Resolución Impugnada se advierte que la misma sustentó su decisión en la actuación de diversos medios probatorios, así como realizó la valoración de los mismos, por lo que se considera que la resolución sí se encuentra debidamente motivada. En este sentido, la alegada nulidad por indebida motivación resulta inexacta por cuanto de la lectura de las actuaciones que forman parte del presente expediente, se desprende de manera clara y objetiva las motivaciones que sustentan la decisión de la CCP.
108. Finalmente, en tanto nuestro ordenamiento jurídico no establece como causal de nulidad la distinta apreciación o valoración distinta de los medios probatorios, sino que, inclusive, contrariamente a ello, el legislador niega expresamente la posibilidad de incurrir en una causal de nulidad ante la diferencia en la apreciación, siendo que la actuación de la autoridad administrativa superior debe estar orientada a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado ante la distinta valoración, pero de ningún modo corresponderá la nulidad.

III.3 EVALUACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS VERTICALES

3.3.1. Marco legal

109. Conforme al TUO de la Ley de Competencia, constituyen prácticas colusorias aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia²⁷.

²⁷

DECRETO SUPREMO N° 030-2019-PCM, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CODUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

Artículo 9.- Prohibición relativa

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

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

(...)

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

(...)

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

110. Este tipo de conductas anticompetitivas pueden consistir en prácticas similares a las que se encuentran tipificadas como supuestos de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias horizontales. A modo de ejemplo, puede configurarse mediante la negativa injustificada a satisfacer demandas de compra, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a ciertos competidores en una situación de desventaja injustificada frente a otros, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales, que no guarden relación con el objeto de tales contratos, entre otros.
111. El TUO de la Ley de Competencia precisa que la configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante. Asimismo, precisa que este tipo de prácticas constituyen prohibiciones relativas, por lo que, para verificar una infracción administrativa, la autoridad de competencia debe probar la existencia de la conducta y los efectos negativos que tiene o podría tener para la competencia y el bienestar de los consumidores.
112. Los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobado por este Tribunal mediante Resolución N° 006-2016-TSC/OSIPTEL (en adelante, Lineamientos de Libre Competencia), resaltan que este tipo de prácticas anticompetitivas se producen por la actuación de agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de comercialización y establece el análisis que se debe seguir para determinar su existencia:
- Establecer la existencia del acuerdo restrictivo imputado a las denunciadas.
- Determinar que las partes del acuerdo restrictivo sean agentes independientes que operan en distintos planos de la cadena de producción.
- Determinar que alguna de las partes del acuerdo goce de posición de dominio en el mercado relevante.
- Analizar el objeto o efecto restrictivo de la competencia, potencial o real, derivado del acuerdo y evaluar si ellos exceden las justificaciones económicas o legales que las partes del acuerdo presenten.
113. Siguiendo esta línea de análisis, recientemente, en un pronunciamiento anterior expedido en la tramitación de este mismo procedimiento²⁸, al evaluar la impugnación contra el dictado de una medida cautelar por el CCP, este Tribunal señaló que la configuración de una práctica colusoria vertical de esta naturaleza exige la concurrencia de los siguientes elementos típicos:

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.

(Énfasis agregado)

- (i) La actuación de agentes económicos en planos distintos de la cadena de comercialización.
- (ii) La existencia de posición de dominio de al menos uno de los agentes.
- (iii) La verificación de la práctica a través de alguna de las modalidades que se encuentran listadas en la norma (para efectos del presente caso, la negativa concertada e injustificada a contratar).
- (iv) La evaluación de la existencia de efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

114. Es importante resaltar que la determinación de las prácticas colusorias se sustenta principalmente en indicios y presunciones, toda vez que los agentes económicos tienen incentivos para eliminar las pruebas directas que podrían determinar el comportamiento colusorio. La evaluación de estos indicios y presunciones se evalúan en conjunto para determinar la existencia del comportamiento anticompetitivo.

3.3.2 El uso de la prueba indiciaria o indirecta

115. La prueba directa y la prueba indiciaria tienen la misma validez para acreditar hechos en un proceso o procedimiento, pues permiten verificar los enunciados fácticos que plantean las partes. La necesidad de su uso se encuentra reconocida en el artículo 275 del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS (en adelante, Código Procesal Civil), el cual dispone que *“Los sucedáneos son auxilios establecidos por ley o asumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de estos”*.
116. Asimismo, el artículo 276 del Código Procesal Civil precisa lo que se entiende por indicio, esto es, aquel acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquiriendo significación en su conjunto cuando conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado a la controversia²⁹. De otro lado, la presunción también es descrita por el artículo 277 del mismo texto normativo como el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado³⁰.
117. De la lectura de los citados artículos del Código Procesal Civil, se aprecia que el legislador estableció que los sucedáneos de los medios probatorios son aquellos indicios y presunciones que permiten complementar o incluso sustituir el valor de la prueba directa ante la falta de esta. Esta posibilidad de sustitución

²⁹

CÓDIGO PROCESAL CML

Artículo 276.- Indicio

El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.

³⁰

CÓDIGO PROCESAL CML

Artículo 277.- Presunción

Es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al juez a la certeza del hecho investigado.

corroborar la plena validez probatoria de los indicios y presunciones como medios de prueba.

118. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la prueba indiciaria o indirecta permite determinar la existencia o inexistencia de los hechos imputados ante la ausencia de prueba directa:

“(…) si bien los hechos objeto de prueba de un proceso penal no siempre son comprobados mediante elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudir a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro lado, y en esta segunda modalidad que se haga referencia a los indicios y a las presunciones. En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un hecho ‘hecho inicial-indicio, que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del ‘hecho final – delito’ a partir de una relación de una causalidad ‘inferencia lógica’.”³¹

119. En este orden de ideas, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico peruano reconoce la posibilidad de utilizar indicios como parte de la valoración de los medios probatorios, a fin de generar convicción en la autoridad sobre los hechos investigados. Así fue señalado también por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, mediante la Casación N° 7634-2017:

“(…), el ordenamiento jurídico recoge al indicio como parte del sistema de valoración de las pruebas, permitiéndose resolver el caso a través de prueba indiciaria, por lo cual se realiza el juicio de hechos en función a operación intelectual (…).”³²

120. De manera más específica, el OSIPTEL ha señalado en los Lineamientos de Libre Competencia que la prueba de las prácticas colusorias se basa principalmente en indicios y presunciones que se evalúan en su conjunto para probar la existencia de una práctica colusoria.

“La prueba de las prácticas colusorias, particularmente las relativas a las prácticas concertadas, se basa principalmente en indicios y presunciones, ya que normalmente las empresas se preocupan por eliminar las pruebas directas que demuestran su comportamiento coordinado. Estos indicios y presunciones se evaluarán en conjunto para probar la existencia de prácticas colusorias contrarias a la libre competencia.”

121. Asimismo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, la OCDE) también ha reconocido que las controversias en materia de libre competencia se basan generalmente en una combinación de prueba directa y de prueba indirecta o circunstancial, o totalmente en prueba circunstancial. Esta última es aceptada en todos los países que forman parte

³¹ Fundamento 24 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00728-2008- PHG/TC.

³² Sentencia Casación N° 7634-2017, Lima. En la referida casación se confirma la sentencia emitida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, y ratificó la resolución del Indecopi en contra de las empresas de oxígeno Linde Perú S.A., Praxair Perú S.R.L. y Messer Gases del Perú S.A., por repartirse el mercado del oxígeno medicinal en los contratos de EsSalud a nivel nacional entre enero de 1999 y junio del 2004.

de la OCDE y en muchas otras jurisdicciones, lo que refleja su importancia para el éxito en el cumplimiento de las normas de libre competencia³³.

122. De lo anterior se advierte que, para el análisis de prácticas restrictivas de la competencia, no resulta necesario recurrir únicamente a pruebas directas (documentos firmados, comunicaciones, grabaciones, entre otros), toda vez que no siempre se encuentran presentes en todo procedimiento sancionador, sino que resulta necesario recurrir al análisis de hechos indiciarios que, plenamente acreditados, en su conjunto y a través de un razonamiento lógico- deductivo, permitan acreditar la existencia de una práctica concertada.
123. La necesidad de valorar todas las pruebas (directas o indirectas) se sustenta en los principios relacionados con la actividad probatoria en los procedimientos administrativos sancionadores, en particular, en el principio de verdad material³⁴ que obliga a la autoridad administrativa competente a verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, adoptando todos los medios probatorios necesarios. Esto implica que la autoridad debe agotar todos los medios probatorios que le permita conocer la existencia de los hechos investigados.
124. De acuerdo con lo expuesto, la diferencia entre ambos tipos de prueba no radica en la validez probatoria de estas por sí mismas, sino en los presupuestos necesarios para su configuración. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que para hacer uso de la prueba indiciaria se

³³ OECD, Federal Court of Australia, ASEAN-AANZFTA (2018). Competition Primers for ASEAN Judges. Primer II: Circumstantial evidence in the context of competition law.

3.1 Competition law cases are seldom based exclusively on direct evidence. Instead, competition law cases are generally based either on a combination of both circumstantial and direct evidence, or wholly on circumstantial evidence. Where direct evidence is available, circumstantial evidence can assist a judge in assessing the credibility of that evidence. For example, direct evidence regarding a meeting between competitors may be corroborated or contradicted by circumstantial evidence, like travel records.

3.2 Circumstantial evidence is accepted in every OECD country and in many other jurisdictions. This reflects the importance of this type of evidence for the successful enforcement of competition law.

³⁴ **DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

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

requiere que quede constancia expresa en la decisión de la autoridad³⁵ de la concurrencia de los siguientes elementos³⁶:

- (i) El hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio).
- (ii) El hecho consecuencia o hecho indiciado, es decir, lo que se trata de probar.
- (iii) Entre los primeros dos elementos debe existir un enlace o razonamiento deductivo. La conexión lógica debe ser directa y precisa, y debe responder plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a conocimientos científicos.

125. La doctrina también ha desarrollado los elementos que conforman los indicios. Al respecto, Devis Echandía indica que un indicio es un *“hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos”*³⁷.

126. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la República, reconociendo la aplicación de la prueba indiciaria en procedimientos administrativos sancionadores, destacó que la prueba indiciaria se basa en hechos y circunstancias que se suponen probados y que tratan de establecer, mediante el razonamiento y la inferencia, la relación con el hecho investigado. De esta manera, para que los indicios puedan servir como medio probatorio deben ser apreciados en su conjunto y no de manera individual.

“Que la prueba del indicio, antes propio del Derecho Penal, es la acción o señal que da a conocer lo oculto, es la sospecha que un hecho permita sobre otro desconocido. Ninguna prueba ofrece tanta variedad como el indicio, éste se basa en hechos o circunstancias que se suponen probados y tratan mediante el razonamiento y la inferencia de establecer la relación con el hecho investigado, la incógnita del problema (...). Que como premisa se advierte, que los indicios a fin de que cumplan con su cometido, esto es, que más adelante sirvan como un

³⁵ Fundamento 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04278-2011-PHC/TC:

También se ha pronunciado el Tribunal sobre el uso de la prueba indiciaria y la necesidad de que sea motivada, destacando que el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, por ello, también puede llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), pero ésta debe ser explicitada en la resolución judicial.
(Énfasis agregado)

³⁶ Fundamento 26 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC:

En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.
(Énfasis agregado)

³⁷ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. V.P. de Zavalia, Buenos Aires, 1981, T.2, p. 601.

medio probatorio, deben ser apreciados en su conjunto y no en forma individual (...)³⁸
(Énfasis agregado)

127. Siendo así, no resulta controvertido que la existencia de prácticas concertadas se puede comprobar sobre la base de indicios que deben ser valorados en su conjunto por el juzgador, a fin de extraer presunciones que le permitan formar convicción sobre los hechos investigados³⁹.
128. Posteriormente, de manera más precisa, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República señaló que lo característico de la prueba indiciaria es que *“su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar”*⁴⁰. De ello se aprecia la relevancia del razonamiento lógico del juzgador en la acreditación del hecho investigado, en tanto es indispensable la existencia de un nexo causal y lógico entre aquel y el hecho indiciario.
129. En línea con lo anterior, mediante Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema, la Corte Suprema estableció los presupuestos de la prueba indiciaria⁴¹:
- (i) El indicio -hecho base- debe estar plenamente probado.
 - (ii) Los indicios deben ser plurales o excepcionalmente únicos, pero de una singular fuerza acreditativa.
 - (iii) Los indicios deben ser concomitantes al hecho que se trata probar y deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí, sin excluir el hecho consecuencia.
 - (iv) La inducción o inferencia que se deriven de los indicios debe ser razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y

³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de la República, de fecha 18 de octubre de 1999, expedida en el Expediente N° 098-1996 y recaída en el proceso contencioso administrativo seguido contra la Resolución N° 1104-96-INDECOPI/TRI (práctica colusoria en la modalidad de concertación de precios).

³⁹ GÓMEZ APAC, Hugo. “La Probanza de las Prácticas Colusorias”. Revista de Economía y Derecho Vol. 3, no. 10 (2006): 51.

⁴⁰ Fundamento cuarto de la Sentencia de la Sala Penal Permanente RN. N° 1912-2005-PIURA. Este criterio fue declarado precedente vinculante mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22, de fecha 13 de octubre de 2006.

⁴¹ Fundamento cuarto de la Sentencia de la Sala Penal Permanente RN. N° 1912-2005-PIURA. Este criterio fue declarado precedente vinculante mediante el Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22, de fecha 13 de octubre de 2006. Se señala lo siguiente:

(...), respecto al indicio, (a) éste –hecho base- ha de estar plenamente probado –por los diversos medios de prueba que autoriza la ley-, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata probar –los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos son-, y (d) y deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia –no solo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí- (...), en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.
(Énfasis agregado)

de la experiencia, de forma que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo.

130. De manera similar, los criterios que se deben considerar para la valoración de la prueba indiciaria han sido previstos expresamente en el inciso 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957. Estos criterios para su valoración son los siguientes: (i) el indicio debe estar probado; (ii) la inferencia debe basarse en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y, (iii) cuando se trate de indicios contingentes, estos deben ser plurales, concordantes y convergentes, y no se deben presentar contraindicios consistentes⁴².
131. Con respecto a este último requisito relacionado con los contraindicios, la Corte Suprema, mediante Casación N° 7634-2017, señaló que el ofrecimiento y valoración de los contraindicios es una exigencia de la prueba indiciaria, los que, dependiendo de su consistencia, podrán generar la duda razonable necesaria para desestimar la hipótesis inculpativa.

“(…) demostrar la inocencia por medio de contraindicios no está prohibido por la ley, sino por el contrario es una exigencia de la prueba indiciaria, por lo que no existe vulneración a los principios de inocencia, de la prueba indiciaria y debido proceso. Asimismo, si bien es cierto basta con generar la duda razonable a la hipótesis inculpativa, las recurrentes no han presentado contraindicio consistente tanto en la etapa administrativa como judicial, ya que así se desprende de la base fáctica de la sentencia de vista, no confundiendo el deber de colaboración de las partes.”⁴³
(Énfasis agregado)

132. En ese sentido, toda evaluación de la prueba indiciaria debe realizarse considerando los contraindicios aportados por la otra parte. Siendo así, el indicio se debilita si los contraindicios aportan una conclusión más sencilla, pero se refuerza su valor probatorio si los contraindicios llevan a explicaciones forzadas.
133. En el ámbito de los procedimientos sancionadores en materia de libre competencia, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha señalado que la correcta aplicación de la prueba indiciaria implica que deben concurrir los siguientes elementos⁴⁴:

⁴² **CÓDIGO PROCESAL PENAL**

Artículo 158.- Valoración.-

1. En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.

2. (....)

3. La prueba por indicios requiere:

a) Que el indicio esté probado;
b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;
c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

⁴³ Sentencia Casación N° 7634-2017, Lima. En la referida casación se confirma la sentencia emitida por la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, y ratificó la resolución del Indecopi en contra de las empresas de oxígeno Linde Perú S.A., Praxair Perú S.R.L. y Messer Gases del Perú S.A., por repartirse el mercado del oxígeno medicinal en los contratos de EsSalud a nivel nacional entre enero de 1999 y junio del 2004.

⁴⁴ Fundamento 400 de la Resolución N° 0225-2019/SDC-INDECOPI, de fecha 10 de diciembre de 2019. Ver también: Resolución N° 0171-2019/SDC-INDECOPI, de fecha 12 de setiembre de 2019; Resolución N° 157-2019/SDC-INDECOPI, de fecha 26 de agosto de 2019.

- (i) Pluralidad de hechos (indicios) debidamente acreditados.
- (ii) Razonamiento lógico deductivo entre los hechos acreditados y la hipótesis esbozada por la autoridad.
- (iii) Desvirtuar los contraindicios ofrecidos por los investigados a fin de poder sostener que la única explicación posible (consistente y razonable) de los hechos acreditados sea la realización de la hipótesis planteada por la autoridad.

134. Cabe mencionar que el Tribunal Supremo de España, resaltando la importancia de la aplicación de la prueba indiciaria en el ámbito del derecho de la competencia, también ha desarrollado las exigencias que debe cumplir la prueba indiciaria a fin de desvirtuar la presunción de inocencia del investigado. Estas son las siguientes: (i) los indicios deben haber sido plenamente probados; y, (ii) debe explicitarse el razonamiento por el cual, a partir de los indicios probados, se llega a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora⁴⁵. De este pronunciamiento se resalta la importancia de que el juzgador deje constancia expresa del proceso deductivo que efectuó para concluir que la práctica restrictiva ha tenido lugar, lo que implica que la decisión debe estar adecuadamente motivada.

135. Considerando todo lo expuesto, se puede concluir que para la correcta aplicación de la prueba indiciaria deben concurrir los siguientes elementos:

- (i) Una pluralidad de hechos indiciarios (indicios) plenamente probados.
- (ii) Los indicios deben interrelacionarse, ser concomitantes al hecho que se busca probar y deben evaluarse de manera conjunta.
- (iii) Debe existir un razonamiento lógico deductivo entre los indicios y el hecho investigado o hipótesis de la autoridad. La conexión lógica entre estos debe ser directa y precisa.
- (iv) Se deben desvirtuar los contraindicios presentados por los imputados, a fin de determinar que la única explicación posible de los hechos probados es la hipótesis de la autoridad.

136. En ese sentido, el cuestionamiento genérico realizado por las empresas respecto a la pertinencia probatoria de la prueba indirecta, por contraposición a

⁴⁵ Sentencia de la Sala Tercera del contencioso administrativo del Tribunal Supremo de España, de fecha 6 de marzo de 2000, (Número de recurso 373/1993).

(...) el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda.

(Énfasis agregado)

la prueba directa, carece de sustento, es decir, la falta de elementos probatorios directos (prueba directa) no implica en modo alguno que la conducta atribuida a los imputados sea inexistente, pues esta podría válidamente evidenciarse recurriendo a la prueba indirecta, evaluando la existencia de una conducta anticompetitiva con la concurrencia de los elementos antes señalados.

3.3.3 El estándar de la prueba en las prácticas colusorias verticales

137. El estándar de la prueba indica a la autoridad cuál es el nivel de probanza que debe alcanzar la pretensión de una parte para que la autoridad resuelva a su favor. En un procedimiento administrativo sancionador el estándar de la prueba que aplica es el de la presunción de licitud. Este principio, reconocido en el numeral 9 del artículo 230 del TUO de la LPAG, indica que *“Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”*.
138. En la misma línea, el Tribunal Constitucional ha indicado que derecho a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal e) de la Constitución, que también rige en el procedimiento administrativo sancionador, obliga *“al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones”*⁴⁶.
139. Asimismo, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha señalado que coincide con las reglas seguidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia probatoria, el cual señala que la carga de la prueba recae sobre la autoridad y que esta debe presentar prueba suficiente, precisa y coherente para demostrar suficientemente los hechos imputados.

*“La carga de la prueba de la infracción recae en la Comisión la cual debe presentar ‘prueba suficiente precisa y coherente’ para sostener sus alegaciones y debe ‘demostrar suficientemente los hechos y evaluaciones’ en que se basa su decisión. Si estos requisitos no se cumplen la decisión será total o parcialmente anulada o la multa reducida. (...) Los casos en que las pruebas sean equívocas se resolverán a favor de la empresa. Sin embargo, la Comisión puede basarse en pruebas indirectas y demostrar una pauta de conducta mediante numerosos ejemplos suficientemente claros. Una práctica concertada puede probarse por deducción y presunciones de hechos básicos, a pesar de que las partes puedan demostrar lo contrario.”*⁴⁷

(Énfasis agregado)

140. En ese sentido, corresponde a la autoridad probar la comisión de la infracción bajo pruebas (directas o indirectas) suficientes, precisas y coherentes. No obstante, cabe resaltar que el derecho a la presunción de inocencia y el principio de presunción de licitud no impiden que el juzgador pueda generarse convicción en base al uso de la prueba indirecta, sino que, para desvirtuar tal presunción, la prueba indiciaria debe cumplir las exigencias señaladas en el acápite anterior.

⁴⁶ Fundamento 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 08811-2005-PHC/TC.

⁴⁷ Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003. Cita a: Bellamy, Christopher y Graham Child. Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Madrid: Civitas, 1992, p. 714-715.

141. Siendo así, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en la Guía práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos, ha señalado que el nivel de probanza de la acusación en procedimientos administrativos sancionadores es que esta se encuentre “probada más allá de toda duda razonable”. En ese sentido, la autoridad debe probar que la acusación es la única explicación de los hechos probados del caso.

“(…), si hay duda (razonable) sobre que el acusado haya cometido los hechos imputados, entonces la autoridad debe absolverlo. Ese es el estándar fijado en los procedimientos sancionadores, que por su carácter punitivo se asemejan a los procesos de naturaleza penal. De esta manera, este estándar establece cuál es el nivel de probanza que se debe cumplir para sancionar a un particular en un PAS. La Administración Pública no solo debe encargarse de mostrar pruebas de la acusación, sino que tiene que encargarse de demostrar que ésta es la única que explica los hechos probados del caso.”⁴⁸

142. De acuerdo a lo expuesto, se aprecia que el estándar de la prueba en procedimientos administrativos sancionadores alcanza un alto nivel de exigencia, en tanto se parte de una premisa de licitud o presunción de inocencia, recayendo sobre la autoridad la carga adoptar todos los medios probatorios necesarios para acreditar, sin que exista duda razonable, la comisión de la infracción.

3.3.4. Criterios de análisis de un acuerdo colusorio vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada de contratar

143. Como se ha señalado previamente, la autoridad debe agotar todos los medios probatorios necesarios para acreditar la existencia de una conducta anticompetitiva. El presente caso consiste en una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada a contratar, siendo uno de sus principales elementos la existencia de un acuerdo colusorio entre las empresas investigadas.
144. Aunque resulta claro que no existe una fórmula única para evaluar y comprobar la existencia de un acuerdo colusorio, este Tribunal considera pertinente plantear cómo se ha analizado este elemento en otros procedimientos administrativos sancionadores en materia de libre competencia.
145. Al respecto, el INDECOPI ha tramitado dos procedimientos administrativos sancionadores en los que se evaluaron prácticas colusorias verticales en la modalidad de negativa injustificada de contratar:
- (i) El caso de Operaciones Arcos Dorados S.A. (en adelante, Arcos Dorados) contra Jockey Plaza Shopping Center S.A. (en adelante, Administradora Jockey Plaza) y Sigdelo S.A. (en adelante Sigdelo), tramitado en el Expediente N° 007-2007/CLC.
 - (ii) El caso de Malva S.A. (en adelante, Malva) contra Unión Andina de Cementos S.A.A. (en adelante, Unacem), La Viga S.A. (en adelante, La

⁴⁸ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Guía práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/12/MINJUS-DGDOJ-Guia-practica-sobre-la-actividad-probatoria-en-los-procedimientos-administrativos.pdf>

Viga), A. Berio y Cía S.A.C. (en adelante, A. Berio) y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. (en adelante, Macisa), tramitado en el Expediente N° 003-2008-CLC.

146. En el primer caso, iniciado por denuncia de Arcos Dorados contra Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, se contaba con un acuerdo explícito (al que se denominó “Carta Adenda”) que permitió a la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la CLC) verificar la existencia de un acuerdo colusorio vertical por el que la Administradora Jockey Plaza se obligaba frente a Sigdelo a no arrendar locales comerciales a ningún licenciatario de McDonald’s (como lo era Arcos Dorados) en el centro comercial Jockey Plaza. Se verificó que esta obligación se incluyó en cuatro (4) contratos de subarrendamiento celebrados entre las empresas denunciadas.
147. A diferencia del primero, en el segundo caso, iniciado por denuncia de Malva contra Unacem y sus principales distribuidoras (La Viga, A. Berio y Macisa), no se contaba con un acuerdo explícito que evidenciara la conducta anticompetitiva, sino que la autoridad evaluó y acreditó la existencia de la práctica colusoria, atendiendo a indicios que permitieron arribar a esa conclusión. En este caso, la política concertada entre Unacem y sus principales distribuidoras consistía en que estas últimas debían suspender el suministro de cemento “Sol” (producto de Unacem) a las ferreterías minoristas mientras siguieran comercializando el producto de Cemex (cemento “Quisqueya”).
148. Para llegar a dicha conclusión, la CLC y, posteriormente, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI evaluaron documentos, comunicaciones y correos electrónicos que, de manera conjunta, evidenciaron lo siguiente: (i) la existencia de un nivel de coordinación de las empresas denunciadas para vigilar y supervisar a las ferreterías que vendieran cemento “Quisqueya”; y, (ii) la aplicación de una política de negativa de ventas (“política de castigos”) a las ferreterías que comercializaran el producto⁴⁹.
149. De este pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia, se advierte que, para la comprobación de la existencia de una práctica colusoria vertical, en particular en la modalidad de negativa injustificada a contratar, se requiere determinar que exista (i) un nivel de coordinación entre las empresas investigadas para la implementación de la política; y, (ii) la existencia y ejecución de una política de negativa a contratar.
150. Siendo así, resulta evidente que en la evaluación de esta modalidad de práctica colusoria se requiere descartar, en función de las pruebas (directas o indirectas) recabadas, que la política de negativa a contratar es el resultado de decisiones unilaterales de un agente económico sin intervención de otro, lo que se logró en el referido caso demostrando el grado de coordinación existente entre las empresas denunciadas.
151. Por otro lado, a modo referencial, las Directrices relativas a restricciones verticales de la Unión Europea (en adelante, Directrices de la Unión Europea) establecen principios y criterios para la evaluación de las prácticas colusorias verticales. En estas se ha señalado que en el caso en que no exista un acuerdo explícito que exprese la concurrencia de voluntades, la autoridad deberá probar

⁴⁹

Fundamentos 78 al 85 de la Resolución N° 857-2014/SDC-INDECOPI.

que la política unilateral de una parte cuenta con el consentimiento de la otra. En tal sentido, para demostrar la existencia de consentimiento tácito se requiere comprobar, conjuntamente o no, lo siguiente⁵⁰:

- (i) Que una parte requiere explícita o implícitamente la cooperación de la otra parte para la aplicación de su política unilateral, y que la otra parte cumple con ese requerimiento aplicando en la práctica esta política.
- (ii) Que exista un determinado nivel de coerción ejercido por una parte a fin imponer su política unilateral a la otra parte o partes del acuerdo colusorio.

152. Asimismo, la OCDE ha señalado que existen dos tipos de prueba indirecta o circunstancial que puede evaluarse para comprobar una práctica colusoria: (i) comunicaciones; y, (ii) evidencia económica. El primer tipo se refiere a registros de llamadas, agendas, registros financieros, notas de reuniones y documentos referidos a comunicaciones entre las partes que intervienen en el acuerdo. Adicionalmente precisa que en casos de acuerdos informales o entendimientos que no consten en documentos expresos, la mejor evidencia de un acuerdo colusorio puede estar disponible en las comunicaciones entre las empresas⁵¹.

153. Por otro lado, la evidencia económica se divide en (i) evidencia conductual; y, (ii) evidencia estructural. La evidencia conductual se refiere a que las empresas actúen de manera consistente con la existencia de un acuerdo colusorio, que no puede explicarse por la acción de las fuerzas del mercado o del comportamiento competitivo de las empresas. El juzgador debe considerar si el comportamiento hubiera ocurrido en ausencia del acuerdo colusorio, teniendo en cuenta los intereses comerciales y económicos unilaterales de cada agente económico. Por otro lado, la evidencia estructural del mercado explica por qué algunas características estructurales hacen que el mercado específico sea más susceptible a la conducta de los acuerdos colusorios. Esta evidencia no es suficiente por sí misma para demostrar la existencia de una conducta colusoria, pero la probabilidad de la comisión de esa conducta puede afectar la evaluación del juzgador⁵².

⁵⁰ Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales (2010/C 130/01), numeral (25).

⁵¹ OECD, Federal Court of Australia, ASEAN-AANZFTA (2018). Competition Primers for ASEAN Judges. Primer II: Circumstantial evidence in the context of competition law.

⁵² OECD, Federal Court of Australia, ASEAN-AANZFTA (2018). Competition Primers for ASEAN Judges. Primer II: Circumstantial evidence in the context of competition law.

Conduct evidence is evidence that competitors behaved consistently with the existence of the alleged cartel agreement. Conduct evidence will be most persuasive if it cannot be explained by ordinary market forces or competitive business behaviour. A judge should consider whether particular behaviour would have occurred in the absence of a cartel, having regard to unilateral commercial and economic interests of the competitors. Conduct evidence can include evidence of parallel conduct, bidding patterns, information exchanges between competitors, abnormally high sustainable profits and past violations of competition laws. 4.5 Structural evidence is evidence that explains why certain structural features make a particular market more susceptible to cartel conduct. Structural evidence is not by itself sufficient to show the existence of cartel conduct, but can affect a judge's assessment of the probability of such conduct in a particular market. Structural evidence includes evidence about the number of competitors, market concentration, barriers to entry, vertical integration, pricing transparency and homogeneity of products.

III.4 ANÁLISIS DEL PRESENTE CASO

3.4.1 Metodología de análisis de las prácticas colusorias verticales

154. En el presente caso, como consecuencia de la denuncia de la APTC y el inicio del procedimiento de oficio contra las denunciadas LATINA y DIRECTV, corresponde analizar si estas incurrieron en una práctica colusoria vertical consistente en la negativa concertada e injustificada de contratar.
155. Para ello, este Tribunal analizará primero si el acuerdo imputado se encuentra acreditado para luego verificar, y analizar, si al menos una de las denunciadas posee posición de dominio y si los efectos que se generen o podrían generarse de su realización afectan negativamente la competencia y el bienestar de los consumidores.
156. Siguiendo esta metodología, corresponde a continuación analizar si, en el caso concreto, el acuerdo imputado se encuentra acreditado.

3.4.2 Contexto de la práctica colusoria vertical atribuida a DIRECTV y LATINA

157. LATINA es una empresa que presta servicios de radiodifusión privada de interés público o también conocido comercialmente como provisión de señal abierta. Como parte de sus actividades económicas puede autorizar la retransmisión de su señal en la parrilla de canales de empresas de televisión de paga. Por su parte, DIRECTV es una empresa que presta servicios de distribución de radiodifusión por cable o, como se conoce comercialmente, servicios de televisión por cable o de televisión de paga.
158. Tanto LATINA como DIRECTV son empresas que operan en planos distintos de la cadena de comercialización. LATINA se encuentra en posibilidad de proveer su señal o sus contenidos a empresas de televisión de paga, como DIRECTV o las empresas de televisión de paga agrupadas en APTC, para que estas, a su vez, conformen una parrilla de canales que les permita ofrecer el servicio de televisión de paga a los usuarios.
159. El 23 de octubre de 2013, DIRECTV suscribió un contrato de sublicencia con MOUNTRIGI mediante el cual se le otorgó, entre otros eventos, los derechos de transmisión de 64 partidos del Mundial 2018, siendo 32 partidos con carácter exclusivo.
160. El 30 de abril de 2015, LATINA suscribió un contrato de sublicencia con MOUNTRIGI mediante el cual se le otorgó los derechos de transmisión de 32 partidos del Mundial 2018.
161. Los partidos de las eliminatorias para el Mundial 2018 se realizaron entre el 8 de octubre de 2015 y el 10 de octubre de 2017 en dos ruedas de partidos.
162. En setiembre 2017 se iniciaron las negociaciones entre LATINA y DIRECTV para que LATINA pueda transmitir los 32 partidos exclusivos licenciados a DIRECTV⁵³.

⁵³ La STCCO, en los numerales 362 y 363 del Informe Instructivo N° 009-TSCCO-2019, y el CCP, en los numerales 80 al 84 de la Resolución Impugnada, detallaron los motivos por los cuales se concluyó que el

163. En la segunda rueda de partidos, la Selección Peruana aumentó sus posibilidades de clasificar al mundial. Dichos partidos fueron:
- (i) El partido de fútbol contra Ecuador que tuvo lugar el 5 de setiembre de 2017, en el que Perú salió victorioso;
 - (ii) El partido del 5 de octubre de 2017, en el que empató con Argentina;
 - (iii) El partido del 10 de octubre de 2017, en el que Perú empató con Colombia y clasificó a la denominada fase de “repechaje” con selecciones de fútbol de otros continentes.
164. En el periodo del 28 de diciembre de 2016 al 17 de octubre de 2017, LATINA resolvió los contratos con las empresas asociadas de la APTC, motivo por el cual se renegociaron las condiciones de estos y se estableció una contraprestación por la retransmisión de la señal.
165. Luego de los partidos contra Nueva Zelanda del 10 y 15 de noviembre de 2017, Perú clasificó al Mundial 2018.
166. El 29 de noviembre de 2017, LATINA remitió cartas notariales a MEDIA NETWORKS⁵⁴, AMÉRICA MÓVIL y CATV SYSTEMS.
167. Durante el periodo de 15 de enero de 2018 al 23 de abril de 2018, LATINA resolvió nuevamente los contratos con las empresas asociadas de la APTC, esta vez sin opción a renegociar.
168. El 15 de marzo de 2018, LATINA y DIRECTV suscribieron un contrato de sublicenciamiento por el derecho de transmisión de los 32 partidos exclusivos de DIRECTV.
169. El 3 de abril de 2018, LATINA y DIRECTV suscribieron el contrato de licencia para transmisión de la señal.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

inicio de las negociaciones fue en setiembre de 2017. Esta fecha no ha sido cuestionada por LATINA ni DIRECTV en sus recursos de apelación.

⁵⁴ Cabe mencionar que la carta preventiva del 29 de noviembre de 2017 remitida por LATINA a Media Networks Latin America S.A.C. Esta carta notarial fue adjuntada por LATINA en su escrito del 19 de setiembre de 2019.

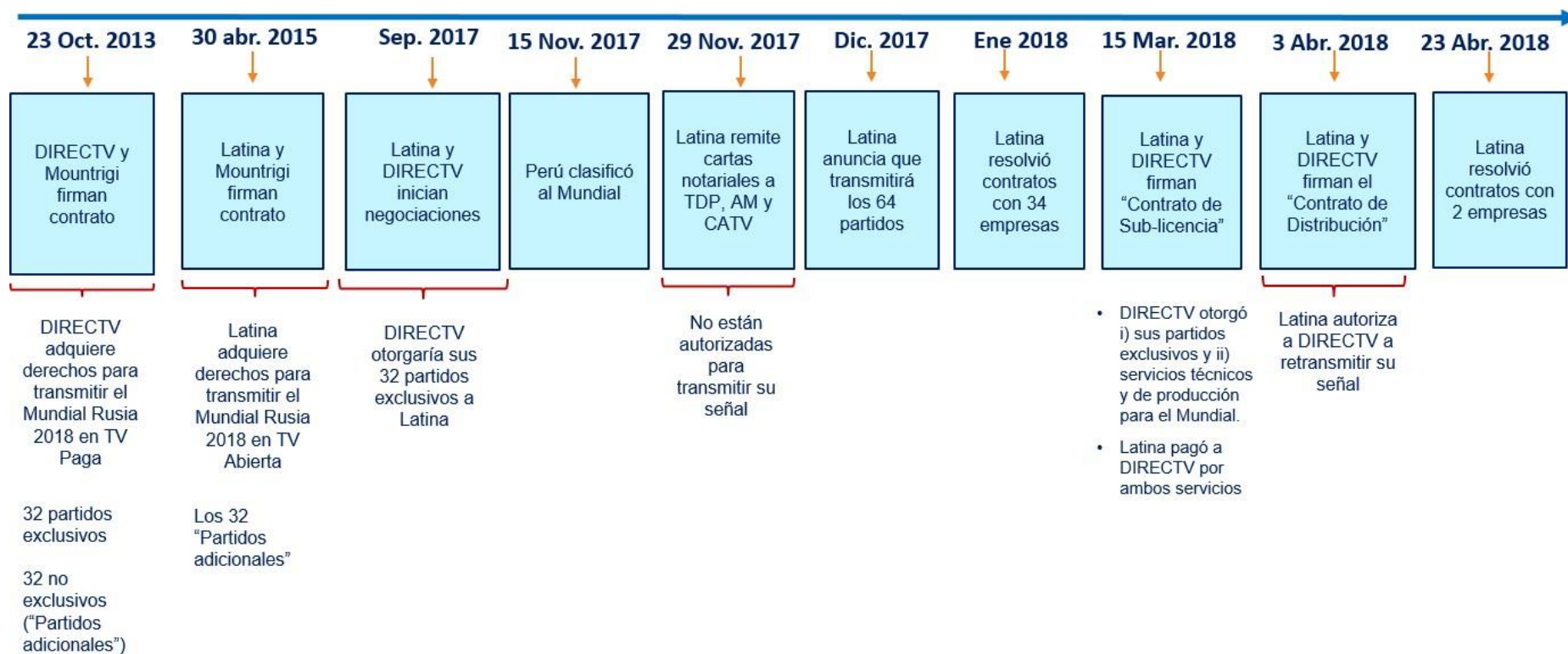


PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Gráfico N° 1: Línea del tiempo del contexto de la práctica colusoria atribuida



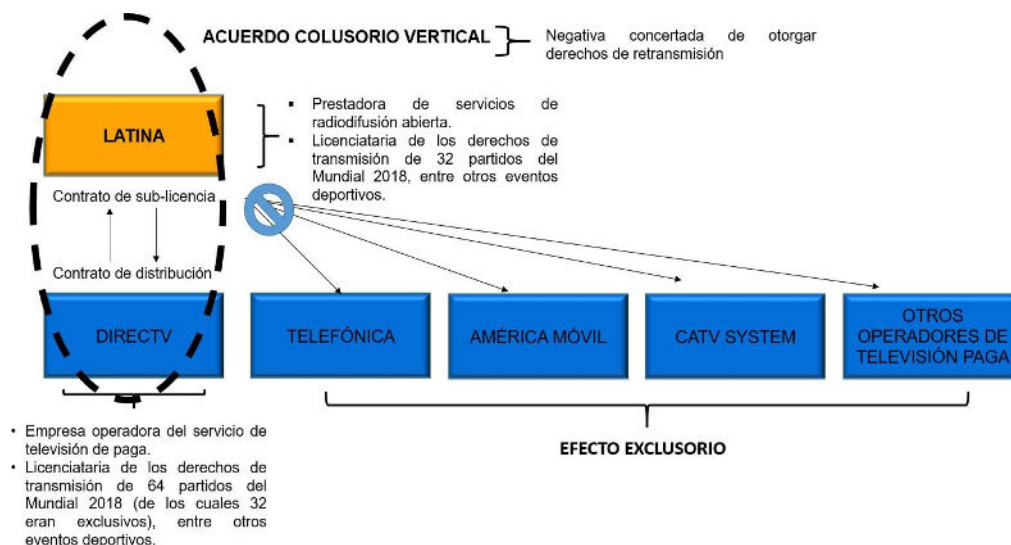
Fuente: Expediente N° 001-2018-CCP-ST/LC-CD, información remitida por las empresas investigadas y por la APTC.

Elaboración: STTSC.

3.4.3 Sobre la práctica colusoria vertical atribuida a LATINA y DIRECTV por el CCP

170. La Resolución Impugnada ha determinado que LATINA y DIRECTV incurrieron en una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar. Para tal efecto ha analizado en primer término la existencia del acuerdo entre ambos agentes que permitiría corroborar que hubo una voluntad común de afectar la competencia.
171. La práctica colusoria consistiría en un acuerdo entre LATINA y DIRECTV con el propósito de que LATINA resuelva los contratos suscritos con diversas empresas operadoras de televisión de paga, integrantes de la APTC, que les permitía retransmitir su señal. La práctica colusoria se habría desarrollado en el nivel de la distribución de los derechos de retransmisión de LATINA a nivel nacional, y reduciría la competencia en el mercado de televisión de paga, en beneficio de DIRECTV, perjudicando a los usuarios del referido servicio.
172. El siguiente gráfico describiría la práctica colusoria vertical atribuida a ambas empresas.

Gráfico 2: Practica colusoria entre LATINA y DIRECTV



Fuente: Expediente N° 001-2018-CCP-ST/LC-CD.
Elaboración: STTSC.

173. Luego de efectuar la referida evaluación recurriendo a la prueba indiciaria, el CCP consideró que existían diversos hechos objetivos que conducían a sostener que las empresas imputadas acordaron restringir la señal de LATINA a operadores de televisión paga. El CCP estimó que los hechos evaluados en la tramitación del procedimiento conducen a concluir que el comportamiento de LATINA surge como una concesión recíproca en el contexto de la suscripción del Contrato de Sublicencia de los partidos exclusivos de DIRECTV, que permitía a LATINA transmitir la totalidad de los partidos del Mundial 2018.

174. Asimismo, el CCP sostuvo que no existía una explicación lógica, desde el punto de vista empresarial, que haya llevado a LATINA a restringir de manera unilateral su señal a las empresas de televisión paga, más aún si se considera que las consecuencias de una restricción unilateral de su señal son: (i) perder los ingresos directos que ya venía percibiendo por la autorización de su señal; y, (ii) perder audiencia, ya que limita innecesariamente las posibilidades de que los televidentes puedan ver su señal. El CCP finaliza señalando que la pérdida de audiencia era particularmente llamativa, dado que LATINA cuenta con activos atractivos para la audiencia como la retransmisión del Mundial 2018 y otros eventos deportivos, para cuya rentabilización necesita la mayor audiencia posible.
175. Al respecto, la Resolución Impugnada, que representa la decisión del CCP adoptada por voto en mayoría, contiene una evaluación de la hipótesis alternativa a la hipótesis colusoria que infirió a partir de diversos hechos, para lo que analizó los argumentos planteados por LATINA y por DIRECTV. Luego de ello consideró que ninguno de ellos era consistente, de manera que podía concluirse que la única explicación razonable de los hechos imputados sería la hipótesis colusoria de la autoridad.
176. Por otro lado, cabe reiterar que el voto en discordia de dos (2) de los miembros del CCP desestimó la hipótesis colusoria por considerar que no se acreditó la existencia de un acuerdo colusorio implícito entre LATINA y DIRECTV.

3.4.4 Evaluación sobre la existencia de acuerdo colusorio y cuestionamientos efectuados por LATINA y DIRECTV

177. De la revisión de la resolución impugnada se aprecia que el CCP, por voto en mayoría, sustenta su posición sobre la base de los siguientes indicios:
- (i) Los contratos de LATINA, DIRECTV y MOUNTRIGI no presentan restricciones.
 - (ii) El cambio de la política comercial de LATINA para autorizar la retransmisión de su señal a operadores de televisión de paga asociados a la APTC antes del 2016 y entre el 2016 y 2017, que incluyó el pago de una retribución.
 - (iii) La resolución de contratos por parte de LATINA entre enero y abril de 2018 de sus contratos suscritos con operadores de televisión de paga asociados a la APTC, sin otorgar la posibilidad de negociar nuevos términos contractuales, lo cual va en contra de la lógica empresarial.
 - (iv) Coincidencia entre las fechas de las negociaciones del Contrato de Sub-licencia y la remisión de las cartas preventivas y resolutorias.
 - (v) Las cartas notariales remitidas por LATINA a MEDIA NETWORKS (el CCP lo considera como si se tratara de TELEFÓNICA), AMÉRICA MÓVIL y CATV SYSTEMS contenían información que favorecía únicamente a DIRECTV.
 - (vi) LATINA y DIRECTV tuvieron completa seguridad de la suscripción del Contrato de Sub-licencia desde diciembre de 2017.

- (vii) La suscripción de los Contratos entre DIRECTV y LATINA, y la compensación de pérdidas a LATINA.
 - (viii) Como consecuencia de las resoluciones contractuales, DIRECTV se convirtió en la única empresa autorizada por LATINA para retransmitir su señal.
178. Tal como se ha señalado en los acápites anteriores, el presente caso se analizó mediante la utilización de la prueba indiciaria, por lo que el razonamiento del CCP se encuentra detallado en el siguiente gráfico:

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

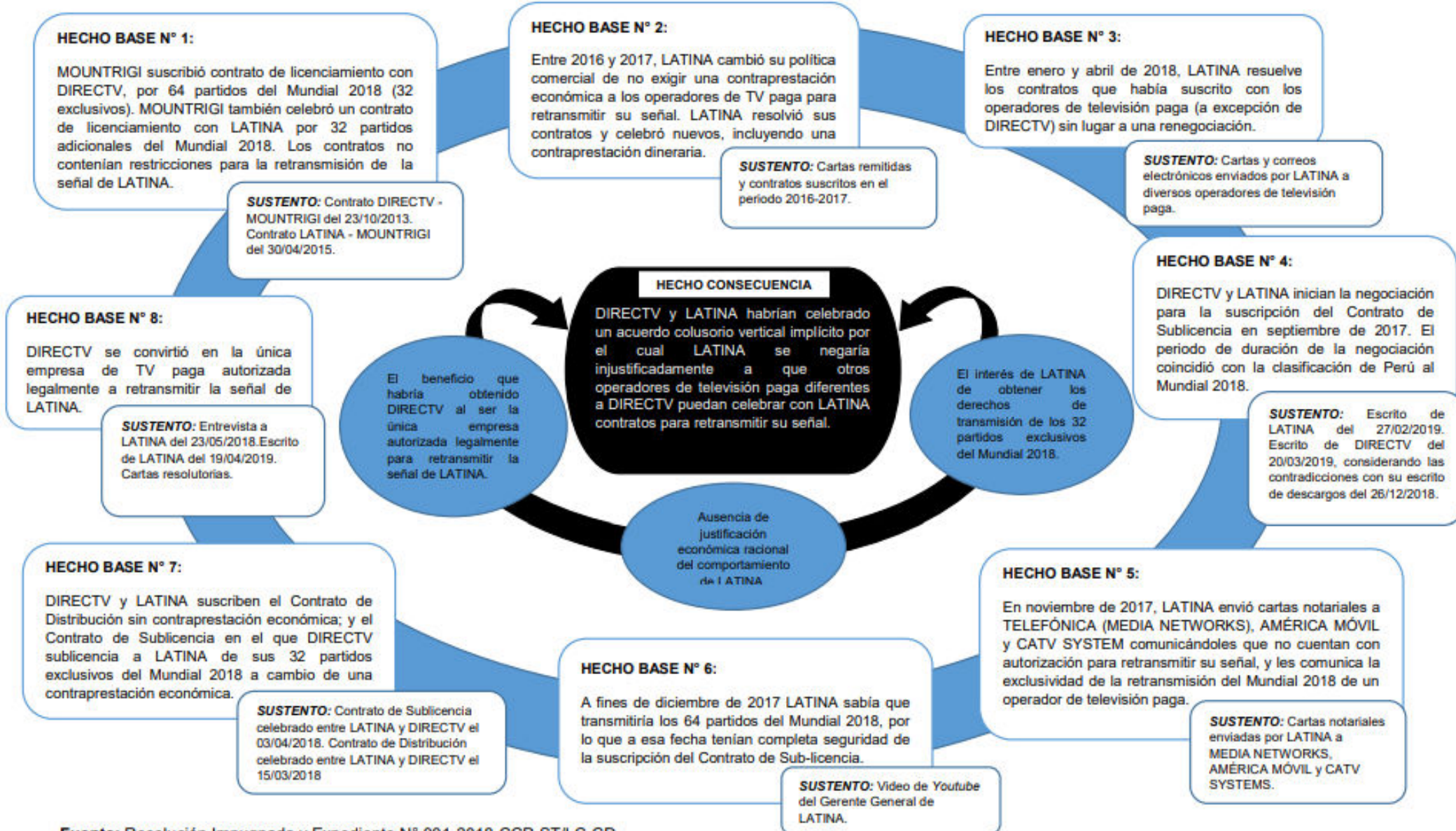


PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Gráfico 3: Indicios y conclusión de la práctica colusoria presentados por el CCP



Fuente: Resolución Impugnada y Expediente N° 001-2018-CCP-ST/LC-CD.

Elaboración: STTSC.

179. Al respecto, LATINA y DIRECTV apelaron la resolución referente a este punto indicando lo siguiente:

Posición de LATINA

LATINA señala que el contrato suscrito con MOUNTRIGI contaba con restricciones contractuales que le impedía permitir la retransmisión de los partidos adicionales del Mundial 2018 por televisión de paga y ello conllevaba a una necesaria revisión de su política comercial, lo cual ha sido confirmado por MOUNTRIGI mediante carta del 23 de agosto de 2018.

Posición de DIRECTV

DIRECTV siempre asumió que los partidos del Mundial 2018 serían transmitidos por las empresas de televisión de paga a través de la señal de LATINA, por lo que LATINA resolvió los contratos con las asociadas de la APTC de manera unilateral. La suscripción entre LATINA y DIRECTV del Contrato de Sublicencia y el Contrato de Distribución se encuentran vinculados comercialmente y se realizaron para maximizar beneficios.

180. De la revisión de la Resolución Impugnada, este Tribunal advierte que la pluralidad de hechos para verificar la correcta aplicación de la prueba indiciaria sobre la existencia de un acuerdo colusorio entre LATINA y DIRECTV ha sido referida de manera lineal. En tal sentido, luego de detallar los indicios que sustentan el pronunciamiento del CCP, este Tribunal evaluará si, en efecto, se trata de hechos debidamente probados a partir de los cuales se podría inferir la hipótesis del acuerdo colusorio implícito al que habrían arribado LATINA y DIRECTV con el propósito de generar efectos anticompetitivos en el mercado de televisión de paga, tal como sostiene el CCP.

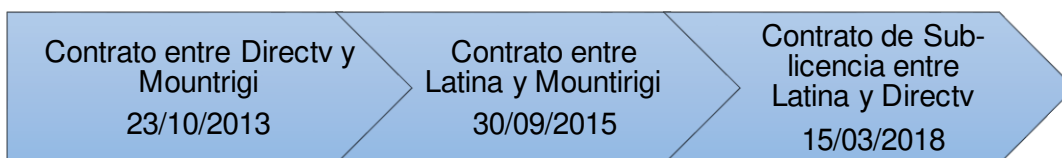
(i) *Los contratos de LATINA y DIRECTV suscritos con MOUNTRIGI y las restricciones contractuales para la retransmisión de la señal de LATINA*

181. El CCP ha señalado que el objetivo de la FIFA era asegurar la mayor cobertura y audiencia posible para las competiciones en los territorios autorizados, encontrándose las empresas de señal abierta autorizadas a retransmitir su señal a operadores locales de televisión paga como parte de una retransmisión simultánea de los partidos.
182. Para llegar a dicha conclusión, analiza los contratos suscritos entre DIRECTV y MOUNTRIGI, LATINA y MOUNTRIGI, así como el Contrato de Sub-licencia suscrito entre DIRECTV y LATINA. Asimismo, deduce que las partes no pudieron haber pactado de manera expresa que LATINA restrinja su señal en el Contrato de Sub-licencia, pues haría evidente la conducta anticompetitiva, por lo que cualquier restricción de este tipo solo podría tener lugar de manera implícita.
183. En la misma línea, la APTC también señala que uno de los fines plasmados en los contratos suscritos por MOUNTRIGI con LATINA y con DIRECTV es el garantizar la mayor cobertura del evento deportivo; por tanto, a fin de reducir las contingencias derivadas de infringir la causa del contrato, es plausible

afirmar que no resultaba buena opción para las empresas imputadas dejar constancia de la exclusividad en el Contrato de Sub-licencia o en el Contrato de Distribución, por lo que la APTC coincide con el CCP al señalar que el acuerdo colusorio debía ser implícito.

184. Al respecto, este Tribunal considera pertinente analizar los contratos suscritos a efectos de verificar si existe alguna restricción para la transmisión de su señal. Las deducciones que se infieren deben encontrarse limitadas a indicios que tengan como sustento un hecho probado y no deben servir para concluir la existencia de un acuerdo solo ante la falta de evidencias.
185. A efectos de poder analizar los contratos, a continuación, se expone una línea del tiempo que detalla el orden en que fueron suscritos:

Gráfico 4: Línea del tiempo de los contratos suscritos por MOUNTRIGI, LATINA y DIRECTV



Fuente: Expediente N° 001-2018-CCP-ST/CI. Contratos remitidos por las empresas investigadas.
Elaboración: STTSC.

186. Cabe agregar que los contratos suscritos entre LATINA, DIRECTV y MOUNTRIGI son contratos tipo, los cuales cuentan con pequeñas especificaciones, indicadas en su mayoría en los Anexos de los contratos.
187. Un punto común en los tres contratos es el Anexo 1 de Definiciones⁵⁵ que establece el contenido de los términos del contrato. En ese sentido, los contratos definen a la televisión de señal abierta (free) como aquella que puede ser vista por todos los espectadores sin pago alguno fuera de los impuestos establecidos por cada estado o gobierno local.

CONFIDENCIAL

188. De otro lado, se define a la televisión de paga (pay) como aquella que puede ser vista por aquellos espectadores que realizan el pago de un cargo fuera de los impuestos. Este servicio no incluye *Pay-Per-View* ni *Video-on Demand*.

CONFIDENCIAL

⁵⁵ Folios 14 a 19 del Contrato de DIRECTV.
Folios 19 a 26 del Contrato de LATINA.
Folios 14 a 19 del Contrato de Sub-licencia entre DIRECTV y LATINA.

189. De acuerdo a ello, este Tribunal procederá a analizar los contratos considerando la definición de términos anteriormente señalada.

El contrato entre DIRECTV y MOUNTRIGI

190. El contrato entre DIRECTV y MOUNTRIGI otorgó, entre otros eventos, los derechos de transmisión de 64 partidos del Mundial 2018 (incluye 32 partidos en exclusiva) a favor de DIRECTV, en el territorio peruano.
191. Los derechos de transmisión comprenden derechos de televisión, derechos de transmisión por internet, derechos de transmisión por IPTV y derechos de transmisión por servicios móviles. Los medios de transmisión permitidos, al respecto, son por IPTV, por banda ancha, y la transmisión terrestre.
192. El modo de explotación de los derechos está referido solamente a la televisión paga. Asimismo, DIRECTV puede sub-licenciar los derechos de transmisión a un tercero con la autorización de MOUNTRIGI.

El contrato entre LATINA y MOUNTRIGI

193. LATINA, en su recurso de apelación, señaló que su contrato contaba con restricciones contractuales que le impedía permitir la retransmisión de los partidos del Mundial 2018 por televisión de paga, por lo que no se encontraba autorizada para permitir que operadores de televisión de paga retransmitan los partidos.
194. Se debe mencionar que LATINA señala que las partes se encuentran de acuerdo con el contenido de su contrato con MOUNTRIGI y que el CCP no está facultado para interpretar su contrato. Sin embargo, se debe resaltar que la autoridad administrativa no puede evaluar la comisión de una práctica anticompetitiva limitándose a lo alegado por las empresas imputadas, en este caso, LATINA, razón por la cual resulta necesario analizar el contrato a fin de verificar si en efecto existe alguna restricción para la transmisión de la señal de LATINA a través de operadores de televisión de paga. En ese sentido, este Tribunal se limita a analizar el texto del contrato a efectos de verificar si existe la alegada restricción.
195. De la revisión del contrato entre LATINA y MOUNTRIGI se advierte que mediante este se otorgó, entre otros, los derechos de transmisión de 32 partidos no exclusivos (o partidos adicionales) del Mundial 2018 a favor de LATINA en el territorio peruano.
196. Los derechos de transmisión comprenden derechos de televisión, derechos de radio, derechos de transmisión por internet, derechos de transmisión por IPTV y derechos de transmisión por servicios móviles. Los medios de transmisión permitidos, al respecto, son la por IPTV, por *broadband*, y la transmisión terrestre⁵⁶.
197. El modo de explotación de los derechos está referido solamente a la televisión de señal abierta. No obstante ello, permite a LATINA ejecutar los derechos de

⁵⁶ Anexo 2 del Contrato suscrito entre LATINA y MOUNTRIGI el 30 de abril de 2015.

transmisión mediante el sistema de televisión de paga con el consentimiento de MOUNTRIGI.

CONFIDENCIAL

198. Asimismo, tal como señala el CCP, las únicas restricciones que se aprecian en el Contrato suscrito entre MOUNTRIGI y LATINA son las siguientes⁵⁷:

- (i) No está permitido ejercer los derechos de transmisión mediante cualquier servicio de *pay-per-view*.
- (ii) El contrato permite que LATINA sub-licencie los derechos de transmisión del Mundial 2018, sujeto a la autorización escrita de MOUNTRIGI, únicamente a las entidades autorizadas por MOUNTRIGI en el territorio peruano.
- (iii) El licenciatario (LATINA) no puede ejercer, autorizar o permitir el ejercicio de los derechos de transmisión fuera de los territorios permitidos, para lo cual debe asegurarse de que su transmisión, así como la transmisión realizada por sus sub-licenciarios, se encuentre debidamente encriptada.

199. Adicionalmente, en el numeral 6.4 de la cláusula sexta del Contrato entre MOUNTRIGI y LATINA se establece que el licenciatario, en este caso, LATINA debe asegurarse de que todas las retransmisiones (autorizadas o no por el licenciatario) de sus transmisiones por cable o transmisiones terrestres se encuentran seguramente encriptadas, a fin de prevenir que sean recibidas y/o vistas fuera del territorio peruano. De ello se advierte que, por el contrario, el referido contrato contemplaba la posibilidad de retransmitir su señal por transmisiones de cable.

CONFIDENCIAL

200. Entre las citadas cláusulas del contrato, no se advierte la existencia de las restricciones alegadas por LATINA para la retransmisión de su señal. Al respecto, LATINA señala que, para tener mayor precisión de la restricción establecida en su contrato, se debe considerar el numeral 1.4 de la cláusula

⁵⁷

Págs. 7, 8, 12 y 29 del contrato suscrito entre MOUNTRIGI y LATINA.

“*Grant of Media Rights*”, en la que se estableció que todos los derechos y licencias que no hayan sido expresamente otorgados a favor del licenciatario quedan reservados a la FIFA para su propio uso, explotación y beneficio sin limitación o restricción.

CONFIDENCIAL

201. LATINA señala que el contrato suscrito con MOUNTRIGI no la habilita expresamente a permitir la retransmisión de su señal a través de operadores de televisión de paga, por lo que, de permitirlo, estaría incumpliendo con su contrato, en aplicación del numeral 1.4 de la referida cláusula.
202. Sin embargo, se debe tener presente que el numeral 1.4 al que LATINA hace referencia se debe interpretar considerando el contenido de la cláusula en la que se encuentra incluida, esto es, la cláusula sobre “*Grant of Media Rights*”⁵⁸.

⁵⁸ La Cláusula “*Grant of Media Rights*” del Contrato de sub-licenciamiento suscrito entre LATINA y MOUNTRIGI indica lo siguiente:

CONFIDENCIAL

En tal sentido, como se muestra en el Anexo 2 del contrato entre MOUNTRIGI y LATINA, los “*media rights*” incluyen, entre otros, los “derechos de televisión”, que a su vez incluyen los derechos de transmisión, en el territorio peruano y durante el periodo acordado, de los partidos, competencias y otros eventos de la FIFA autorizados, entre otros.

CONFIDENCIAL

203. Siendo así, de la lectura de la citada cláusula del contrato se aprecia que el numeral 1.4 se refiere en efecto a los derechos de transmisión (de los eventos deportivos) otorgados por MOUNTRIGI, objeto del contrato, mas no a otras facultades como la retransmisión de la señal de LATINA con los eventos deportivos. En otras palabras, MOUNTRIGI otorgó expresamente a LATINA los derechos de transmisión sobre determinados contenidos, y no puede transmitir contenidos distintos cuyos derechos de transmisión no le han sido otorgados de la misma forma. En ese sentido, coincidiendo con el CCP, este Tribunal estima que esta cláusula no representa una restricción para retransmisión de la señal de LATINA a través de operadores de televisión de paga.
204. Por otro lado, cabe mencionar que mediante escrito del 4 de setiembre de 2018, LATINA remitió una carta enviada por MOUNTRIGI el 23 de agosto de 2018, mediante la cual señala que el Contrato de Sub-licencia celebrado entre esta empresa y LATINA no autoriza a (i) la retransmisión directa o a través de terceros de la señal de los canales de televisión abierta de los partidos y ceremonias del Mundial 2018, en sistemas de cable o televisión de paga, en todo el territorio nacional; y, (ii) el sub-licenciamiento de la señal de los canales de televisión abierta de los canales de televisión abierta de los partidos y ceremonias del Mundial 2018 a sistemas de cable o de televisión de paga, toda vez que estos derechos de transmisión para televisión de paga fueron sublicenciados en exclusiva por MOUNTRIGI en favor de otra empresa para el territorio de Perú.
205. Al respecto, llama la atención que MOUNTRIGI haya hecho referencia únicamente a los partidos y ceremonias del Mundial 2018 y no a la totalidad de

CONFIDENCIAL

(Traducción libre)

los eventos deportivos cuyos derechos de transmisión fueron cedidos a LATINA y que, de existir estas restricciones, no se haya imputado incumplimiento de esta obligación durante la retransmisión de estos eventos deportivos distintos al Mundial 2018.

206. A pesar de ello, lo cierto es que, mediante la referida carta, MOUNTRIGI señala que el contrato suscrito con LATINA no autoriza la retransmisión de la señal de canales abiertos a través de operadores de televisión de paga de los partidos y ceremonias del Mundial 2018. LATINA indica que esta comunicación es clara en reconocer la común intención de las partes de no incluir en la lista de facultades de LATINA la posibilidad de que autorice a las empresas operadoras de televisión de paga la retransmisión de los 32 partidos adicionales del Mundial 2018.
207. No obstante, el texto de la carta no resulta tan claro como se refiere LATINA, dado que no se hace referencia a la obligación o cláusula contractual que da origen a la referida restricción, sin lo cual, una afirmación sobre los efectos de un contrato, aun cuando es realizada por una parte contractual, carece de sustento legal.
208. En ese sentido, este Tribunal considera que no existen restricciones para retransmisión de la señal de LATINA a través de los operadores de televisión de paga en su contrato suscrito con MOUNTRIGI.

El Contrato de Sub-licencia entre LATINA y DIRECTV

209. El Contrato de Sub-licencia suscrito entre LATINA y DIRECTV, aprobado por MOUNTRIGI, concedió los derechos de transmisión de 32 partidos otorgados de manera exclusiva a DIRECTV durante el Mundial 2018 mediante la transmisión por televisión.
210. Asimismo, se estableció un pago de **[CONFIDENCIAL]** y apoyo técnico para la producción de programas periodísticos.
211. El modo de explotación de los derechos está referido solamente a la televisión de señal abierta y no se permite el sub-licenciamiento.
212. Del análisis de los tres contratos, este Tribunal coincide con el CCP y advierte que si bien no se realiza una restricción expresa a la retransmisión de los partidos, conforme al Anexo 1 Definiciones, la transmisión por señal abierta (free) no incluye su retransmisión mediante operadores de televisión paga. No obstante ello, el contrato de LATINA y el Contrato de Sub-licencia entre DIRECTV y LATINA tampoco establecen consecuencias legales o penalidades aplicables en el caso que LATINA retransmita su señal.

(ii) La política comercial de LATINA para autorizar la retransmisión de su señal a operadores de televisión de paga antes del 2016 y entre el 2016 y 2017

213. El CCP, en su voto en mayoría, reprodujo las afirmaciones expuestas por LATINA respecto a que las relaciones comerciales que mantenía con los operadores de televisión de paga no solían contener prestaciones dinerarias. Sin embargo, a partir del año 2016 esta empresa exigió una contraprestación

dineraria a estos mismos operadores y para concretar este cambio de política comercial resolvió diversos contratos suscritos con operadores de televisión de paga entre el 2016 y 2017. Para tal efecto, citó las comunicaciones cursadas por LATINA a diferentes empresas, en las que se verifica el interés que mantenía por suscribir un nuevo contrato con ellas.

214. El referido cambio de política comercial conllevó a la suscripción de nuevos contratos entre LATINA y los siguientes operadores de televisión de paga, en los que, a diferencia de lo que ocurría en el periodo precedente, se verifica efectivamente la incorporación de una contraprestación dineraria⁵⁹:

PARTE CONTRACTUAL	INICIO DEL CONTRATO	CONTRAPRESTACIÓN DINERARIA
Jacklin Ángela Catacora García	02/05/2016	CONFIDENCIAL
Cable Estación S.R.L.	03/06/2016	CONFIDENCIAL
Comunicaciones Porcón S.A.C.	04/07/2016	CONFIDENCIAL
Cable Jaén S.R.L.	08/07/2016	CONFIDENCIAL
Supercable Televisión S.R.L.	08/07/2016	CONFIDENCIAL
Cable Pucallpa S.R.L.	12/07/2016	CONFIDENCIAL
DKR Visión S.R.L.	27/01/2017	CONFIDENCIAL
P Y D TELECOM S.R.L.	04/02/2017	CONFIDENCIAL
Chira Visión TV S.R.L.	06/02/2017	CONFIDENCIAL
Telecable Ladees E.I.R.L.	08/02/2017	CONFIDENCIAL
EVELYN S.A.C.	10/02/2017	CONFIDENCIAL
Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L.	01/03/2017	CONFIDENCIAL
VIP CHANNEL S.A.C.	10/03/2017	CONFIDENCIAL
OMNISAT CABLE TELEVISIÓN S.R.L.	16/03/2017	CONFIDENCIAL
CECTEL E.I.R.L.	23/03/2017	CONFIDENCIAL
Asociación de Cablevisión San Jacinto	05/05/2017	CONFIDENCIAL
PARABOLICA TV S.A.C.	09/05/2017	CONFIDENCIAL
CABLEMAX E.I.R.L.	10/05/2017	CONFIDENCIAL
Inversiones MOTUX S.A.C.	10/05/2017	CONFIDENCIAL
Cable Red Perú S.R.L.	10/05/2017	CONFIDENCIAL
Inversiones Caralma S.A.C.	10/05/2017	CONFIDENCIAL
Servicios Cable Sur S.A.C.	11/05/2017	CONFIDENCIAL
CABLE YURIMAGUAS S.R.L.	11/05/2017	CONFIDENCIAL
Cable Sistemas TV Perú S.A.C.	12/05/2017	CONFIDENCIAL
Corporación Global de Telecomunicaciones S.A.C.	29/05/2017	CONFIDENCIAL
Empresa de TV y Radiodifusión Bahía E.I.R.L.	31/05/2017	CONFIDENCIAL
J.R TELECOM S.R.L.	01/06/2017	CONFIDENCIAL
Nelson Olinto Chávez Sánchez	08/06/2017	CONFIDENCIAL
AMAZONÍA TV S.R.L. Tda.	14/06/2017	CONFIDENCIAL
Mega Cable TV S.A.C.	20/06/2017	CONFIDENCIAL
CABLE HVM E.I.R.L.	19/07/2017	CONFIDENCIAL

⁵⁹ Contratos suscritos entre LATINA y las empresas de televisión de paga, remitidos por LATINA mediante su escrito de descargos (Anexo 4) de fecha 26 de diciembre de 2018.

Internet Smart E.I.R.L.	26/07/2017	CONFIDENCIAL
Angel Enrique Balbin Huamán	12/08/2017	CONFIDENCIAL
Telecable Chiclin del Valle S.A.C.	11/10/2017	CONFIDENCIAL
MULTIVISIÓN S.R.L.	14/10/2017	CONFIDENCIAL
Telecable Señor de Muruhuay E.I.R.L.	17/10/2017	CONFIDENCIAL

215. A partir de lo expuesto, el CCP, en su voto en mayoría, concluye que existió un elemento indiciario que se encuentra acreditado, que consiste en el cambio de política comercial de LATINA en el año 2016. Este cambio, en resumidas cuentas, consistía en exigir el pago de contraprestaciones dinerarias por permitir la retransmisión de su señal a las empresas operadoras de televisión de paga, que antes no pagaban por ello.
216. El CCP, en su voto en mayoría, consideró que esta nueva política adoptada por LATINA era una política racional de resoluciones y renegociaciones de contratos con varias operadoras de televisión de paga, pues LATINA buscó maximizar sus beneficios, exigiendo el pago de contraprestaciones. En efecto, resulta razonable que LATINA busque maximizar sus ingresos económicos incluyendo en sus contratos una obligación de pago de una contraprestación por autorizar el uso de su señal, aprovechando la relevancia de sus contenidos
-los que en ese momento incluían la transmisión de 32 de los 64 partidos del Mundial Rusia 2018.
217. Seguidamente, el CCP expone que otro hecho relevante para efectos de sostener la hipótesis colusoria consiste en que después de la suscripción de los contratos entre LATINA y las empresas operadoras de televisión de paga, listados en el cuadro antes señalado, las relaciones comerciales se desarrollaron con normalidad pese al cambio de política comercial. Particularmente, el CCP resalta que los citados contratos estuvieron vigentes durante la transmisión de diversos eventos deportivos internacionales cuyos derechos fueron adquiridos por LATINA, como el Mundial Sub20 FIFA 2017, la Copa Mundial Femenina Sub17 FIFA 2018, la Copa Mundial de Fútbol Playa FIFA 2017 y la Copa Confederaciones FIFA 2017, los cuales fueron transmitidos con normalidad.
218. Este último hecho ha sido resaltado por el CCP, puesto que, a su juicio, el desarrollo de las relaciones comerciales entre LATINA y las empresas operadoras de televisión de paga cambió radicalmente en los últimos meses del año 2017 y el año 2018.
219. Cabe mencionar que, respecto a este cambio de política entre 2016 y 2017, LATINA señaló que en este periodo empezó a explorar alternativas para formalizar sus relaciones con las empresas operadoras de televisión de paga a fin de ordenar el mercado y establecer mecanismos de compensación por el uso de su señal televisiva. Señala que se trataba de un cobro simbólico, con el fin de generar consciencia de la obligación de pago para, en un futuro, desplegar una política comercial de cobro por el uso de la señal que se extendería a todo el mercado.
220. En tal sentido, considerando los contratos suscritos en este periodo obrantes en el expediente y lo reconocido por LATINA, está acreditado el cambio de política comercial de LATINA con los operadores de televisión de paga entre

los años 2016 y 2017, que consistió en la resolución de los contratos suscritos entre LATINA y las pequeñas empresas operadoras de televisión de paga con la invitación a negociar nuevos contratos, y la posterior suscripción de contratos con nuevos términos contractuales, entre los cuales se encontraba la obligación de pago de una contraprestación dineraria a favor de LATINA por la retransmisión de su señal.

(iii) LATINA resolvió entre enero y abril de 2018 sus contratos suscritos con operadores de televisión de paga, sin otorgar la posibilidad de negociar nuevos términos contractuales, lo cual va en contra de la lógica empresarial

221. Entre enero y abril de 2018, LATINA resolvió los contratos que suscribió con los pequeños operadores de televisión de paga, entre el 2016 y 2017, sin justificación y sin la posibilidad de negociar nuevos términos contractuales.
222. Al respecto, la APTC resalta que fue luego de que Perú clasificara al Mundial cuando LATINA, sin razón aparente, empezó a sabotear su propia estrategia desplegada entre el 2016 y 2017, resolviendo todos los contratos suscritos con las pequeñas operadoras de televisión de paga.
223. A continuación, se muestra un cuadro con la información de los contratos suscritos con las treinta y seis (36) empresas operadoras de televisión de paga que fueron resueltos por LATINA, a través de cartas y correos electrónicos⁶⁰:

PARTE CONTRACTUAL	INICIO DEL CONTRATO	CONTRAPRESTACIÓN DINERARIA	FECHA DE EMISIÓN DE CARTAS	NOTIFICACIÓN DE CARTA RESOLUTORIA
Jacklin Ángela Catacora García	02/05/2016	CONFIDENCIAL	15/01/2018	25/01/2018
Cable Estación S.R.L.	03/06/2016	CONFIDENCIAL	15/01/2018	22/01/2018
Comunicaciones Porcón S.A.C.	04/07/2016	CONFIDENCIAL	17/01/2018	22/01/2018
Cable Jaén S.R.L.	08/07/2016	CONFIDENCIAL	15/01/2018	22/01/2018
Supercable Televisión S.R.L.	08/07/2016	CONFIDENCIAL	16/01/2018	24/01/2018
Cable Pucallpa S.R.L.	12/07/2016	CONFIDENCIAL	16/01/2018	22/01/2018
DKR Visión S.R.L.	27/01/2017	CONFIDENCIAL	17/01/2018	22/01/2018
P Y D TELECOM S.R.L.	04/02/2017	CONFIDENCIAL	17/01/2018	22/01/2018
Chira Visión TV S.R.L.	06/02/2017	CONFIDENCIAL	17/01/2018	24/01/2018
Telecable Ladees E.I.R.L.	08/02/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	23/01/2018
EVELYN S.A.C.	10/02/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	29/01/2018
Devaos Altura Televisión por Cable E.I.R.L.	01/03/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	23/01/2018
VIP CHANNEL S.A.C.	10/03/2017	CONFIDENCIAL	17/01/2018	22/01/2018
OMNISAT CABLE TELEVISIÓN S.R.L.	16/03/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	24/01/2018
CECTEL E.I.R.L.	23/03/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	27/01/2018
Asociación de Cablevisión San Jacinto	05/05/2017	CONFIDENCIAL	23/04/2018	27/04/2018
PARABOLICA TV S.A.C.	09/05/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	30/01/2018

60

Las cartas y correos electrónicos mediante los cuales LATINA resolvió los contratos fueron remitidas por esta empresa mediante escritos del 19 de abril de 2018 y del 7 de mayo de 2018.

CABLEMAX E.I.R.L.	10/05/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	25/01/2018
Inversiones MOTUX S.A.C.	10/05/2017	CONFIDENCIAL	17/01/2018	22/01/2018
Cable Red Perú S.R.L.	10/05/2017	CONFIDENCIAL	17/01/2018	22/01/2018
Inversiones Caralma S.A.C.	10/05/2017	CONFIDENCIAL	17/01/2018	22/01/2018
Servicios Cable Sur S.A.C.	11/05/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	08/02/2018
CABLE YURIMAGUAS S.R.L.	11/05/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	22/02/2018
Cable Sistemas TV Perú S.A.C.	12/05/2017	CONFIDENCIAL	23/04/2018	27/04/2018
Corporación Global de Telecomunicaciones S.A.C.	29/05/2017	CONFIDENCIAL	17/01/2018	22/01/2018
Empresa de TV y Radiodifusión Bahía E.I.R.L.	31/05/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	29/01/2018
J.R TELECOM S.R.L.	01/06/2017	CONFIDENCIAL	17/01/2018	22/01/2018
Nelson Olinto Chávez Sánchez	08/06/2017	CONFIDENCIAL	16/01/2018	29/01/2018
Internet Smart E.I.R.L.	26/07/2017	CONFIDENCIAL	15/01/2018	26/01/2018
AMAZONÍA TV S.R.L.Tda.	14/06/2017	CONFIDENCIAL	-	23/01/2018 (correo electrónico)
Mega Cable TV S.A.C.	20/06/2017	CONFIDENCIAL	-	23/01/2018 (correo electrónico)
CABLE HVM E.I.R.L.	19/07/2017	CONFIDENCIAL	-	23/01/2018 (correo electrónico)
Angel Enrique Balbin Huamán	12/08/2017	CONFIDENCIAL	-	23/01/2018 (correo electrónico)
Telecable Chiclin del Valle S.A.C.	11/10/2017	CONFIDENCIAL	-	23/01/2018 (correo electrónico)
MULTIVISIÓN S.R.L.	14/10/2017	CONFIDENCIAL	-	23/01/2018 (correo electrónico)
Telecable Señor de Muruhuay E.I.R.L.	17/10/2017	CONFIDENCIAL	-	23/01/2018 (correo electrónico)

224. Al resolver estos contratos, LATINA solo expresó su decisión de finalizar las relaciones contractuales. A diferencia de lo que ocurrió previamente (entre 2016 y 2017), no expuso su intención de negociar nuevos términos contractuales.
225. En cuanto a los correos electrónicos remitidos por LATINA, en estos únicamente se indica la siguiente frase: *“más adelante nos pondremos en contacto con Ustedes a efecto de retomar las negociaciones”*⁶¹. El CCP resalta que esta frase no implica la intención de LATINA de celebrar nuevos contratos.
226. Al respecto, este Tribunal considera que, del citado texto de los correos electrónicos remitidos por LATINA, no es posible llegar a una conclusión respecto de la intención o no de LATINA de negociar nuevos términos contractuales con las operadoras de televisión de paga en un futuro.

⁶¹ Texto final de los correos electrónicos remitidos por el Gerente Legal de LATINA a AMAZONÍA TV S.R.L.Tda., Mega Cable TV S.A.C., CABLE HVM E.I.R.L., Angel Enrique Balbin Huamán, Telecable Chiclin del Valle S.A.C., MULTIVISIÓN S.R.L. y Telecable Señor de Muruhuay E.I.R.L.

227. No obstante, se encuentra comprobado que LATINA no respondió las demandas o solicitudes de las pequeñas operadoras de televisión de paga de negociar y suscribir nuevos contratos que autoricen la retransmisión de su señal, lo que sí demuestra la falta de intención de LATINA de negociar nuevos términos contractuales⁶².
228. Cabe señalar que LATINA justificó su decisión de resolver estos contratos en las supuestas restricciones contractuales para la retransmisión de los partidos adicionales del Mundial 2018. Basándose en esta premisa, también señaló que observó que no todos los contratos suscritos entre el 2016 y 2017 contenían cláusulas que permitieran adoptar acciones concretas en caso de contenidos o programación con restricción de retransmisión, y que no contaba con tecnología suficiente que permitiera realizar un *black out* selectivo de contenidos, por lo que vio necesario reevaluar nuevamente su política comercial a fin de evitar un incumplimiento contractual de su contrato suscrito con MOUNTRIGI. No obstante, como se ha verificado anteriormente, no existen impedimentos para que LATINA retransmita los referidos partidos a través de su señal por otros operadores de televisión de paga.
229. De igual manera, tal como señala el CCP y la APTC, lo alegado por LATINA referente al cambio de política de los años 2016 y 2017 que conllevó a la revisión de los contratos con las asociadas de la APTC no resulta del todo consistente, debido a que LATINA resolvió los contratos con la opción de renegociarlos en el periodo del 28 de diciembre de 2016 al 17 de octubre de 2017 y, apenas tres (3) meses después, esto es, del 15 de enero de 2018 al 23 de abril de 2018 volvió a resolverlos, esta vez sin la opción a renegociación.
230. En cuanto a la evaluación de la política comercial, la argumentación de LATINA es contradictoria dado que inicialmente justificó la resolución de los contratos con los operadores debido a la implementación de una política comercial respecto de las condiciones de los contratos de retransmisión de su señal, sin hacer mención alguna a la presunta restricción impuesta por MOUNTRIGI; mientras que posteriormente, en sus alegatos refiere a que el cambio de dicha política responde a las restricciones estipuladas en el contrato suscrito con MOUNTRIGI.
231. Sobre este extremo, LATINA indicó que las resoluciones de los contratos se dieron en el contexto de la revisión de la política comercial de LATINA, precisamente a fin de evitar que se pudiera alegar un incumplimiento de los términos acordados con MOUNTRIGI, por lo que ambas explicaciones van de la mano. No obstante, a pesar de esta explicación, efectivamente llama la atención que LATINA no haya hecho referencia a las supuestas restricciones contractuales -que ya se han desestimado- desde el inicio de su defensa si esta era la principal razón que la habría llevado a resolver todos sus contratos con las pequeñas operadoras de televisión de paga.
232. Asimismo, el CCP consideró contradictorio de que, de existir realmente restricciones contractuales en el Contrato suscrito entre LATINA y MOUNTRIGI

⁶² LATINA no respondió a las solicitudes de Cable Video Perú S.A.C., como se muestra en el correo adjunto al escrito remitida por esta empresa con fecha 13 de marzo de 2018, ni de Vip Channel S.A.C., la que envió diversas cartas y correos electrónicos con la finalidad de suscribir un nuevo contrato con LATINA, los que fueron adjuntados al escrito de denuncia de la APTC.

para la retransmisión del Mundial 2018 a través de operadores de televisión de paga, hubiera mantenido vigentes los contratos suscritos entre 2016 y 2017 con las pequeñas empresas operadoras y permitido la retransmisión de eventos deportivos entre el 2015 y 2018 (como el Mundial Sub20 FIFA 2017, la Copa Mundial Femenina Sub17 FIFA 2018, la Copa Mundial de Fútbol Playa FIFA 2017 y la Copa Confederaciones FIFA 2017), cuando las alegadas restricciones debieron aplicar también a la retransmisión de estos eventos, lo cual no ocurrió.

233. Al respecto, LATINA indicó que el objeto principal del referido contrato era la retransmisión del Mundial 2018, razón por la cual reevaluó sus políticas internas con miras a dicho evento deportivo, debiendo considerarse que un grupo de los eventos deportivos cuyos derechos se le habían cedido no fueron transmitidos en la señal de LATINA.
234. Esta explicación de LATINA no resulta suficiente para justificar la inconsistencia en su comportamiento respecto a la adopción de acciones dirigidas a cumplir con las supuestas restricciones contractuales de su contrato con MOUNTRIGI, evitando un incumplimiento contractual, únicamente cuando se trataba de la retransmisión del Mundial 2018 y no cuando se trataban de eventos deportivos anteriores, pues, de existir realmente las alegadas restricciones, en cualquiera de ambos casos (sea el Mundial 2018 o, por ejemplo, el Mundial Sub20 FIFA 2017), se habría configurado igualmente el supuesto incumplimiento que LATINA habría buscado evitar con la resolución de sus contratos suscritos con las asociadas de la APTC.
235. LATINA también indicó que la potestad de resolver los contratos unilateralmente sin expresa justificación es válida y acorde a lo estipulado en los contratos con las operadoras de televisión de paga y que no existiría una ley que exija lo contrario. No obstante, si bien es cierto que en ejercicio de la libertad de contratar cualquier agente económico puede proceder de la forma en que lo hizo LATINA, es decir, invocando los términos de sus propios contratos podría resolver de pleno derecho, es conocido que esta libertad de contratar no es absoluta y, para efectos del presente caso, encuentra su límite cuando entra en conflicto con las normas que reprimen las conductas anticompetitivas.
236. Adicionalmente, la APTC señala que la negativa de LATINA para la retransmisión de su señal es desproporcionada, pues, de existir las supuestas restricciones contractuales en su contrato con MOUNTRIGI, pudo limitar los alcances de las resoluciones contractuales a los partidos del Mundial 2018 o, una vez culminado este evento deportivo, pudo volver a suscribir los contratos por un plazo de duración determinado, por ejemplo, hasta el inicio de los Juegos Panamericanos 2019. Sin embargo, esta empresa terminó con cualquier posibilidad de retransmitir otros de sus programas, así como con la posibilidad de que, concluido dicho evento deportivo, las empresas integrantes de la APTC puedan continuar con la transmisión de su programación.
237. En efecto, se aprecia que LATINA pudo optar por opciones para evitar el supuesto incumplimiento de las alegadas restricciones contractuales, pues aún si no tuviera la tecnología para realizar un *black out* selectivo (lo que no ha sido comprobado sino solo alegado por LATINA), una vez terminado el Mundial 2018 pudo por ejemplo volver a contratar con las empresas operadoras de

televisión de paga (pues la propia LATINA reconoció que el principal evento objeto de su Contrato con MOUNTRIGI era el Mundial 2018 y por eso adoptó estas medidas con miras a este evento), permitiéndose continuar percibiendo las contraprestaciones por la autorización de la retransmisión de su señal, lo que constituye una conducta que a su vez resultaba menos perjudicial para las empresas operadoras de televisión de paga.

238. Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, que efectivamente demuestran inconsistencias en la defensa de LATINA, este Tribunal considera que consiste en un hecho probado que, entre enero y abril de 2018, LATINA resolvió unilateralmente los contratos de autorización de la retransmisión de su señal que había suscrito con 36 empresas operadoras de televisión de paga en el periodo de 2016 y 2017, sin invitar a las empresas a negociar nuevos términos contractuales y sin responder a las solicitudes de suscribir nuevos contratos que autorice nuevamente la retransmisión de su señal.
239. Sobre este extremo, el CCP señaló que esta conducta de LATINA de resolver los contratos suscritos con las empresas de televisión de paga en un periodo anterior resulta una conducta contraria a la lógica empresarial, pues como consecuencia de esa conducta perdió audiencia y dejó de percibir las contraprestaciones que recibía por la autorización de la retransmisión de su señal.
240. De igual manera, la APTC indicó que la conducta irracional de LATINA tenía solo dos consecuencias: (i) dejar de percibir dinero por una prestación que no le genera costos marginales; y, (ii) perder la posibilidad de obtener mayor cobertura a nivel nacional.
241. Por su parte, LATINA indicó que la contraprestación económica que percibía por los contratos resueltos representó menos del 0.05% de sus ingresos anuales, por lo que la decisión de resolver los contratos tendría no solo justificación legal, sino también comercial, dado que no existiría una renuncia a contraprestaciones importantes.
242. En ese sentido, este Tribunal aprecia que el hecho probado en este caso es que la decisión de dar por resueltos los contratos habría generado la pérdida de beneficios económicos para LATINA, dado que esta empresa dejó de percibir las contraprestaciones dinerarias que las empresas operadoras de televisión de paga debían pagar a partir de la suscripción de los nuevos contratos que precisamente fueron resueltos. Sin embargo, a diferencia de lo afirmado por el CCP y la APTC, a partir de este hecho, y de acuerdo con los medios probatorios actuados no es posible concluir, con completa certeza, y calificar como un hecho probado, que la conducta de LATINA es contraria a la lógica empresarial. Afirmar esto último, constituiría una inferencia efectuada a partir de la existencia de un indicio, lo que constituiría un salto lógico en el razonamiento.
243. En otros términos, el indicio debidamente probado consiste en que, en 2018, LATINA resolvió los contratos suscritos con los operadores de televisión de paga entre el 2016 y 2017, sin expresión de motivo y sin invitación a negociar nuevos términos, lo que generó que LATINA dejara de percibir las contraprestaciones dinerarias por la autorización de la retransmisión de su señal por parte de los operadores de televisión de paga.

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

244. Al desarrollar los fundamentos que sustentan la hipótesis colusoria, el CCP resalta la coincidencia entre el inicio de las negociaciones entre LATINA y DIRECTV del Contrato de Sub-licencia, en setiembre de 2017, y el incremento de las posibilidades de clasificación de la Selección Peruana de Fútbol al Mundial Rusia 2018.
245. Estas negociaciones implicaron un contacto constante entre LATINA y DIRECTV, dado que, como reconocieron las empresas imputadas, realizaron diversas reuniones presenciales a fin de llevar a cabo la negociación⁶³. En tal sentido, el CCP resalta que en este periodo de negociación LATINA inició un comportamiento contradictorio, el que consistió en lo siguiente:
- a. La remisión de las cartas notariales a MEDIA NETWORKS, AMÉRICA MÓVIL y CATV SYSTEMS, el 29 de noviembre de 2017, mediante las cuales LATINA les comunicó que no estaban autorizadas para retransmitir la señal de LATINA, refiriéndose particularmente a los partidos del Mundial 2018. Siendo así, les requirió el cese de cualquier uso no autorizado de su señal.
 - b. La resolución unilateral de LATINA, entre enero y abril de 2018, de sus contratos suscritos con las empresas operadoras de televisión de paga asociadas a la APTC, mediante la aplicación de la cláusula resolutoria de sus contratos.
246. La remisión de estas cartas notariales y la resolución de los contratos con otras empresas operadoras de televisión de paga distintas a DIRECTV fueron realizadas por LATINA unos meses después de suscritos nuevos contratos con las referidas empresas de televisión de paga y generaron que LATINA dejara de percibir las contraprestaciones dinerarias a las que tenía derecho en virtud de dichos contratos.
247. A partir de ello, el CCP llega a diversas conclusiones: (i) que es posible que LATINA y DIRECTV se hayan planteado el acuerdo colusorio desde el inicio de sus negociaciones, dejando la decisión final para el momento en que, de ser el caso, la Selección Nacional de Fútbol clasificara al Mundial 2018; (ii) que resulta evidente que esta circunstancia se conecta con la evaluación de LATINA relacionada a la suscripción del Contrato de Sub-licencia de los 32 partidos exclusivos de DIRECTV, debido a que ambas empresas continuaron con la negociación en la fecha de remisión de las cartas.
248. No obstante, considerando el marco conceptual y legal desarrollado sobre el uso de la prueba indiciaria, los indicios deben ser hechos probados. En ese sentido, este Tribunal considera que el indicio debidamente probado en este caso consiste únicamente en la coincidencia en la temporalidad de las negociaciones del Contrato de Sub-licencia y la remisión a operadores de

⁶³

Las reuniones para llevar a cabo las negociaciones del Contrato de Sub-licencia fueron reconocidas mediante escritos presentados por LATINA y DIRECTV con fecha 27 de febrero de 2019 y 20 de marzo de 2019, respectivamente.

televisión de paga de las cartas preventivas y resolutorias de los contratos de autorización de retransmisión de la señal de LATINA.

249. A partir de este único hecho acreditado no es posible derivar otras conclusiones respecto al momento a partir del cual las empresas imputadas podrían haberse planteado un acuerdo colusorio o la evaluación que podría haber realizado LATINA entre la decisión de no autorizar la retransmisión de su señal y la posibilidad de suscribir un contrato de sub-licenciamiento, en tanto son afirmaciones que no se encuentran dentro del campo de la certeza que requiere tener un hecho indiciario (como un hecho probado), sino constituyen una inferencia a partir del mismo.
250. Por otro lado, se debe mencionar que, tal como señala el CCP, es una práctica comercial común que se desarrollen diversas reuniones para la negociación y celebración de contratos como, en este caso, de sub-licenciamiento. Siendo así, se debe reconocer que, a diferencia de las reuniones entre competidores, las reuniones entre empresas que corresponden a distintos niveles de la cadena de comercialización no resultan una situación inusual, pues, por el contrario, es común que celebren acuerdos entre ellos para optimizar y crear cadenas de valor que benefician a ambas.
251. Cabe mencionar que el CCP, en su voto en mayoría, señaló también que resulta inverosímil que DIRECTV no haya tenido conocimiento en todo el proceso de negociación que sostuvo con LATINA acerca de las acciones impulsadas por esta empresa, o que la restricción de la retransmisión de su señal no hubiera sido aludida en la ronda de negociaciones que condujeron a los contratos suscritos por DIRECTV y LATINA. Sin embargo, más allá de aquella afirmación, este Tribunal aprecia que no se han actuado medios probatorios que indiquen o prueben que DIRECTV efectivamente tuvo conocimiento de las acciones impulsadas por LATINA, e incluso si hubiera tenido conocimiento, no es posible concluir con certeza que la conducta de LATINA fue consecuencia de un acuerdo entre ambas empresas.
252. Sobre este punto, la APTC hace referencia al correo electrónico interno de DIRECTV, mediante el cual esta empresa demostraría su ignorancia sobre la conducta de LATINA, resaltando que resulta fuera de contexto la alusión a un “acuerdo” si es que su temor era la posible comisión de una conducta de engaño (conducta de competencia desleal).

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

Saludos,
Jairo

From: ASENCIO, GIAN MARCO
Sent: Tuesday, March 27, 2018 12:51 PM
To: ROIG, CRISTINA (Legal) <cr8540@att.com>; MARQUEZ SOUVIRON, JERONIMO E (Legal) <jm958h@att.com>
Cc: BENAVIDES, DIEGO <dbenavides@directv.pe>; LEVY, NICOLE (Legal) (ARGENTINA) <nlevy@directvia.com.ar>; SALGUERO, JUAN DIEGO <jsalguero@directv.pe>; GARAVITO, DIEGO <dgavito@directv.pe>; GALLARDO, DEBORAH <dgallardo@directv.pe>
Subject: Carta Notarial Derechos Mundial

Hola todos,

Estamos validando que Movistar (en mayor medida) y otras cableas, han lanzado publicidad que vulnera nuestros derechos sobre el Mundial.

Adjunto fotos de diferentes locales de Movistar con publicidad que confunde al mercado, ya que parece que ellos fueran sponsors del Mundial. Cabe aclarar que si bien ellos van a transmitir el mundial a través de la transmisión de Frecuencia Latina (con los que nosotros estamos cerrando el acuerdo) esto no le debería dar derecho a Movistar a hacer publicidad al respecto.

Les envío un borrador de carta notarial que queremos enviar a Movistar y a las otras cableas.

Por favor sus comentarios sobre este caso. Estoy atento a toda duda.

Gian Marco Asencio
Legal & Asuntos Regulatorios
Ricardo Palma 341 - Piso 13, Miraflores.
gasencio@directv.pe
(+51 1) 700 300 - Anx. 321

Fuente: Expediente N° 001-2018-CCP-ST/CI. Escrito de absolución presentado por la APTC el 4 de febrero de 2020.

253. Al respecto, el referido correo electrónico se trata de un correo interno de DIRECTV en el que muestra su preocupación sobre la publicidad de TELEFÓNICA respecto a la transmisión del Mundial 2018. De la lectura de este, enviado el 27 de marzo de 2018, es decir, después de la suscripción del Contrato de Sub-licencia, se puede interpretar que efectivamente DIRECTV asumía que otras operadoras de televisión de paga retransmitirían el Mundial 2018 a través de la señal de LATINA, por lo que constituye un contraindicio que debilita la postura del CCP respecto al conocimiento de DIRECTV de la conducta de LATINA.
254. Por otro lado, si bien la referencia a un acuerdo con LATINA puede resultar fuera de contexto, en tanto es cuestionable el motivo por el cual se mencionó el Contrato de Distribución (que era el único acuerdo que se continuaba negociando al 27 de marzo de 2018), no es posible llegar a conclusiones determinantes a partir de este correo electrónico acerca de la existencia o inexistencia de un acuerdo colusorio implícito, por lo que se debe evaluar con los demás indicios.
255. De acuerdo con lo expuesto, si bien se encuentra probado que hubo una serie de reuniones entre LATINA y DIRECTV, generando espacios de coordinación entre ellos, también es un hecho probado que aquellas interacciones conllevaron a la suscripción del Contrato de Sub-licencia y, posteriormente, del Contrato de Distribución entre ambas empresas, que son acuerdos plenamente válidos. Por tanto, no puede presumirse *prima facie* que durante las negociaciones se pactó un acuerdo colusorio con fines anticompetitivos (acordando que LATINA resuelva los contratos de autorización de retransmisión de su señal), por el solo hecho de coincidir en las fechas con la resolución de los contratos con las asociadas de la APTC. Por tal motivo, como es propio de la evaluación de la prueba indiciaria, se requiere evaluar este indicio en conjunto con los demás indicios.

(v) Sobre el contenido de las cartas preventivas remitidas por LATINA

256. El CCP indicó que las cartas notariales “preventivas” remitidas por LATINA a TELEFÓNICA (enviada a MEDIA NETWORKS), AMÉRICA MÓVIL y CATV SYSTEMS, en las que se les indicó que no se encontraban autorizadas para retransmitir su señal, contenían información que favorecía únicamente a DIRECTV, pues en estas se hace referencia a la existencia de un operador de televisión de paga que adquirió la exclusividad de los derechos de transmisión del Mundial 2018. Este hecho, junto con la coincidencia en las negociaciones del Contrato de Sub-licencia, indicaría, según el CCP, la existencia de un vínculo entre las cartas y el Contrato de Sub-licencia.
257. En primer lugar, es importante precisar que de acuerdo a la información que obra en el expediente las cartas preventivas fueron remitidas a MEDIA NETWORKS⁶⁴ (empresa del Grupo TELEFÓNICA), AMERICA MÓVIL y CATV SYSTEMS. A continuación, se muestra el texto de las cartas preventivas:

De nuestra consideración:

Sirva la presente para comunicarles formalmente que Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. (en adelante, “LATINA”) ha adquirido en forma exclusiva para el territorio peruano, los derechos de transmisión y reproducción en vivo, en diferido o en repetición ---a través de la señal de televisión abierta, radio, broadband e IPTV (transmisión por televisión por protocolo de Internet) y derechos móviles (tecnología móvil)--- de los partidos, competiciones, ceremonias y todos los eventos de la “COPA MUNDIAL DE LA FIFA RUSIA 2018”, además de otros Torneos FIFA (incluido el sonido atmosférico de los encuentros, highlights de los partidos autorizados y material audiovisual de archivos de la FIFA).

Los contratos suscritos por “LATINA” para dicho efecto nos otorgan derechos de transmisión y reproducción exclusivos, imponiéndonos reglas rigurosas y de estricto cumplimiento en resguardo de los derechos licenciados por la FIFA y que es obligación de “LATINA” hacer cumplir.

Atendiendo a lo señalado en los párrafos precedentes, les recordamos que ustedes no se encuentran autorizados para emplear nuestra señal, más aún con ocasión de la transmisión de la “COPA MUNDIAL DE LA FIFA RUSIA 2018”, cuyos derechos han sido adquiridos por “LATINA” a exclusividad para sus diferentes plataformas, lo cual incluye como ya lo hemos mencionado, broadband, derechos móviles, redes digitales e Internet, existiendo exclusividad de otro sublicenciatarario de televisión paga para territorio peruano.

Así, en virtud a la exclusividad adquirida por “LATINA”, ustedes se encuentran impedidos de vender y ofrecer a sus suscriptores paquetes que contengan nuestra señal.

Fuente: Carta notarial remitida por LATINA a CATV SYSTEMS con fecha 29 de noviembre de 2017.

258. Al respecto, LATINA señaló que en las cartas únicamente informó que existía un tercero con exclusividad para la retransmisión de los derechos cedidos por MOUNTRIGI en televisión de paga, quedando LATINA habilitada para transmitir por señal abierta. Asimismo, DIRECTV señaló que resultaba evidente que el texto de las referidas cartas preventivas⁶⁵ hacía referencia a ella; sin

⁶⁴ Cabe mencionar que MEDIA NETWORKS no cuenta con concesión para la prestación del servicio de distribución de radiodifusión por cable. Ver: http://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/servicios_publicos/documentos/servicios/Concesiones_Unicas_Adecuaciones.pdf

⁶⁵ En las cartas preventivas remitidas a MEDIA NETWORKS, AMÉRICA MÓVIL y CATV SYSTEMS el 29 de noviembre de 2017 se señala lo siguiente:
“(…), existiendo exclusividad de otro sublicenciatarario de televisión paga para territorio peruano”.

embargo, señala que ello no avala el entendimiento del CCP de que las cartas habrían estado motivadas por DIRECTV.

259. DIRECTV efectivamente es una empresa operadora de televisión de paga a la que, con la suscripción del contrato de sub-licenciamiento suscrito con MOUNTRIGI, se le cedieron los derechos de transmisión de los 64 partidos del Mundial 2018 en televisión de paga, 32 de los cuales eran exclusivos. Aunque el motivo por el cual LATINA alega ese hecho es cuestionable teniendo en cuenta que no existía impedimento para que LATINA retransmitiera su señal por otros operadores de televisión de paga, DIRECTV sí tenía la exclusividad sobre la transmisión de 32 partidos por televisión de paga como sub-licenciataria de MOUNTRIGI. Es decir, esta empresa adquirió estos derechos en el 2013, era un hecho conocido y su mención no la beneficiaba de alguna forma en particular.
260. Asimismo, contrariamente a lo señalado por el CCP, la referencia a este hecho en las cartas preventivas y su coincidencia en la temporalidad con las negociaciones del Contrato de Sub-licencia no permite arribar a la conclusión directa y certera de que existe un vínculo entre las cartas y el Contrato de Sub-licencia que ambas empresas venían negociando o de que DIRECTV habría solicitado a LATINA remitir las cartas preventivas, es decir, no existe un nexo lógico causal directo entre ambos el hecho indiciario y la citada conclusión.
261. Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de que LATINA haya realizado referencia indirecta a la exclusividad de DIRECTV en las cartas preventivas del 29 de noviembre de 2017 y que la remisión de estas coincide con la fecha de las negociaciones del Contrato de Sub-licencia, constituye un hecho probado.

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

262. El CCP hace referencia a un video publicado en el sitio web *YouTube*, en el que el Gerente General de LATINA, el señor Andrés Alberto Badra Badra, anunció a fines de diciembre de 2017, es decir, antes de la suscripción del Contrato de Sub-licencia el 15 de marzo de 2018, que LATINA transmitiría los 64 partidos del Mundial 2018 y, además, que suscribirían con DIRECTV una alianza operacional para retransmitir el Mundial 2018⁶⁶. Ello, según el CCP,

⁶⁶ El anuncio realizado por el Gerente General de LATINA, el señor Andrés Alberto Badra Badra, se encuentra en el siguiente enlace: https://www.youtube.com/watch?v=6OO_dDPjlgg (Visitado por última vez el 23 de setiembre de 2020). En los minutos 2:43 – 2:51, el señor Andrés Badra dice:

“Mañana estamos terminando el 2017, la verdad es que fue un año de mucho aprendizaje para todos nosotros en Latina...”

En los minutos 14:18 – 15:40, el señor Andrés Badra dice:

“Vamos a transmitir por primera vez en muchos años el Mundial de Fútbol, en LATINA es la primera vez y después de más de 30 años en el Perú con el Perú en el Mundial lo vamos a transmitir nosotros aquí en Latina los 64 juegos, los 64 juegos. Van a ver 8 juegos que lo vamos a tener que transmitir en diferido porque caen al mismo tiempo, pero los 64 juegos van a ir al aire. Vamos a tener que vender el fútbol a unos precios inéditos para poder pagar esta propiedad, algo que nunca nadie en este país había hecho. Cuando salió América, ATV y Movistar con el partido de repechaje a vender un paquete de publicidad, lo empezaron a vender a los precios que lo estaban vendiendo porque nosotros ya habíamos salido a la calle a vender un paquete publicitario a tres veces el precio

demuestra que ambas empresas tuvieron completa seguridad de la suscripción del Contrato de Sub-licencia en diciembre de 2017, lo que resultaría relevante porque pocos meses después, a inicios del 2018, LATINA decidió resolver los contratos que había suscrito con diversos operadores de televisión de paga.

263. En efecto, se puede verificar del referido video y, por tanto, constituye un hecho probado que a fines de diciembre de 2017 el Gerente General de LATINA afirmó, antes de la suscripción del Contrato de Sub-licencia, que esta empresa transmitiría los 64 partidos del Mundial 2018 y que operaría una alianza operacional con DIRECTV haciendo contenidos desde Rusia. Cabe señalar que sobre este punto, LATINA y DIRECTV no han presentado argumentos ni contraindicios.
264. Al respecto, es razonable interpretar esa certeza en la suscripción del Contrato de Sub-licencia como que, para diciembre de 2017, ya se había llegado a la certeza de que se suscribiría el contrato. No resulta extraño que ello suceda en las negociaciones de contratos complejos que impliquen altas contraprestaciones económicas, pues es poco probable que las partes esperen el día de la suscripción del contrato para tomar la decisión.
265. Se entiende que el CCP considera relevante esta seguridad de LATINA, surgida en diciembre de 2017, en que sí suscribiría el Contrato de Sub-licencia con DIRECTV (es decir, tenía la certeza con anterioridad a la decisión de resolver todos sus contratos con las operadoras de televisión de paga), debido a que ello respaldaría la hipótesis colusoria en cuanto a la coherencia de la conducta de LATINA de resolver todos sus contratos en cumplimiento del presunto acuerdo colusorio con DIRECTV, teniendo la seguridad de que DIRECTV cumpliría con otorgarle los derechos de transmisión de los 32 partidos exclusivos del Mundial 2018 y con la prestación de los servicios técnicos y facilidades para su transmisión desde Rusia, que era su principal interés. En otras palabras, no tendría sentido que LATINA se arriesgara a asumir las consecuencias negativas de la resolución de sus contratos sin tener la seguridad que obtendría las mencionadas prestaciones por parte de DIRECTV.
266. No obstante, este Tribunal considera que el hecho de que las partes tuvieran seguridad en diciembre de 2017 de que este contrato sería suscrito no implica por sí solo que DIRECTV haya acordado con LATINA que esta última resuelva los contratos suscritos con las pequeñas operadoras de televisión de paga. Por tal motivo, también se requiere evaluar este indicio en conjunto con los demás indicios. Afirmar esto último, constituiría una inferencia a partir de la demostración de un indicio (y no del conjunto de indicios) lo que constituiría un salto lógico en el razonamiento que se sigue.

de lo último que había colocado ATV, sin saber ni siquiera que Perú iba a estar en el Mundial. Hoy día, eso ya vale tres veces más, sin lugar a duda. Tenemos que operar una alianza operacional, valga la redundancia, en el Mundial de Fútbol con DIRECTV. Vamos a hacer contenidos con DIRECTV desde Rusia, eso tiene un enorme reto operativo para la compañía. Vamos a llevar una docena de personas para allá, vamos a estar trabajando de la mano con DIRECTV y eso tiene un reto gigantesco para esta empresa, transmitir desde Rusia, durante prácticamente un mes todos los días”.

(vii) La suscripción de los Contratos DIRECTV-LATINA y la compensación de pérdidas a LATINA

267. Como se ha señalado líneas arriba, DIRECTV y LATINA suscribieron dos contratos a inicios del año 2018. Por un lado, el Contrato de Sub-licencia y por otro el Contrato de Distribución, tal como se muestra en el siguiente gráfico:

Gráfico 5: Contratos suscritos por LATINA y DIRECTV



Fuente: Información remitida por LATINA mediante escrito N° 3 del 7 de mayo de 2018.
Elaboración: STTSC.

268. Ahora bien, en la Resolución Impugnada se señala que el Contrato de Sub-licencia suscrito por DIRECTV y LATINA estuvo relacionado a dos ámbitos concretos. En primer lugar, DIRECTV otorgó a LATINA el derecho de los 32 partidos del Mundial 2018 que MOUNTRIGI le había concedido de manera exclusiva. En segundo lugar, DIRECTV se obligó a prestar servicios técnicos y de producción y cualquier servicio que permita a LATINA transmitir los partidos del Mundial 2018.
269. Asimismo, conforme al Contrato de Sub-licencia, LATINA pagó **[CONFIDENCIAL]** a DIRECTV, por los derechos de transmisión y los servicios prestados por DIRECTV, es decir, el pago no solamente estuvo dirigido a compensar los derechos de transmisión, sino que, también, a compensar los servicios prestados por DIRECTV. Así pues, los servicios técnicos y de producción constituyen un elemento particular de la relación de DIRECTV y LATINA.
270. Los servicios prestados por DIRECTV a favor de LATINA estuvieron vinculados a la colaboración operacional para transmitir, conjuntamente, los partidos del Mundial 2018.
271. Sobre este contrato, el CCP infiere que dicha alianza beneficiaba a LATINA, pues DIRECTV le proveería diversos servicios que facilitarían la transmisión del Mundial 2018, generando un importante ahorro de costos en los cuales LATINA hubiera tenido que incurrir por cuenta propia.

272. El CCP también deduce que los servicios prestados por DIRECTV compensaron, en alguna medida, las pérdidas de LATINA provocadas por la restricción de la señal de LATINA a diversos operadores de televisión de paga.
273. Posteriormente, el 3 de abril de 2018, LATINA y DIRECTV suscribieron el Contrato de Distribución. Mediante dicho contrato, LATINA autorizó a DIRECTV para recibir, promocionar, ofrecer y distribuir su señal, por cualquiera de los medios autorizados⁶⁷. Asimismo, LATINA autorizó a DIRECTV para promocionar, ofrecer, distribuir el contenido autenticado de la señal⁶⁸, por cualquiera de los medios autorizados. Adicionalmente, sujeto a aprobación previa, LATINA autorizó a DIRECTV a utilizar alguna parte de los contenidos de la señal, incluyendo nombres, títulos y logos de la señal y sus programas para usos promocionales.
274. Con relación a dicho contrato el CCP indica lo siguiente:
- Dicho contrato no estableció una contraprestación dineraria a diferencia de los otros contratos que había pactado LATINA con otras operadoras de televisión de paga, y resalta el que se haya pactado que DIRECTV podrá dar por terminado el Contrato de Distribución en caso se haya resuelto por cualquier motivo el Contrato de Sub-licencia del Mundial 2018.
 - El Contrato de Distribución revela el interés de LATINA por suscribir dicho contrato. Asimismo, agrega que se le otorga ciertas posiciones de ventaja a DIRECTV, por ejemplo, la no existencia de contraprestación dineraria o la posibilidad de que DIRECTV resuelva el Contrato de Distribución en caso se resolviese el Contrato de Sub-licencia.
 - LATINA se encuentra en una posición contractual desfavorable dándole mayores ventajas a DIRECTV por encima de sus propios intereses; a diferencia de los otros contratos suscritos con las otras operadoras de televisión de paga con las que se encuentra en una posición ventajosa incluyendo cláusulas de resolución unilateral, salvaguardando sus intereses e imponiendo exigencias de una manera totalmente distinta.
 - Ciertos términos pactados en el Contrato de Distribución suscrito con DIRECTV solo le producen beneficios a DIRECTV. En realidad, todas las acciones realizadas por LATINA solo beneficiarían a DIRECTV. Por su lado, DIRECTV otorgó a LATINA los derechos de transmisión del Mundial 2018 y, además, todos los servicios necesarios para que pueda transmitir dichos partidos.
275. Finalmente, a criterio del CCP, si bien el Contrato de Sub-licencia y el Contrato de Distribución formaron parte de una negociación integral, no estarían vinculados de la manera en la que las partes han señalado, y concluye que el

⁶⁷ La cláusula segunda del Contrato de Distribución consigna la siguiente definición:

CONFIDENCIAL

⁶⁸ La cláusula segunda del Contrato de Distribución consigna la siguiente definición:

CONFIDENCIAL

comportamiento de LATINA de restringir la señal a operadores de televisión de paga surge como una concesión recíproca en el contexto de la suscripción de la sub-licencia de los partidos exclusivos de DIRECTV que permitía a LATINA transmitir la totalidad de los partidos del Mundial 2018.

276. Con relación a ello, LATINA señala lo siguiente: (i) los dos contratos suscritos entre ella y DIRECTV (el Contrato de Sub-licencia y el Contrato de Distribución) se encuentran imbricados y ambos conforman un acuerdo global; (ii) el Contrato de Distribución sí tiene carácter contraprestativo al formar parte del acuerdo global antes mencionado, por lo que en ningún momento se pretendió beneficiar a DIRECTV; y, (iii) si LATINA permitió la suscripción del Contrato de Distribución con DIRECTV es porque no se encontraba expuesta a un incumplimiento contractual con MOUNTRIGI al ostentar DIRECTV los derechos de retransmisión de los 64 partidos del Mundial 2018.
277. Por su parte DIRECTV señala que: (i) la racionalidad de esta prestación en el contexto en el que ambas empresas transmitirían los partidos del Mundial 2018 es evidente: ambas empresas colaboraron para no duplicar los costos de producción y transmisión del Mundial 2018. No hubo nada oculto ni extraño en esta colaboración que, además se plasmó expresamente en el Contrato de Sub-Licenciamiento; (ii) la afirmación de que LATINA habría tenido importantes ahorros de costos como resultado de la prestación por parte de DIRECTV de servicios de soporte no se basa en ningún parámetro objetivo que sustente dicho cálculo, más allá de haber señalado que se basa en la opinión de “algunos especialistas”; (iii) no existe un indicio de que las partes hayan pactado tal compensación; y, (iv) el CCP no ha acreditado que existan pérdidas que LATINA deba de compensar porque, conforme a lo señalado en el expediente, la relación con las principales empresas de televisión de paga se han mantenido durante este periodo.
278. Asimismo, respecto a la prestación de los servicios de soporte técnico que brindó DIRECTV a LATINA en virtud del Contrato de Sub-licencia, DIRECTV señaló en la entrevista realizada por la STCCO el 18 de mayo de 2018 que decidió acordar esta alianza operacional y de coproducción con LATINA llevada a cabo en Rusia debido a que su principal interés era promover la presencia de la marca DIRECTV, realizando un programa junto a LATINA que sería transmitido por su señal, bajo el entendido de que tendría altos niveles de audiencia.
279. Adicionalmente, DIRECTV señala que un contraindicio a la supuesta gratuidad del Contrato de Distribución fue la vinculación económica entre dicho contrato y el Contrato de Sub-licencia, tomando en cuenta el contexto en el que ambos fueron celebrados y la lógica comercial que para DIRECTV tenía el celebrar estos contratos.
280. Agrega DIRECTV que la suscripción de los contratos estuvo motivada por varias razones comerciales, esto es (i) el interés que tenía la compañía de recuperar parte de la inversión económica que se realizó para obtener la licencia de parte de MOUNTRIGI, que de no ser cubierto podría impactar adversamente su gestión financiera; (ii) si bien se esperaba un incremento de clientes finales por efecto de la transmisión del Mundial 2018, se enfrentaba el riesgo de que muchos usuarios dejaran el servicio luego de concluida la transmisión del Mundial 2018, lo que ya había ocurrido en anteriores ocasiones

luego de estos eventos deportivos; (iii) tenía interés en otras oportunidades de negocio que surgían como resultado de la alianza con LATINA, como los servicios adicionales de producción de programas deportivos para el Mundial 2018, así como la disposición de espacios publicitarios en la señal de LATINA.

281. DIRECTV señala que desde la perspectiva de la negociación con LATINA y conociendo las intenciones de esta empresa de cobrar a las empresas de televisión de paga por la transmisión de su señal, tenía sentido para DIRECTV realizar una negociación conjunta del Contrato de Sub-Licencia y del Contrato de Distribución, a efectos de maximizar su posición negociadora que le otorgaba el ser titular de los derechos de transmisión del Mundial 2018 y lograr condiciones más ventajosas, siendo la principal el no realizar pago alguno a LATINA por la transmisión de su señal. Esta explicación resulta coherente con la lógica empresarial.
282. Asimismo, esta empresa señala que el poder obtener la señal de LATINA a título gratuito, no es una condición que LATINA solo le haya otorgado a DIRECTV, sino que también mantiene en sus relaciones comerciales con operadores importantes en el mercado televisión de paga, como es el caso de TELEFÓNICA y AMÉRICA MÓVIL, empresas a las que no les cobra por el uso de su señal. Asimismo, esta condición resultaba consistente con la política de DIRECTV de no realizar pagos por la transmisión de los canales de señal abierta.
283. Ahora bien, con relación a los contratos suscritos entre LATINA y DIRECTV, este Tribunal considera que no hay elementos de prueba que permitan afirmar que el Contrato de Sub-licencia y el Contrato de Distribución no formaban parte de una misma negociación, teniendo en cuenta lo reconocido por las partes, la cercanía de las fechas en que fueron suscritos y más aún cuando en el Contrato de Distribución se hace mención al Contrato de Sub-licencia⁶⁹, por lo que este Tribunal discrepa con el CCP al afirmar que los mismos no se encuentran vinculados.
284. Asimismo, habiéndose descartado la posibilidad de que dichos contratos no se encuentren vinculados, es perfectamente posible que las contraprestaciones se encuentren en uno u otro contrato suscrito por las partes. Así también, este Tribunal discrepa con el CCP con relación a la ventaja significativa que tendría DIRECTV en el Contrato de Distribución, ya que al considerar que ambos contratos formaban parte de una misma negociación, es preciso tener en cuenta los derechos cedidos por DIRECTV a LATINA con relación a transmisión de los 32 partidos exclusivos del Mundial 2018.
285. Adicionalmente, el CCP afirmó que los ahorros de costos que habría tenido LATINA como resultado de la prestación por parte de DIRECTV de servicios de técnicos complementarios sirvieron para compensar, en alguna medida, las pérdidas de LATINA provocadas por la restricción de la retransmisión de su señal a otros operadores de televisión de paga. Por su lado, la APTC también considera que lo que motivó la conducta de LATINA fue el retribuir los servicios

⁶⁹ La cláusula quinta del Contrato de Distribución consigna lo siguiente:

CONFIDENCIAL

(Énfasis agregado)

técnicos complementarios que le brindó DIRECTV en Rusia, pues aquellas prestaciones ascendieron a US\$ 1,000,000.00, monto muy por encima de lo que podrían pagar las pequeñas operadoras de televisión de paga.

286. Se debe señalar que la estimación de US\$ 1,000,000.00 correspondiente al presunto ahorro de costos por los servicios técnicos prestados en la que se sustentó el CCP para señalar que habría compensado las pérdidas incurridas por LATINA por la restricción de la retransmisión de su señal, no responde a una fuente oficial, a un sustento técnico ni se especifican ni desagregan los datos que sustentan dicho importe⁷⁰, por lo que a partir de tal estimación no se puede concluir que debió existir la referida compensación.
287. Considerando lo expuesto y de la revisión de los actuados, este Tribunal discrepa con lo señalado por el CCP y por la APTC, en tanto los medios probatorios no permiten señalar que en los contratos suscritos entre DIRECTV y LATINA se observa un desequilibrio en las prestaciones pactadas, que permita afirmar que debió existir alguna compensación adicional a favor de una u otra parte.
288. Por tal motivo, este Tribunal considera que no es un hecho probado que los servicios técnicos complementarios para la transmisión del Mundial 2018, prestados por DIRECTV en virtud del Contrato de Sub-licencia, sirvieron como compensación a favor de LATINA por la pérdida económica generada por las resoluciones contractuales que tuvieron lugar a inicios del 2018.

(viii) Como consecuencia de las resoluciones contractuales, DIRECTV se convirtió en la única empresa autorizada por LATINA para retransmitir su señal

289. El CCP señala que, poco tiempo después de la suscripción del Contrato de Distribución, el 23 de abril de 2018, LATINA resolvió los últimos contratos que había suscrito con operadores de televisión de paga y, como consecuencia de ello, DIRECTV se habría convertido en la única empresa autorizada legalmente por LATINA en el mercado de televisión de paga a nivel nacional.
290. Ello fue confirmado por LATINA mediante escrito del 19 de abril de 2019, por el que, atendiendo a un requerimiento de información de la STCCO, señaló que al 20 de marzo de 2018 no había suscrito contrato alguno para la retransmisión de su señal con empresa de televisión de paga, y que el 3 de abril de 2018 LATINA suscribió un contrato de licencia para la transmisión de su señal con DIRECTV, el que no contaría con ninguna cláusula de exclusividad.
291. Asimismo, en la entrevista realizada por la STCCO a LATINA el 23 de mayo de 2018, esta empresa confirmó que no tiene relaciones comerciales con operadores de televisión de paga, a excepción de DIRECTV, y que otras empresas operadoras retransmiten su señal sin tener autorización.

⁷⁰

Ver: <https://medium.com/@productorcr/cu%C3%A1nto-cuestan-los-derechos-para-transmitir-el-mundial-en-cr-34d5cdf16a2f> (visitado por última vez el 24 de setiembre de 2020). Se señala lo siguiente:

“Además, debe sumarse el costo de producción de los espacios informativos desde Rusia, derechos por tener periodistas en la cancha, costo operativo de personal, viáticos y toda la logística general que esto conlleva. Un monto que perfectamente andarían en US\$1 Millón adicional”.

292. Cabe señalar que en el caso de las empresas operadoras de televisión de paga con presencia nacional, como TELEFÓNICA y AMÉRICA MÓVIL, no se tenían contratos por escrito, sino que las autorizaciones para retransmitir señales abiertas se otorgaban de manera verbal⁷¹. Por tal motivo, LATINA no remitió a AMERICA MÓVIL una carta “resolutoria”, sino una carta “preventiva” a fin de informarles que no se encontraban autorizadas para retransmitir su señal.
293. Asimismo, como se señala en la página 23 del informe instructivo y conforme a las cartas remitidas por TELEFÓNICA a la STCCO⁷², LATINA no le remitió carta alguna en la que le prohibiera la retransmisión de su señal.
294. El CCP entiende que el 29 de noviembre de 2017, LATINA también remitió una carta preventiva a TELEFÓNICA, pero a través de MEDIA NETWORKS, como empresa de su grupo empresarial. Sin embargo, si bien MEDIA NETWORKS es parte del grupo TELEFÓNICA, es una empresa distinta que no se encarga de la prestación del servicio de televisión de paga⁷³. Esto se debe a que la mencionada empresa se dedica a la producción de contenidos audiovisuales, a las ventas y representación de publicidad y ofrece servicios B2B a empresas de telecomunicaciones, cable operadoras y operadoras de datos⁷⁴; y no cuenta con concesión para la prestación del servicio de televisión de paga⁷⁵. Siendo así, no es posible afirmar que LATINA remitió una carta preventiva a TELEFÓNICA, “desautorizándola” a retransmitir su señal, a través de MEDIA NETWORKS.
295. En ese orden de ideas, si bien es cierto que LATINA resolvió todos los contratos que había suscrito con treinta y seis (36) operadores de televisión de paga, no resulta un hecho probado que DIRECTV sea la única empresa autorizada legalmente por LATINA para retransmitir su señal, pues a TELEFÓNICA no le remitió comunicación alguna indicándole que no podía retransmitir su señal, como si lo hizo con otras empresas operadoras que tienen alta participación en el mercado como son AMÉRICA MÓVIL y CATV SYSTEMS.

⁷¹ Numeral 523 del Informe Instructivo N° 009-STCCO/2019.

⁷² Comunicaciones de TELEFÓNICA GGR-127-A-020-18 del 18 de abril de 2018 y GGR-127-A-030-18 del 22 de mayo de 2018.

⁷³ Al momento de la remisión de las cartas preventivas, la empresa filial de TELEFÓNICA encargada de la prestación del servicio de televisión de paga era Telefónica Multimedia S.A.C. Posteriormente, a inicios de 2018, la referida empresa y Star Global Com se fusionaron con TELEFÓNICA, la que actualmente tiene las concesiones para la prestación del servicio público de radiodifusión por cable. La información sobre las mencionadas concesiones, actualizada al 25 de octubre de 2019, se encuentra en el siguiente enlace: https://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/servicios_publicos/documentos/servicios/Concesiones_Unicas_Adecuaciones.pdf

⁷⁴ Ver: <https://medianetworks.net/#>

⁷⁵ Según la información del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, MEDIA NETWORKS cuenta con concesión única para la prestación del servicio portador de larga distancia internacional, servicio portador de larga distancia nacional y servicio portador local; mas no para la prestación del servicio de televisión de paga. Esta información, actualizada al 25 de octubre de 2019, se encuentra en el siguiente enlace: https://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/servicios_publicos/documentos/servicios/Concesiones_Unicas_Adecuaciones.pdf

3.4.4 Evaluación conjunta de los indicios debidamente probados dirigidos a probar la existencia del acuerdo colusorio

296. De lo expuesto anteriormente, este Tribunal considera que los indicios debidamente probados que corresponden ser evaluados son los siguientes:

- (i) No existen restricciones en los contratos de LATINA y DIRECTV suscritos con MOUNTRIGI para la retransmisión de la señal de LATINA a través de operadores de televisión de paga.
- (ii) LATINA efectuó un cambio de política comercial entre 2016 y 2017, a partir de la cual empezó a percibir contraprestaciones por parte de los operadores de televisión de paga por la autorización de la retransmisión de su señal.
- (iii) En noviembre de 2017, LATINA remitió las cartas preventivas a MEDIA NETWORKS, AMÉRICA MÓVIL y CATV SYSTEMS, indicándoles que no estaban autorizadas para retransmitir su señal y haciendo referencia indirecta a DIRECTV como sub-licenciatario de televisión de paga que cuenta con la exclusividad de los derechos de transmisión del Mundial 2018.
- (iv) En diciembre de 2017, LATINA tenía certeza de la suscripción del Contrato de Sub-licencia con DIRECTV.
- (v) Entre enero y abril de 2018, LATINA remitió cartas y correos electrónicos a fin de resolver sus contratos suscritos con operadores de televisión de paga, sin otorgar la posibilidad de negociar nuevos términos contractuales, renunciando a percibir contraprestaciones dinerarias.
- (vi) Existe coincidencia entre las fechas de las negociaciones del Contrato de Sub-licencia y la remisión de las cartas preventivas y resolutorias.
- (vii) El 15 de marzo de 2018, LATINA y DIRECTV suscribieron el Contrato de Sub-licencia, por el que DIRECTV (i) otorgó a LATINA los derechos de transmisión de los 32 partidos exclusivos del Mundial 2018; y, (ii) se obligó a brindar servicios técnicos y de producción para el Mundial 2018.
- (viii) El 3 de abril de 2018, LATINA y DIRECTV suscribieron el Contrato de Distribución, por el que LATINA autorizó a DIRECTV a retransmitir su señal.
- (ix) A partir de la resolución por parte de LATINA de sus contratos suscritos con los pequeños operadores de televisión de paga y el envío de cartas preventivas a MEDIA NETWORKS, AMERICA MÓVIL y CATV SYSTEMS, no se encuentra probado que DIRECTV sea la única empresa autorizada legalmente a retransmitir la señal de LATINA.

297. Considerando el marco legal y conceptual desarrollado en el acápite III.3 de la presente resolución sobre el uso de la prueba indiciaria, los hechos indiciarios debidamente probados deben ser evaluados de manera conjunta a fin de probar el hecho consecuencia o la hipótesis colusoria de la autoridad, que en este caso consiste en la existencia de un acuerdo colusorio implícito celebrado

entre LATINA y DIRECTV, por el cual LATINA se niega a suscribir contratos de autorización de retransmisión de su señal con otros operadores de televisión de paga distintos a DIRECTV.

298. Para probar la hipótesis colusoria se requiere también que exista un razonamiento deductivo o conexión lógica, precisa y directa, entre los indicios y el hecho consecuencia que se busca probar. De este modo, considerando que la modalidad de práctica colusoria vertical que se evalúa en el presente caso, a partir de las pruebas recabadas, debe descartarse que la política de negativa a contratar es el resultado de una decisión unilateral de LATINA, sino que fue el resultado de un acuerdo consentido por LATINA y DIRECTV.
299. De los indicios previamente listados, se aprecia que estos se basan principalmente en conductas realizadas por LATINA desde el 2016 hasta el 2018, coincidiendo esencialmente con el desarrollo del Mundial 2018.
300. En efecto, considerando que LATINA no tiene restricciones contractuales para retransmitir su señal, en particular, los partidos del Mundial 2018 a través de operadores de televisión de paga, los indicios desarrollados en el acápite anterior constatan que LATINA desarrolló, sin justificación aparente, conductas que resultan contradictorias con las anteriormente realizadas por esta misma empresa.
301. Lo anterior se debe a que, habiendo adoptado entre 2016 y 2017 una política comercial por la cual LATINA empezó a percibir el pago de contraprestaciones dinerarias por autorizar la retransmisión de su señal, unos meses después, a inicios del 2018, resolvió todos sus contratos suscritos con las empresas operadoras de televisión de paga en aquel periodo, renunciando a los ingresos que venía percibiendo, sin responder a las solicitudes de suscribir nuevos contratos.
302. Asimismo, se debe destacar que efectivamente estas conductas contradictorias de LATINA fueron realizadas en un contexto en que el Mundial 2018 adquirió gran importancia y recibió altos niveles de audiencia, tras la clasificación de Perú a este campeonato mundial. De igual manera, coincidieron también con el periodo en que LATINA se encontraba en negociaciones con DIRECTV para la suscripción del Contrato de Sub-licencia y, posteriormente, para la suscripción del Contrato de Distribución. Resulta claro que el interés de LATINA en suscribir el primer contrato con DIRECTV era alto, por los beneficios económicos que traería consigo la posibilidad de transmitir los 64 partidos del Mundial 2018.
303. Sin embargo, hasta el momento, estos indicios, referidos a las conductas de LATINA, no son suficientes para probar que la decisión de LATINA no fue unilateral, sino que más bien respondió a un acuerdo colusorio.
304. De la revisión de los demás indicios se aprecia que las conductas de DIRECTV, que sería la otra parte del presunto acuerdo colusorio implícito celebrado con LATINA, son reducidas en número. Ello es relevante porque para entender que existió un consentimiento tácito por parte de DIRECTV para la celebración de este acuerdo colusorio, deben interpretarse las conductas desarrolladas no solo por LATINA, sino también por DIRECTV.

305. Como se ha señalado anteriormente, en el derecho comparado encontramos a las Directrices de la Unión Europea, las cuales establecen que para demostrar la existencia de consentimiento tácito de la otra parte en el acuerdo colusorio se requiere comprobar (i) que una parte solicitó explícita o implícitamente la cooperación de la otra parte para la aplicación de su política unilateral y que esta última cumple con este requerimiento aplicando en la práctica esta política; y/o, (ii) que exista un determinado nivel de coerción ejercido por una parte a fin de imponer su política unilateral a la otra parte o partes del acuerdo colusorio.
306. Si bien este caso es particular, pues la resolución de los contratos y la negativa a contratar es factible de ser realizada únicamente por LATINA sin requerir la cooperación de otra empresa para su implementación, para probar el acuerdo y el alegado consentimiento se requiere verificar que DIRECTV requirió explícita o implícitamente a LATINA que resuelva los contratos y/o que ejerció coerción a fin de que LATINA implemente efectivamente esta política de resolución de contratos y negativa a contratar.
307. Al respecto, como conductas de DIRECTV se observa que participó con LATINA en las negociaciones de ambos contratos: el Contrato de Sub-licencia y el Contrato de Distribución, contratos plenamente válidos; y que en virtud del primer contrato otorgó a LATINA los derechos de transmisión de los 32 partidos exclusivos del Mundial 2018 y se obligó a prestar servicios técnicos a favor de LATINA para la transmisión del Mundial 2018 en Rusia. En ese sentido, se aprecia que las conductas descritas no permiten asociar directamente a DIRECTV a las resoluciones contractuales efectuadas por LATINA.
308. Ante ello, a partir de la evaluación de los indicios, el CCP otorga mayor importancia a la interpretación de las conductas realizadas por LATINA. Siendo así, concluye que todas las acciones realizadas por LATINA, paso a paso, estuvieron dirigidas a beneficiar a una sola empresa en el mercado: DIRECTV; y que, por su lado, DIRECTV otorgó a LATINA los derechos de transmisión del Mundial 2018 y todos los servicios técnicos necesarios para que pueda transmitir dichos partidos.
309. Sobre este punto, según el CCP, la prestación de los referidos servicios en virtud del Contrato de Sub-licencia, habría permitido a LATINA el ahorro de una considerable cantidad de costos que compensarían las pérdidas por la restricción de la retransmisión de su señal por otros operadores de televisión de paga. Por otro lado, también considera que el Contrato de Distribución contendría particularidades con relación a otros contratos suscritos por LATINA, que beneficiarían únicamente a DIRECTV.
310. Sin embargo, como se ha desarrollado anteriormente, este Tribunal considera que el contraindicio aportado por DIRECTV, respecto a que el Contrato de Distribución tiene carácter contraprestativo con relación al Contrato de Sub-licencia y que ambos se encuentran vinculados, resulta válido para desvirtuar la solidez del indicio referido por el CCP. Asimismo, se ha señalado previamente que no existen medios probatorios que permitan afirmar que existe un desequilibrio en las prestaciones pactadas, por el cual debió existir necesariamente alguna compensación adicional a favor de una u otra parte.

311. Adicionalmente, es relevante señalar que este indicio no se encuentra dirigido a probar la existencia del acuerdo colusorio implícito, sino que parte de la premisa de la existencia de este, pues, según la hipótesis del CCP, la compensación por parte de DIRECTV -que no ha sido debidamente probada- sería consecuencia de la ejecución por parte de LATINA de este presunto acuerdo colusorio implícito. Sin embargo, la existencia del acuerdo colusorio -a partir del cual se deriva una compensación- no está demostrada.
312. El CCP también considera como indicio que las cartas preventivas beneficiaban únicamente a DIRECTV al referirse a esta como sublicenciataria de televisión de paga con derechos exclusivos para transmitir el Mundial 2018. Sin embargo, esta mención, por cuestionable que sea, responde a un hecho cierto que no afecta ni a LATINA ni a DIRECTV, en tanto constituye un hecho conocido que esta última es la empresa de televisión de paga sublicenciataria de los 64 partidos del Mundial 2018, 32 de los cuales son derechos exclusivos, por lo que no resulta un indicio concomitante al hecho que se busca probar.
313. Asimismo, también se ha señalado que el hecho de que LATINA tuviera certeza de que suscribiría el Contrato de Sub-licencia con DIRECTV unos meses con anterioridad a la suscripción misma del contrato no resulta una conducta extraña, considerando que las empresas llevaban meses negociando y se encontraban próximos a la suscripción de un contrato que implicaba una operación comercial con altas contraprestaciones económicas, por lo que es razonable interpretar que existía la confianza legítima de que la negociación derivaría en la celebración del referido contrato.
314. De igual manera, si bien el referido hecho puede fortalecer la racionalidad de la conducta realizada por LATINA en cumplimiento del presunto acuerdo colusorio (pues habría realizado las resoluciones contractuales teniendo certeza de que DIRECTV cumpliría con su parte del presunto acuerdo colusorio, esto es, otorgar los derechos de transmisión del Mundial 2018), este indicio implica, nuevamente, partir de la premisa de la existencia de un acuerdo colusorio, el cual no ha sido probado por la autoridad.
315. Este Tribunal considera pertinente resaltar que corresponde a la autoridad administrativa probar, en primer término, la existencia del acuerdo colusorio, a través de documentos, comunicaciones o correos electrónicos que evidencien algún nivel de coordinación entre ambas empresas para la implementación de la política⁷⁶ -lo que no se ha presentado en este caso-, no siendo posible realizar un análisis (inferencias) partiendo de la premisa de la existencia de un acuerdo colusorio, para luego identificar los indicios que fortalezcan o confirmen la racionalidad de la conducta anticompetitiva que se busca probar.
316. Por otro lado, este Tribunal no desconoce que llama la atención que, coincidiendo con las negociaciones con DIRECTV, LATINA haya realizado acciones que, afectando económicamente a esta misma empresa, pudieran

76

Así fue analizada por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, en los fundamentos 78 al 85 de la Resolución N° 857-2014/SDC-INDECOPI, la práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada a contratar en el caso de Unacem Malva contra Unacem y sus principales distribuidoras (La Viga, A. Berio y Macisa), en donde no existía un acuerdo colusorio explícito. A través de documentos, comunicaciones y correos electrónicos, la Sala de Defensa de la Competencia evidenció coordinaciones entre las empresas denunciadas para vigilar y supervisar a otras empresas y la aplicación de una política de negativa de ventas, a través de una política de castigos.

beneficiar a DIRECTV; pero dicho supuesto se debilita al verificar que producto de dichos actos DIRECTV no se convirtió en la única empresa autorizada legalmente para retransmitir la señal de LATINA, dado que LATINA no remitió comunicación alguna a TELEFÓNICA, como si lo hizo con AMERICA MÓVIL y CATV SYSTEMS, para que deje de retransmitir su señal.

317. Asimismo, entre los indicios analizados no hay conductas o declaraciones de DIRECTV que permitan interpretar que DIRECTV efectivamente conocía de las acciones desarrolladas por LATINA⁷⁷ y, aún si conocía, que requirió o intervino en las resoluciones contractuales.
318. Por más que no se llegue a comprender a cabalidad la racionalidad o irracionalidad de la decisión empresarial de LATINA, no es materia del presente procedimiento emitir un cuestionamiento sobre una determinada lógica empresarial por parte de dicha empresa; sino determinar si los medios probatorios que obran en el expediente permiten acreditar coordinaciones entre LATINA y DIRECTV a fin de implementar esta política de negativa a contratar y que DIRECTV participó o tuvo incidencia en la decisión de LATINA de resolver sus contratos.
319. Si bien se ha evidenciado que existieron espacios de coordinación entre ambas empresas a raíz de las negociaciones que tuvieron lugar entre 2017 y 2018, lo único plenamente probado es que en estos espacios (reuniones) se negociaron los términos del Contrato de Sub-licencia y del Contrato de Distribución, no siendo posible asumir, sin lugar a duda, que tales espacios de negociación fueron utilizados para celebrar un acuerdo colusorio. Más aún si se considera que, a diferencia de lo que ocurre en las prácticas colusorias horizontales, este tipo de coordinaciones y acuerdos son frecuentes entre empresas de distintos niveles de la cadena de producción, en particular la celebración de contratos de autorización para la distribución de señal en el mercado de televisión de paga.
320. La APTC, por su lado, ha señalado que la práctica colusoria vertical fue diseñada de forma cuidadosa, adoptando las medidas necesarias para evitar la sanción de una práctica anticompetitiva, motivo por el cual DIRECTV no cursó comunicaciones con LATINA respecto a la exigibilidad del acuerdo, tratándose de un “pacto de caballeros”.
321. Sin embargo, pese a que la probanza de una práctica colusoria pueda ser difícil, ello no equivale a disminuir el estándar probatorio requerido. En los casos en los que existen acuerdos informales que no constan en documento, la mejor evidencia de la existencia del acuerdo colusorio puede estar precisamente en las comunicaciones entre las empresas⁷⁸. Sin embargo, en este caso, como se ha mencionado, las únicas comunicaciones o

⁷⁷ Además de no existir medios probatorios que demuestren que DIRECTV efectivamente conocía de la conducta desplegada por LATINA, como se ha señalado previamente, el correo electrónico interno de DIRECTV enviado el 27 de marzo de 2018, en el que se muestra su preocupación sobre la publicidad de TELEFÓNICA respecto a la transmisión del Mundial 2018, permite interpretar que DIRECTV asumía que otras operadoras de televisión de paga retransmitirían el Mundial 2018 a través de la señal de LATINA, por lo que constituye un contraindicio que debilita la postura del CCP respecto al conocimiento de DIRECTV acerca de la conducta de LATINA de resolver sus contratos.

⁷⁸ OECD, Federal Court of Australia, ASEAN-AANZFTA (2018). Competition Primers for ASEAN Judges. Primer II: Circumstantial evidence in the context of competition law, pág. 16. En: <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-primers-for-asean-judges-2018-eng.pdf>

coordinaciones entre LATINA y DIRECTV que constan en el expediente son aquellas emitidas o realizadas por razón de las negociaciones del Contrato de Sub-licencia y el Contrato de Distribución -contratos válidos-, y de la ejecución de este último, en particular para la prestación de los servicios técnicos para la transmisión del Mundial 2018⁷⁹.

322. En ese sentido, entre los hechos indiciarios debidamente probados consistentes, principalmente, en la coincidencia en la temporalidad de las negociaciones entre LATINA y DIRECTV y las acciones contradictorias de LATINA, y el hecho consecuencia consistente en la existencia de un acuerdo colusorio entre ambas empresas dirigido a establecer una negativa concertada a contratar con las pequeñas empresas operadoras de televisión de paga, no existe una conexión lógica y causal que sea directa y precisa, y que cumpla con el estándar probatorio requerido para levantar la presunción de inocencia o presunción de licitud.
323. A continuación, se muestra un gráfico que representa el razonamiento de este Tribunal, considerando los indicios debidamente probados y evaluados en su conjunto.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

⁷⁹

Los correos electrónicos entre LATINA y DIRECTV fueron remitidos por DIRECTV mediante escrito del 22 de abril de 2019.

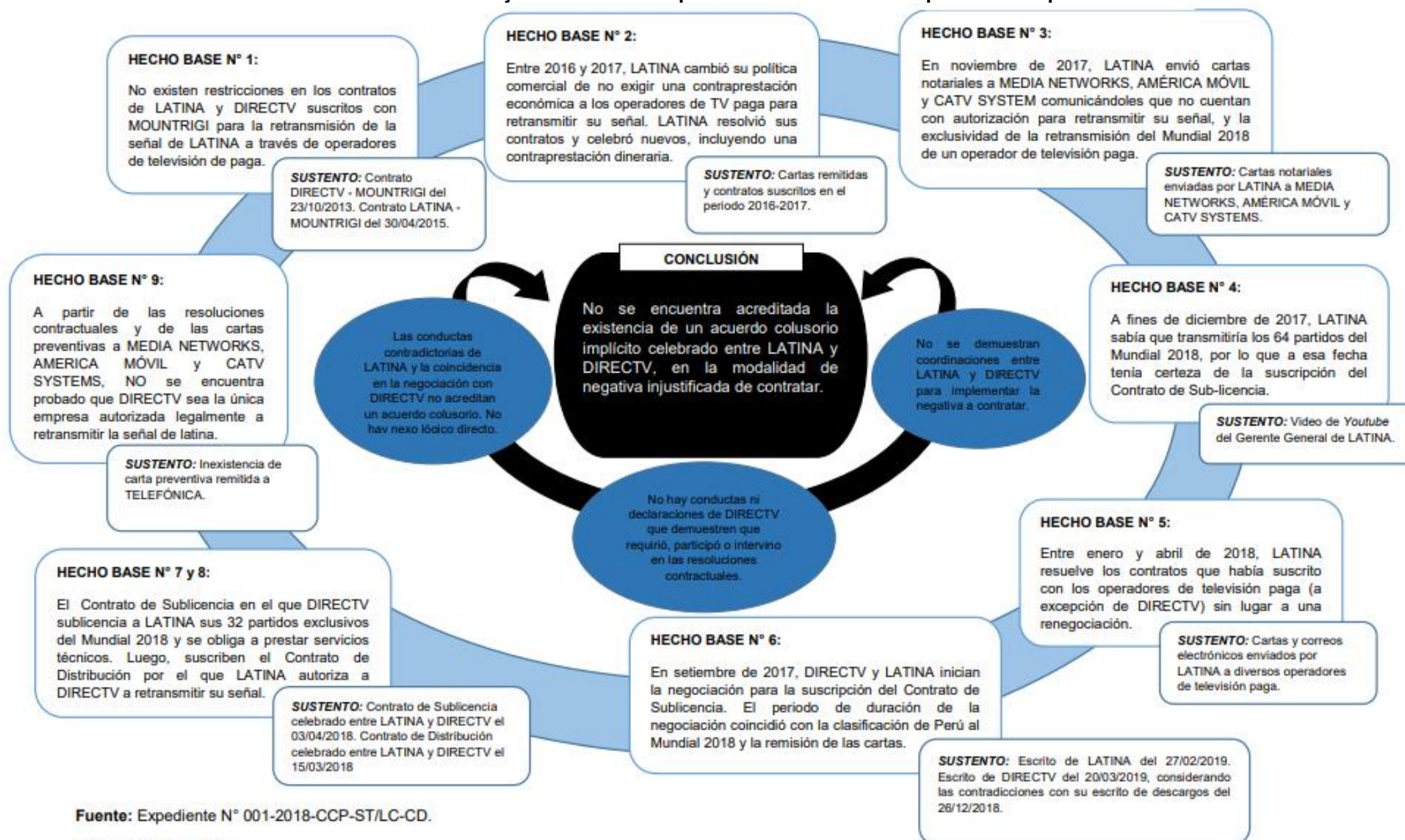


PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Gráfico N° 6: Indicios y conclusión de la práctica colusoria vertical presentados por el Tribunal



Fuente: Expediente N° 001-2018-CCP-ST/LC-CD.

Elaboración: STTSC.

324. Por lo expuesto, de la valoración de los medios probatorios, este Tribunal considera que no existen elementos suficientes ni pruebas de cargo concluyentes que generen convicción sobre la existencia del acuerdo colusorio como elemento que configura una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada a contratar.
325. En ese sentido, dado que no concurre este elemento indispensable para la configuración de la conducta anticompetitiva, no corresponde evaluar la concurrencia de los demás requisitos para la evaluación de la conducta, como son: la posición de dominio de alguna de las partes del acuerdo, ni la existencia de los efectos anticompetitivos potenciales o reales de la conducta⁸⁰. Por tanto, corresponde declarar fundados los recursos de apelación interpuestos por LATINA y DIRECTV en este extremo y, en consecuencia, revocar la Resolución Impugnada.

III.5 LA MEDIDA CORRECTIVA IMPUESTA A LATINA

326. El CCP impuso como medida correctiva a Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. que vuelva a negociar los derechos de retransmisión de su señal con los operadores de televisión de paga con los que resolvió sus contratos y con cualquier operador de televisión de paga que se lo solicite, bajo condiciones de mercado, de forma que no se generen efectos equivalentes a una negativa a contratar.
327. Dado que este Tribunal considera que no se ha acreditado la comisión de la práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada a contratar, corresponde dejar sin efecto la medida correctiva impuesta a LATINA.
328. No obstante, este Tribunal considera relevante resaltar que las negociaciones entre los operadores de servicios privados de interés público (radiodifusoras) y los operadores de televisión de paga (distribución de radiodifusión por cable) deben basarse en la buena fe, atendiendo a que la prestación de ambos servicios de telecomunicaciones son de interés público, y deben prestarse respetando el Principio de No Discriminación conforme con el artículo 10 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2007-MTC⁸¹ y el artículo I de la Ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión⁸².

⁸⁰ Conforme a los Lineamientos de Libre Competencia del OSIPTEL, el análisis de la existencia de una práctica colusoria vertical requiere determinar que concurren los siguientes elementos: (i) la existencia del acuerdo colusorio entre agentes independientes que operan en distintos planos de la cadena de producción; (ii) que alguna de las partes del acuerdo goza de posición de dominio en el mercado relevante; y, (iii) que existen efectos restrictivos a la competencia, potenciales o reales, derivados del acuerdo, y evaluar si ellos exceden las justificaciones económicas o legales que las partes del acuerdo presenten. Estos requisitos deben concurrir de manera conjunta, es decir, basta que uno de estos no se presente para que no se configure la práctica colusoria vertical.

⁸¹ **DECRETO SUPREMO N° 020-2007-MTC - TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**

Artículo 10.- Principio de no discriminación

El acceso a la utilización y prestación de los servicios de telecomunicaciones está sujeto al principio de no discriminación; por lo tanto, las empresas prestadoras de dichos servicios, de acuerdo a la oferta disponible, no pueden negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones establecidas para dicho servicio.

329. Asimismo, es importante tener en cuenta el análisis efectuado en el Informe Instructivo por la STCCO (Informe N° 009-STCCO/2019), en el que señaló que las políticas de *must carry* y *must offer* tienen como uno de sus principales objetivos el incentivar condiciones de competencia en los mercados de televisión de paga. En dicho documento se presentó un comparativo sobre este tipo de políticas implementadas a nivel internacional encontrando que, si bien países de la región cuentan con políticas de *must carry*, no tendrían políticas de *must offer* o estas serían limitadas.
330. Lo anterior permitió evidenciar que aún sin políticas de *must offer*, los programadores de señal abierta permitieron la retransmisión de su contenido asociado al Mundial de Fútbol.
331. No obstante, en Perú se ha observado un contexto totalmente diferente (sin políticas de *must carry* y *must offer* y con contratos de exclusividad) que podría afectar la intensidad competitiva en el mercado de televisión de paga y en los mercados de servicios públicos de telecomunicaciones (considerando que el servicio de televisión de paga se brinda de forma conjunta con Internet fijo y telefonía móvil).
332. Por tanto, este Tribunal considera que se requiere estudiar y evaluar posibles afectaciones que se pueden estar generando en el mercado de televisión de paga (radiodifusión por cable) y que podría afectar la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, por lo que se considera conveniente poner en conocimiento de la Presidencia Ejecutiva del OSIPTEL y del MTC la presente resolución.

HA RESUELTO:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación presentado por Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. contra la Resolución N° 040-2019-CCP/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente el 28 de agosto de 2019 y, en consecuencia, CONFIRMAR dicha resolución que desestimó la solicitud de declaración de caducidad del procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

82

LEY N° 28278 - LEY DE RADIO Y TELEVISIÓN

Artículo I.- Principios de acceso a los servicios de radiodifusión

El acceso a los servicios de radiodifusión se rige por los siguientes principios:

a) Libre competencia.- Los servicios de radiodifusión se prestan en un régimen de libre competencia. Está prohibida cualquier forma directa o indirecta de exclusividad, monopolio o acaparamiento de frecuencias del espectro radioeléctrico, por parte del Estado o de particulares.

b) Libertad de Acceso.- El acceso a la utilización y prestación de los servicios de radiodifusión está sujeto a los principios de igualdad de oportunidades y de no discriminación.

(...)

Artículo II.- Principios para la prestación de los servicios de radiodifusión

La prestación de los servicios de radiodifusión se rige por los siguientes principios:

(...)

d) La defensa del orden jurídico democrático, de los derechos humanos fundamentales y de las libertades consagradas en los tratados internacionales y en la Constitución Política. (...)"

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

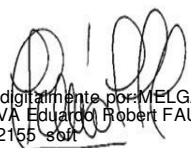
SEGUNDO.- DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución N° 058-2019-CCP/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente, formulada por Directv Perú S.R.L., de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

TERCERO.- Declarar FUNDADOS los recursos de apelación presentados por Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. y por Directv Perú S.R.L. contra la Resolución N° 058-2019-CCP/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente el 25 de noviembre de 2019, que declaró la responsabilidad administrativa de Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. y Directv Perú S.R.L., por el desarrollo conjunto de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa injustificada a contratar, infracción tipificada en el literal g) del artículo 11.1 y 12 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N° 030- 2019-PCM, y les impuso la sanción de multas individuales de seiscientos cuarenta y uno (641) Unidades Impositivas Tributarias y mil (1 000) Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente, y, en consecuencia, REVOCAR dicha resolución en los artículos segundo, tercero y cuarto, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

CUARTO.- ENCARGAR a la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias la remisión de la presente resolución a la Presidencia Ejecutiva del OSIPTEL y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para los fines pertinentes, de acuerdo con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con el voto favorable de los señores vocales: Eduardo Robert Melgar Córdova, Alejandro Martín Moscol Salinas y Armando Luis Augusto Cáceres Valderrama. Con la abstención de la señora María Tessy Torres Sánchez.



Firmado digitalmente por: MELGAR
CORDOVA Eduardo Robert FAU
20216072155 .soi

EDUARDO ROBERT MELGAR CÓRDOVA
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS