



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 007-2013-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 006-2011-CCO-ST/LC

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

MATERIA : Libre Competencia

APELACIÓN : Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL

SUMILLA: Se declara INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Televisión San Martín S.A.C. contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado, en el extremo que declaró FUNDADA la denuncia presentada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad, infracción tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, en consecuencia, se confirma dicha resolución en tal extremo, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Se declara INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Televisión San Martín S.A.C. contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL, en el extremo que dispuso SANCIONAR a dicha empresa con una multa de 68.62 Unidades Impositivas Tributarias, por la comisión de una infracción leve consistente en actos abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad; y, en consecuencia, se confirma dicha resolución en tal extremo, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Se declara INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Televisión San Martín S.A.C. contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL, en el extremo que le impuso, como medida correctiva, que cese la conducta de abuso de posición de dominio y se abstenga de seguir realizando la conducta ilícita, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes; en consecuencia, se confirma dicha resolución en tal extremo, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Lima, 02 de julio de 2013

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 006-2011-CCO-ST/LC.
- (ii) El Recurso de Apelación presentado por Televisión San Martín S.A.C. (en adelante, TVSAM) contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del Cuerpo Colegiado.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 13 de diciembre de 2011, Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. (en adelante, REDCOM) presenta denuncia contra Televisión San Martín S.A.C. (en adelante TVSAM) y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L. (en adelante, SONORA) por la comisión de actos contra la libre y leal competencia.
2. Mediante Resolución N° 001-2011-CCO/OSIPTEL del 28 de diciembre de 2011, el Cuerpo Colegiado dispuso la realización de una etapa de actuaciones previas, a fin de reunir información o identificar indicios razonables de contravención a la normativa de libre competencia. Asimismo, incorporó al expediente el Informe N° 033-STCCO/2011 del 22 de diciembre de 2011 sobre "Acciones realizadas respecto al mercado de distribución de radiodifusión por cable en Tarapoto" (1).
3. Mediante Resolución N° 003-2012-CCO/OSIPTEL del 19 de enero de 2012, el Cuerpo Colegiado encausó el procedimiento y admitió a trámite la denuncia presentada por REDCOM por la presunta comisión de actos contrarios a la libre competencia en las siguientes modalidades:
 - (i) Prácticas colusorias verticales de SONORA y TVSAM en la modalidad de acuerdos de exclusiva, infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1034 (en adelante, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas); y,
 - (ii) Abuso de posición de dominio por parte de TVSAM en la modalidad de acuerdos de exclusiva, infracción tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
4. El 15 de febrero de 2012, TVSAM y SONORA contestaron, respectivamente, la denuncia de REDCOM.
5. Mediante Resolución N° 005-2012-CCO/OSIPTEL del 6 de marzo de 2012 el Cuerpo Colegiado dispuso dar inicio a la etapa de investigación.
6. A través de la Resolución N° 010-2012-CCO/OSIPTEL del 21 de diciembre de 2012, el Cuerpo Colegiado puso en conocimiento de las empresas REDCOM, TVSAM y SONORA el Informe Instructivo N° 064-STCCO/2012 emitido por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados (en adelante, STCCO), en su calidad de órgano instructor, otorgándoles un plazo de quince (15) días hábiles, para que presenten sus comentarios y alegatos por escrito. Dicho informe recomendó al Cuerpo Colegiado lo siguiente:

¹ El citado Informe contiene las investigaciones preliminares realizadas por la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados, a fin de identificar posibles prácticas anticompetitivas que pudiesen afectar el mercado de distribución de radiodifusión por cable en Tarapoto. Dicho informe se emitió, principalmente, debido a la comunicación de REDCOM al OSIPTEL del 5 de setiembre de 2011, en la que adjuntó información de empresas de televisión de señal abierta que le solicitaban la suspensión total y permanente de la retransmisión de sus señales.

- Declarar infundada la denuncia presentada por REDCOM contra SONORA y TVSAM por la realización de prácticas colusorias verticales en la modalidad de acuerdos de exclusiva, infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 12º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - Declarar fundada la denuncia presentada por REDCOM contra TVSAM por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva, infracción tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - Imponer una sanción a TVSAM y ordenarle, como medida correctiva, que se abstenga de seguir realizando la conducta ilícita, dejando sin efecto todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos que estuviesen vigentes con las empresas de televisión de señal abierta (para el caso, Vía TV y/o SONORA, según corresponda) que de manera directa o indirecta impliquen el otorgamiento de exclusividades en la retransmisión y/o distribución de las señales y/o programación de dichas empresas.
7. Las empresas SONORA y REDCOM presentaron el 22 y 23 de enero de 2013, respectivamente, sus comentarios y alegatos al Informe Instructivo. La empresa TVSAM no presentó alegatos.
8. El 21 de febrero de 2013, mediante Resolución N° 011-2013-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado requirió información adicional a las empresas TVSAM, SONORA y Vía Televisión S.A.C. (en adelante Vía TV). Las empresas SONORA y Vía TV cumplieron con la solicitud de información del Cuerpo Colegiado. La empresa TVSAM no cumplió con dicho requerimiento.
9. Mediante Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL del 8 de marzo de 2013 ⁽²⁾, el Cuerpo Colegiado resolvió lo siguiente:
- Declarar INFUNDADA la denuncia presentada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. y Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L. por la realización de prácticas colusorias verticales en la modalidad de acuerdos de exclusividad, infracción tipificada en el numeral 1 del artículo 12º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ⁽³⁾.
 - Declarar FUNDADA la denuncia presentada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad, infracción tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ⁽⁴⁾.
 - SANCIONAR a Televisión San Martín S.A.C. con una multa de 68.62 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), por la comisión de una infracción leve consistente en actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ⁽⁵⁾.

² Mediante Resolución N° 013-2013-CCO/OSIPTEL del 20 de marzo de 2013, el Cuerpo Colegiado corrigió errores materiales contenidos en la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL, ordenando que la resolución final se remita nuevamente a las partes incluyendo las correcciones de los errores materiales.

³ Artículo Primero de la sección resolutive de la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL.

⁴ Artículo Segundo de la sección resolutive de la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL.

⁵ Artículo Tercero de la sección resolutive de la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL.

- Imponer a Televisión San Martín S.A.C. como medida correctiva que cese la conducta de abuso de posición de dominio; y, en consecuencia, se abstenga de seguir realizando la conducta ilícita, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes.

Con relación a ello, Televisión San Martín S.A.C. debe dejar sin efecto todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos que estuviesen vigentes con las empresas de televisión de señal abierta (para el caso, Vía Televisión S.A.C. y/o Empresa de Radiodifusión Comercial Sonora Tarapoto S.R.L., según corresponda) que de manera directa o indirecta impliquen el otorgamiento de exclusividades en la retransmisión y/o distribución de las señales y/o programación de dichas empresas.

Dicha medida deberá ser cumplida en un plazo no mayor a quince días calendario, desde el día siguiente de notificada la resolución; caso contrario, el incumplimiento de esta orden será considerado como infracción muy grave y será susceptible de las sanciones que resulten aplicables, de acuerdo con lo establecido por el artículo 44° de la Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾.

Los fundamentos de la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL fueron principalmente los siguientes:

- Debe descartarse el escenario de un supuesto acuerdo colusorio entre TVSAM y SONORA, en la medida que no existen indicios que permitan concluir que SONORA tuviese intención de afectar el mercado de televisión por cable –mercado en el que no participa y al que no se encuentra vinculado a través de alguna empresa–; así como no se desprende de los hechos que el referido acuerdo hubiere generado mayores ventajas a SONORA que el escenario previo a la suscripción.

Conforme a ello, el Cuerpo Colegiado consideró que si bien la suscripción de un acuerdo de exclusividad requiere de la colaboración y coordinación de los agentes que se relacionan en la cadena de distribución, en el presente caso, los acuerdos de firmados por TVSAM con las empresas de televisión de señal abierta responderían a una estrategia unilateral antes que a una consensuada.

- En cuanto a la posición de dominio en el mercado relevante, el Cuerpo Colegiado consideró que, cuando se realizaron los contratos de exclusividad exigidos por TVSAM, dicha empresa contaba con posición de dominio en el mercado relevante ⁽⁸⁾, debido a factores tales como: (i) participación superior al setenta por ciento (70%) en el mercado

⁶ Artículo Cuarto de la sección resolutive de la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL.

⁷ Adicionalmente, la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL dispuso en los artículos quinto, sexto y séptimo de la sección resolutive lo siguiente:

“Artículo Quinto.- Ordenar a la Secretaría Técnica evalúe el inicio de un procedimiento sancionador a Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. por la supuesta comisión de la infracción prevista en el artículo 17° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL; de conformidad con lo establecido en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Sexto.- Encargar a la Secretaría Técnica que informe a la Procuraduría de OSIPTEL respecto de la actuación de Vía Televisión S.A.C. en el procedimiento administrativo, por las razones expuestas en la presente resolución.

Artículo Séptimo.- Poner en conocimiento de la Dirección General de Control y Supervisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI la presente Resolución.”

⁸ Mercado conformado por el servicio de televisión por cable en las modalidades satelital y alámbrico, en los distritos de Tarapoto, Morales y Banda de Shilcayo.

relevante ⁹); (ii) mercado relevante altamente concentrado, identificado en virtud del índice Herfindahl-Hirschman (HHI) ¹⁰; y (iii) determinado nivel de barreras de entrada en virtud de factores estratégicos, tecnológicos, costos hundidos en la provisión del servicio y el alto poder de negociación de TVSAM.

En resumen, el Cuerpo Colegiado concluyó que TVSAM contó con posición de dominio en el mercado relevante; por lo que tendría la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado relevante, sin que competidores, proveedores o clientes tuvieran un poder de negociación que les permita enfrentar y disciplinar a TVSAM.

- En cuanto al abuso de la posición de dominio de TVSAM, el Cuerpo Colegiado evaluó la importancia de los canales de señal abierta con los que TVSAM mantiene un contrato de exclusividad, las justificaciones para la suscripción de los acuerdos de exclusividad (efectos positivos de los convenios de exclusividad), los efectos anticompetitivos, los efectos negativos en el bienestar del consumidor; así como otras consideraciones relevantes para el análisis de los acuerdos de exclusividad (índice de cierre de mercado y la duración de los contratos).
- En consecuencia, considerando los hechos, el análisis de la conducta y en la medida que las prácticas de abuso de posición de dominio son prohibiciones relativas, el Cuerpo Colegiado realizó una evaluación de los efectos negativos de la conducta de TVSAM y de los efectos positivos, en caso los hubiera.

Por el lado de los efectos negativos, señaló lo siguiente:

- La estrategia de firma de convenios de exclusividad que ha venido desarrollando TVSAM en el distrito de Tarapoto deja a sus competidores sin insumos esenciales para el desarrollo de sus actividades comerciales, lo cual les resta competitividad y atractivo a sus servicios. Esto es, sin duda, un efecto anticompetitivo potencial.
- Estos efectos anticompetitivos potenciales se traducen en efectos reales sobre el mercado. De esta manera, a partir del mes de octubre de 2011, luego de haber mostrado un desempeño negativo en lo que respecta al número de suscriptores, TVSAM muestra un importante crecimiento tanto en el número de suscriptores como en su cuota de mercado. Este hecho, viene acompañado de una disminución en el crecimiento del número de suscriptores de las empresas competidoras. Una de las empresas que ha sido más perjudicada es Cable Mundo.
- En un principio, los hechos señalados anteriormente no parecían ser efectos puros de la estrategia anticompetitiva de TVSAM, debido a que en el mismo período en el que desplegó su estrategia de firma de convenios de exclusividad, dicha empresa realizó también ofertas que reducían su tarifa por períodos de hasta un año. Sin embargo, el estudio de la Compañía Peruana de Estudios de Mercados y Opinión Pública S.A.C. (en adelante CPI) demostró que la mayor parte de los suscriptores que se cambiaron a TVSAM desde Cable Mundo, lo hicieron porque esta última no ofrece canales locales.

⁹ La resolución de primera instancia evaluó la participación de TVSAM en conjunto con la de Cable Móvil, en la medida que, a la fecha de la realización de la conducta, ambas eran un solo agente económico. Asimismo, señaló que, incluso, si en el análisis se consideraba por separado a TVSAM y Cable Móvil, los indicadores de participación y concentración no mostraban mayores variaciones.

¹⁰ Con un índice HHI que duplica el mínimo de 2,500 que define un mercado como altamente concentrado.

- También se observan efectos exclusorios potenciales que reforzarían la posición de dominio de TVSAM, toda vez que la preferencia por SONORA es mayor en los hogares que no cuentan aún con el servicio de televisión por cable, lo que arroja indicios de que cuando estos hogares decidan contratar este servicio podrían considerar suscribirse a la empresa que tiene la exclusividad de este canal.
- La estrategia anticompetitiva desplegada por TVSAM no solo ha mostrado tener efectos negativos para la competencia, los cuales a largo plazo afectan también al bienestar de los usuarios; sino que, también, tiene efectos negativos en el bienestar de los usuarios a corto plazo. En ese sentido, se ven afectados aquellos suscriptores de las empresas de televisión por cable que se ven privados del contenido local de mayor preferencia, que pasa a ser exclusivo de TVSAM.
- De intensificarse los efectos exclusorios, a largo plazo, podrían aparecer otros efectos negativos para los usuarios, en la medida que algunas empresas de televisión por cable podrían terminar saliendo del mercado al no poder ofrecer una parrilla de canales igual de atractiva que la de TVSAM (o las posibles entrantes podrían decidir no entrar al mercado por los mismos motivos). Lo que, a su vez, tendría como efecto la disminución del bienestar de los consumidores, ya sea a través de una menor variedad de empresas que ofrecen el servicio de televisión por cable, como a través de un incremento de tarifas por parte de la empresa dominante ante la falta de competidores que puedan disputarle los consumidores del servicio en Tarapoto.
- Un efecto adicional de la firma de contratos de exclusividad por parte de TVSAM sería la estandarización de contenidos que este operador estaría aplicando en el servicio de televisión por cable. Así, ante la falta de alternativas para el consumidor, este vería disminuido su bienestar al generarse un escenario de reducida competencia por la poca variedad en la oferta.
- La estrategia de suscripción de exclusividades genera mayores barreras de entrada y refuerza un posible crecimiento de la posición de dominio de TVSAM; así como la existencia de limitaciones o un cierre parcial del mercado, pues si a la importancia de los canales para el consumidor final se le agrega la mayor cantidad de canales locales, cada vez más señales se encontrarían en exclusividad de una sola empresa, lo que implica una elevación de los costos de los competidores o potenciales entrantes. Asimismo, con relación a la duración de los contratos consideró que las características de los contratos (para el caso de SONORA, más de tres años de duración, con posibilidad de ser renovado) y las acciones adicionales que lleva a cabo TVSAM para reforzar su poder de mercado (varios canales exclusivos adicionales) convertirían la posibilidad de renovación en un hecho cierto en tiempo futuro.
- El análisis en relación a la comisión de conductas anticompetitivas se realiza caso por caso; en el presente, la empresa TVSAM no ha podido demostrar los beneficios de los contratos de exclusividad que ha firmado. Asimismo, durante la etapa de investigación no se ha observado efectos positivos reales producto de la práctica bajo análisis. Conforme a ello, el Cuerpo Colegiado consideró que:
 - No se ha demostrado que la firma del convenio de exclusividad permita a los canales de señal abierta expandir su cobertura.
 - Tampoco elimina el problema del free rider, ya que los contratos con TVSAM resultan de una exigencia sin ningún beneficio observable para los canales de señal abierta local.

- No se observan beneficios en ingresos por publicidad o marketing.
 - Un mayor despliegue de infraestructura en su red corresponde al negocio de la operadora de cable.
 - Si bien se observa que REDCOM y Cable Mundo han recurrido a la creación de sus propios canales de televisión de señal cerrada, esto no necesariamente sería beneficioso para los usuarios, ya que estos nuevos canales solo pueden ser vistos por los suscriptores de cada uno de los operadores antes señalados. Asimismo, su creación podría suponer un desvío innecesario de recursos que podrían emplearse para otros cometidos, como la expansión de las redes del servicio.
- Conforme a lo expuesto, se han verificado efectos anticompetitivos producto de la firma de convenios de exclusividad de TVSAM. De otro lado, no se observan efectos positivos tangibles de la conducta investigada. En ese sentido, a partir del balance de efectos, el Cuerpo Colegiado concluye que la suscripción de convenios de exclusividad bajo análisis configura una conducta anticompetitiva en la modalidad de abuso de posición de dominio realizada por TVSAM.
 - Con relación a la determinación de la sanción, el Cuerpo Colegiado calculó la multa base considerando el beneficio extraordinario obtenido por TVSAM -en el período de diciembre de 2011 a febrero de 2013- que sería de S/. 220,791.90, y la probabilidad de detección de la infracción para lo cual consideró un valor del 100%.

De esta manera, el beneficio esperado por TVSAM en el período analizado es de S/. 220,791.90, lo que equivale a 59.67 UIT, que sería la multa base. Adicionalmente, aplicando los criterios para determinar la gravedad de la sanción y su graduación, el Cuerpo Colegiado consideró que la infracción de TVSAM debía ser calificada como leve; sin perjuicio de lo cual, debía considerarse como agravante la actuación procesal de TVSAM, en la medida que no se había observado una correcta disposición de dicha empresa para colaborar con la investigación; determinándose -en consecuencia- un incremento de la multa base en 15%, lo cual equivale a 68.62 UIT, la misma que no supera el ocho por ciento de los ingresos brutos percibidos por TVSAM en el ejercicio del año 2012.

10. El 17 de abril de 2013, TVSAM presentó un recurso de apelación contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL, específicamente contra lo resuelto en los artículos segundo, tercero y cuarto. Los principales fundamentos del recurso de apelación son los siguientes:

- TVSAM sostiene que, en ejercicio de su derecho a contratar, es libre de contar con los esfuerzos de aquellas empresas con las que comparte principios e intereses y con las que puede aliarse comercialmente, con la finalidad de ofrecer el mejor producto a sus clientes; debiendo, además, reconocerse la libertad de los canales de señal abierta de celebrar acuerdos comerciales con el operador que consideren conveniente.

En ese sentido, TVSAM manifiesta que las empresas con las que negoció los contratos de exclusividad actuaron según su libre albedrío, en ejercicio de su libertad contractual amparada por la Constitución y según las normas de Derecho de Autor; agregando, que los contratos suscritos reflejan la voluntad de las partes contratantes y que la resolución impugnada presume el aprovechamiento de su posición en la celebración de los mismos.

Asimismo, TVSAM alega que, antes de la suscripción de los contratos, SONORA y Vía TV tuvieron en consideración que TVSAM cuenta con más de veinte años en el mercado, a

diferencia de REDCOM y Cable Mundo que tienen en el mercado aproximadamente entre cuatro y seis años; y que la motivación y beneficio de SONORA radicaría en el nivel de penetración de TVSAM; siendo, además, que las inversiones que realizan otros operadores no representarían proyectos atractivos para SONORA.

Con relación al contrato de exclusividad suscrito con Vía TV, TVSAM señala que -a la fecha- dicho contrato no se encuentra vigente y que la decisión de dejarlo sin efecto, debido -entre otros- a que dicha empresa no cumplía con emitir su programación durante las veinticuatro horas, le fue comunicada mediante carta notarial el 12 de octubre de 2012.

Con relación al contrato celebrado con SONORA, TVSAM indica que dicho contrato fue renegociado, suscribiendo el 24 de julio de 2012, una adenda que se encuentra vigente a la fecha. Manifiesta, además, que la relación con dicha empresa es profesional y cordial, lo que ha conllevado a que continúen negociando con la finalidad de implementar mejoras que beneficien a tal empresa y a la comunidad.

- TVSAM señala que -en la resolución recurrida- se indica que la suscripción de los contratos de exclusiva impediría que los cable operadores de la zona cuenten con las señales de SONORA y Vía TV en su parrilla de programación; y ello, a su vez, ha perjudicado a los usuarios televidentes. No obstante, TVSAM considera que toda vez que los canales de señal abierta tienen un amplio alcance, cualquier persona que cuente con un televisor puede recibir y disfrutar la programación del canal de señal abierta que ofrezca sus servicios en la región, dentro de su alcance territorial; por lo que la celebración de dichos contratos no perjudica a los consumidores.

Asimismo, TVSAM manifiesta que la oferta de programación a través de los operadores es tan amplia que se desconoce el nivel de preferencia de los programas emitidos por SONORA y Vía TV, así como el rating con el que cuentan, en relación con la totalidad de programas con los que compiten, tanto de señal abierta como cerrada; y que no se ha mencionado el grado de participación de los programas emitidos por tales televisoras, así como su relación con la infinidad de programas televisivos que se transmiten vía señal abierta o cable, como podrían ser los programas de AMÉRICA TV, TNT o CMD.

- TVSAM menciona como beneficios y efectos positivos (reales y potenciales) de la suscripción de dichos contratos en SONORA, Vía TV y la población, los siguientes:
 - El tendido y la instalación de fibra óptica que incluye todos los accesorios y componentes desde el local de SONORA a la cabecera de TVSAM en una extensión de aproximadamente 3.5 kilómetros.
 - La inversión de TVSAM en la adquisición e implementación de paquetes tecnológicos de fibra óptica, que permitirá a los televidentes ubicados en lugares en los que la señal de los canales de señal abierta es recibida deficientemente, recibirla con la nitidez esperada.

En ese sentido, TVSAM señala que considerando que Tarapoto se encuentra en crecimiento, es imprescindible brindar sus servicios con óptima calidad de señal, los cuales brindan mediante fibra óptica; y que, en la actualidad, les permite llegar a Lamas, Cacatachi y Rumisapa, lugares en los que sus pobladores pueden disfrutar de la señal de SONORA, incrementando de tal forma su cobertura.

- Las inversiones de TVSAM han mejorado la calidad de la señal de SONORA, ampliando su cobertura a zonas alejadas y permitiendo a los televidentes de esos lugares recibir dicha señal. Expansión de la señal, que según indica, incluye zonas altas y bajas, asentamientos humanos y asociaciones de viviendas.

En ese orden de ideas, TVSAM considera que el convenio suscrito con SONORA ha permitido a ésta ingresar a un proceso de expansión eficiente tanto interno (Tarapoto y alrededores) como fuera de su capacidad de cobertura en señal abierta (Yurimaguas, Moyobamba, Rioja, Bellavista, Juanjui, Picota, Saposoa), lo cual le viene generando beneficios de:

- Cobertura local: permitiéndole tener presencia masiva con mayor calidad en zonas periféricas (Tarapoto, Morales y Banda de Shilcayo), en las que la señal abierta no llega con eficiencia y donde otras empresas no llegan con sus redes.
- Cobertura regional: permitiéndole difundir sus programas no sólo en Tarapoto, sino también en otras localidades de la Región San Martín y en el Alto Amazonas en los que TVSAM se encuentra asociada a otros cable operadores (Yurimaguas, Moyobamba, Rioja, Bellavista, Juanjui, Picota y Saposoa), posibilitando a SONORA llegar a públicos diferentes, lo que a su vez conlleva a que empresarios de dichas zonas se interesen en sus productos.
- Promoción de la señal de SONORA en su canal aliado de señal cerrada, ANTARES TV CANAL 24; publicidad en material gráfico (trípticos y dípticos); posicionamiento comercial; incremento del valor de sus intangibles (derechos de propiedad intelectual), conllevando a que sus productos televisivos se posicionen en la mente del consumidor.
- Haber posibilitado que TVSAM establezca una tarifa social para los sectores urbano marginales, en los que la accidentada geografía no permite la llegada de la señal de televisión abierta; así como mejora en la información a la población, debido a que, con el convenio de cooperación mutua, un solo equipo acopia la información para todos los canales y los medios asociados pueden difundir noticias de toda la región.

En resumen, TVSAM sostiene que si bien ha suscrito los contratos de exclusividad, las relaciones contractuales establecidas con SONORA y Vía TV no infringen las normas de competencia y han beneficiado tanto a las empresas con las que contrató como a los consumidores, no habiéndose generado beneficio ilícito alguno a favor de TVSAM.

Finalmente, en su recurso de apelación, TVSAM informa sobre los ingresos brutos mensuales del período comprendido entre enero 2011 a enero 2013, el número de suscriptores mensuales en el distrito de Tarapoto para el período de julio 2012 a enero 2013, y remite copias de algunas boletas y/o facturas por la adquisición de elementos necesarios para la prestación del servicio de televisión por cable y contratos de publicidad para la difusión de spots publicitarios.

11. Mediante Resolución N° 014-2013-CCO/OSIPTTEL del 23 de abril de 2013, el Cuerpo Colegiado resolvió conceder el recurso de apelación interpuesto por TVSAM contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTTEL y elevar el expediente a la segunda instancia administrativa. Dicho expediente fue elevado a la segunda instancia administrativa el 6 de mayo de 2013, mediante Oficio N° 046-STCCO/2013.
12. El 9 de mayo de 2013, mediante Resolución N° 006-2013-TSC/OSIPTTEL, el Tribunal de Solución de Controversias declaró como información confidencial en atención a su contenido, la información sobre los ingresos brutos mensuales presentada por TVSAM en su recurso de apelación.
13. A través del Oficio N° 017-STTSC/2013 del 10 de mayo de 2013, la Secretaría Técnica Adjunta del Tribunal de Solución de Controversias puso en conocimiento de REDCOM el recurso de apelación presentado por TVSAM contra la Resolución N° 012-2013-

CCO/OSIPTEL, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para absolver la apelación. Asimismo, mediante Oficios N° 018-STTSC/2013 y N° 019-STTSC/2013 del 10 de mayo de 2013, se puso en conocimiento de SONORA y Vía TV de la apelación presentada, así como del Oficio remitido a REDCOM anteriormente mencionado. Igualmente, mediante Oficio N° 020-STTSC/2013 de la misma fecha, se puso en conocimiento de TVSAM de la remisión del recurso de apelación a la segunda instancia, así como del Oficio remitido a REDCOM anteriormente mencionado.

14. Mediante escrito recibido el 11 de junio de 2013, esto es, fuera del plazo otorgado, REDCOM contestó el recurso de apelación presentado por TVSAM, solicitando al Tribunal de Solución de Controversias que proceda conforme a las pruebas actuadas, las que –a su criterio- demuestran que la conducta de TVSAM se encuentra sancionada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

15. Las cuestiones en discusión en el presente procedimiento son las siguientes:

- (i) Determinar si corresponde declarar fundado o infundado el recurso de apelación presentado por TVSAM contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL, en el extremo que declaró fundada la denuncia de REDCOM contra TVSAM por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva, infracción tipificada en el literal e) del artículo 10.2° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
- (ii) De ser el caso, determinar si corresponde declarar fundado, parcialmente fundado o infundado el recurso de apelación presentado por TVSAM contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL, en el extremo que le impuso una multa por infracción leve por actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva.
- (iii) De ser el caso, determinar si corresponde declarar fundado o infundado el recurso de apelación presentado por TVSAM contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL, en el extremo que le impone una medida correctiva consistente en el cese del abuso de posición de dominio; y, en consecuencia, que se abstenga de seguir realizando la conducta ilícita, dejando sin efecto todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos que estuviesen vigentes con las empresas de televisión de señal abierta (para el caso, Vía TV y/o SONORA, según corresponda) que de manera directa o indirecta impliquen el otorgamiento de exclusividades en la retransmisión y/o distribución de las señales y/o programación de dichas empresas.

III. ANÁLISIS

3.1. Sobre los contratos de exclusividad y el abuso de posición de dominio

3.1.1. Sobre los contratos de exclusividad

16. Conforme se ha señalado anteriormente, en su recurso de apelación, TVSAM manifiesta que las empresas con las que negoció los contratos de exclusividad actuaron en ejercicio de su libertad contractual amparada por la Constitución y las normas de Derecho de

Autor ⁽¹¹⁾; y, que dichos contratos reflejarían la voluntad de las partes contratantes.

17. Sobre el particular, este Tribunal considera pertinente precisar que, conforme a la Constitución Política del Estado Peruano, es derecho de toda persona contratar con fines lícitos, siempre que no se afecte las leyes de orden público, tales como las referidas a la protección de la libre competencia ⁽¹²⁾.
18. En efecto, la libertad de contratación se ejerce en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia ⁽¹³⁾, también reconocido por nuestra Constitución ⁽¹⁴⁾ y desarrollado legislativamente mediante el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
19. Justamente, es materia del presente caso, el análisis de los posibles efectos anticompetitivos de los contratos de exclusividad ⁽¹⁵⁾ suscritos por TVSAM con las empresas de televisión de señal abierta (SONORA y Vía TV); así como una posible infracción a la normativa de libre competencia ⁽¹⁶⁾.
20. De esta forma, este Tribunal se pronunciará exclusivamente sobre los efectos en la libre competencia de los contratos de exclusividad suscritos por TVSAM con las empresas de televisión de señal abierta (SONORA y Vía TV) y la posible infracción de esta normativa; sin emitir pronunciamiento sobre otras materias cuya competencia pudiere corresponder a la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI ⁽¹⁷⁾ o al Ministerio de Transportes y Comunicaciones ⁽¹⁸⁾.
21. En efecto, conforme a la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, este Organismo es competente para conocer toda controversia sobre libre y leal competencia que afecte el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones,

¹¹ Los artículos 126° y 140° del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor disponen lo siguiente:
“Artículo 126.- Por el contrato de radiodifusión el autor, su representante o derechohabiente, autorizan a un organismo de radiodifusión para la transmisión de su obra.

Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán también a las transmisiones efectuadas por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo”.

“Artículo 140°.- Los organismos de radiodifusión tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir:

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

¹² Constitución Política del Estado Peruano

“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

¹³ Resolución N° 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013.

¹⁴ Constitución Política del Estado Peruano

“Artículo 61.- Libre competencia

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

¹⁵ Los contratos de exclusividad pueden ser definidos como aquellos que facultan a una empresa a ser la única distribuidora de determinado producto o servicio en un área geográfica. En contrapartida, el productor o proveedor del producto o servicio no lo distribuye directamente y/o deja de provisionarlo a otros distribuidores en la misma área geográfica. Los contratos de exclusividad son analizados caso por caso, aplicando la regla de la razón.

¹⁶ Conforme al artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1034, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

¹⁷ Respecto al cumplimiento de las normas que protegen el derecho de autor y derechos conexos, conforme a la Ley sobre el Derecho de Autor.

¹⁸ Respecto al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Radio y Televisión, Ley N° 28278.

aunque sólo una de las partes tenga la condición de operadora de tales servicios ⁽¹⁹⁾.

22. En el presente caso, la denuncia fue interpuesta por REDCOM, en su calidad de operadora del servicio de televisión por cable, contra TVSAM, operadora del mismo servicio, y contra SONORA, empresa prestadora del servicio de televisión de señal abierta. Si bien una de las denunciadas no tiene la condición de empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones –SONORA- ⁽²⁰⁾, sí se podría estar afectando el mercado de televisión por cable, servicio considerado como un servicio público de telecomunicaciones conforme al Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones ⁽²¹⁾.
23. En atención a ello, corresponde al OSIPTEL analizar los contratos de exclusividad que hubiera celebrado TVSAM, en su condición de operadora del servicio de televisión por cable, con SONORA y Vía TV, empresas de televisión de señal abierta, a fin de determinar si -en el presente caso- se ha verificado una infracción a la normativa de libre competencia.
24. Con relación al acuerdo de exclusividad entre TVSAM y SONORA éste se encuentra contenido en el documento denominado “Contrato Privado de Alquiler de Frecuencia y Colaboración Empresarial” ⁽²²⁾, señalando lo siguiente:
 - TVSAM se obliga a insertar la señal de SONORA en su grilla de programación, tanto en Tarapoto como en otras localidades de la región San Martín donde la empresa de cable tenga instalada una sede. Adicionalmente, TVSAM no se obliga, como efecto del referido contrato, a insertar en su grilla la programación emitida por los concesionarios de SONORA.
 - SONORA se obliga a: (i) dar a TVSAM su señal abierta con carácter de exclusividad, no pudiendo, cedérsela a otras empresas en Tarapoto; (ii) transmitir los programas periodísticos de TVSAM en el horario de 9 a 10 de la noche; y, (iii) a no emitir publicidad de otras empresas de televisión por cable que no sean del grupo de TVSAM, debiendo hacer lo propio los programas concesionados.

¹⁹ Conforme a los artículos 26º y 36º de la Ley Nº 27336.

²⁰ Decreto Supremo Nº 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones

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

Se considera servicios de difusión entre otros, los siguientes:

a) Servicio de radiodifusión sonora

b) Servicio de radiodifusión de televisión

c) Servicio de distribución de radiodifusión por cable

d) Servicio de circuito cerrado de televisión”.

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

²¹ Decreto Supremo Nº 020-2007-MTC, TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

“Artículo 94.- Clasificación

Los servicios públicos de difusión pueden ser:

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

a) Cable alámbrico u óptico.

b) Sistema de distribución multicanal multipunto (MMDS).

c) Difusión directa por satélite (...)” (El subrayado es nuestro).

²² Fojas 428 a 430 del presente expediente.

- El acuerdo entró en vigencia el 04 de julio de 2011 y culminaría el 31 de diciembre de 2014, pudiendo ser renovado, previo acuerdo de las partes ⁽²³⁾.
25. Por su parte, el acuerdo de exclusividad entre TVSAM y Vía TV consta en el documento denominado “Contrato privado de compra venta de derechos de producción, postproducción y colaboración empresarial” ⁽²⁴⁾, señalando lo siguiente:
- TVSAM se obliga a: (i) insertar la señal de Vía TV en su grilla de programación; (ii) dar en contraprestación mensual por la venta de los derechos de producción y postproducción la suma ascendente a tres mil nuevos soles (S/.3000.00).
 - Vía TV se obliga a: (i) insertar en su programación avisos en los que se informe que la programación de Vía TV es transmitida en televisión por cable, de forma exclusiva por TVSAM; y, (ii) a vender sus derechos de producción y postproducción con carácter de exclusividad a TVSAM, no pudiendo cederlo a otras empresas de televisión por cable.
 - El acuerdo entró en vigencia el 01 de diciembre de 2011 y culminaría el 01 de diciembre de 2012, pudiendo ser renovado, previo acuerdo de las partes ⁽²⁵⁾.
26. Ahora bien, una vez determinados los acuerdos de exclusividad, corresponde su análisis - como supuesta conducta anticompetitiva- conforme a lo establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
27. En el literal e) del numeral 2 del artículo 10º de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se establece que el abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio consistente en “*establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados*”.
28. De otro lado, el numeral 1 del artículo 12º de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que se entiende como prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la competencia. Entre las prácticas consideradas dentro del tipo general se encuentran las que consisten en: “*establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados*”
29. A fin de determinar si nos encontramos ante una conducta que pueda ser calificada como práctica colusoria vertical o como abuso de posición de dominio se deberán evaluar los hechos. En ese sentido, si la suscripción de un contrato de exclusividad es producto de

²³ En su recurso de apelación, TVSAM señaló que dicho contrato fue renegociado suscribiendo -el 24 de julio de 2012- una adenda que se encuentra vigente.

²⁴ Fojas 431 a 433 del presente expediente.

²⁵ En su recurso de apelación, TVSAM señaló que dicho contrato no se encuentra vigente, y que la decisión de dejarlo sin efecto fue comunicada a Vía TV el 12 de octubre de 2012; debido, entre otros, a que la empresa no cumplía con emitir su programación durante las veinticuatro horas. Sobre este tema, en su escrito del 25 de febrero de 2013, Vía TV señaló que dicho contrato habría sido resuelto unilateralmente por TVSAM el 26 de noviembre de 2012.

una conducta consensuada, dicha conducta podría calificar como práctica colusoria vertical. De otro lado, si la suscripción de la exclusividad es producto de una política unilateral de la empresa con poder de mercado y aceptada o tolerada por las otras empresas involucradas debido al poder de mercado de aquella, dicha conducta podría calificar como abuso de posición de dominio ⁽²⁶⁾. Asimismo, la exposición de motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que, para subsumir el acuerdo bajo análisis como una práctica colusoria vertical, dicho acuerdo debe estar diseñado para reportar beneficios a ambos integrantes del acuerdo.

30. En el presente caso, sin perjuicio del análisis de la conducta de TVSAM que calificaría como abuso de posición de dominio y que se desarrollará en los siguientes numerales; este Tribunal comparte las consideraciones de la primera instancia, en el sentido que la conducta de TVSAM debe analizarse bajo la prohibición de actos de abuso de posición de dominio y no desde la perspectiva de las prácticas colusorias, en aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad ⁽²⁷⁾.
31. En efecto, de la revisión del presente expediente se advierten situaciones que revelarían una estrategia unilateral -por parte de TVSAM- conducente a establecer, imponer o sugerir contratos de exclusividad con ciertas empresas importantes que prestan servicios de televisión de señal abierta en Tarapoto antes que un acuerdo colusorio vertical que reporte beneficios a ambos integrantes del acuerdo.
32. Así, por ejemplo, en el caso de Vía TV, dicha empresa señaló que -en el 2011- rechazó la propuesta de TVSAM para suscribir la exclusividad; luego de lo cual, TVSAM cortó la señal de Vía TV de su parrilla; posteriormente, al suscribir Vía TV el contrato de exclusividad, su señal fue retransmitida nuevamente en la parrilla de TVSAM ⁽²⁸⁾.
33. Igualmente, en el contrato de exclusividad de TVSAM y SONORA no se verifica intención de SONORA de afectar el mercado de televisión por cable en el que no participa, ni beneficios tangibles para esta última empresa que sean atribuibles a la exclusividad; como sería, una contraprestación de TVSAM a SONORA, por la retransmisión de su señal que - con anterioridad a la firma del contrato de exclusividad- era retransmitida a través de diversas empresas de televisión por cable, incluida TVSAM.
34. Considerando el desarrollo anterior, este Tribunal considera que los contratos de exclusividad materia del presente procedimiento deben ser analizados desde la perspectiva del abuso de posición de dominio y no desde la perspectiva de las prácticas colusorias.

3.1.2. Sobre el abuso de posición de dominio

²⁶ Similar criterio es el mencionado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI en el Oficio N° 046-2012/ST-CLC-INDECOPI del 29 de agosto de 2012.

²⁷ Decreto Legislativo N° 1034:

“Artículo 5.- Primacía de la realidad.-

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

²⁸ Foja 49 y Fojas 889 a 890 del presente expediente. Asimismo, conforme se ha señalado anteriormente, en su recurso de apelación, TVSAM ha indicado que dicho contrato no se encuentra vigente.

35. Conforme se ha señalado anteriormente, en su recurso de apelación, TVSAM sostiene que la resolución impugnada presume el aprovechamiento de su posición en la celebración de dichos contratos, siendo que -para su suscripción- SONORA y Vía TV tuvieron en consideración que TVSAM cuenta con más de veinte años en el mercado; y que la motivación y beneficio de SONORA radicaría en el nivel de penetración de TVSAM; además, de considerar que las inversiones que realizan otros operadores no representarían proyectos atractivos para SONORA.

Adicionalmente, TVSAM manifiesta que si bien ha suscrito los contratos de exclusividad, las relaciones contractuales establecidas con SONORA y Vía TV no infringen las normas de competencia y han beneficiado tanto a las empresas con las que contrató como a los consumidores, no habiéndose generado beneficio ilícito alguno a favor de TVSAM.

36. De acuerdo con lo señalado en el punto anterior, los acuerdos de exclusividad bajo análisis corresponden a una estrategia de TVSAM conducente a exigir, imponer o sugerir unilateralmente los contratos de exclusividad con ciertas empresas importantes que prestan servicios de televisión de señal abierta en Tarapoto. En tal sentido, corresponde que su evaluación sea realizada desde la perspectiva de las prácticas de abuso de posición de dominio, en la medida que la conducta de TVSAM de hacerse de una exclusividad con canales importantes de televisión de señal abierta, sería pasible de generar efectos exclusorios en el mercado de televisión por cable en Tarapoto.
37. Ahora bien, con relación a lo señalado por TVSAM, en este extremo de la apelación, se advierte que dicha empresa sólo se limita a cuestionar -en términos generales- que la resolución impugnada presume el aprovechamiento de su posición para la suscripción de los contratos de exclusividad; mencionando las razones que, a su juicio, habrían motivado a SONORA y Vía TV a suscribir dichos contratos; e indicando que existió beneficio para las empresas con las que suscribió dichos contratos, para los usuarios y que no se generó beneficio ilícito alguno a favor de TVSAM.
38. Sin embargo, considerando que -aunque en términos generales- TVSAM estaría cuestionando lo resuelto por la primera instancia respecto al abuso de posición de dominio, este Tribunal estima pertinente -en primer término- señalar que conforme a lo dispuesto en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se considera que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición ⁽²⁹⁾. En ese sentido, el abuso de posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio consistente en “*establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados*” ⁽³⁰⁾.
39. A partir de la legislación nacional citada, este Tribunal considera adecuado evaluar la práctica materia del presente procedimiento siguiendo la metodología general de análisis para supuestos de abuso de posición de dominio, la cual consiste en determinar el

²⁹ Artículo 10.1 del Decreto Legislativo N° 1034.

³⁰ Literal e) del numeral 2 del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1034.

mercado relevante para los alcances del presente pronunciamiento, la existencia de posición de dominio en dicho mercado y la existencia de los elementos específicos configurantes de la práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad. Asimismo, considerando que el abuso de posición de dominio constituye una prohibición relativa, se verificará la existencia de efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

40. Con relación al mercado relevante, éste está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico, incluyendo en su análisis a la delimitación del nivel comercial ⁽³¹⁾. El mercado de producto relevante ha sido legalmente definido como el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos ⁽³²⁾, en el presente caso, incluye al servicio de televisión por cable brindado por TVSAM en la ciudad de Tarapoto y a sus posibles sustitutos.
41. En el caso particular del servicio de televisión por cable en la ciudad de Tarapoto, las empresas operadoras presentes solo brindan el servicio a través de las modalidades de cable físico y satelital. Ambas modalidades ofrecen un producto similar, que permite satisfacer las mismas necesidades. Por tanto, desde el punto de vista de su uso, el servicio de televisión por cable en la modalidad satelital puede ser considerado como un sustituto del cable físico.
42. De otro lado, desde la perspectiva de un análisis de precios, a nivel comercial minorista, nivel en el que repercutirían los efectos de las presuntas prácticas anticompetitivas de TVSAM, actualmente no se observan grandes diferencias entre los costos del servicio de televisión por cable físico y del servicio de televisión por cable satelital ⁽³³⁾.
43. En consecuencia, tanto desde la perspectiva de su uso como de un análisis de precios, este Tribunal estima que la televisión por cable satelital se configura como un sustituto de la televisión por cable físico.
44. Entre otros posibles sustitutos del servicio de televisión por cable, se encuentra el servicio de televisión de señal abierta. Si bien esta cuenta con presencia en la zona, no podría considerarse como un sustituto de la televisión por cable, debido a que no ofrece la variedad y calidad de contenidos que ofrece la última. Por tanto, debe descartarse que la televisión de señal abierta sea parte del mercado relevante de la televisión por cable.
45. Por tanto, este Tribunal considera que, para el análisis del presente caso, el servicio de televisión por cable por satélite y el servicio de televisión por cable por medios alámbricos forman parte del mercado de producto relevante.

³¹ Artículo 6.1 del Decreto Legislativo N° 1034 y numeral 3.2 c) de los Lineamientos Generales para la aplicación de las normas de Libre Competencia en el ámbito de Telecomunicaciones, aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2000-CD-OSIPTEL.

³² Decreto Legislativo N° 1034

“Artículo 6.- El mercado relevante.-

(...)

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

³³ Sobre este tema ver página 51 y 52 de la resolución impugnada.

46. De otro lado, con relación al mercado geográfico relevante, éste es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante ⁽³⁴⁾. El ámbito geográfico se refiere al lugar en el cual los consumidores acceden al servicio y al cual podrían acudir en caso el servicio se viera afectado por un incremento de precio, considerando los costos adicionales de traslado.
47. El análisis debe partir del mercado geográfico afectado por la exclusividad entre TVSAM y SONORA, el distrito de Tarapoto. Por el lado de la demanda, si bien se observa dos distritos colindantes, Morales y Banda de Shilcayo, debido a que el servicio de televisión por cable debe ser contratado en el lugar de residencia del usuario, es difícil concluir que un abonado de Tarapoto estaría dispuesto a mudarse a Morales o Banda de Shilcayo para poder recibir el servicio de un operador de alguno de estos distritos. Así, por el lado de la demanda, los distritos de Morales y Banda de Shilcayo no formarían parte del mercado geográfico relevante.
48. Sin embargo, el análisis de sustitución también se realiza por el lado de la oferta, determinándose en qué medida es posible que operadores que prestan servicios en los distritos de Morales y Banda de Shilcayo puedan también prestar sus servicios en Tarapoto. La ubicación geográfica de Morales y Banda de Shilcayo posibilita que una empresa que brinda el servicio de televisión por cable en estos distritos pueda extender sus operaciones al distrito de Tarapoto. Adicionalmente, según los datos del Censo del año 2007, la densidad poblacional en Tarapoto (1004.3 Hab/Km²) es mayor que la densidad poblacional en Morales (535.5 Hab/Km²) y Banda de Shilcayo (101.4 Hab/Km²) ⁽³⁵⁾. Asimismo, la tenencia de televisores en los hogares de Tarapoto es mayor a la tenencia de televisores en Morales y Banda de Shilcayo; en Tarapoto, el 80.8% de los hogares poseían televisor a colores, mientras que el Morales y Banda de Shilcayo este indicador era 73.4% y 64.9% respectivamente ⁽³⁶⁾.
49. Por tanto, para una empresa de televisión por cable que opera en los distritos de Morales y/o Banda de Shilcayo, podría resultar atractivo expandir sus operaciones al distrito de Tarapoto, considerando que el mercado potencial de Tarapoto es mayor que el de los distritos de Morales y Banda de Shilcayo.
50. En tal sentido, este Tribunal considera que el mercado geográfico relevante está conformado por los distritos de Tarapoto, Morales y Banda de Shilcayo.
51. A partir de lo antes señalado, este Tribunal concluye que el mercado relevante, en el presente caso, está conformado por el servicio de televisión por cable en las modalidades satelital y alámbrico, en los distritos de Tarapoto, Morales y Banda de Shilcayo.

³⁴ Decreto Legislativo N° 1034

*“Artículo 6.- El mercado relevante.-
(...)”*

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes”.

³⁵ INEI (2010). “Departamento San Martín: Compendio Estadístico 2010”. Pág. 13 <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0973/libro.pdf> (última visita, 21 de junio de 2013).

³⁶ Los datos son extraídos de: <http://inei.inei.gob.pe/inei/RedatamCpv2007.asp?id=ResultadosCensales?ori=C>

52. Luego de haber definido el mercado relevante, corresponde efectuar la determinación de la posición de dominio en dicho mercado relevante, para los alcances del presente procedimiento.
53. Un agente económico goza de posición de dominio en el mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: una participación significativa en el mercado relevante; las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a redes de distribución; la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica; la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos ⁽³⁷⁾.
54. De acuerdo con la jurisprudencia europea, se considerará que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores; y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto ⁽³⁸⁾.
55. En tal sentido, la identificación de posición de dominio se realizará en el mercado relevante del servicio de televisión por cable previamente definido, iniciándose con la descripción de la estructura de mercado, donde se analizará la participación de mercado que ostenta TVSAM, como el nivel de concentración del mismo. Asimismo, se procederá con la evaluación de las barreras a la entrada existentes en el mercado relevante y otros factores adicionales.
56. En primer lugar, con relación a la estructura del mercado relevante en cuestión, entre agosto de 2010 y agosto de 2011 (esta última fecha luego de firmada la exclusividad con SONORA), TVSAM mantuvo una participación promedio del 70% ⁽³⁹⁾.
57. Asimismo, la concentración que presenta el mercado es alta, observándose un nivel promedio mayor a 5, 600 entre agosto de 2010 y agosto de 2011. Si bien el HHI sufrió una disminución entre enero y marzo de 2011, producto de la entrada de Cable Mundo, a partir del mes de abril de ese mismo año se ha estabilizado en un nivel promedio de 5,000, nivel que duplica el mínimo de 2,500 que define un mercado como altamente concentrado ⁽⁴⁰⁾.

³⁷ Al respecto, ver el artículo 7° del Decreto Legislativo N° 1034 y numeral 4.1.1. de los Lineamientos de Libre Competencia en Telecomunicaciones.

³⁸ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia Español del 30 de septiembre de 1999, Expediente R-362/99 Bacardi.

³⁹ Gráfico N° 4, página 58 de la resolución impugnada.

Conforme lo señala la resolución impugnada, el análisis de participación y concentración del mercado consideró la participación de TVSAM en conjunto con la de Cable Móvil, en la medida que a la fecha de la realización de la conducta materia de análisis ambas eran un solo agente económico; e inclusive, si se hubiere considerado por separado a TVSAM y Cable Móvil, los indicadores de participación y concentración no muestran mayor variación, pues TVSAM sería igualmente la empresa con mayor participación en el mercado relevante (con cuotas de mercado superiores a 50%), y el mercado relevante continuaría altamente concentrado (HHI superior a 3,000 y un grado de dominancia muy cercano a 1).

⁴⁰ Gráfico N° 5, página 59 de la resolución impugnada.

58. Por su parte, el Índice de Dominancia (ID) se mantiene muy cercano al nivel de 1, indicando una elevada dominancia por parte de la empresa más grande, en este caso, TVSAM ⁽⁴¹⁾.
59. Con relación a la existencia de barreras a la entrada y otros factores adicionales para determinar la posición de dominio, se advierte que existen barreras económicas, referidas principalmente al despliegue de infraestructura necesaria para atender el mercado (inversiones hundidas), sin embargo, las mayores barreras a la entrada son estratégicas. En este último caso corresponde a la estrategia desplegada por TVSAM de acaparar los contenidos locales que gozan de gran preferencia por parte de los usuarios del servicio. Asimismo, se observa una demanda elevada del servicio de televisión por cable en el mercado relevante, lo que podría ser aprovechado por TVSAM para incrementar su poder de mercado ⁽⁴²⁾; y, por el lado de la oferta, un gran poder de negociación de TVSAM, que se evidencia con la suscripción de contratos de exclusividad con diversas empresas de contenido.
60. Por lo expuesto y dentro de los alcances del presente pronunciamiento, este Tribunal considera que, cuando se realizaron los contratos de exclusividad, TVSAM contaba con posición de dominio en el mercado relevante, debido a su nivel de participación en el mercado relevante y al nivel de concentración que el mismo exhibe; así como por la presencia de factores adicionales como barreras a la entrada -tanto económicas como estratégicas- de nuevos competidores, así como para el desarrollo de los operadores alternativos existentes. En consecuencia, es claro que TVSAM tenía la posibilidad de afectar las condiciones de la oferta o demanda en el mercado relevante, sin que competidores, proveedores o clientes tengan un poder de negociación que permita enfrentarla y disciplinarla.
61. Habiéndose determinado que TVSAM ostenta posición de dominio en el mercado relevante materia del presente procedimiento, corresponde analizar si la suscripción de los acuerdos de distribución exclusiva con SONORA y Vía TV constituye una conducta restrictiva de la competencia.
62. A fin de determinar si TVSAM ha realizado prácticas de abuso de posición de dominio, al establecer acuerdos de exclusividad con empresas de televisión de señal abierta, se debe evaluar lo siguiente ⁽⁴³⁾:

⁴¹ Gráfico N° 6, página 59 de la resolución impugnada.

⁴² Así, conforme al Estudio Nacional de Cobertura de Televisión de CPI, entre mayo y junio de 2012, el 95% de los hogares de Tarapoto contaban con un televisor y el 67% con el servicio de televisión por cable.

⁴³ Conforme señala el Oficio N° 046-2012/ST-CLC-INDECOPI de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI del 29 de agosto de 2012, el análisis de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de contratos de exclusividad incluye lo siguiente:

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

- Acreditar el establecimiento de los acuerdos de exclusividad;
 - Acreditar que TVSAM ostenta posición de dominio en el mercado relevante;
 - La importancia de los canales de señal abierta con los que TVSAM mantiene un contrato de exclusividad.
 - Justificaciones para la suscripción de los acuerdos de exclusividad (efectos positivos de los convenios de exclusividad).
 - Los efectos anticompetitivos.
 - Los efectos negativos en el bienestar del consumidor
 - Otras consideraciones relevantes para el análisis de los acuerdos de exclusividad bajo análisis (como el índice de cierre de mercado y la duración de los contratos).
63. Por tanto, debido a que ya se ha acreditado el establecimiento de los acuerdos de exclusividad ⁽⁴⁴⁾; y, asimismo, se ha determinado que TVSAM ostenta posición de dominio en el mercado relevante, corresponde que este Tribunal proceda con el análisis de los restantes requisitos para determinar si es que, efectivamente, TVSAM ha realizado prácticas de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva.
64. Con relación a la importancia de los canales de señal abierta con los que TVSAM mantiene un contrato de exclusividad, la STCCO contrató la realización de un estudio de medición de audiencia en Tarapoto por parte de CPI, en el cual se observa, entre otros, que los canales locales gozan de una elevada preferencia en el mercado de Tarapoto ⁽⁴⁵⁾, es decir, que el contenido local es un insumo importante para las empresas de televisión por cable que operan en Tarapoto, y que la transmisión de los canales de SONORA y Vía TV constituye un factor determinante en un grupo importante de usuarios en su elección del operador con el que contratarán el servicio de televisión por cable ⁽⁴⁶⁾; por lo que existe una mayor posibilidad que los contratos de exclusividad de TVSAM con SONORA y Vía TV generen efectos anticompetitivos en el mercado relevante bajo análisis.
65. Sobre las justificaciones para la suscripción de los acuerdos de exclusividad, este Tribunal, compartiendo las consideraciones de la primera instancia, no encuentra efectos positivos o ganancias de eficiencia en el mercado generadas directamente por los contratos de exclusividad suscritos por TVSAM con las empresas de televisión de señal abierta local. Sin perjuicio de lo anterior, este tema será desarrollado en el acápite correspondiente, atendiendo a los argumentos desarrollados en la apelación de TVSAM sobre este extremo.
66. En cuanto a los efectos anticompetitivos de la práctica analizada, se observa que a partir del mes de octubre de 2011 (unos pocos meses después de la firma del contrato de exclusividad con SONORA), TVSAM muestra un freno en la caída del número de suscriptores. Asimismo, a partir de diciembre de 2011 empieza a crecer apartándose de la

⁴⁴ Los acuerdos de exclusividad entre TVSAM y SONORA y Vía TV, conforme a lo desarrollado en la presente resolución.

⁴⁵ Ver, por ejemplo, Cuadro N° 2 y siguientes contenidos en las páginas 63 a 67 de la resolución impugnada.

⁴⁶ Al respecto, cabe destacar que cuando CPI consultó por un escenario en el que los operadores de televisión por cable dejaran de transmitir la señal de SONORA, el 20% de los hogares que tienen el servicio respondió que se cambiaría de proveedor. Finalmente, cuando el escenario se planteó respecto a una situación en la que el operador de televisión por cable dejara de transmitir tanto las señales de SONORA como de Vía TV, el porcentaje de hogares que se cambiarían de proveedor del servicio sería de 22.8%.

tendencia a la baja mostrada desde enero de 2011. A su vez, a partir de octubre de 2011, se detiene el crecimiento del número de suscriptores de las empresas competidoras, y pierden cuota de mercado ⁽⁴⁷⁾.

67. Cabe señalar que en el mismo periodo en el que TVSAM desplegó su estrategia de firma de convenios de exclusividad, dicha empresa lanzó ofertas que reducían su tarifa por periodos de hasta un año, por lo que los hechos señalados en el punto anterior no parecerían provenir exclusivamente de la estrategia anticompetitiva de TVSAM. Sin embargo, el estudio de CPI demuestra que la mayor parte de los suscriptores que pasaron a TVSAM desde Cable Mundo lo hicieron porque esta última no ofrece canales locales ⁽⁴⁸⁾. Consecuentemente, queda acreditado que la práctica investigada sí produjo efectos anticompetitivos en el mercado relevante definido previamente.
68. Además de los efectos anticompetitivos anteriormente señalados, también deben observarse los efectos exclusorios potenciales, respecto al porcentaje de personas que tienen televisor pero no cuentan con el servicio de televisión por cable, ello teniendo en cuenta que cuando estos hogares decidan contratar este servicio podrán considerar suscribirse a la empresa que tiene exclusividad con el canal de su preferencia, como sería SONORA.
69. Adicionalmente, si bien se ha identificado que la práctica anticompetitiva se encuentra enfocada primordialmente en afectar el crecimiento y/o expansión de los competidores, es importante señalar que la misma afecta de manera final, a su vez, el bienestar de los consumidores.
70. Al respecto, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas contempla la maximización del bienestar del consumidor como su objetivo. Sobre este último punto, en la exposición de motivos se indica de forma explícita que la ley no busca proteger directamente a los consumidores, sino indirectamente, promoviendo el bienestar del consumidor a través de la eliminación de conductas anticompetitivas ⁽⁴⁹⁾.

⁴⁷ En el Gráfico N° 7 y N° 8 de la resolución impugnada se muestran dos hechos a partir del mes de octubre de 2011: los competidores de TVSAM en el mercado de televisión por cable dejan de crecer al nivel que lo venían haciendo y pierden cuota de mercado; así como la recuperación de TVSAM, en número de suscriptores y cuota de mercado. Páginas 74 y 75 de la resolución impugnada.

⁴⁸ El Cuerpo Colegiado indica en la resolución apelada que los resultados que arroja el estudio realizado por CPI en Tarapoto demuestran que el costo del servicio, si bien es un factor importante, no es el factor más influyente en la decisión de contratación de los suscriptores. En efecto, en el Cuadro N° 33 del Informe Final de CPI, que contiene los resultados obtenidos al preguntarle a los encuestados que tenían el servicio de televisión por cable contratado con TVSAM sobre "¿Cuál era su empresa proveedora de cable antes de que decidiera contratar con TVSAM?", detallando las razones por las que decidieron dejar el operador que les prestaba el servicio para contratar con TVSAM", permite extraer algunas valiosas conclusiones. De dicho cuadro se puede concluir que, en el caso de aquellos que se cambiaron de Cable Mundo a TVSAM, el 42% respondió que hizo el cambio de operador debido a que Cable Mundo no tenía canales locales, mientras que solo el 9.6% respondió que cambio de operador porque el costo es más económico. En el caso de los que se cambiaron de REDCOM a TVSAM, el 51.8% respondió que hizo el cambio para ver nuevos canales/ programas variados, y ninguno de ellos respondió que se cambió de operador por una menor tarifa.

⁴⁹ QUINTANA, Eduardo (2011). El objetivo de la Ley de Competencia peruana y la interpretación de las conductas prohibidas. En: Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual N° 13, Pág.32.

En el mismo sentido, en la Resolución N° 052-2007-INDECOPI/CLC de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, se ha señalado lo siguiente:

"(...) las normas de libre competencia deben encargarse de velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, con el fin de promover el uso eficiente de los recursos logrando como resultado el bienestar de la sociedad (social welfare). La finalidad última de una política de competencia será

71. En el presente caso se ha acreditado que la práctica investigada ha generado efectos exclusorios en el mercado de televisión por cable de Tarapoto, por tanto, este Tribunal considera que la misma afectaría al bienestar de los consumidores. Así, aquellos suscriptores de las empresas de televisión por cable distintas a TVSAM se ven limitados en el acceso al contenido local de mayor preferencia (particularmente SONORA con fuerte preferencia y Vía TV con cierta preferencia), que pasa a ser exclusivo de TVSAM.
72. Adicionalmente, de intensificarse estos efectos exclusorios la afectación a los usuarios sería mayor, a través de menos empresas que presten el servicio (ante la posible salida del mercado de algunas empresas de televisión por cable al no poder ofrecer una parrilla de canales tan atractiva como la de TVSAM) o de mayores precios de la empresa dominante (ante la falta de competidores que puedan disputarle los usuarios del servicio).
73. En cuanto al índice de cierre de mercado, cabe indicar que durante el periodo investigado, TVSAM ha generado un cierre parcial del mercado de televisión por cable, considerando su estrategia de abarcar los canales que gozan de gran preferencia por el contenido local en la ciudad de Tarapoto (incluyendo los principales programas periodísticos locales) y la mayor cantidad de los mismos (además de los contratos de exclusividad con SONORA, Vía TV, 7 canales locales más), dejando a sus competidores sin insumos importantes, lo que resta competitividad y atractivo a sus servicios; y refuerza, de esta manera, su posición de dominio en el mercado relevante bajo análisis.
74. Finalmente, el contrato suscrito con SONORA tiene una duración de más de tres años, con posibilidad de ser renovado. Dadas las características de los contratos, y las acciones adicionales que lleva a cabo TVSAM (canales exclusivos adicionales) para reforzar su poder de mercado, es probable que en tres años dicha empresa pueda imponer a SONORA la prórroga del referido contrato.
75. Por tanto, se ha demostrado la existencia de efectos anticompetitivos producto de los acuerdos de exclusividad en cuestión. A su vez, como se desarrollará más adelante, no se ha podido acreditar justificación para la suscripción de los mismos ni se han podido observar efectos positivos que deriven de dicha conducta.
76. En tal sentido, este Tribunal considera que sí se han acreditado todos los elementos necesarios para la configuración de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad, infracción tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ⁽⁵⁰⁾.
77. En función de lo anterior, debe descartarse el argumento de TVSAM, referido a que la resolución impugnada ha presumido el aprovechamiento de su posición en la celebración de

mejorar el bienestar del consumidor pero ello deberá ser fruto de la promoción y protección del proceso competitivo. (...) la protección de los consumidores a través de la aplicación de las normas de libre competencia se da precisamente a través de la protección del proceso competitivo, debido a que éste redunde en beneficio de los primeros. Es decir, la protección que brindan las normas de libre competencia a los consumidores se da de manera indirecta a través de su incidencia en el debido funcionamiento del proceso competitivo”.

⁵⁰ Conforme se ha señalado en el numeral anterior, más adelante se desarrollan las alegaciones de TVSAM respecto a los supuestos efectos positivos de la práctica analizada.

los contratos en cuestión y que las relaciones contractuales establecidas con SONORA y Vía TV no infringen las normas de competencia.

3.2. Sobre el perjuicio a los usuarios y el nivel de preferencia de la programación en Tarapoto

78. Conforme se ha señalado, en su recurso de apelación, TVSAM alega que en la resolución recurrida se indica que la suscripción de los contratos de exclusiva impediría que los cable operadores de la zona cuenten con las señales de SONORA y Vía TV en su parrilla de programación; y ello, a su vez, ha perjudicado a los usuarios televidentes. No obstante, TVSAM considera que toda vez que los canales de señal abierta tienen un amplio alcance, cualquier persona que cuente con un televisor puede recibir y disfrutar la programación del canal de señal abierta que ofrezca sus servicios en la región, dentro de su alcance territorial; por lo que la celebración de dichos contratos no perjudica a los consumidores.
79. Sobre el particular, conforme se ha señalado, uno de los efectos negativos de los contratos de exclusividad analizados está relacionado a que los usuarios que han contratado a operadores de cable distintos a TVSAM se encontrarán impedidos de acceder a los contenidos locales de mayor preferencia ⁽⁵¹⁾.
80. Del mismo modo, el estudio de CPI para Tarapoto demuestra que sólo el 7.6% de los hogares que cuentan con el servicio de televisión por cable estarían dispuestos a desconectar este servicio para conectar la antena de señal abierta, lo que revela que -en el presente caso y a diferencia de anterior casuística- para la mayor parte de usuarios del mercado analizado, resultaría muy costoso el proceso de cambio de la conexión de cable del servicio de televisión por cable y la antena para captar la señal abierta.
81. En efecto, en el mercado estudiado, para la mayor parte de usuarios que no tienen la posibilidad de tener conectadas ambas antenas al mismo tiempo en su televisor, no resulta práctico cambiar las conexiones de su televisor cada vez que se desee visualizar un canal de señal abierta que no está en la grilla de canales de su operador de televisión por cable; por lo que el argumento de TVSAM en su apelación debe ser desestimado.
82. De otro lado, en su recurso de apelación, TVSAM manifiesta que la oferta de programación a través de los operadores es tan amplia que se desconoce el nivel de preferencia de los programas emitidos por SONORA y Vía TV, así como el rating y grado de participación con el que cuentan, en relación con la totalidad de programas con los que compiten, tanto de señal abierta como cerrada, como podrían ser los programas de AMÉRICA TV, TNT o CMD.
83. Sobre el particular, conforme se señala en el Informe N° 064-STCCO/2012, justamente, el estudio realizado por CPI, tuvo como objetivo contar con mayor información respecto a: (i) información específica sobre los mercados de televisión de señal abierta y televisión por cable en Tarapoto; (ii) una medición de audiencia en el distrito de Tarapoto; (iii) la percepción de la población respecto al servicio televisión por cable y de televisión por señal abierta; y, (iii) las reacciones de la población ante escenarios hipotéticos.

⁵¹ Nótese que de acuerdo a los resultados del estudio de CPI, al plantearse un escenario en el que los proveedores del servicio de televisión por cable dejan de transmitir contenido local, el 46.5% de los encuestados respondió que se cambiaría de proveedor de televisión por cable.

84. Bajo este marco, y contrariamente a lo señalado por TVSAM, en el referido estudio se aprecia importante información, entre otra, sobre el mercado y las preferencias del público respecto al servicio de televisión en Tarapoto. Así, por ejemplo, se muestra el alcance de los distintos programas televisivos que se transmiten a través de los canales locales advirtiéndose que los tres primeros programas más vistos son los noticieros locales de SONORA (TV Tarapoto) y Vía TV, con más del 20% de sintonía ⁽⁵²⁾; asimismo, en el consumo promedio de televisión, que muestra el acumulado semanal de audiencia general, SONORA figura entre los tres canales locales más importantes en Tarapoto, mencionándose –además– al canal AMÉRICA TV citado por TVSAM ⁽⁵³⁾.
85. Adicionalmente, este Tribunal considera pertinente reiterar que los resultados de dicho estudio muestran que los canales locales gozan de una elevada preferencia en el mercado de Tarapoto; siendo el contenido local un insumo importante para las empresas de televisión por cable que operan en Tarapoto. Asimismo, los canales SONORA (principalmente) y Vía TV (en menor medida) constituyen un factor relevante en un grupo importante de usuarios para su elección respecto a qué operador contratar en el mercado de televisión por cable ⁽⁵⁴⁾; por lo que es mucho más probable que los contratos de exclusividad de TVSAM con SONORA y Vía TV generen efectos anticompetitivos en el mercado de televisión por cable.
86. Consecuentemente, corresponde desestimar el argumento de TVSAM respecto al supuesto desconocimiento del mercado y preferencias de los programas emitidos en Tarapoto, en particular, de SONORA y Vía TV.

3.3. Sobre los supuestos beneficios de la suscripción de los contratos de exclusividad

87. En su recurso de apelación, TVSAM menciona como beneficios y efectos positivos (reales y potenciales) de la suscripción de los contratos de exclusividad (en SONORA, Vía TV y la población) los siguientes: (i) tendido e instalación de fibra óptica, (ii) inversión de TVSAM en paquetes tecnológicos de fibra óptica que permitirá a los televidentes recibir la señal con nitidez, (iii) inversión de TVSAM en la mejora de la calidad de la señal de SONORA, ampliando su cobertura, (iv) promoción de la señal de SONORA en ANTARES TV CANAL 24; así como publicidad en material gráfico; posicionamiento comercial e incremento del valor de sus intangibles, y (v) establecimiento de una tarifa social; así como mejora en la información a la población, debido a que un solo equipo acopia la información para todos los canales y los medios asociados pueden difundir noticias de toda la región. Para acreditar lo señalado adjunta copias de algunas boletas y/o facturas por la adquisición de elementos necesarios para la prestación del servicio de televisión por cable, así como copias de boletas y/o facturas y de contratos de publicidad para la difusión de spots publicitarios.

⁵² Cuadro Nº 5, página 66 de la resolución impugnada.

⁵³ Cuadro Nº 4, página 65 de la resolución impugnada.

⁵⁴ Al respecto, como se ha señalado, cuando CPI consultó por un escenario en el que los operadores de televisión por cable dejaran de transmitir la señal de SONORA, el 20% de los hogares que tienen el servicio respondió que se cambiaría de proveedor. Finalmente, cuando el escenario se planteó respecto a una situación en la que el operador de televisión por cable dejara de transmitir tanto las señales de SONORA como de Vía TV, el porcentaje de hogares que se cambiarían de proveedor del servicio sería de 22.8%.

88. Con relación a las copias de algunas boletas y/o facturas por la adquisición de elementos necesarios para la prestación del servicio de televisión por cable -que TVSAM adjuntó en su recurso de apelación- y a lo señalado por dicha empresa respecto a que el contrato de exclusividad con SONORA habría beneficiado a dicha empresa, debido al tendido e instalación de fibra óptica y a su inversión en la adquisición e implementación de paquetes tecnológicos; cabe indicar que un mayor despliegue de infraestructura en su red, correspondería al desarrollo del negocio de cable de TVSAM; sin que éste se derive directamente del acuerdo de exclusividad que suscribió con SONORA.
89. De otro lado, con relación al argumento de TVSAM respecto a que, producto de los acuerdos de exclusividad se ha mejorado la calidad de la señal de SONORA ampliando su cobertura local y regional; es de indicar que, como en el caso mencionado anteriormente, no se advierte que como consecuencia del acuerdo de exclusividad, se haya incrementado la cobertura de SONORA; por el contrario, habrían disminuido las alternativas a través de las cuales la señal de SONORA puede ser vista por los consumidores finales, si se considera que -antes de la suscripción de los convenios de distribución exclusiva- SONORA transmitía su señal a través de las parrillas de programación de las empresas de cable, incluida TVSAM.
90. Igualmente, con relación a lo alegado por TVSAM respecto a que la suscripción de la exclusiva habría permitido una mayor promoción de la señal de SONORA en su canal aliado en señal cerrada, ANTARES TV CANAL 24; el incremento del valor de sus intangibles, así como que sus productos televisivos sean más conocidos y se posicionen; es de indicar que, en el presente expediente, no se advierte y tampoco TVSAM lo ha demostrado, cuál sería el beneficio tangible que habría obtenido SONORA con lo señalado por TVSAM en este extremo.
91. En efecto, revisadas las copias de boletas y/o facturas y copias de contratos de publicidad para la difusión de spots publicitarios adjuntas al recurso de apelación de TVSAM, estas no acreditan que se hayan generado mayores ingresos por publicidad. Tampoco son suficientes para acreditar beneficios derivados de la suscripción del mencionado acuerdo de exclusividad, en particular, si se considera que aun cuando la exclusiva entró en vigencia en el año 2011, sólo cuatro de los recibos presentados mencionan a SONORA y corresponderían recién al fines del año pasado e inicios del presente año (enero, febrero y marzo). Incluso, la propia empresa TVSAM indicó anteriormente montos mucho menores por concepto de publicidad, mencionando -además- que, a partir de enero de 2012, no había realizado publicidad y que, en ningún caso había realizado publicidad promocionado exclusivamente a SONORA ⁽⁵⁵⁾.
92. Finalmente, TVSAM ha señalado en su apelación, que la exclusiva con SONORA le habría posibilitado establecer una tarifa social para los sectores urbano marginales; así como mejorar la información transmitida a la población, debido a que, con el “convenio de cooperación mutua”, un solo equipo acopia la información para que todos los canales y los medios asociados puedan difundir noticias de toda la región.
93. Al respecto, a partir de una revisión del convenio de exclusividad suscrito entre TVSAM y SONORA, no se advierte vinculación alguna entre la tarifa social alegada por TVSAM y la suscripción de dicho acuerdo. De igual manera, con relación a lo alegado por TVSAM

⁵⁵ Foja 613. Comunicación del 18 de setiembre de 2012.

respecto a que se produciría una mejora en la información transmitida a la población, debido a que un solo equipo acopia la información para todos los canales; cabe mencionar que, contrariamente a lo señalado por TVSAM, dicha situación podría tener como efecto la estandarización de contenidos (por ejemplo, a través de la programación de un programa de manera simultánea en distintos canales) lo que disminuiría el bienestar del consumidor ante la poca variedad de la oferta.

94. Adicionalmente a lo antes desarrollado, cabe precisar que en el presente pronunciamiento, se han empleado distintos indicadores y elementos de lógica económica para poder determinar que los perjuicios son mayores a los beneficios obtenidos. En tal sentido, correspondería que TVSAM acredite cuáles son esas eficiencias mayores que los perjuicios resultantes de la práctica investigada ⁽⁵⁶⁾. Sin embargo, TVSAM no ha acreditado suficientemente que efectivamente se hayan generado eficiencias; menos aún que dichas eficiencias se hayan trasladado a los consumidores.
95. Por tanto, realizado el balance de efectos positivos y negativos de la práctica analizada, se ha demostrado la existencia de efectos anticompetitivos producto de los acuerdos de exclusividad en cuestión. A su vez, los beneficios alegados por TVSAM no justifican la realización de la práctica investigada, no se ha acreditado la existencia de beneficios al bienestar del consumidor derivados de eficiencias que contrapesen, en suficiente medida, los efectos anticompetitivos de la práctica, y no se advierten efectos positivos tangibles que hayan sido generados directamente por los contratos de exclusividad suscritos por TVSAM con las empresas de televisión de señal abierta local.
96. En tal sentido, este Tribunal considera que sí se han acreditado todos los elementos necesarios para la configuración de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad, infracción tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

3.4. Sobre la determinación de la sanción

97. En su recurso de apelación, TVSAM sostiene que los contratos de exclusividad no han generado beneficio ilícito alguno a su favor e informa el número de suscriptores mensuales en el distrito de Tarapoto para el período de julio 2012 a enero 2013.
98. Habiéndose determinado que TVSAM ha incurrido en una práctica anticompetitiva al suscribir contratos de exclusividad con canales de televisión locales de señal abierta, lo cual le ha otorgado ventajas competitivas y ha generado efectos exclusorios en el

⁵⁶ De acuerdo con la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el Caso Microsoft **-253 F .3d 34 (D.C. Cir.), cert. denied, 534 U.S. 952 (2001)-** Una serie de principios surgen luego de más de un siglo de aplicación de Sección 2 del *Sherman Act*:

En primer lugar, para ser sancionada como exclusoria, la práctica del monopolista debe generar un efecto anticompetitivo, es decir, debe generar un daño al proceso competitivo y, por ende, a los consumidores. En segundo lugar, la autoridad es quien debe demostrar que la práctica del monopolista generó un daño al proceso competitivo. En tercer lugar, si la autoridad logra establecer un caso *prima facie*, al haber demostrado los efectos anticompetitivos de la conducta del monopolista, entonces este puede demostrar una justificación "procompetitiva" para su conducta, es decir, que su conducta es, sin duda, una forma de competencia, debido a que la misma genera una mayor eficiencia o mejora el bienestar del consumidor. En este caso, la carga de responder a dicha justificación recaerá sobre la autoridad, quien deberá demostrar que el efecto anticompetitivo de la conducta sobrepasa sus beneficios procompetitivos.

(En: HOVENKAMP, Herbert, SULLIVAN, E. Thomas y SHELANSKI, Howard A. Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems. Sexta Edición. San Francisco, CA: LexisNexis, 2009. Pág. 642.)

mercado de televisión por cable en Tarapoto, correspondía la imposición de la sanción aplicable, evaluando: su gravedad, graduación y las medidas correctivas pertinentes.

99. Conforme a la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL para la aplicación de sanciones a la libre competencia, se aplican los montos y criterios de graduación establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ⁽⁵⁷⁾.
100. Asimismo, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas dispone que la realización de conductas anticompetitivas será sancionada bajo los siguientes parámetros: de leve, grave y muy grave ⁽⁵⁸⁾.
101. A su vez, la citada Ley establece que, para determinar la gravedad de la sanción, la autoridad podrá tomar en consideración diversos criterios, tales como el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, la probabilidad de la detección de la infracción, la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, los efectos sobre el mercado, la duración de la restricción de la competencia, la reincidencia de la conducta, la actuación procedimental de parte, entre otros factores ⁽⁵⁹⁾.

⁵⁷ Ley N° 27336. Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL

“Artículo 26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o leal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación”.

⁵⁸ Decreto Legislativo N° 1034

“Artículo 43.- El monto de las multas.-

43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;

b) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión;

o,
c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión”.

⁵⁹ Decreto Legislativo N° 1034

“Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

(a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;

(b) La probabilidad de detección de la infracción;

(c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;

(d) La dimensión del mercado afectado;

(e) La cuota de mercado del infractor;

(f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;

(g) La duración de la restricción de la competencia;

(h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,

(i) La actuación procesal de la parte”.

102. Adicionalmente, la potestad sancionadora de todas las entidades de la Administración Pública se encuentra regida por el principio de razonabilidad ⁽⁶⁰⁾. Este principio prevé que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas o asumir la sanción, por lo que presupone una función disuasiva de la sanción.
103. Igualmente, conforme a dicho principio, la sanción debe ser proporcional al incumplimiento calificado como infracción, estando la Administración facultada para graduar la sanción, en función de los criterios agravantes o atenuantes que, dependiendo del caso concreto, se considere adecuado aplicar.
104. A la luz del marco legal antes descrito, el monto base de la multa es calculado teniendo en consideración el beneficio ilícito esperado por el infractor y la probabilidad de detección. Asimismo, la autoridad administrativa podrá tener en cuenta otros factores, tales como: los efectos reales o potenciales de la conducta infractora en el mercado, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, como agravantes o atenuantes de la sanción a ser impuesta.
105. En el presente caso y en la misma línea de la resolución apelada, para el cálculo de la multa base, se considera el beneficio ilícito ⁽⁶¹⁾ (B_{Ext}) y la probabilidad de detección (P_{det}) de modo que, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado; y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. El cálculo de la multa se realiza aplicando la siguiente ecuación ⁽⁶²⁾:

⁶⁰ Ley del Procedimiento administrativo General

“Artículo N° 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora administrativa de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
b) El perjuicio económico causado;
c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor”.

⁶¹ El beneficio ilícito es entendido como la ganancia ilícita que obtuvo el infractor como consecuencia de cometer la conducta ilícita, es decir, aquel beneficio que no se hubiese registrado bajo las condiciones normales, en caso no se hubiera cometido la falta.

⁶² Formalmente se llega a ese resultado de la siguiente manera:

$$BE^{NL} = (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det})$$

$$BE^{NL} = B^{NL}P_{det} - MultaP_{det} + B^{NL} - B^{NL}P_{det}$$

$$BE^{NL} = B^{NL} - MultaP_{det} \leq B^L$$

$$(B^{NL} - B^L) - MultaP_{det} \leq 0$$

$$B_{Ext} \leq MultaP_{det} \frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

BE^{NL} = Beneficio esperado de no cumplir la ley.

B^{NL} = Beneficio de no cumplir la ley

B^L = Beneficio de cumplir la ley

P_{det} = Probabilidad de detección

B_{Ext} = Beneficio extraordinario

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} = \text{Beneficio Ilícito Extraordinario} \leq \text{Multa}$$

106. Del mismo modo que lo establecido en la resolución de primera instancia, este Tribunal considera que la probabilidad de detección de los acuerdos de exclusividad establecidos por TVSAM es igual al 100 por ciento, en virtud de la magnitud de difusión de la práctica, que incluyó el envío de comunicaciones a los competidores así como emisión de publicidad.
107. Respecto al beneficio ilícito, este Tribunal ha evaluado la información remitida por TVSAM en el recurso de apelación, en particular, el número de suscriptores mensuales que mantuvo en Tarapoto desde julio de 2012 a enero de 2013. Esta información es relevante en la medida que permitiría calcular el beneficio sin tener que realizar una proyección del crecimiento de suscriptores basada en el comportamiento previo de esta variable. No obstante, dado que el análisis abarca el periodo de tiempo comprendido entre diciembre 2011 y febrero 2013 (⁶³), se proyecta el número de suscriptores para febrero 2013 (⁶⁴). Tal como se muestra en el Cuadro N°1.

Cuadro N°1: Número de suscriptores de TVSAM en Tarapoto

Meses	Suscriptores
Diciembre 2011	4,408
Enero 2012	4,957
Febrero 2012	5,268
Marzo 2012	5,447
Abril 2012	5,464
Mayo 2012	5,538
Junio 2012	5,649
Julio 2012	10511
Agosto 2012	10638
Setiembre 2012	10830
Octubre 2012	10829
Noviembre 2012	10821
Diciembre 2012	10821
Enero 2013	10690
Febrero 2013	10721*

Fuente: TVSAM.

⁶³ El período de análisis inicia en diciembre 2011, considerando que -a partir de dicho mes- TVSAM empieza a experimentar un crecimiento que se aparta de la tendencia a la baja que venía mostrando de manera previa, lo cual es un importante indicio de los efectos anticompetitivos ocasionados por la estrategia anticompetitiva de TVSAM. Asimismo, el período de análisis concluye en febrero 2013, debido a que la resolución final de primera instancia fue emitida en marzo de 2013.

⁶⁴ Para la proyección de número de suscriptores de febrero 2013 se empleó el promedio de las tasas de crecimiento del número de suscriptores remitido por TVSAM en el recurso de apelación (0.29%).

108. La sección no sombreada del cuadro precedente muestra la información remitida por TVSAM tras el requerimiento específico realizado por la Secretaría Técnica de los Cuerpos Colegiados, durante la primera instancia del procedimiento ⁽⁶⁵⁾. Por otro lado, la parte sombreada del cuadro contiene los datos remitidos por TVSAM en el recurso de apelación, donde el dato correspondiente a febrero 2013 se refiere a la proyección mencionada en el párrafo anterior.
109. Tomando en consideración la información sobre el número de suscriptores de TVSAM en Tarapoto enviada por dicha empresa durante la primera instancia (de diciembre de 2011 a junio 2012), la información remitida por TVSAM en su recurso de apelación (julio 2012 a enero 2013) y la proyección realizada para febrero 2013, el cálculo del beneficio ilícito resultaría en un incremento de la multa impuesta por la resolución del Cuerpo Colegiado.
110. En efecto, concordando con el análisis efectuado en la resolución de primera instancia, consideramos que el beneficio ilícito extraordinario consiste en la cantidad de suscriptores a los que TVSAM habría facturado y que se atribuyen a la firma de exclusivas (Q_{Exc}), multiplicada por la tarifa del servicio de televisión por cable (P_{TV}) que TVSAM estableció para el periodo que se inicia en diciembre de 2011 hasta febrero del presente y por el margen de utilidad operativa (MUO). De esta manera, el cálculo del beneficio extraordinario se reduce a la siguiente ecuación:

Ecuación para el cálculo de la multa

$$B_{Ext} = \sum (P_{TV} \times Q_{Exc} \times MUO)$$

Donde:

B_{Ext} = Beneficio extraordinario de TVSAM

P_{TV} = Tarifa del servicio televisión por cable de TVSAM

Q_{Exc} = Número de suscriptores a los que TVSAM habría facturado cada mes producto de las exclusivas.

MUO = Margen de utilidad operativa calculado como al porcentaje de la utilidad operativa sobre los ingresos operativos.

111. Con relación a la cantidad de suscriptores de TVSAM, cabe indicar que comparado el número mensual de suscriptores de TVSAM proyectado en la resolución de primera instancia debido a la falta de datos ⁽⁶⁶⁾ y la información sobre el número mensual de suscriptores alcanzada por dicha empresa en el recurso de apelación para los meses de julio de 2012 a enero de 2013, se aprecia que ésta última información representaría un fuerte incremento en el número de suscriptores mensuales de TVSAM tras la suscripción de los contratos de exclusividad, lo que incrementaría sustancialmente el monto del beneficio ilícito extraordinario; y por ende, el de la multa.
112. Al respecto, el beneficio ilícito extraordinario se calcula para cada mes teniendo en cuenta una tarifa de S/. 35 Nuevos Soles, la cual corresponde al promedio de las tarifas

⁶⁵ Página 88 de la resolución impugnada.

⁶⁶ Así se señala en la página 88 de la resolución impugnada.

promocionales de S/. 30 y S/. 40 Nuevos Soles que TVSAM estableció para el periodo investigado. Por otro lado, el número de suscriptores que se considera como obtenido producto de la práctica de exclusivas, hasta junio de 2012, es el señalado en la resolución de primera instancia, el cual corresponde al 60% de las ventas ilícitas ⁽⁶⁷⁾. No obstante, a partir de julio 2012, debido a la información remitida por TVSAM en su recurso de apelación (julio 2012 a enero 2013) y la proyección realizada para febrero 2013, el número de suscriptores obtenido producto de la práctica de exclusivas es distinto de lo establecido en la resolución de primera instancia. Tal como se muestra en el Cuadro N°2.

113. En cuanto al cálculo del margen de utilidad operativa, este Tribunal difiere de lo establecido en la resolución de primera instancia en la medida que si bien en ésta se señaló que no se tomaba en cuenta las empresas multi-producto, las de alcance nacional, las que utilizaban tecnologías diferentes a TVSAM, como la satelital, así como aquellas que se encuentren verticalmente integradas ya que no eran comparables, debió incluirse como criterio adicional el tamaño o escala de operación, siendo este un criterio relevante en la selección de empresas que brindan servicios de red, en las cuales los costos fijos son altos.
114. En tal sentido, de las nueve empresas utilizadas en la resolución de primera instancia para hallar el margen de utilidad promedio, se ha retirado de la muestra a cinco de ellas, ya que el rango de suscriptores de estas últimas es mucho menor al que mantuvo TVSAM durante el año 2011. En particular, este rango en promedio fluctúa entre 296 y 756 usuarios mensualmente ⁽⁶⁸⁾.
115. En consecuencia, el promedio del margen de utilidad de las empresas seleccionadas es de 25%, el cual se aplicará a los ingresos extraordinarios que obtuvo TVSAM por la aplicación de la práctica ilícita. El Cuadro N°2 muestra el resultado de aplicar estos criterios a la ecuación señalada previamente.

Cuadro N°2: Cálculo del beneficio extraordinario de TVSAM

Meses	Ventas ilícitas	Ingreso ilícito (S/.)	Beneficio ilícito (S/.)
Diciembre 2011	329	11,511.98	2,878.00
Enero 2012	619	21,663.13	5,415.78
Febrero 2012	765	26,782.77	6,695.69
Marzo 2012	832	29,118.60	7,279.65
Abril 2012	801	28,035.91	7,008.98
Mayo 2012	803	28,102.91	7,025.73
Junio 2012	827	28,934.48	7,233.62
Julio 2012	3,700	129,503.70	32,375.93
Agosto 2012	3,732	130,616.00	32,654.00
Setiembre 2012	3,802	133,066.80	33,266.70
Octubre 2012	3,755	131,437.65	32,859.41

⁶⁷ Página 89 de la resolución impugnada.

⁶⁸ Se utilizó la información financiera de las empresas: Vip Channel SAC, Red Intercable Perú SAC, Cable Visión Moro y Cable Visión San Jacinto.

Noviembre 2012	3,704	129,634.10	32,408.53
Diciembre 2012	3,656	127,970.68	31,992.67
Enero 2012	3,529	123,527.91	30,881.98
Febrero 2012	3,499	122,450.61	30,612.65

116. De esta forma, el cálculo del beneficio ilícito extraordinario de TVSAM por el ejercicio de la práctica de contratos de exclusividad, para el periodo diciembre 2011 a febrero 2013, alcanza la suma de S/. 300 589.31 Nuevos Soles, la cual equivale a 81.24 Unidades Impositivas Tributarias.
117. Con relación a la evaluación de los otros criterios para determinar la gravedad de la infracción como leve y aplicación de la multa correspondiente, tales como, la modalidad y alcance de la restricción de competencia, la dimensión del mercado y los efectos causados, la cuota del mercado, la duración de la práctica, la no reincidencia y la actuación procesal de TVSAM, este Tribunal comparte las consideraciones del Cuerpo Colegiado.
118. En ese sentido, teniendo en cuenta que el Cuerpo Colegiado consideró como agravante la actuación procesal de TVSAM por incumplir con el principio de conducta procedimental, ello determinaría un incremento del 15% en el monto de la multa base calculada precedentemente. De esta forma, correspondería imponer a TVSAM una multa de S/. 345 677.71 Nuevos Soles, la cual equivale a 93.43 Unidades Impositiva Tributarias.
119. En atención a lo desarrollado anteriormente, se aprecia que de considerarse la información remitida por la propia empresa en su recurso de apelación e incluso sin considerar el factor agravante mencionado en el numeral anterior, correspondería imponer a TVSAM una sanción mayor a la determinada por el Cuerpo Colegiado.
120. No obstante ello, el artículo 237.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General ⁽⁶⁹⁾ prohíbe vulnerar el principio de “interdicción de la reforma en peor” (non reformatio in peius), en virtud del cual no se puede empeorar la situación del recurrente en segunda instancia. En ese sentido, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo referido a la multa impuesta a la empresa TVSAM.

3.5. Sobre la medida correctiva

121. En su recurso de apelación, TVSAM ha cuestionado –genéricamente- la imposición de la medida correctiva dispuesta en el artículo cuarto de la resolución impugnada.
122. Con relación a la imposición de las medidas correctivas, la normativa vigente faculta al OSIPTEL a aplicar medidas correctivas en las materias de su competencia, entre ellas, las infracciones a las normas sobre libre competencia ⁽⁷⁰⁾.

⁶⁹ “Artículo 237.- Resolución

(...)

237.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado”.

⁷⁰ Decreto Supremo 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones

“Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas

123. En el presente caso, habiéndose determinado que TVSAM incurrió en actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva; y, a fin de revertir los efectos anticompetitivos de la práctica, el Cuerpo Colegiado le impuso como medida correctiva que cese el abuso de posición de dominio y que se abstenga de seguir realizando la conducta ilícita, evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes. En relación a ello, el Cuerpo Colegiado ordenó a TVSAM dejar sin efecto todas aquellas cláusulas contenidas en los contratos que estuviesen vigentes con las empresas de televisión de señal abierta (para el caso, Vía TV y/o SONORA, según corresponda), que de manera directa o indirecta impliquen el otorgamiento de exclusividades en la retransmisión y/o distribución de las señales y/o programación de dichas empresas.
124. Adicionalmente, el Cuerpo Colegiado señaló que dicha medida correctiva debía hacerse efectiva dentro de un plazo máximo de quince (15) días calendario, contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL.
125. Debido a que este Tribunal ha determinado que la conducta llevada a cabo por TVSAM, materia de este procedimiento, efectivamente configura una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusiva; y, a efectos de evitar y/o revertir los efectos anticompetitivos generados por la referida práctica, corresponde confirmar la mencionada medida correctiva.

3.6. Sobre la remisión de la presente resolución a otras entidades

126. Conforme se ha desarrollado anteriormente, este Tribunal se ha pronunciado exclusivamente sobre los efectos anticompetitivos de los contratos de exclusividad suscritos por TVSAM con las empresas de televisión de señal abierta (SONORA y Vía TV) y la infracción de la normativa sobre libre competencia.
127. No obstante, atendiendo a que algunos de los temas expuestos por las partes podrían involucrar otros derechos consagrados en el marco normativo vigente, este Tribunal estima pertinente poner en conocimiento de la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPI y de la Dirección General de Control y Supervisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones la presente Resolución.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Televisión San Martín S.A.C. contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 8 de marzo de 2013, en el extremo que declaró FUNDADA la denuncia presentada por Red de Comunicaciones Digitales S.A.C. contra Televisión San Martín S.A.C. por la comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad, infracción tipificada en el literal e) del numeral 2 del artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, en consecuencia, confirmar dicha resolución en tal extremo, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras”.

“Artículo 77°.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público (...) cuyas funciones fundamentales son las siguientes: (...) 9. Adoptar las medidas correctivas sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas. (el subrayado es nuestro).

Artículo Segundo.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Televisión San Martín S.A.C. contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 8 de marzo de 2013, en el extremo que dispuso SANCIONAR a Televisión San Martín S.A.C. con una multa de 68.62 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), por la comisión de una infracción leve consistente en actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos de exclusividad, de conformidad con los criterios establecidos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, en consecuencia, CONFIRMAR dicha resolución en tal extremo, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Tercero.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa Televisión San Martín S.A.C. contra la Resolución N° 012-2013-CCO/OSIPTEL emitida por el Cuerpo Colegiado el 8 de marzo de 2013, en el extremo que dispuso imponer a Televisión San Martín S.A.C. como medida correctiva que cese la conducta de abuso de posición de dominio, absteniéndose de seguir realizando la conducta ilícita y evitando cualquier conducta que tenga efectos equivalentes; y, en consecuencia, confirmar dicha resolución en tal extremo, en virtud de las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Cuarto.- Poner en conocimiento de la Dirección General de Control y Supervisión del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Comisión de Derechos de Autor del INDECOPÍ la presente Resolución.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con el voto favorable de los señores vocales: Hebert Tassano Velaochaga, Humberto Ramírez Trucíos y Juan Carlos Valderrama Cueva.

HEBERT TASSANO VELAOCHAGA
Presidente