

TDP-1135-AG-AER-20

Lima, 29 de abril de 2020

Señores:

Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL

Presente.-

Atención: Lenin Quiso Córdova
Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL

Asunto: Procedimiento de Determinación de Proveedores Importantes en el Mercado No. 35

Referencia Resolución No. 159-2019-CD/OSIPTEL
Informe No. 148-GPRC/2019
Comentarios presentados por el Estudio de Abogados Diez Canseco con fecha 21 de febrero de 2020
Comentarios presentados por Entel Perú S.A. con fecha 31 de enero de 2019
Comentarios presentados por la Asociación de Contribuyentes del Perú con fecha 19 de febrero de 2020

Nos dirigimos a ustedes con relación a la Resolución No. 159-2019-CD/OSIPTEL (en adelante, Resolución No. 159) que dispone la publicación para comentarios del Proyecto “*Determinación de Proveedores Importantes en el Mercado No. 35: Acceso Mayorista al Servicio de Televisión Paga*” – Segunda Revisión (en adelante, el “Proyecto”), sustentado en el Informe No. 148-GPRC/2019 (en adelante, el “Informe No. 148”).

Con fechas 31 de enero de 2020 y 21 de febrero de 2020, dentro del plazo otorgado por OSIPTEL, presentamos nuestros comentarios al Proyecto. De manera posterior, mediante solicitud de acceso al expediente, hemos tomado conocimiento de que terceros interesados¹ presentaron comentarios al Proyecto.

Al respecto, hemos advertido que, bajo la apariencia de un pedido de reventa de servicios públicos de telecomunicaciones, dichos comentarios en realidad solicitan que su Despacho adopte **medidas ajenas** a un procedimiento de determinación de Proveedor Importante. En efecto, se ha solicitado a OSIPTEL que intervenga en el mercado de contenidos audiovisuales a fin de poner a disposición de terceros ciertos contenidos deportivos exclusivos de la parrilla de Telefónica del Perú S.A.A (en adelante, “Telefónica”).

Dado que dichas comunicaciones serán evaluadas a fin de determinar si se impone una carga regulatoria a Telefónica, solicitamos que en virtud de **Principio del Debido Procedimiento**², se

¹ Nos referimos a las siguientes comunicaciones que constan en el expediente:

1. Comunicación de fecha 21 de febrero de 2020 presentada por el Estudio de Abogados Diez Canseco – Competencia PI.
2. Comunicación de fecha 19 de febrero de 2020 presentada por la Asociación de Contribuyentes.
3. Comunicación No. CGR-1613/2020 de fecha 31 de enero de 2020 presentada por ENTEL PERÚ S.A.

² **Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley No. 27444 aprobado por Decreto Supremo No. 044-2019-JUS**
“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

tome en consideración los fundamentos que presentamos al respecto. Como se explicará a lo largo de la presente carta, las afirmaciones y conclusiones de estos terceros interesados deberán ser descartados para la determinación de Proveedor Importante en el Mercado No. 35, en tanto:

- a. Vulneran el rol subsidiario del Estado al contemplar una intervención regulatoria que no cumple con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.
- b. Exceden las facultades y competencias que legamente han sido atribuidas al OSIPTEL, de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. Conforme a la normativa aplicable, se encuentran bajo las competencias de este regulador la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones, **mas no aquellos aspectos relacionados a la creación y licenciamiento de contenido audiovisual.**
- c. Son ilegales en tanto se encuentran fuera de los alcances del objetivo y finalidad de las normas sobre determinación de Proveedores Importantes en el mercado de telecomunicaciones. Y es que OSIPTEL se encuentra facultado para intervenir en el mercado ante la existencia de una falla de mercado, y en este caso puntual, siempre que busque garantizar una reventa de servicios públicos de telecomunicaciones o el uso y acceso compartido de infraestructura de telecomunicaciones. Sin embargo, en el presente caso no se han acreditado tales premisas.

En ese sentido, cualquier intervención de OSIPTEL en este ámbito no buscaría solucionar un problema regulatorio asociado a la determinación de un Proveedor Importante (acceso y uso compartida de infraestructura y reventa de servicios).

- d. Parten de una errada concepción de “Mercado Relevante”, omitiendo importantes factores como la “informalidad” (en todas sus modalidades) o el crecimiento de otras tecnologías que sustituyen en servicio de TV Paga, que descartan que Telefónica sea un Proveedor Importante en el Mercado No. 35.
- e. El Mercado No. 35 no presenta las presuntas “barreras estratégicas” mencionadas por OSIPTEL. Se trata de estrategias comerciales que se encuentran amparadas por el ordenamiento jurídico vigente y que responden a la dinámica de competencia propia del mercado de TV Paga: la posibilidad del operador de telecomunicaciones de ofrecer un producto diferenciado. Además, estas estrategias son replicables y cuentan con una justificación económica que no solo favorece a los consumidores sino también a los actores de otros mercados (por ejemplo, clubes de fútbol).

En términos generales, los terceros interesados solicitan la declaración de Telefónica como Proveedor Importante en el Mercado No. 35 alegando la existencia de presuntas barreras comerciales estratégicas en el mercado de TV paga. Así, estas alegaciones buscan distraer la única

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

(...)

*1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, **los derechos a ser notificados**; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a **presentar alegatos complementarios**; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten (...)*

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

discusión relevante en este procedimiento, esto es, si los cambios que ha sufrido el mercado de TV Paga desde el año 2016 justifica la determinación de un Proveedor Importante.

I. CONSIDERACIONES PARA LA INTERVENCIÓN DE OSIPTEL EN MATERIAS DE SU COMPETENCIA

A. Alcances y límites aplicables a todas las entidades del Estado

1. La Constitución Política del Perú garantiza la inversión privada, así como la libertad de empresa, comercio e industria como pilares de nuestro sistema económico. Es por ello que, en todos sus ámbitos de actuación, el Estado busca garantizar la libre iniciativa privada, facilitando y vigilando la libre competencia³.
2. Bajo este marco constitucional, toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. En efecto, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional al respecto, “[l]a iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico (...). Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares”⁴.
3. La protección contra la injerencia de los poderes públicos respecto de lo considerado como “privativo de la determinación de los particulares”, se traduce en la aplicación del denominado Principio de Subsidiariedad. Conforme se desprende del Artículo 60 de la Constitución Política del Perú, el Principio de Subsidiariedad Económica del Estado o, lo que es lo mismo, la cláusula de actuación subsidiaria del Estado en la economía implica:
 - a. De un lado, un límite a la actividad estatal. El Estado no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer de manera subsidiaria, cuando por condiciones excepcionales e insuperables, los privados no pueden participar en determinado segmento del mercado; y,
 - b. De otro, el reconocer que existen ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación que desempeña el Estado. Sin embargo, y desde una perspectiva horizontal de este principio (a fin de respetar la autonomía y libre determinación de los individuos), esta intervención pública se reduce a lo esencial y en aquellas situaciones en las que no existe otro mecanismo menos invasivo para corregir las eventuales fallas del mercado que se presenten⁵.

³ Sobre el particular ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00001-2012-AI.pdf Fj. 42>

⁴ Sobre el particular ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html Fj. 18>

⁵ De esta manera, el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defeción de la iniciativa privada

Al respecto, ver: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html Fj. 19>

4. Si bien el principio de subsidiariedad y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas constituyen límites al poder estatal, la Constitución reserva al Estado una función supervisora y correctiva o reguladora. En efecto, dado el carácter social del modelo económico consagrado en la Constitución Política, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, sino que cumple una función supervisora y correctiva o reguladora. Sin embargo, **ello no quiere decir que el Estado pueda interferir injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.**

B. Sobre el ámbito de actuación del OSIPTEL

5. De acuerdo con la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL - Ley No. 27336, las competencias de OSIPTEL se circunscriben a la actividad de prestación de **servicios públicos de telecomunicaciones**⁶. Al respecto, el Reglamento General de OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM establece lo siguiente:
- a. OSIPTEL tiene por objetivo general, regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, **el desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones** y el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios; garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones⁷.
- b. OSIPTEL ejerce las funciones **sobre las actividades que involucran la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones**. La inclusión de una actividad dentro de la competencia del OSIPTEL no implica necesariamente la existencia de regulación sobre dicha actividad⁸.
6. Ahora bien, la intervención de OSIPTEL en dicho ámbito se rige por diversos principios. El artículo 11 del Reglamento General de OSIPTEL, en línea con lo establecido en la Constitución Política, consagra la subsidiariedad como un principio rector en la actuación de este organismo regulador en el mercado de las telecomunicaciones:

⁶ **Ley De Desarrollo De Las Funciones Y Facultades Del Organismo Supervisor De Inversión Privada En Telecomunicaciones – OSIPTEL – Ley No. 27336**

Artículo 1.- Objetivo de la norma

Es objeto de la presente Ley:

a) Definir y delimitar las facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), para supervisar y sancionar a las personas naturales o jurídicas que **prestan servicios públicos de telecomunicaciones**, en lo que respecta a su competencia. (énfasis agregado).

⁷ **Reglamento General de OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM**

Artículo 18.- Objetivo general del OSIPTEL

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

⁸ **Reglamento General de OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo No. 008-2001-PCM**

Artículo 20.- Competencia del OSIPTEL

El OSIPTEL ejerce las funciones precisadas en el presente Reglamento sobre las actividades que involucran la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. La inclusión de una actividad dentro de la competencia del OSIPTEL no implica necesariamente la existencia de regulación sobre dicha actividad.

Artículo 11.- Principio de Subsidiariedad

La actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. En caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada. (El subrayado y resaltado son nuestros)

Teniendo en cuenta estos parámetros de actuación, OSIPTEL solo puede intervenir en el mercado de su competencia (servicio público de telecomunicaciones) cuando existe certeza de que su actuación es estrictamente necesaria y proporcional para solucionar el problema que el propio mercado y los mecanismos de libre competencia no son capaces de atender por sí mismos.

7. Siendo ello así, solo si se evidencia la existencia una falla de mercado que no puede ser corregida, corresponderá al OSIPTEL (i) ejercer su rol subsidiario; (ii) evaluar las razones por las cuales se presentan dicha situación; y; (iii) determinar si es factible que a partir de la implementación de medidas regulatorias esta “*falla de mercado*” puede ser superada.
8. En efecto, conforme lo establece el Reglamento General de OSIPTEL, cualquier intervención por parte de este organismo regulador, no solo deberá resultar adecuada, necesaria y proporcional, sino que además deberá observar lo dispuesto por los siguientes principios:
 - a. **Principio de Análisis de Decisiones Funcionales.** Bajo este principio el análisis de las decisiones funcionales del OSIPTEL tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de fijación de tarifas, calidad, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios.
 - b. **Principio de Actuación basado en el Análisis Costo – Beneficio:** Los beneficios y costos de las acciones periódicas y programadas emprendidas por el OSIPTEL, serán evaluados antes de su realización y deberán ser adecuadamente sustentados en estudios y evaluaciones técnicas que acrediten su racionalidad y eficacia. Esta evaluación tomará en cuenta tanto las proyecciones de corto como de largo plazo, así como los costos y beneficios directos e indirectos, monetarios o no monetarios
9. Lógicamente, la actuación del OSIPTEL, además de respetar todos estos principios, deberá ceñirse al ámbito de sus competencias, pues lo contrario implicaría una vulneración a los principios de legalidad y ejercicio legítimo del poder, previstos en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo No. 004-2019-PCM (en adelante, “TUO de la LPAG”). Al respecto, los referidos principios establecen lo siguiente:

“1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder.- La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.” (Énfasis agregado)

10. Ahora bien, para estos efectos debe tenerse en cuenta qué se entiende por servicios públicos de telecomunicaciones pues es en este mercado donde el OSIPTEL podrá ejercer sus facultades y competencias conforme a los principios mencionados en los párrafos anteriores.

Al respecto, y como bien debe ser conocido por su Despacho, conforme al Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo No. 013-93-TCC (en adelante, “Ley de Telecomunicaciones”) los servicios públicos de telecomunicaciones son aquellos expresamente determinados por el Reglamento de dicha norma aprobado por Decreto Supremo No. 020-2007-MTC y que responden a cualquier de las siguientes modalidades: (i) servicios portadores, (ii) teleservicios o servicios finales, (iii) servicios de difusión, (iv) servicios de valor agregado.

11. Dentro de los servicios de difusión, el artículo 20 de la Ley de Telecomunicaciones ha incluido al servicios de distribución de radiodifusión por cable, comúnmente denominado TV Paga. Conforme a lo establecido por las normas del sector, este servicio puede ser prestado a nivel minorista (es decir a los usuarios) como a nivel mayorista en un contexto de comercialización de servicios públicos de telecomunicaciones entre empresas operadoras de telecomunicaciones.

De acuerdo con lo señalado en el Proyecto, la determinación de Proveedor Importante en el marco de este procedimiento se da en el Mercado No. 35, correspondiente al acceso mayorista al servicio de telecomunicaciones de distribución de radiodifusión por cable o TV Paga, con la finalidad de promover una “mayor intensidad competitiva” en el mercado minorista de TV Paga.

12. Habiendo quedado claro los alcances y límites de las facultades del OSIPTEL, en los siguientes puntos demostraremos que la solicitud formulada en los comentarios de los terceros (bajo la apariencia de una obligación de “reventa”) escapa a las competencias del regulador, cuyo ejercicio exclusivamente debe darse en el mercado de los servicios públicos de las telecomunicaciones y no en otros como es el caso de la producción de contenidos audiovisuales.

Asimismo, explicaremos las razones por las que, en el presente caso, ni siquiera corresponde la determinación de un Proveedor Importante. Y es que, la evolución del mercado de TV Paga desde la emisión del último informe de Proveedor Importante (año 2016) solo refleja que cada vez existe mayor presión competitiva en el mercado minorista, sea por el crecimiento de los actores en este mercado, la informalidad o por la evolución de los hábitos de consumo de contenido audiovisual (sobre todo a nivel de acceso). Todas las variables de análisis llevan a la conclusión que hoy, más que en el año 2016, no existe necesidad de intervenir en el mercado mayorista de TV Paga a través de la determinación de un Proveedor Importante.

II. ALCANCES DE LAS COMPETENCIAS DE OSIPTEL EN LA DETERMINACIÓN DE PROVEEDOR IMPORTANTE

A. La declaración de Proveedor Importante no tiene por finalidad el acceso a ciertos contenidos audiovisuales

13. Habiendo precisado los alcances y límites aplicables a la intervención de OSIPTEL en los mercados de su competencia (servicios públicos de telecomunicaciones), corresponde analizar *¿cuál es la finalidad de la regulación aplicable a la determinación de Proveedores Importantes?*, así como *¿cuáles son las competencias específicas que le han sido atribuidas a OSIPTEL para tutelar los fines previstos en dicha normativa?*

Las respuestas a estas interrogantes permitirán verificar si la determinación de Proveedor Importante recomendada en el Informe No. 148 responde a los principios de legalidad y ejercicio legítimo del poder, previstos en el TUO de la LPAG.

14. Para estos efectos, deberá tenerse en cuenta las siguientes disposiciones normativas:
- a. Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones - Decreto Legislativo No. 1019.
 - b. Disposiciones Complementarias a la Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones – Resolución de Consejo Directivo No. 020-2008-CD/OSIPTEL.
 - c. Metodología y Procedimiento para determinar a los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones sujetos a las obligaciones establecidas en el Decreto Legislativo No. 1019 - Resolución de Consejo Directivo No. 023-2009-CD/OSIPTEL.
 - d. Documento Marco para la Determinación de Proveedores Importantes en los Mercados de Telecomunicaciones – Resolución de Consejo Directivo No. 099-2011-CD/OSIPTEL.
 - e. Compromisos asumidos en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.
15. Es el caso que todas estas disposiciones prevén que la determinación de los Proveedores Importantes se encuentre estrictamente relacionada con **un mayor acceso a la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones**. Así, tales normas disponen que la intervención de OSIPTEL garantice:
- a. El acceso razonable y no discriminatorio a la infraestructura de telecomunicaciones (artículo 2 del DL 1019), entendida como “*aquella constituida por los postes, ductos, conductos, poliductos, cámaras, torres y otros elementos de red, así como derechos de paso relacionados directamente con la prestación de un servicio público de telecomunicaciones*”.
 - b. La reventa de tráfico y/o de sus servicios públicos de telecomunicaciones a tarifas razonables, sujetándose a un sistema de descuentos mayoristas no discriminatorios⁹.

Ello de conformidad con las reglas de comercialización o reventa establecidas tanto en el artículo 6¹⁰ de los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y

⁹ En este contexto, la normativa aplicable dispone que la tarifa de comercialización resultante deberá ser igual a la tarifa vigente para clientes finales menos los costos evitables de comercialización en los que incurre un comercializador eficiente, lo cual será determinado por el OSIPTEL.

¹⁰ **Lineamientos de política de apertura del mercado de telecomunicaciones del Perú aprobados por Decreto Supremo No. 020-98-MTC** posteriormente modificado por Decreto Supremo No. 003-2007-MTC y Decreto Supremo No. 002-2009-MTC)

Artículo 6.- Comercialización o reventa

1. Se entiende por comercialización o reventa a la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compra tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros a un precio al por menor. Los revendedores o comercializadores deberán registrarse en el Registro de Comercializadores, salvo las excepciones que establezca el MTC. El organismo regulador no establecerá niveles de descuento obligatorios. Sin perjuicio de lo anterior OSIPTEL determinará que los descuentos sean ofrecidos de manera no discriminatoria y que sean publicados. Los revendedores o comercializadores no tendrán los derechos ni las

la Expansión de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, como en el artículo 138.7 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones¹¹.

16. Siendo ello así, OSIPTEL únicamente se encuentra facultado para intervenir en este mercado mediante la determinación de un Proveedor Importante, siempre que con ello garantice el acceso de infraestructura necesaria y establezca esquemas de comercialización o reventa de

obligaciones que la normatividad vigente otorga a los concesionarios ni a los abonados, con excepción de aquellos derechos que se confieren al comercializador descrito en el párrafo siguiente.

La actividad que consiste en conectar un terminal telefónico accionado por monedas, tarjetas, fichas o códigos así como por cualquier medio a una línea telefónica con la finalidad de ceder su uso a terceros constituye una comercialización del servicio de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos. Para la realización de dicha actividad se requiere celebrar un acuerdo comercial con la concesionaria del servicio de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos cuyo tráfico comercializará. En este supuesto, no será necesario contar con la inscripción en el Registro de Comercializadores. Lo dispuesto en el presente párrafo también es de aplicación a los concesionarios de servicios públicos móviles.

El comercializador a que se refiere el párrafo precedente tendrá los siguientes derechos: a la titularidad de la línea, mantenimiento, acceso al servicio telefónico de larga distancia, ya sea mediante preselección o llamada por llamada, información del tráfico cursado con detalle de las llamadas locales y de larga distancia sin incluir datos que contravengan la obligación de resguardar el secreto de las telecomunicaciones, inclusión o exclusión de su nombre en la guía telefónica y al servicio de bloqueo o desbloqueo. OSIPTEL aprobará un procedimiento de solución de conflictos que se deriven de dicha actividad. Cuando concluya o se resuelva el contrato de comercialización, quien realiza dicha actividad adquiere todos los derechos que le corresponden al abonado. El comercializador es responsable ante el usuario final por la prestación del servicio de telefonía local o de larga distancia.

OSIPTEL establecerá los derechos y obligaciones que a los comercializadores les compete.

2. La oferta de tráfico y/o de servicios públicos de telecomunicaciones, a otros proveedores de servicios para fines de reventa, es una facultad de los concesionarios.

Se exceptúa de esta disposición al Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, el que estará obligado a ofrecer a otros proveedores, la reventa de tráfico y/o de sus servicios públicos de telecomunicaciones a tarifas razonables, observando lo dispuesto en el numeral 4.

3. En cualquier supuesto, en la oferta de tráfico y/o de servicios públicos de telecomunicaciones a otros proveedores para fines de reventa, no se impondrán condiciones o limitaciones no razonables o discriminatorias.

4. Los esquemas de comercialización incluyendo los que deban implementarse en función de acuerdos internacionales suscritos por el Gobierno Peruano, se sujetarán a un sistema de descuentos mayoristas en el que la tarifa de comercialización resultante sea igual a la tarifa vigente para clientes finales menos los costos evitables de comercialización en los que incurre un comercializador eficiente, lo cual será determinado por OSIPTEL.

5. Para el caso de los Operadores Rurales, será de aplicación lo dispuesto en el Decreto Supremo No. 024-2008-MTC. Tratándose de los proveedores de servicios públicos móviles, el cumplimiento de las disposiciones previstas en el segundo párrafo del numeral 2) y el numeral 3) precedentes, estará sujeto a las normas complementarias que emita el OSIPTEL.”

¹¹ **Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo No. 020-2007-MTC**

“Artículo 138.- Comercialización o reventa

138.1 Se entiende por comercialización o reventa a la actividad que consiste en que una persona natural o jurídica compra tráfico y/o servicios al por mayor con la finalidad de ofertarlos a terceros a un precio al por menor. El revendedor o comercializador debe inscribirse en el Registro de Comercializadores que está a cargo de la Dirección General de Programas y Proyectos de Comunicaciones del Ministerio, salvo las excepciones que establezca el Ministerio. El organismo regulador no establece niveles de descuento obligatorios. Sin perjuicio de lo anterior, OSIPTEL determina que los descuentos sean ofrecidos de manera no discriminatoria y que sean publicados. El revendedor o comercializador no tiene los derechos ni las obligaciones que la normatividad vigente otorga a los concesionarios ni a los abonados, con excepción de aquellos derechos que se confieren al comercializador descrito en el numeral siguiente.

(...)

138.6 La oferta de tráfico y/o de servicios públicos de telecomunicaciones, a otro proveedor de servicios para fines de reventa, es una facultad del concesionario.

138.7 Se exceptúa de lo señalado en el numeral 138.6 del presente artículo, al Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, el que está obligado a ofrecer a otros proveedores, la reventa de tráfico y/o de sus servicios públicos de telecomunicaciones a tarifas razonables, observando lo dispuesto en el numeral 138.9 del presente artículo (...).”

servicios de telecomunicaciones que dinamicen la competencia en el mercado aguas abajo. Veamos en que consiste cada uno de estos aspectos.

Acceso y uso compartido de infraestructura

17. El artículo 3 del Decreto Legislativo No. 1019 señala que todo concesionario tiene derecho al acceso y uso compartido de infraestructura de telecomunicaciones y establece expresamente que: “(...) *Es obligación de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, otorgar el Acceso y Uso Compartido de Infraestructura de Telecomunicaciones, salvo que existan limitaciones y/o restricciones, basadas en consideraciones debidamente comprobadas de inviabilidad técnica, capacidad, seguridad u otra que OSIPTEL declare en forma motivada*”.
18. Asimismo, el artículo 5 del Decreto Legislativo No. 1019 define el acceso y uso compartido de infraestructura como el derecho que faculta a un concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones a hacer uso de la infraestructura de telecomunicaciones de un Proveedor Importante de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, a cambio de una contraprestación razonable. Según esta definición, dicho acceso incluye la coubicación.
19. *¿Cuál sería esta infraestructura de telecomunicaciones?* Esta misma disposición precisa que se considera como tal aquella constituida por los postes, ductos, conductos, poliductos, cámaras, torres y otros elementos de red, así como derechos de paso relacionados directamente con la prestación de un servicio público de telecomunicaciones. Como puede apreciarse el concepto de infraestructura de telecomunicaciones, cuyo acceso y uso compartido debe estar garantizado en un contexto de determinación de Proveedor Importante, se encuentra directa y expresamente asociado a aquellos elementos o equipamiento que forman parte de la estructura de una red de telecomunicaciones.

Siendo ello así, es evidente que el concepto de infraestructura de telecomunicaciones no alcanza a los contenidos a los que puede acceder el Proveedor Importante como consecuencia de diversos acuerdos comerciales con otros agentes económicos.

20. La justificación regulatoria para establecer obligaciones de acceso y uso compartido de infraestructura en un contexto de determinación de Proveedor Importante responde a la necesidad incrementar la presión competitiva sobre el proveedor que tiene control de instalaciones consideradas como “facilidades esenciales”.

Comercialización o reventa de servicios públicos de telecomunicaciones

21. En lo que respecta a la comercialización en el sector de las telecomunicaciones, las normas generales definen esta actividad como la posibilidad de que una persona, natural o jurídica, adquiera servicios y/o volumen al por mayor de tráfico con la finalidad de ofertarlos a terceros. La comercialización es también conocida como reventa.
22. Dado que esta obligación en el marco de la declaración de Proveedores Importantes nace de los Compromisos asumidos en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, vale notar qué alcances y límites ha establecido dicho acuerdo para la figura de la reventa. Al respecto, el numeral 3 del artículo 14.4 señala como obligaciones de cada Estado las siguiente:

“3. Cada Parte garantizará que los proveedores importantes en su territorio:

(a) ofrezcan para reventa, a tarifas razonables, a los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones de otra Parte, servicios públicos de telecomunicaciones que dichos proveedores importantes suministren al por menor a los usuarios finales que no son proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones; y

(b) no impongan condiciones o limitaciones no razonables o discriminatorias en la reventa de dichos servicios.” (Énfasis agregado)

23. Como se aprecia, la obligación de reventa recae sobre los **servicios públicos que son suministrados al por menor a los usuarios finales**. Ello quiere decir que la obligación de reventa de un Proveedor Importante no puede significar, de ningún modo, la venta de partes del servicio de telecomunicaciones concesionado o secciones de su contenido. Se comercializa el mismo servicio de telecomunicaciones que es ofrecido al por menor a los usuarios finales.

Es decir, bajo una eventual obligación de reventa no es posible ordenar el acceso a solo ciertos contenidos de la parrilla, como pretenden los terceros interesados. Lo contrario contravendría la definición de reventa establecida en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos que, precisamente, es la base legal de las competencias de OSIPTEL para imponer obligaciones de reventa en el marco de procedimientos de determinación de Proveedores Importantes.

En la medida que a un usuario final no se le vende solo los canales de fútbol o noticias, ello no puede ser objeto de “reventa” en el supuesto negado que se declare que Telefónica es un Proveedor Importante en el Mercado No. 35.

24. Ahora bien, la comercialización o reventa también ha sido regulada en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones (artículos 138 al 142)¹² y en las Normas relativas a la comercialización del tráfico y/o de los servicios públicos de telecomunicaciones aprobadas por Resolución No. 049-2000-CD/OSIPTEL.

Conforme hemos indicado previamente, las disposiciones contenidas en estas normas son acordes con la obligación establecida en numeral 3 del artículo 14.4¹³ sobre “Obligaciones

¹² Cabe mencionar que mediante Decreto Supremo No. 033-2019-MTC se deroga la Resolución Ministerial No. 110-2000-MTC/15.03 mediante la cual se establecieron disposiciones sobre creación, requisitos y procedimiento de inscripción en el Registro de Comercializadores. Dicha norma modifica también diversos artículos del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones referidos a la actividad de comercialización o reventa de servicios públicos de telecomunicaciones.

¹³ **Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos**
Artículo 14.4: Obligaciones Adicionales Relativas a los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones

Tratamiento de los Proveedores Importantes

1. Cada Parte garantizará que los proveedores importantes en su territorio otorguen a los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones de otra Parte un trato no menos favorable que el otorgado por dichos proveedores importantes a sus subsidiarias, sus afiliados o a proveedores no afiliados de servicios, con respecto a:

(a) la disponibilidad, suministro, tarifas o calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones similares; y
(b) la disponibilidad de interfaces técnicas necesarias para la interconexión.

Salvaguardias Competitivas

2. (a) Cada Parte mantendrá medidas adecuadas con el objeto de impedir que proveedores que, en forma individual o conjunta, sean proveedores importantes en su territorio, empleen o sigan empleando prácticas anticompetitivas.

(b) Las prácticas anticompetitivas referidas en el literal (a) incluyen en particular:

(i) el empleo de subsidios-cruzados anticompetitivos;

(ii) el uso de información obtenida de los competidores con resultados anticompetitivos; y

(iii) no poner a disposición en forma oportuna a los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones, información técnica sobre las instalaciones esenciales y la información comercialmente relevante que éstos necesiten para suministrar servicios públicos de telecomunicaciones.

Adicionales Relativas a los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones” del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de América. Es decir, se regula la reventa del mismo servicio de telecomunicaciones que es prestado a los usuarios finales y no los “insumos” empleados para la prestación de éste.

25. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en la Exposición de Motivos de la Resolución No. 049-2000-CD/OSIPTEL “*La comercialización de servicios juega un rol importante en el desarrollo de los mercados y puede generar un impacto positivo en el sector de las telecomunicaciones y en la economía en su conjunto*”. Las razones que sustentan la posición de OSIPTEL son las siguientes:
- a. Incentiva el uso eficiente de las redes de telecomunicaciones. Los comercializadores de tráfico, al llegar a nuevos clientes, pueden incrementar el tráfico de los concesionarios que les venden el servicio de telecomunicaciones al por mayor, de forma tal que éstos puedan utilizar una mayor capacidad de sus redes.
 - b. Permite el desarrollo de mejores servicios y nuevas tecnologías, al satisfacer, en un mercado dinámico, las nuevas necesidades de los usuarios que requieren de servicios especializados que muchas veces las empresas concesionarias no pueden atender.
 - b. Promueve una mayor competencia entre los concesionarios, quienes tratarán de captar a los comercializadores como sus clientes, vía menores precios, condiciones de venta, calidad, entre otras estrategias

Como se aprecia, los objetivos de un esquema de comercialización se encuentran relacionados a dos aspectos del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, principalmente: (i) el uso eficiente de redes de telecomunicaciones y; (ii) el ofrecimiento de servicios de telecomunicaciones a menores precios vía la aplicación de descuentos.

26. Adicionalmente, mediante la reventa se busca que los comercializadores, es decir, aquellos que adquieren al por mayor tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones, generen una presión competitiva en el mercado, sobre todo en aquellos mercados donde no exista competencia efectiva. Ello en tanto, estos agentes pueden lograr cualquiera de los siguientes objetivos: (i) mejor calidad del servicio, (ii) mejor atención al cliente o; (iii) menor tarifa por el servicio.
27. Y es que siempre que un esquema de reventa funcione correctamente, los concesionarios otorgarán a los revendedores un descuento en el precio que no otorgan a sus usuarios finales. Tales descuentos responden al hecho que el comercializador adquiere el tráfico de telecomunicaciones por volumen, por lo que el concesionario no se verá obligado a incurrir en los costos que involucra realizar numerosas transacciones a menores niveles de tráfico

3. Cada Parte garantizará que los proveedores importantes en su territorio:

(a) ofrezcan para reventa, a tarifas razonables, a los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones de otra Parte, servicios públicos de telecomunicaciones que dichos proveedores importantes suministren al por menor a los usuarios finales que no son proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones; y
(b) no impongan condiciones o limitaciones no razonables o discriminatorias en la reventa de dichos servicios.
Desagregación de Elementos de la Red

4. (a) Cada Parte otorgará a su organismo regulador de las telecomunicaciones u otro organismo competente la facultad de exigir que los proveedores importantes en su territorio ofrezcan acceso a los elementos de red de manera desagregada, en términos y condiciones que sean razonables, no discriminatorias y transparentes para el suministro de servicios públicos de telecomunicaciones y a tarifas orientadas a costos.

(b) Cada Parte podrá determinar los elementos de red que se requiera estén disponibles en su territorio y los proveedores que pueden obtener tales elementos, de conformidad con su legislación doméstica (...).”

principalmente referidas a su interacción con el usuario final, por ejemplo (i) marketing, (ii) facturación; y, (iii) cobranza.

28. No obstante, OSIPTEL agrega que la comercialización también podría tener efectos negativos. En efecto, mediante la aplicación de un esquema de manera incorrecta o innecesario, existe el riesgo de “*reducir los incentivos para realizar inversiones en infraestructura (...) especialmente en aquellos casos en que resulten excesivos los descuentos que se tengan que otorgar a los comercializadores*”.
29. Lo anterior determina que la obligatoriedad de aplicar un esquema de reventa debe necesariamente encontrarse acotada a solucionar temas de calidad y precio de servicios públicos de telecomunicaciones, así como el uso eficiente de las redes de telecomunicaciones. Ahora bien, si dicha obligatoriedad, en tanto intervención regulatoria, no se encuentra debidamente justificada o aborda y regula conceptos ajenos al sector de telecomunicaciones (distintos aquellos asociados a su aplicación), ello implicaría un proceder de la administración al margen de la ley en términos de legalidad y uso legítimo de poder al haber vulnerado las competencias atribuidas y el ámbito de aplicación de las normas en materia de determinación de Proveedores Importantes en el sector de telecomunicaciones.
30. Por tanto, **ni la obligación de compartir infraestructura, ni la de revender servicios de telecomunicaciones permiten que se ordene a un Proveedor Importante del Mercado No. 35 “venta” ciertos contenidos de su parrilla, como el fútbol.**

En el caso de la obligación de acceso y uso compartido de infraestructura ello solo genera que el Proveedor Importante ponga a disposición de terceros los postes, ductos, conductos, poliductos, cámaras, torres y otros elementos de red, así como derechos de paso relacionados directamente con la prestación de un servicio público de telecomunicaciones. En el caso de reventa solo se obliga a la venta de los mismos servicios de telecomunicaciones brindados al usuario final, pero a una tarifa al por mayor.

31. Así, el dictar obligaciones de reventa como las pretendidas por los terceros interesados (acceso al contenido de fútbol) no solo contraviene las competencias legales de OSIPTEL (que solo involucra el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones: portadores, finales, de difusión o de valor añadido, y no así el de contenidos audiovisuales), sino que además vulneraría los alcances de las obligaciones de compartición de infraestructura y reventa de servicios que pueden ser dictadas en el marco de un procedimiento de determinación de Proveedores Importantes.
32. OSIPTEL es plenamente consciente de los límites legales de sus competencias tal como lo señaló expresamente en el Informe No. 76-GPRC/2016, que sustentó la Resolución No. 044-2016-CD/OSIPTEL. La sección 5.1 de dicho documento señala lo siguiente:

*“Al respecto, el análisis del mercado relevante se realizará en el segmento “aguas abajo” y, específicamente, dentro del mercado minorista donde las empresas proveen el servicio de TV Paga a los consumidores finales.
Lo anterior, debido a que **la provisión de este servicio se encuentra dentro de las competencias del ente regulador y no así las relaciones contractuales entre productores de contenido y empresas** que se dan en el segmento “aguas arriba”.*
(Énfasis agregado).

Siendo ello así, cualquier intervención del regulador dirigida a regular los contenidos que forman parte de la oferta comercial de Telefónica vulnera los principios de legalidad y ejercicio legítimo del poder.

33. Ahora bien, si nos ceñimos a las finalidades legítimas de este procedimiento (acceso a infraestructura y reventa de servicios) podemos advertir que a la fecha no se ha acreditado la necesidad de contar con mandatos de la autoridad al respecto. Veamos.

B. Las finalidades que sí son perseguidas por la determinación de Proveedor Importante se encuentran garantizadas

El acceso y uso compartido de infraestructura se desarrolla con efectividad bajo reglas legales específicas

34. Lo primero a notar es que Telefónica ha sido declarada Proveedor Importante en el Mercado No. 25, es decir, ya existiría una oferta de acceso obligatorio de infraestructura común para los servicios de Acceso a Internet fijo y TV Paga. En ese sentido, carece de total sentido la declaración de Proveedor importante en el Mercado No. 35.

35. Al respecto, cabe recordar que, en la Resolución No. 044-2016-CD/OSIPTTEL, OSIPTTEL advirtió que en la medida que los servicios de TV Paga y Acceso a Internet requieren de la misma infraestructura, la declaración de Proveedor Importante en este último mercado haría innecesaria la evaluación del primero (TV Paga). Al respecto, se aprecia lo siguiente:

“(…) Si un operador que ofrece múltiples servicios (Internet y TV Paga) hubiese sido declarado como Proveedor Importante en el mercado de acceso mayorista para Internet y Transmisión de Datos, y es declarado Proveedor Importante en el mercado de acceso mayorista al servicio de TV Paga, estaría siendo obligado a compartir la misma infraestructura a la señalada a través del primer Proveedor Importante (Proveedor Importante de Internet)¹⁴”.

36. Sin perjuicio de ello, es importante notar que, en la práctica, tampoco se ha presentado la necesidad de que el regulador exija a Telefónica compartir su infraestructura. En efecto, como es de conocimiento de OSIPTTEL, desde la última evaluación del Mercado No. 35 (Resolución No. 044-2016-CD/OSIPTTEL) no ha existido un mandato de compartición de infraestructura por falta de acuerdo entre las partes para negociar el uso y acceso compartido de infraestructura.

Los operadores de telecomunicaciones **vienen negociando libremente** estos acuerdos sin que haya sido necesaria la intervención de OSIPTTEL.

37. Pero al margen de ello, lo cierto es que existe un marco legal que privilegia la compartición de infraestructura, sin que para ello sea necesaria la determinación de un Proveedor Importante. En efecto bajo la Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones - Ley No. 28295 la denegatoria injustificada de una solicitud de acceso o uso compartido de infraestructura de telecomunicaciones podría generar un escenario en el que OSIPTTEL emita un mandato de compartición de infraestructura y en función a ello determine las reglas técnicas y económicas aplicables a dicho acuerdo.

¹⁴ Páginas 91 del Informe No. 76-GPRC/2016

38. Así las cosas, aun en el supuesto negado que existiese alguna discrepancia en materia de acceso a la infraestructura de telecomunicaciones, OSIPTEL cuenta con competencias y existe una específica base legal para solucionar este tipo de conflictos sin que para ello sea necesaria la declaración de Proveedor Importante.

No se ha acreditado la necesidad de reventa de servicios públicos de telecomunicaciones

39. Las obligaciones de reventa establecidas en el marco normativo aplicable determinan la posibilidad de comercializar servicios públicos de telecomunicaciones a nivel mayorista. Pese a que la oferta mayorista de nuestra empresa se encontraba disponible (en su momento, a través de la oferta de Telefónica Multimedia), ninguna empresa solicitó, en el 2016 o en el 2019, acogerse a ella. Ello evidencia una falta de interés por parte de las empresas operadoras de TV Paga para acceder a una oferta mayorista de Telefónica.

Siendo ello así, no existe una necesidad pública que justifique la intervención regulatoria de OSIPTEL para determinar que Telefónica constituye un Proveedor Importante y ordenarle un mandato de reventa de servicios de TV Paga.

40. En virtud de los principios que rigen la actuación del OSIPTEL, especialmente el ***Principio de Subsidiariedad***, cada intervención del regulador debe encontrarse sustentada en la existencia de un problema público de su competencia y la evidencia de que el mercado no lo puede solucionar por sí mismo. Sin embargo, como hemos visto, en el presente caso no existe una necesidad de acceso a la infraestructura de telecomunicaciones o reventa insatisfecha. Por el contrario, se cuenta con un marco normativo que confiere herramientas a OSIPTEL para dinamizar la competencia en el mercado, sin que sea necesaria la declaración de un Proveedor Importante.
41. No existiendo una necesidad de intervención, cualquier actuación de este tipo resulta desproporcionada pues impondría costos que no se justifican en el interés público. Y es que, como bien anotó OSIPTEL, el establecer la obligatoriedad de la reventa podría generar riesgos principalmente asociados a una reducción de incentivos para realizar inversiones en infraestructura. En ese sentido, la adopción de una medida de esta naturaleza sin contar con una justificación legítima para ello podría terminar afectando al mercado y generar efectos distintos a los perseguidos por una regulación de determinación de Proveedor Importante.
42. Al respecto, es pertinente recordar que las actuaciones de OSIPTEL también deben respetar los principios de Análisis de Decisiones Funcionales y Actuación basada en el Análisis Costo – Beneficio. Dichos principios buscan evitar que las intervenciones del regulador impongan cargas innecesarias que afecten el desarrollo de los mercados.
43. Por tanto, teniendo en consideración los alcances de las competencias de OSIPTEL en la determinación de Proveedores Importantes, se concluye que:
- (i) Una declaración de Proveedor Importante que busque ordenar la compartición de cierto contenido audiovisual como el fútbol vulnera los Principios de Legalidad y Ejercicio Legítimo de Poder. Ello, en la medida que OSIPTEL no cuenta con facultades legales para regular el mercado de producción y licenciamiento de contenidos audiovisuales y porque es ajena a la finalidad de un procedimiento de determinación de Proveedor Importante.
 - (ii) Una declaración de Proveedor Importante que busque ordenar un mandato de acceso a infraestructura de telecomunicaciones y/o reventa de servicios vulnera los Principios de Subsidiariedad, Análisis de Decisiones Funcionales y Actuación basada en el Análisis

Costo – Beneficio. Ello, en tanto no se ha acreditado la necesidad de imponer los referidos mandatos.

44. La sola omisión de acreditar la necesidad de declarar un Proveedor Importante en el Mercado No. 35 resulta suficiente para declarar la conclusión del presente procedimiento, teniendo en cuenta su finalidad. No obstante, como veremos a continuación, el espacio de intervención del OSIPTEL es incluso más reducida en el mercado de TV Paga, teniendo en cuenta los aspectos evaluados en el año 2016, es decir, en el anterior procedimiento de determinación de Proveedor Importante.

III. LÍMITES ESTABLECIDOS POR OSIPTEL EN EL AÑO 2016 PARA LA DETERMINACIÓN DE PROVEEDOR IMPORTANTE

45. Sin perjuicio de los alcances antes comentados, la actuación de OSIPTEL, en el presente caso, se enfrenta a un límite adicional: las reglas establecidas en la Resolución No. 044-2016-CD/OSIPTEL que determinó no declarar la existencia de un Proveedor Importante en el Mercado No. 35.

Y es que, dicho pronunciamiento que tiene calidad de cosa decidida no solo reconoció que OSIPTEL no cuenta con competencias para intervenir en el mercado de producción de contenidos, sino que además estableció una serie de premisas sobre el mercado de TV Paga que ahora son ignoradas por el Informe No. 148 sin justificación alguna. Ciertamente, la actualización de las conclusiones arribadas en el año 2016 solo lleva a una única respuesta: una vez más no es posible determinar que Telefónica sea Proveedor Importante del Mercado No. 35. Veamos.

A. **El Procedimiento de determinación de Proveedor Importante en el Mercado No. 35 del año 2016**

46. El 28 de abril de 2015, OSIPTEL inició un procedimiento de oficio para la determinación de un Proveedor Importante en el Mercado No. 35. Luego de haber mantenido reuniones con diversos actores del mercado de TV Paga, mediante Resolución No. 044-2016-CD/OSIPTEL¹⁵ de fecha 12 de abril de 2016, OSIPTEL resolvió lo siguiente:

“Declarar que en el presente Procedimiento no se determinarán Proveedores Importantes en los mercados relevantes (...) toda vez que, dada la evolución de los niveles de concentración del mercado y en vista de la evidencia disponible, es pertinente continuar monitoreando el mercado de servicio de televisión de paga y adoptar las acciones que resulten necesarias a fin de asegurar una mayor disponibilidad de información sobre dicho mercado para una posterior evaluación”.

47. Al respecto, OSIPTEL señaló que esta falta de declaración de Proveedor Importante responde a la evolución de los niveles de concentración del mercado, teniendo en cuenta la evidencia disponible. En particular, el Informe No. 76-GPRC/2016 que sustentó la Resolución No. 044-2016-CD/OSIPTEL, tuvo en consideración los siguientes aspectos:

¹⁵ Cabe señalar que mediante Carta No. 388-GG.GPRC/2015 se dio inicio al Procedimiento para la determinación de Proveedores Importantes en el Mercado No. 35.

- a. **Informalidad.** OSIPTEL identificó que la informalidad constituye un fenómeno que afecta los indicadores de desempeño y los niveles de competencia dentro del mercado de TV Paga.

Sobre este problema, OSIPTEL sostuvo que las “*variaciones en los indicadores de desempeño producto de un menor número de empresas que reporta información de forma regular podría dar lugar a conclusiones que no necesariamente reflejan la dinámica del mercado (...)*”¹⁶. Asimismo, precisa, que “*el mercado de TV Paga es posiblemente el mercado del sector de telecomunicaciones en el que este fenómeno se presenta en mayor medida. En particular, las características de su infraestructura facilitan que los informales cuenten con acceso a la señal de operadores formales (...)*”¹⁷.

El fenómeno de la informalidad evaluado por OSIPTEL - que directamente afecta los indicadores de desempeño del mercado que servirán para sustentar una decisión de determinación de Proveedor Importante - se encuentra asociado al problema del sub-reportaje o no reportaje de información periódica al regulador. La existencia de este problema responde a que algunos operadores de TV Paga reportan una menor cantidad de conexiones; o, en el peor de los casos, no reportan información sobre el total de conexiones con las cuales contarían.

De acuerdo con OSIPTEL, “*esta modalidad de informalidad resulta especialmente preocupante debido a que los indicadores de mercado no reflejarían con exactitud la realidad. En tal sentido, se puede estar sobreestimando la participación de las empresas que sí reportan información de mercado del regulador*”¹⁸.

Ahora bien, la informalidad en este mercado de telecomunicaciones se manifiesta también a través de las siguientes modalidades:

- a. Clandestinaje en planta.

De acuerdo con OSIPTEL esta modalidad de informalidad genera pérdidas a los operadores formales, debido a que los hogares se conectan de forma ilegal a la red de algún operador y por lo tanto estos dejan de percibir ingresos por estas conexiones. Ello sin perjuicio de los altos costos que involucra establecer procesos para detectar, controlar y evitar estas conexiones ilegales.

Para OSIPTEL este problema producto de la informalidad “*tiene especial incidencia en el operador Movistar debido a que el grueso de su planta aún utiliza tecnología analógica (...)*”. Agrega el regulador, que esta problema se vería reducido mediante la digitalización de la red¹⁹.

- b. Retransmisión o robo de señal

Esta modalidad de informalidad puede ser realizada por operadores informales con o sin concesión e implica transmitir dentro de su parrilla de canales la señal de otro de operador sin pagar al titular de esta señal los derechos correspondientes. En este

¹⁶ Página 50 del Informe No. 76-GPRC/2016

¹⁷ Página 74 del Informe No. 76-GPRC/2016

¹⁸ Página 77 del Informe No. 76-GPRC/2016.

¹⁹ Página 80 del Informe No. 76-GPRC/2016

caso el objetivo es brindar una oferta atractiva sin “*incurrir en los costos relacionados al pago de programadores por el uso de las señales*”.

Según las cifras obtenidas por OSIPTEL, “*incluso canales exclusivos de los operadores de mayor tamaño como Movistar son retransmitidos por algunos operadores informales sin autorización*²⁰”. Adicionalmente, y en base a la información reportada por programadores de contenidos como Fox y ESPN, OSIPTEL verificó que existen un gran porcentaje de empresas que transmiten estos contenidos a sus usuarios sin contar con el respectivo contrato de licencia para transmisión de estas señales.

Cabe mencionar que las empresas que utilizan estas señales sin autorización se ahorran costos asociados al contenido, lo que les permite establecer una tarifa mensual baja por su servicio, generando esta situación una percepción equivocada en el consumidor respecto del valor del servicio.

- b. **Compartición de infraestructura.** OSIPTEL advierte que el alto número de contratos remitidos al regulador muestra que las empresas tienen incentivos para llegar a un acuerdo respecto a la compartición de infraestructura. Asimismo, OSIPTEL agrega que ello se ve reforzado “*por el hecho de que, a abril de 2015, no existían mandatos de compartición de infraestructura emitidos por regulador (...)*²¹”.
- c. **Participación de competidores.** Según data recabada por el propio OSIPTEL, “*las empresas del Grupo Telefónica habrían **reducido** su participación en el mercado nacional 16 puntos porcentuales en los últimos 10 años. Mientras tanto, América Móvil y DIRECT TV habrían **incrementado** su participación en 10 puntos porcentuales cada una en el 2014, en comparación con su participación en el año de inicio de comercialización de su servicio (...)*”. OSIPTEL agrega que ello demostraría que “***existe cierto nivel de competencia entre las empresas***”²².
- d. **Mercado relevante.** OSIPTEL señala que el análisis del mercado relevante se realizará en el segmento “aguas abajo”; y, específicamente, dentro del mercado minorista donde las empresas proveen el servicio de TV Paga a los consumidores finales. Asimismo, respecto de este asunto, OSIPTEL hace una importante precisión: la provisión del servicio de TV Paga se encuentra dentro de las competencias del ente regulador y “*no así las relaciones contractuales entre productores de contenidos y empresas que se dan en el segmento aguas arriba*²³”.

En el análisis llevado a cabo por OSIPTEL respecto del mercado relevante se evaluó también la sustitución entre modalidades de transmisión de señales de televisión y servicios a través de Internet.

Respecto de los servicios a través de Internet como posibles sustitutos del servicio de TV Paga, OSIPTEL evalúa las siguientes modalidades a través de las cuales se puede transmitir contenidos por Internet: (i) Over The Top (OTT) y Televisión por Internet (IPTV). Ahora bien, con respecto a los primeros, OSIPTEL considera que estos y los operadores de TV Paga “*ofrecen servicios complementarios*”. OSIPTEL sustenta ello en una evaluación realizada en el 2012 que consideró que los servicios OTT no estarían

²⁰ Página 86 del Informe No. 76-GPRC/2016
²¹ Página 36 del Informe No. 76-GPRC/2016
²² Página 53 del Informe No. 76-GPRC/2016
²³ Página 60 del Informe No. 76-GPRC/2016.

compitiendo en el mismo mercado que el de los operadores de TV Paga. Sobre los servicios IPTV, OSIPTEL evidenció que a la fecha de elaboración del Informe No. 76-GPRC/2016, “dentro del mercado peruano (...) no existe alguna empresa que provea este tipo de servicio²⁴”. Asimismo, OSIPTEL agrega que la IPTV “presentarían en muchos casos interrupciones de la señal o congelamientos, por lo cual no podría ser considerada como posibles sustitutos del servicio de TV Paga, dado que este último ofrece una señal fluida y sin interrupciones”.

48. Cabe notar que, dentro de su análisis, OSIPTEL identificó la existencia de contenidos exclusivos, así como la venta empaquetada del servicio de TV Paga con otros servicios como Telefonía e Internet Fijo; no obstante, ninguno de dichos factores comerciales motivó la declaración de Telefónica como Proveedor Importante. Lógicamente, ello en tanto las finalidades de este tipo de procedimiento, así como los límites de las facultades de OSIPTEL no respaldan una declaración de este tipo.

49. Adicionalmente, OSIPTEL advirtió que una decisión de determinación de Proveedor Importante incorrecta e insuficientemente valorada podría generar el riesgo de inconsistencias. En concreto, indicó que, en la medida que la misma infraestructura podría ser utilizada para brindar el servicio TV Paga y los servicios de Acceso a Internet, la declaración de Proveedor Importante en este último mercado haría innecesaria la evaluación del primero (TV Paga). Al respecto, se aprecia lo siguiente:

“(...) Si un operador que ofrece múltiples servicios (Internet y TV Paga) hubiese sido declarado como Proveedor Importante en el mercado de acceso mayorista para Internet y Transmisión de Datos, y es declarado Proveedor Importante en el mercado de acceso mayorista al servicio de TV Paga, estaría siendo obligado a compartir la misma infraestructura a la señalada a través del primer Proveedor Importante (Proveedor Importante de Internet)²⁵”.

50. Así las cosas, la decisión que ahora adopte OSIPTEL debería explicar y acreditar cómo han cambiado los referidos aspectos al punto que ahora sí se posible determinar la existencia de un Proveedor Importante en el Mercado No. 35. Sin embargo, ello no ha ocurrido en el presente caso.

51. En efecto, lamentablemente, OSIPTEL no ha acreditado la real reducción de la tasa de informalidad y además ha ignorado la evolución de otras tecnologías como los OTT y el mismo crecimiento de otros operadores de TV Paga en el mercado. De otro lado, ha resaltado la existencia de supuestas “barreras estratégicas” que también existían en el año 2016 y que no llevaron a la conclusión de declarar la existencia de un Proveedor Importante.

52. Así, mediante la Resolución No. 159-2019-CD/OSIPTEL de fecha 21 de noviembre de 2019, que dispone la publicación para comentarios del Proyecto, OSIPTEL propone que se declare a Telefónica (y a las empresas de su grupo económico) como Proveedor Importante del Mercado No. 35 “(...) vía medios alámbricos (fibra óptica y/o cable coaxial – CATV, en señal digital y analógica, y a través de medios inalámbricos (satelital o Directo To Home (...) en los siguientes mercados relevantes: Lima y Callao, Arequipa, Tacna, Lambayeque, Cusco, La Libertad, Moquegua, Ica, Junín y Ancash. En ese sentido se recomienda que esté obligada a:

- a. Otorgar acceso y uso compartido de infraestructura de telecomunicaciones que utilizan o puedan utilizar para proveer acceso mayorista para el servicio de TV Paga.

²⁴ Página 65 del Informe No. 76-GPRC/2016.

²⁵ Páginas 91 del Informe No. 76-GPRC/2016

b. Ofrecer a los concesionarios o comercializadores puros, la comercialización o reventa del servicio de acceso a TV Paga. Al respecto, OSIPTEL agrega que dicha comercialización o reventa deberá ser ofrecida a tarifas razonables, respetando los principios de neutralidad y no discriminación.

53. No obstante, como veremos a continuación, los factores considerados en el Informe No. 76-GPRC/2016 o bien no han cambiado o han evolucionado de modo tal que reafirman la falta de necesidad de la declaratoria de un Proveedor Importante en el Mercado No. 35. El mercado minorista de TV no solo es más competitivo por la propia dinámica de los agentes que participan en él, sino que además la evolución de otras tecnologías, así como la propia informalidad ha generado una mayor presión competitiva que aquella existente en el año 2016.

54. De otro lado, las presuntas “barreras estratégicas” -al margen de que no son objeto de un procedimiento de determinación de Proveedor Importante- se encuentran plenamente justificadas en la naturaleza del mercado y en los beneficios que generan para el bienestar de los consumidores.

B. La evolución del mercado reafirma que no corresponde declarar la existencia de un Proveedor Importante

Intervenciones regulatorias que dinamizan aún más la competencia en el mercado minorista

55. Desde la emisión de la Resolución No. 044-2016-CD/OSIPTEL, OSIPTEL ha realizado - mediante normas generales o normas específicas- más de una intervención en el mercado minorista de TV Paga con el objeto de mejorar la presión competitiva o solucionar algunas fallas de mercado previamente identificadas.

56. Sobre el particular, es importante tener en cuenta que, en el año 2018, OSIPTEL emitió una regulación sobre prestación del servicio de TV Paga relativa a la transparencia en la venta de decodificadores²⁶. Es el caso que, en el Informe No. 00062-GPRC/2018 que sustenta esta regulación OSIPTEL establece que esta medida tendría por objeto generar **mayor presión competitiva** pues la compra de decodificadores habría incrementado los *switching costs*²⁷. Es decir, a la fecha, el marco normativo genera una mayor presión competitiva que aquella que existía en el año 2016.

57. Así, en línea con lo anterior, esta norma introdujo una modificación al artículo 16 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso aprobadas por Resolución No. 138-2012-CD/OSIPTEL (en adelante, las “Condiciones de Uso”) incorporando la siguiente especificación respecto de la celebración de contratos adicionales en el mercado de TV Paga:

“Artículo 16-A.- Condiciones para la celebración de contratos adicionales

(...)

Los acuerdos que celebren las empresas operadoras para el financiamiento del pago por la instalación o acceso de servicios públicos de telecomunicaciones, así como los

²⁶ Nos referimos a la Resolución No. 064-2018-CD/OSIPTEL mediante las cuales se aprueba las “Normas para la Prestación del Servicio de Televisión de Paga”.

²⁷ De otro lado, es importante tener en cuenta que, al analizar las barreras estratégicas, el Informe menciona la lista de razones por las que se contrata el servicio de TV Paga siendo la razón más predominante antes que la exclusividad, el acceso a películas y series de estreno (54.9%), canales nacionales exclusivos (49.4%), noticieros internacionales (47.7%), renta más baja por empaquetamiento (33.6%), etc.

contratos adicionales que celebren para la adquisición o financiamiento de equipos terminales, no pueden implicar plazos de permanencia o pago de cuotas por periodos superiores a seis (6) meses; salvo las reglas específicas previstas en el presente artículo para los servicios públicos móviles.”

58. Es importante advertir que, en el proceso de emisión de la citada norma, muchos operadores presentaron sus comentarios a la propuesta normativa de OSIPTEL sosteniendo que “**EL MERCADO DE TELEVISIÓN DE PAGA ES UN MERCADO EN COMPETENCIA POR LO CUAL NO ES NECESARIO REGULAR**”. A continuación, presentamos los comentarios formulados por América Móvil y Direct TV:

COMENTARIOS GENERALES AL PROYECTO		
TEMA COMENTADO: EL MERCADO DE TELEVISIÓN DE PAGA ES UN MERCADO EN COMPETENCIA POR LO CUAL NO ES NECESARIO REGULAR.		
COMENTARIOS RECIBIDOS		
Comentarios recibidos	América Móvil	El mercado de TV Paga es un mercado en abierta competencia, lo cual se desprende del mismo Informe que sustenta el Proyecto, evidenciándose, además, el dinamismo que dicho mercado ha propiciado el ingreso de más empresas operadoras y el crecimiento de usuarios que disfrutan de dicho servicio.
	DIRECTV	Según la propia información del OSIPTEL, es posible observar que el mercado de TV de Paga es competitivo. Dicha información muestra que el desempeño dinámico del mercado en el tiempo ha generado el ingreso de más operadores y variabilidad en las participaciones de los agentes. Además, no se ha identificado la presencia de operadores dominantes ni se ha considerado el efecto que los operadores informales generan en la dinámica competitiva del mercado. Tampoco se ha sustentado con evidencia la existencia de costos de cambio para los usuarios, asociados a la compra de los decodificadores.

59. Como se aprecia, dos (2) años después de haberse declarado la inexistencia de un Proveedor Importante en el Mercado No. 35, ambos operadores coinciden en que **el mercado de TV Paga es competitivo y alberga a nuevos operadores**. Además, es relevante resaltar que DirecTV admite el dinamismo del mercado en el tiempo y la variabilidad de competidores.
60. Y es que, las propias cifras contenidas en el Informe No. 148-GPRC/2019 sobre la variación en las cuotas de participación de los operadores en el Mercado No. 35 reflejan la existencia de presión competitiva en este mercado. Como veremos más adelante, la participación de competidores como en el caso específico de DirecTV se ha ido robusteciendo, captando importantes segmentos del mercado.
61. Lamentablemente, OSIPTEL -ni los terceros interesados- han acreditado qué ha cambiado desde estas declaraciones del año 2018 que justifiquen una intervención regulatoria. Y es que, si los propios beneficiados con una actuación de este tipo han señalado expresamente que no resulta necesaria una intervención del regulador en el mercado de TV Paga por sus niveles competitivos, *¿por qué tendría que intervenir OSIPTEL?* Claramente, una actuación de este tipo contraviene el ***Principio de Subsidiariedad***.
62. Siendo ello así, la evolución normativa y las propias declaraciones de los operadores del mercado de TV Paga luego del 2016 evidencian que, a la fecha, existe mayor presión competitiva que en el contexto evaluado en marco del procedimiento anterior, por lo que hoy es menos justificable una intervención.

Se ha ampliado el Mercado Relevante

63. En el año 2016 OSIPTEL determinó que en base a la información disponible (sesgada por la informalidad y falta de reporte por parte de las empresas operadoras del sector) y el nivel de concentración de mercado **no correspondía la determinación de un Proveedor Importante**. A la fecha, la evolución del mercado minorista de TV Paga hace menos necesaria la determinación de Proveedores Importantes. Veamos.

Informalidad

64. En el año 2016, OSIPTEL determinó que la informalidad es un fenómeno que no debe ser dejado de lado en un análisis de determinación de Proveedor Importante. Sin embargo, pese a las altas cifras de informalidad y al impacto de este fenómeno en el mercado de TV Paga, OSIPTEL ahora no atribuye el valor que corresponde a este factor de evaluación. Por el contrario, el Proyecto sobredimensiona una supuesta tasa de reducción de informalidad a propósito de la mejora por parte de las empresas operadoras en el cumplimiento de las obligaciones de reporte. Nos explicamos.
65. En el 2016, la Exposición de Motivos de la Resolución 044-2016-CD/OSIPTEL (que declaró la no determinación de Proveedor Importante en el Mercado No. 35) señaló lo siguiente respecto de los altos índices de informalidad:

III. CONTENIDO DEL INFORME DE DETERMINACIÓN DE PROVEEDOR IMPORTANTE EN EL MERCADO N° 35			
1. TV Paga e Informalidad			
Se identificó que la informalidad constituye un fenómeno que afecta los indicadores de desempeño y los niveles de competencia dentro del mercado de TV Paga.			
En reuniones con los operadores de TV Paga se planteó la existencia de la informalidad como un fenómeno que no permite un adecuado análisis del nivel de competencia dentro de este mercado debido a las distorsiones que genera, principalmente, sobre los indicadores de desempeño.			
Cuadro N° 1: Hogares con TV de Paga y número de conexiones en servicio			
Fuente de los datos	Concepto	2013	2014
ERESTEL	Hogares con TV de Paga	3,024,977	3,508,483
OSIPTEL	Conexiones en servicio	1,480,664	1,546,113
Diferencia	-	1,544,313	1,962,370
Fuente: Empresas operadoras - Elaboración: OSIPTEL.			
En el cuadro anterior se puede apreciar un panorama general del servicio de TV Paga para los años 2013 y 2014, en el cual el número de hogares con TV de Paga estimados por la Encuesta Residencial de Telecomunicaciones (en adelante, ERESTEL) era un poco más del doble del número de las conexiones en servicio registradas en el OSIPTEL para la misma fecha. Al respecto, la diferencia observada entre los hogares con TV de Paga y las conexiones en servicio es atribuida por los operadores de TV de Paga al mercado informal.			

Como se aprecia, OSIPTEL, en base a las cifras reportadas por la Encuesta Residencial de Telecomunicaciones – ERESTEL, identificó que el número de conexiones residenciales era un poco más del doble de las conexiones en servicio registradas. Si bien esta cifra podría deberse también a conexiones formales (considerando la posibilidad de establecer en los hogares más de un punto de acceso), para OSIPTEL es posible que una parte de estos hogares accedan de manera informal al servicio de TV de Paga.

66. Respecto de la informalidad en el mercado de TV Paga, OSIPTEL ha indicado que es posiblemente “*el mercado del sector de telecomunicaciones en el que este fenómeno se presenta con mayor medida*”²⁸. Ello en tanto las características de la infraestructura asociada a este servicio facilita que los informales cuenten con acceso a la señal de los operadores formales.

67. Entre las modalidades de informalidad evaluadas por OSIPTEL se ha identificado aquella referida al subreporte u omisión de reporte de información al ente regulador. Para OSIPTEL “*esta modalidad resultaría sumamente preocupante debido a que los indicadores no reflejarían con exactitud la realidad*”²⁹.

Para OSIPTEL, dependiendo del nivel de subreporte se podrá finalmente determinar si este afecta sustancialmente o no los indicadores de la estructura de mercado del servicio de TV Paga. Considerando ello, en el marco del proceso de determinación de Proveedor Importante llevado a cabo en el 2016, OSIPTEL determinó los principales efectos de esta modalidad de informalidad:

- a. Impide medir con certeza el tamaño del mercado; y, por tanto, las participaciones de las empresas operadoras que participan en él. En efecto, teniendo en cuenta el número de operadores que prestan el servicio de TV paga (entre las que se incluyen aquellas que cuentan con concesión y aquellas notificadas por OSIPTEL) y la cantidad de información reportada, para OSIPTEL, en el mejor de los escenarios se contaría con información de mercado de menos del 20% del total de operadores que mantendrían actividades.
- b. Incrementa las participaciones de mercado de las empresas que sí reportan información. Ello como es evidente no permite tener una clara proyección respecto de la evolución del mercado y su dinámica competitiva.
- c. Evidencia la existencia de incentivos derivados del no reporte o subreporte de información, pues ello involucra un ahorro de pagos al Estado y a los programadores. La consecuencia directa de ello es que estos operadores pueden establecer tarifas más bajas por su servicio.

68. En definitiva, OSIPTEL no determinó un Proveedor Importante en el 2016 toda vez que observó que los niveles de informalidad, “*podrían distorsionar la estructura de mercado y sobreestimar las participaciones de las empresas*”.

69. Ahora bien, de acuerdo con lo indicado en el Informe No. 148-GPRC/2019, habría existido una mejora en el reporte por parte de las empresas operadoras, permitiéndole de esta manera contar con mayor información respecto del mercado de TV:

Producto de lo anterior, entre otras acciones, se ha recopilado información de las empresas de TV Paga en los últimos tres años a fin de poder tener una aproximación más cercana a la estructura del mercado, lo cual ha permitido que se incremente el número de empresas que remitieron información estadística de 62 operadores en diciembre de 2015 a 89 operadoras en junio de 2019, lo cual representó un crecimiento de 43.5% en la base de información disponible.

70. Sin embargo, las cifras reportadas como mejoras por OSIPTEL en el 2019 sobredimensionan la tasa de reducción de informalidad. En efecto, se indica que existiría un incremento de reporte del 43% (de 62 a 89 empresas en 4 años), pero no debe olvidarse que las 62 empresas consideradas a diciembre de 2015 representaban, en el mejor escenario, el 20% del mercado

²⁹ Página 77 del Informe No. 76-GPRC/206

real. Siendo ello así, en realidad estamos hablando de un reporte de menos del 30% del número total de operadores que mantendrían actividades (formales e informales).

Así las cosas, aunque puede parecer una cifra importante, en realidad se trata de un crecimiento de 27 empresas en un lapso de 4 años.

Asimismo, dado que, como todo mercado, el de TV Paga es dinámico, esta aparente mejora puede ser mínima y no significativa si el número de conexiones contratadas o instaladas ha crecido en mayor proporción. En ese sentido, esta leve mejora en el reporte de información no implica por sí misma una reducción significativa de la tasa de informalidad. Ello, sin perjuicio de que, como lo ha indicado OSIPTEL, el número de conexiones tampoco permita conocer de manera efectiva el número de competidores dentro de una zona geográfica y menos aún la presión competitiva que estos podrían estar ejerciendo sobre otros operadores que reportan información³⁰.

71. De otro lado, el mantenimiento y hasta incremento de la informalidad se desprende de un análisis comparativo entre el número de empresas operadoras que reportan información (89) y el número de concesiones del servicio de TV paga vigentes a octubre de 2019 (664)³¹. Asimismo, tal como se identificó en el proceso del 2016, subsiste una importante diferencia entre el número de accesos reportados y aquellos identificados en la encuesta ERESTEL, la misma que asciende a un total de 1, 868, 378 accesos no reportados.

Estas cifras reflejan que la alta tasa de informalidad detectada en el año 2016 subsiste -o hasta se podría haber incrementado- en el mercado de TV Paga. Ello impide conocer el real alcance de este mercado y, consecuentemente, identificar si un determinado operador constituye Proveedor Importante en él.

72. Sin perjuicio de lo anterior, no debe perderse de vista la existencia de otras modalidades de informalidad que igualmente afectan significativamente al mercado de TV paga. En concreto, la presencia del claudinaje en planta y la retransmisión o robo de señal, las que difícilmente podrían quedar superadas por esta supuesta mejora en el reporte de información como consecuencia de la digitalización.
73. No entendemos cual sería la justificación para reducir el análisis de este fenómeno que afecta gravemente al mercado de TV Pago solo a aquellos aspectos referidos al reporte de información³². Y es que las modalidades de informalidad no analizadas por OSIPTEL no solo impactan en la percepción del consumidor respecto del precio del servicio de TV Paga, sino que además genera una serie de costos adicionales para las empresas formales que merecen ser analizados a efectos de tener claridad sobre los indicadores de desempeño y participación de mercado.
74. Por tanto, las mejoras en el cumplimiento de obligaciones de reporte por parte de las empresas operadoras no puede ser interpretado por OSIPTEL como un importante incremento de información estadística que permite evaluar correctamente los índices de informalidad en el mercado. Menos aún, ello no permitiría cuantificar y evaluar la existencia o no de Proveedores Importantes en este mercado pues los índices de informalidad, considerando esta y otras modalidades de informalidad, se mantienen y siguen siendo igualmente graves.

³⁰ Página 82 del Informe No. 76-GPRC/2016.

³¹ Página 39 del Informe de Apoyo Consultoría.

³² Al respecto, nos remitimos a los argumentos desarrollados en las páginas 37 y 38 del Informe No. 148-GPRC/2019.

Sustituibilidad entre TV Paga y OTT

75. El servicio OTT TV (*Over the Top TV*) se refiere a la distribución de video a través de Internet, hacia cualquier dispositivo conectado y que cuente con el aplicativo correcto para la reproducción de dicho contenido. La tendencia apunta a que este tipo de servicios sea incluido en el análisis de mercado relevante para la determinación de un Proveedor Importante en el Mercado No. 35.
76. Ciertamente, en el documento denominado “*La TV por suscripción en un entorno competitivo*” publicado por el Centro de Estudios de Telecomunicaciones de América Latina” (abril, 2019) se menciona que la entrada y crecimiento de decenas de empresas de OTT en América Latina en los últimos 3 años ha generado que los consumidores vean más contenidos audiovisuales por Internet. La disrupción de los OTTs brinda ubicuidad en el acceso a estos contenidos, promueve las mejoras en calidad y variedad de opciones por los usuarios³³.

Dicho estudio agrega que la gran mayoría de los operadores de TV Paga está reaccionando a la disrupción y competencia de los OTTs mediante el desarrollo de sus propias plataformas a fin de agregar valor y retener sus clientes tradicionales, o ganar nuevos en línea. Y es que, existe evidencia diversa de que los hábitos de los latinoamericanos están cambiando a favor de estas plataformas OTT vis a vis la TV de Paga, pues les permiten controlar más qué, cuándo, dónde y cómo consumen contenidos.

77. En efecto, en línea con lo indicado por el referido análisis y respecto del caso peruano, sucede que entre el periodo 2016 y 2019 este servicio ha cobrado mayor relevancia en el ámbito de las preferencias de los usuarios. Ello ocurre dado que:
- Existe una mayor demanda de Internet fijo y móvil en la región. En efecto conforme al análisis efectuado por Apoyo Consultoría, en los últimos años se aprecia un incremento de la penetración del Internet, que evoluciona del 40% en el 2014 al 73% en el 2018, a la par de una reducción de la penetración de los servicios de TV paga³⁴.
 - El 10.5% de hogares no están dispuestos a contratar TV Paga (2018).
 - El 33% de hogares acceden a OTTs, según cifras publicadas por CONCORTV (2019).
78. Siendo ello así, si bien en el año 2016 podría existir ciertas dudas sobre la complementariedad o sustituibilidad de ambos servicios, a la fecha la evolución de la tecnología y los hábitos del consumidor acreditan que tales plataformas compiten en contenidos siendo sustituibles entre sí.
79. Y es que, contrariamente a lo considerado por OSIPTEL, el servicio OTT sí brinda una oferta comparativa en diversos segmentos. Así, por ejemplo, actualmente en muchos de los casos ya sea con fines de entretenimiento o educativo, la preferencia de los usuarios se decanta por ejemplo por acceder a contenido audiovisual infantil a través del servicio de acceso a Internet. No por nada, al día de hoy, en este contexto de emergencia sanitaria, el Gobierno Peruano vienen impulsando una educación a distancia mediante el uso de plataformas online, siendo - por qué no decirlo - la TV abierta la alternativa para aquellos hogares que no pueden tener acceso al servicio de acceso a Internet.

³³ Punto 7. Competencia y Convergencia del Informe.

³⁴ Página 48 del Informe elaborado por Apoyo Consultoría.

80. Esto nos lleva a reflexionar que en el caso peruano la preferencia de los televidentes para visualizar contenido audiovisual varía dependiendo de muchos factores. En ese sentido, tampoco podemos descartar que gracias al contenido cultural y de actualidad que ofrece la televisión abierta muchos usuarios optan por este servicio, dejando de lado la posibilidad de contratar un servicio de TV Paga.

Al respecto, Apoyo Consultoría precisa lo siguiente al evaluar el consumo de canales individuales de TV abierta considerando las encuestas formuladas por CONCORTV:

“(...) se puede observar que más del 53% de la población encuestada utiliza TV Perú (canal TV Abierta), Esto denota que los televidentes consumen el contenido transmitido por canales de señales abierta, independientemente de la tendencia del servicio de TV Paga. Además, al preguntarles a los televidentes sobre la satisfacción percibida por TV Perú, el 55% respondió que la programación era buena o muy buena, resaltando el alto nivel de calidad percibido (...)”³⁵,

81. Sumado a lo anterior, en un contexto donde los costos de cambio son bastante reducidos, debido a que la tasa de desafiliación (*churn*) de suscriptores de TV Paga es alta (en promedio 13% trimestral), ello sugiere que los usuarios tienen una dinámica importante de movilidad y rotación entre los operadores o hacia servicios sustitutos como los OTTs. Es decir, no existe una inercia de la demanda.
82. Por tanto, la definición sesgada del Proyecto desconoce el fenómeno de sustituibilidad y convergencia (y sus efectos positivos) en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Al respecto, importantes firmas internacionales como *Analysis Mason* (2019), apoyadas en las tendencias y proyecciones del mercado y preferencias de los consumidores, concluyen que las características de las OTT satisfacen la misma necesidad de entretenimiento y son capaces de ofrecer el mismo tipo de contenido; por lo cual, resultan servicios “*suficientemente similares para ser considerados sustitutos cercanos de la TV Paga*”³⁶.
83. Lo anterior se evidencia al observar las cifras de los servicios OTTs, sustitutos del servicio TV Paga, los cuales vienen creciendo de manera sostenida. Por ejemplo, NETFLIX en la región ha añadido a su base de clientes alrededor de 4.9 millones de suscriptores adicionales, en el último trimestre del año 2019 y el primer trimestre del 2020, como se puede observar en la siguiente figura:

³⁵ Al respecto ver página 44 del Informe Apoyo.

³⁶ Información descrita en la página 52 del Informe elaborado por Apoyo Consultoría.

Figura 1. Suscriptores de NETFLIX (en miles) en LATAM (marzo 2020)



Elaboración propia.

Fuente: Financial Statements. NETFLIX.

84. En consecuencia, la evolución del mercado, esto es, mantenimiento de una alta tasa de informalidad y crecimiento de ofertas alternativas (OTTs, por ejemplo), confirma con mayores elementos la decisión arribada en el año 2016: no se debe, ni se puede determinar la existencia de un Proveedor Importante en el Mercado No. 35.

IV. NO EXISTEN “BARRERAS ESTRATÉGICAS” EN LOS TÉRMINOS PROPUESTOS POR EL PROYECTO

85. El Proyecto y los escritos de los terceros interesados hacen énfasis en la existencia de presuntas barreras estratégicas que estarían conformadas por: (i) el empaquetamiento de servicios; y, (ii) la exclusividad de contenidos.
86. Al respecto, lo primero a notar es que ninguno de estos factores constituye objeto de evaluación en un procedimiento de determinación de Proveedor Importante. Y es que, como fue explicado en secciones anteriores, la intervención de OSIPTEL en este tipo de procedimientos solo puede buscar dos finalidades: (i) garantizar el acceso a infraestructura de telecomunicaciones; y, (ii) garantizar la reventa de servicios de telecomunicaciones.

Siendo que la existencia de estrategias comerciales de empaquetamiento o de acuerdos de exclusividad con productores de contenido no afecta ninguna de estas dos finalidades, estos aspectos resultan irrelevantes para la evaluación que haga OSIPTEL en el presente caso.

87. Lo segundo a notar es que estas “barreras estratégicas” ya habían sido identificadas en el año 2016 y no por ello se determinó la existencia de un Proveedor Importante. La conclusión en este procedimiento no tendría que ser distinta especialmente teniendo en cuenta la evolución del mercado antes comentada.

88. Entendemos que OSIPTEL ha mencionado tales aspectos como parte de su análisis de mercado; no obstante, consideramos necesario reiterar que, en aplicación de los principios de legalidad y ejercicio legítimo del poder, dicha situación no amerita la declaratoria de un Proveedor Importante. Se trata de prácticas comerciales naturales en el mercado de TV Paga que tienen una racionalidad económica que las sustenta.
89. Si bien estas condiciones comerciales no deberían ser discutidas en un procedimiento de esta naturaleza, a continuación, explicamos cómo estas prácticas generan eficiencias trasladables a los usuarios finales.

Empaquetamiento

90. En el mercado de las telecomunicaciones, los operadores tienen la libertad de elegir si establecen y ofrecen una oferta de servicios monoproducto o multiproducto, con la finalidad de atender y satisfacer las preferencias de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones. En tal sentido, el Reglamento de Tarifas, habilita a las empresas operadoras de TV Paga a implementar o desarrollar una oferta comercial empaquetada o desempaquetada en función de su estrategia comercial.
91. Sin embargo, para OSIPTEL, la existencia de una oferta empaquetada “representaría una desventaja para los operadores que únicamente ofrecen el servicio de TV Paga”. De hecho, OSIPTEL considera que ello configura una barrera estratégica para acceder al mercado TV Paga.

Nos llama la atención la preocupación de OSIPTEL sobre este punto. Y es que, por un lado, tenemos que según cifras reportadas por ERESTEL (2018) en su mayoría, los hogares acceden a TV Paga vía monoproducto. Y por otro, es importante destacar que el propio OSIPTEL indica que el hecho que se de preferencia a una oferta de servicios desagregada no significa que los usuarios no cuenten con la opción de contratar servicios empaquetados, dado que ambas modalidades podrían existir. Finalmente, de lo que se trata es de brindar mayores posibilidades a los usuarios para que elijan la alternativa de su preferencia.

92. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que la existencia de una oferta empaquetada favorece al mercado en la medida que reporta ahorros a los consumidores. En efecto, como ocurre con la oferta de nuestra empresa y otras empresas operadoras (por ejemplo, América Móvil), los consumidores obtienen un ahorro mensual por adquirir una oferta multiproducto respecto de adquirir cada servicio de forma individual. Dicho ahorro se sustenta en el aprovechamiento de economías de escala, así como menores costos de transacción (por ejemplo, en facturación)³⁷.
93. Ahora bien, ello no significa que otros actores no puedan ofrecer paquetes similares. En efecto, por poner un ejemplo, dado que actualmente existe una obligación de reventa en el mercado de acceso a Internet, competidores que solo se encuentran en posibilidad de ofrecer el servicio de TV Paga podrían, vía un esquema de comercialización, ofrecer una oferta empaquetada de ambos servicios. Recordemos que uno de los objetivos de la reventa, es que los comercializadores puedan ofrecer servicios de telecomunicaciones de mejor calidad y a un menor precio, con respecto al servicio ofrecido por el concesionario mayorista.
94. De otro lado, dejar de ofrecer servicios en paquetes afectaría a los consumidores. En efecto, en línea con lo señalado por OSIPTEL en el Informe No. 76-GPRC/2016, los siguientes son

³⁷ Página 39 del Informe No. 76-GPRC/2016

algunos posibles efectos negativos del desempaquetamiento: (i) caída en el número de usuarios, (ii) reducción de variedad de contenidos, (iii) disminución en los ingresos por publicidad, entre otros efectos adversos.

95. Finalmente, debe recordarse que el marco normativo prevé disposiciones para sancionar conductas derivadas de la venta de servicios en paquete. En efecto, por un lado, el artículo 24 de las Condiciones de Uso prohíbe las ventas atadas, impidiendo que los operadores trasladen su posición de dominio de un mercado a otro mediante el condicionamiento de la contratación de sus servicios.³⁸
96. De otro lado, el Reglamento de Tarifas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo No. 060-2000-CD establece una serie de disposiciones en materia de servicios vendidos de manera empaquetada que van desde su conformación hasta el establecimiento de los precios de los productos involucrados. En especial, el artículo 29-B dispone que “*La tarifa individual que se aplique por la contratación y prestación de cada uno de los servicios en forma separada, siempre debe representar un menor pago respecto a la tarifa total del paquete del cual forma parte.*”

De esta forma, se busca garantizar la libertad de los abonados de elegir entre servicios vendidos en paquetes o bajo la modalidad de monoproducto. Se busca evitar cualquier tipo de coerción que conmine a los abonados a optar por la contratación en paquete.

97. Por tanto, el empaquetamiento no solo es una práctica comercial permitida por el ordenamiento jurídico y que genera beneficios a los consumidores, sino que además OSIPTEL ha emitido una serie de disposiciones normativas dirigidas a sancionar cualquier práctica ilícita que se pueda derivar de esta modalidad de contratación.
98. En consecuencia, además de no ser objeto de un procedimiento de determinación de Proveedor Importante, la práctica de empaquetamiento hoy por hoy no genera un problema público que requiera la intervención del regulador. De allí que cualquier actuación basada en un presunto problema de empaquetamiento contravendría abiertamente los ***Principios de Legalidad, Ejercicio Legítimos del Poder y Subsidiariedad.***

Asimismo, teniendo en cuenta los efectos negativos del desempaquetamiento identificados por OSIPTEL, una intervención de este tipo también vulneraría los ***Principios de Análisis de Decisiones Funcionales y Actuación basado en el Análisis Costo – Beneficio.***

Exclusividad de contenidos.

99. El Proyecto hace un recuento del tratamiento que se hace a los servicios de contenidos en otros países a fin de resaltar su relevancia en el mercado de TV Paga. Al respecto, coincidimos con

³⁸ **Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por Resolución No. 138-2012-CD/OSIPTEL**

Artículo 24.- Prohibición de ventas atadas

Toda persona tiene derecho a contratar por separado cualquiera de los servicios que ofrece la empresa operadora, quedando prohibido que la contratación se condicione a la adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma de utilización, de los materiales y/o equipos de propiedad de la empresa operadora y/o a la contratación de otros servicios públicos de telecomunicaciones; sin perjuicio que la empresa operadora pueda ofrecer planes tarifarios, ofertas o promociones, en los cuales se incluya dichos componentes adicionales.

OSIPTEL en que, efectivamente, los contenidos audiovisuales son de alta relevancia en el mercado de TV Paga.

Sin embargo, ello no significa de ningún modo que los acuerdos de exclusividad en esta materia constituyan una “barrera estratégica” en los términos descritos y mucho menos que ello habilite a OSIPTEL a intervenir en tal mercado. Ciertamente, el tratamiento que se haga a los contenidos exclusivos en otros países no cambia en absoluto el límite de las competencias atribuidas al OSIPTEL en el marco de su sector (servicio público de telecomunicaciones) y mucho menos en el contexto de la determinación de Proveedores Importantes.

100. Como hemos explicado en las secciones precedentes, las competencias de OSIPTEL se ejercen respecto del mercado de prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, ya sea que se trate de servicios portadores, finales, de valor añadido o de difusión como es el caso del servicio de TV Paga.
101. No se encuentra dentro de las competencias de OSIPTEL la producción, creación y licenciamiento de contenido audiovisual. Al respecto, OSIPTEL ha sido enfático en señalar que “(...) *el análisis del mercado relevante se realizará en el segmento “aguas abajo” y específicamente, dentro del mercado minorista donde las empresas proveen el servicio de TV Paga a los consumidores finales. Lo anterior, debido a que la provisión de este servicio se encuentra dentro de las competencias del ente regulador y **no así las relaciones contractuales entre productores de contenidos y empresas que se dan en el segmento “aguas arriba”*** (Informe No. 76-GPRC/2016).
102. Dado que la normativa aplicable en materia de telecomunicaciones no ha sufrido modificaciones relevantes respecto de las competencias del OSIPTEL y la calificación de los servicios públicos de telecomunicaciones, la premisa respecto de que los servicios antes referidos no pueden ser afectados por las políticas regulatorias de OSIPTEL debe mantenerse para el análisis de determinación de Proveedor Importante en el Mercado No. 35 correspondiente al año 2019.
103. Ahora bien, de la revisión de los escritos presentados por terceros se advierte que estos actores en realidad están solicitando que OSIPTEL intervenga en el mercado de contenidos con la excusa de la obligación de “reventa” que nace de la determinación de Proveedor Importante.

Sin embargo, conforme hemos explicado ampliamente en el presente escrito, un esquema de reventa en el mercado de telecomunicaciones solo tiene por objeto la venta al por mayor de tráfico y/o servicios públicos de telecomunicaciones. Se ofrece al por mayor los mismos servicios brindados a los usuarios al por menor, pero a menores tarifas justificadas por las eficiencias generadas.

104. Así, en el supuesto negado que se determine la calidad de Telefónica de Proveedor Importante en el Mercado No. 35, la obligatoriedad de establecer relaciones de comercialización con los competidores no podría involucrar, de ninguna manera, la posibilidad de que éstos libremente y a su elección retransmitan ciertos contenidos audiovisuales, sobre todos aquellos de carácter exclusivo, que representan para nuestra empresa no solo procesos de largas negociaciones sino también altas inversiones.
105. Si bien ello resulta suficiente para descartar las solicitudes -ilegales- de los terceros interesados sobre la compartición de contenido exclusivo, consideramos pertinente evidenciar que: (i) los escritos de terceros parten de premisas equivocadas; (ii) la exclusividad de contenidos tiene

una justificación objetiva en este mercado y; (iii) otros actores se encuentran en posibilidad de también suscribir contratos de exclusividad sobre diversos contenidos, incluido, el fútbol. Veamos.

Los argumentos de los terceros interesados

106. La Asociación de Contribuyentes cita la experiencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones de México y la Oficina de Comunicaciones del Reino Unido – OFCOM para sustentar su pedido de compartición de contenidos audiovisuales.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la autoridad mexicana y la peruana (OSIPTTEL) cuentan con facultades legales distintas. En efecto, dentro de las competencias del Instituto Federal de Telecomunicaciones se encuentra la facultad de requerir la desincorporación de activos y otras medidas de similar nivel de intervención regulatoria. No obstante, ello no ocurre en el caso de OSIPTTEL, por lo que **la experiencia mexicana no resulta extrapolable al caso peruano.**

De otro lado, en lo referido a la obligación de *must offer* vinculada al contenido de canales deportivos ordenada por la OFCOM a la empresa Sky en el año 2010, debe tenerse presente que ésta **fue posteriormente derogada,** precisamente por la evolución del mercado.

Así, en noviembre del año 2015, OFCOM removió tal obligación en los siguientes términos³⁹:

“For the reasons set out in this statement, we consider that regulation of providers of key sports channels is not currently appropriate and we have therefore decided to remove the WMO [must offer] obligation from Sky.

(...)

We continue to consider that Sky could, in principle, have incentives to withhold supply of its key content, and to set prices which do not enable fair and effective competition, in order to protect its market position. However, on the basis of the available evidence we consider that Sky is not currently acting on these incentives.

(...)

Furthermore, and given the context of that wide supply, we have not identified that Sky is engaging in a practice of setting terms of supply which prejudice fair and effective competition. In particular, we consider that the evidence provided to us does not show that pay TV retailers are unable to compete effectively on the basis of Sky’s current wholesale pricing (outside of the WMO obligation) for access to its key content. In addition, with respect to Sky’s practice of requiring reciprocal supply of key content, whilst we consider there may be concerns in principle, it is not clear from the currently available evidence that these concerns would be borne out in practice.

In the December 2014 consultation we said that our initial view was that maintaining regulation on Sky might be appropriate to address the concern that Sky may have incentives to engage in practices prejudicial to fair and effective competition.

However, we also recognised that our assessment was dependent on a number of considerations and the pay TV sector was continuing to evolve. We therefore also

³⁹ Al respecto ver: https://www.ofcom.org.uk/data/assets/pdf_file/0022/76081/Review-of-the-pay-TV-wholesale-must-offer-obligation-.pdf

*consulted on removing the WMO obligation from Sky.
For the reasons set out in this document, we do not consider that it would be appropriate to impose regulation in relation to the supply of channels containing key sports content at this time. Whilst we recognise that there may be concerns in principle given Sky's strong position in the market, in practice the evidence shows that Sky is supplying widely and we do not consider that the available evidence shows that terms of this supply may be prejudicial to fair and effective competition."*

Al respecto, es relevante notar que la autoridad inglesa -que también cuenta con facultades distintas al OSIPTEL- toma su decisión basada en la evidencia de daño y no en meras especulaciones derivadas del poder de mercado de un determinado agente.

107. Por su parte, la firma "Diez Canseco – Competencia PI" también cita el pronunciamiento derogado de la OFCOM sin hacer mención del cambio de criterio suscitado el año 2015. De otro lado, esta firma alega la importancia del fútbol a nivel mundial y en países latinoamericanos, basándose en una publicación efectuada por el autor Diez Stella en el año 2007 y dos pronunciamientos de la Unión Europea del año 2001 y 2015.
108. Al respecto, Telefónica no niega la importancia que puede tener el fútbol y, es que, no es casual la magnitud de inversiones que nuestra empresa destina al desarrollo de este tipo de contenidos. Sin embargo, ello no significa que el fútbol nacional sea la razón que genera la contratación de nuestros servicios o que su atractivo genere una necesidad de compartición pues, como explicaremos en la siguiente sub-sección, los acuerdos de exclusividad precisamente permiten dar un mejor valor a este contenido tan valorado por el público.

Siendo ello así, y teniendo en consideración las competencias de OSIPTEL, la sola importancia de este tipo de contenidos no habilita un mandato de reventa en los términos solicitados.

109. Ahora bien, resulta pertinente revisar qué más ha dicho Diez Estella en la publicación citada por Diez Canseco – Competencia PI. Y es que, el autor no solo ha resaltado la importancia de este tipo de contenidos, sino que además ha señalado que los acuerdos de exclusividad se generan por la naturaleza del mercado de TV Paga sin que sean ilegales por sí mismos, tal como se aprecia a continuación:

"Como se ha señalado al definir este mercado, dicha exclusividad es en parte una necesidad del producto del que estamos hablando, ya que su carácter efímero hace que la audiencia sólo esté interesada en él durante el tiempo que dura el evento, y además quiere tener una cierta continuidad en el suministro, en el sentido de poder acceder no sólo a un partido o evento concreto sino a todos los de una competición o liga. Todo ello hace que la exclusividad sea una práctica habitual entre los grupos de comunicación o las cadenas de televisión que adquieren los derechos.

Por otro lado, y como es bien conocido, los acuerdos de exclusividad no son ilícitos por sí mismos sino que habrá que analizar cada uno en concreto y examinar su contenido y alcance. Sobre todo, y éste es el test principal, hay que determinar hasta qué punto puede suponer una barrera de entrada y originar un cierre (foreclosure) de mercado que impida el acceso a nuevos operadores."⁴⁰

⁴⁰ DIEZ ESTELLA, Fernando, "Los Derechos de Retransmisión de Partidos de Fútbol desde la Perspectiva Antitrust", Página 31.

110. De otro lado, en lo referido a los pronunciamientos citados por Diez Canseco – Competencia PI, es importante notar que:

- (i) La Decisión de la Comisión Europea de 19 de abril de 2001 en el caso de Retransmisiones UEFA, no sanciona la existencia de algún acuerdo de exclusividad sino que se limita a definir el mercado relevante para investigar las normas de la Unión Europea de Fútbol Asociación (UEFA) que regulan la difusión de partidos de fútbol, en particular, el “Reglamento de aplicación del artículo 47 de los Estatutos de la UEFA, edición de 2000”, que confería a las asociaciones nacionales de fútbol la posibilidad de bloquear un número muy limitado de horas durante las cuales no se puede retransmitir fútbol por televisión.

Siendo ello así, este pronunciamiento no resulta pertinente para sustentar un pedido de compartición.

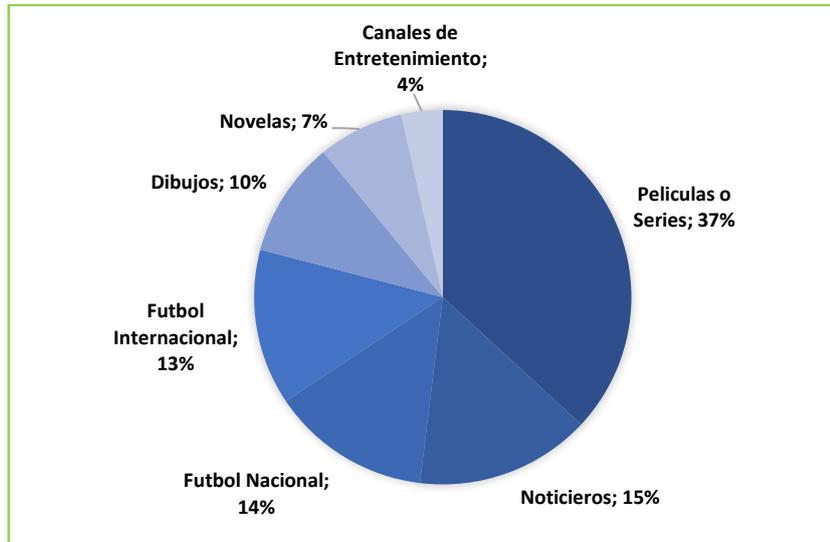
- (ii) La Resolución C/0612/14 de fecha 2 de abril de 2015 se dicta en el marco de una operación de concentración en la que, como es sabido por el OSIPTEL, en ese específico contexto regulatorio las autoridades cuentan con facultades legales para dictar diversos remedios de desinversión según las particularidades del caso. Sin embargo, en el presente caso no estamos en un procedimiento de ese tipo, ni las condiciones de mercado que pudieron existir en una determinada operación son extrapolables a otros contextos.

Ciertamente, como fue analizado por la OFCOM, la imposición de medidas -además de competencias legales - requiere de un análisis de necesidad caso por caso, el mismo que va variando en el tiempo. Evidentemente un mandato de compartición en el marco de una operación de fusión no genera sustento para emitir ordenes de este tipo en el marco de un procedimiento de determinación de Proveedor Importante.

111. Ahora bien, que el contenido de fútbol sea importante no significa que ello sea el factor determinante en la contratación de nuestros servicios. Y es que, contrariamente a lo que pretende sostener los terceros interesados, el fútbol (nacional o internacional) **no es el principal contenido que influye en la contratación del servicio de TV Paga**, situándose por debajo de los contenidos de “películas o series” y “noticias”.

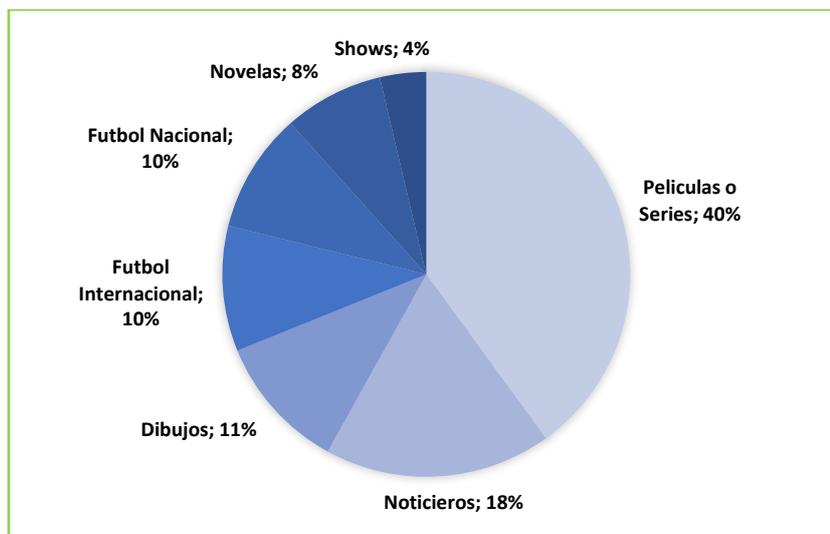
Además, es relevante notar que, de acuerdo con la encuesta ERESTEL, el fútbol nacional y el internacional cuentan con porcentajes similares de preferencia, los mismos que disminuyen una vez que se cuenta con el servicio en el hogar. Veamos:

Figura 2. Influencia de contenidos en la contratación de TV Paga (2018)



Elaboración propia.
Fuente: ERESTEL (2018).

Figura 3. Influencia de contenidos en el hogar que cuenta con TV Paga (2018)



Elaboración propia.
Fuente: ERESTEL (2018).

112. En ese sentido, la existencia de contenidos exclusivos por la adquisición de derechos de transmisión del fútbol, con la finalidad de diferenciar la oferta comercial, a diferencia de lo que sostenido por la firma Diez Canseco – Competencia y PI, no incrementa los costos de cambio de los usuarios, ello debido a que el fútbol (nacional o internacional) **no es un contenido lo suficientemente influyente ni para la contratación del servicio de TV Paga ni para la permanencia en el mismo, según información de ERESTEL** (2018).
113. Habiendo demostrado que los escritos de los terceros interesados parten de premisas equivocadas, consideramos pertinente explicar la justificación de la contratación de servicios en exclusividad.

La justificación detrás de la exclusividad de contenidos y su replicabilidad

114. En el mercado de TV Paga el principal factor diferenciador es el contenido de los canales ofrecidos. Al respecto, el Informe No. 76-GPRC/2016 sostiene lo siguiente:

*“Para las empresas con presencia nacional la principal herramienta para competir en el mercado de TV Paga sería la diferenciación de su servicio a través de la oferta de contenidos audiovisuales exclusivos y de la generación de nuevos servicios (...)”.*⁴¹

115. Por otro lado, la producción y creación de contenido implica una alta capacidad financiera y asumir altos riesgos por parte de las empresas que lo desarrollan. En ese sentido, los acuerdos de exclusividad se sustentan en la necesidad de diferenciación y las fuertes inversiones que la creación de estos contenidos únicos demanda.

Y es que, ningún agente económico está dispuesto a invertir en la creación de un producto de alta calidad que capte la atención de los consumidores si luego sus competidores pueden tomar ventaja de tales inversiones. Así, los acuerdos de exclusividad surgen para evitar el fenómeno de *free rider* y son necesarios en este mercado más que en cualquier otro pues la principal herramienta de competencia es la diferenciación de contenidos.

116. Este razonamiento ha sido plenamente avalado por la autoridad de competencia precisamente en un caso en el que se discutió la existencia de acuerdos de exclusividad sobre contenidos audiovisuales. En efecto, en el marco de la denuncia presentada por la empresa Tele Cable S.A. contra las empresas Fox Latin American Channel Inc. y Turner Broadcasting System Latin America Inc., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de acuerdos verticales de exclusividad y negativa a conceder licencias de propiedad intelectual, el INDECOPI señaló lo siguiente:

“Tomando en consideración que los contratos de exclusividad pueden tener un doble efecto; de un lado pueden incrementar el bienestar de los consumidores a consecuencia de las eficiencias que se podrían derivar de dichos convenios, tal como la eliminación del problema del free rider, incentivando las actividades promocionales o las inversiones en publicidad; mientras que por otro lado los contratos de exclusividad pueden también generar un efecto negativo limitando o excluyendo a competidores de las fuentes de aprovisionamiento o insumos, lo que conllevaría a una reducción del nivel de competencia y por consiguiente una pérdida del bienestar para los consumidores.

Reconociendo esta ambigüedad en los efectos que se podrían derivar de los convenios de exclusividad sobre el bienestar de los consumidores, el análisis de esta práctica deberá realizarse bajo la “regla de la razón”. En tal sentido, deberá determinarse si los efectos positivos predominan sobre los negativos o viceversa; y en tanto el efecto final neto sobre los consumidores sea positivo, dichos convenios no deberían ser prohibidos. Así las cosas, esta Comisión analizó los posibles beneficios positivos que se podrían haber generado de la exclusividad; y los contrastó con los efectos negativos productos de los mismos”

(Resolución No. 005 -2003-INDECOPI/CLC⁴², Fundamentos No. 44 y 45).

⁴¹ Ver página 47.

⁴² Al respecto ver: <https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/Resol005-2003.pdf>

117. En la misma línea, el numeral 23 del Informe No. 002-2003-INDECOPI/CLC -emitido en el marco de la decisión citada en el párrafo anterior- precisa que: *“los acuerdos de distribución exclusiva también pueden tener por efecto eliminar la posibilidad que un distribuidor aproveche las inversiones realizadas por otro distribuidor; por ejemplo, en lo referido al marketing y publicidad de los productos. Dicho comportamiento, conocido como “free-riding”, podría desincentivar la inversión de algunos distribuidores toda vez que los beneficios de dicha inversión son aprovechados por sus competidores”*

118. En efecto, en la medida que exista un esfuerzo de creación que además genere beneficios a los consumidores -ya que pueden disfrutar de tales contenidos- resulta justificable establecer acuerdos de exclusividad. Como bien señala el INDECOPI es esperable que pueda existir cierto impacto en los competidores, pero ello es contrapuesto con los efectos positivos que genera en el mercado (regla de la razón).

Así, en la medida que la exclusividad incentiva inversiones en producción e innovación que luego son trasladadas a los consumidores, cualquier afectación que se pueda generar a los competidores -por la captación de abonados- se deriva de las propias eficiencias del operador. En tal sentido, la menor captación de clientela que puede sufrir un competidor constituye un daño concurrencial lícito.

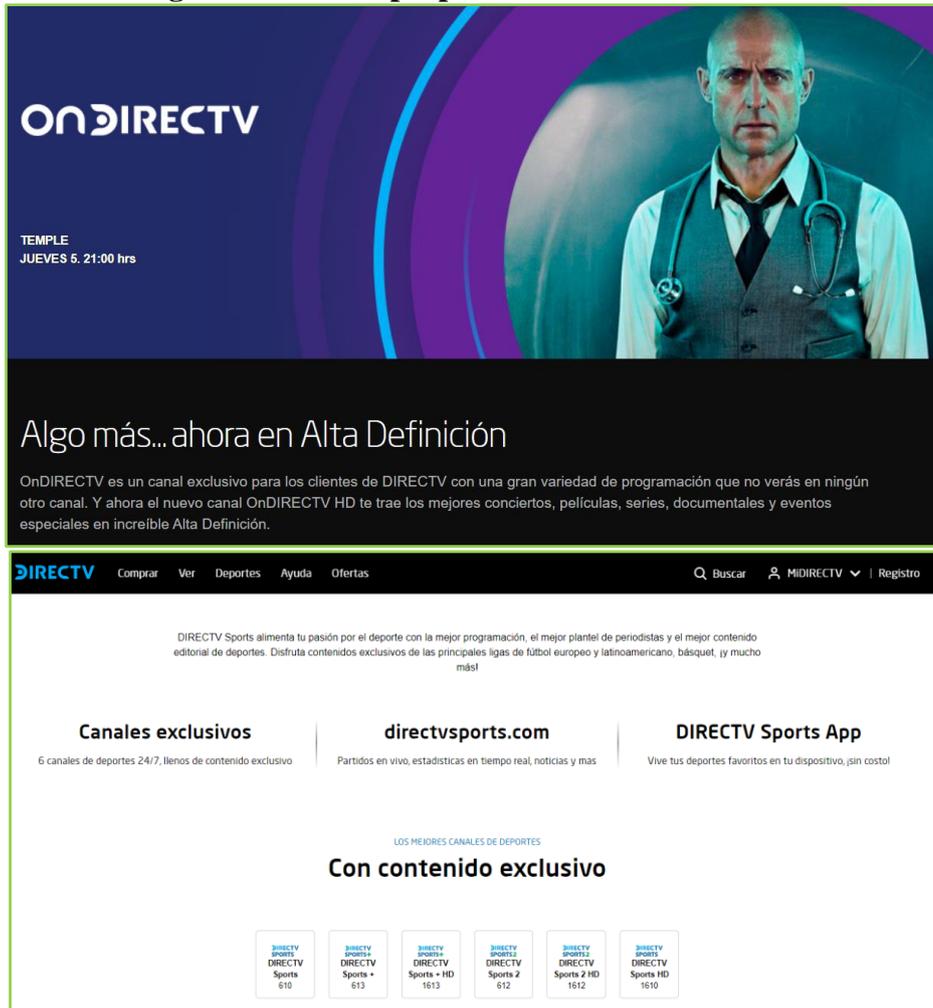
119. Ello no solo ha sido reconocido por el INDECOPI, sino también, por ejemplo, por el Tribunal de Justicia Europeo. Ciertamente, mediante sentencia de fecha 4 de octubre de 2011 en el caso "FAPL y otros vs. QC Leisure y otros" dicho cuerpo colegiado se refiere a la explotación de derechos de exclusividad en los siguientes términos considerando el caso de la Premier Ligue:

“Cuando un licitador se hace con un paquete de derechos de transmisión en directo de los partidos de la «Premier League» para una zona, se le concede el derecho exclusivo de emitirlos en directo en esa zona. Esto es necesario, según FAPL, para obtener el valor comercial óptimo de la totalidad de tales derechos, estando dispuestos los organismos de radiodifusión a pagar un suplemento por adquirir dicha exclusividad, dado que ésta les permite diferenciar sus servicios de los prestados por sus competidores e incrementar de este modo su capacidad de generar ingresos”. (páginas 28 - 29).

120. Así las cosas, la exclusividad de contenidos es un estado natural y deseable en el mercado de TV Paga para dinamizar la competencia e incentivar la innovación en los productos a fin de captar una mayor planta de clientes. Este esquema no supone una afectación a terceros, pues los operadores de TV Paga pueden comprar contenidos (mediante licitaciones) y también pueden encargar a terceros la producción de contenidos. Sobre este punto, es importante tener en cuenta que al igual que otros competidores en el mercado TV Paga, nuestra empresa accede a algunos de estos contenidos audiovisuales mediante la participación de licitaciones.

121. Es por ello que, no se trata de una “barrera estratégica” propia de Telefónica, sino que es una conducta habitual en el Mercado No. 35. En efecto, en el mercado de TV Paga en el Perú, los tres (3) operadores más grandes cuentan con canales propios, lo que muestra su importancia para la competencia y el objetivo de diferenciar su oferta en el mercado:

Figura 4. Canales propio exclusivo de DIRECTV



Fuente: Página WEB DIRECTV (<https://www.directv.com.pe/>)

Figura 5. Canales propios exclusivos de CLARO



Fuente: Página WEB CLARO (<https://www.claro.com.pe/personas/>)

Figura 6. Canales propios exclusivos de TELEFÓNICA



Fuente: Página WEB TELEFÓNICA (<https://www.movistar.com.pe/>)

122. La mayoría de los canales propios exclusivos de los operadores de TV Paga se producen a partir de contenido replicable por todos. Por ejemplo, 6 de los 7 canales propios de Telefónica se producen en base a contenido común y replicable por todos los operadores de TV paga, en tanto son canales con contenido general de deportes, entretenimiento, noticias, música. Además, los canales propios exclusivos son un número reducido de canales dentro del paquete total de canales que se brinda en los servicios de TV Paga, siendo que dichos canales se encuentran en todos los planes ofertados.
123. Ahora bien, en lo referido al fútbol nacional, cabe recordar que genera igual demanda que el fútbol internacional, cuya exclusividad la tiene DirecTV. Y es que, tal como se refleja en las encuestas de ERESTEL citadas en la subsección previa, al momento de la contratación el fútbol nacional influencia el 14%, mientras que el fútbol internacional el 13%. Una vez contratado el servicio, ambos contenidos constituyen el 10% de influencia.
- Ello refleja que todos los contenidos, incluido el fútbol nacional, son sustituibles por los competidores. Lo que sucede es que no todos los competidores están dispuestos a hacer las mismas inversiones por obtener determinados contenidos y es por eso que ahora acuden a OSIPTEL a solicitar mandatos de reventa que exceden los límites legales. Veamos.
124. Lo primero a tener en cuenta es que los acuerdos de adquisición de los derechos de transmisión de los partidos de fútbol son negociados de forma libre con los clubes de fútbol, las asociaciones o las federaciones que administran los campeonatos o, a partir de algún concurso o subasta de los mismos. Respecto a ello, en el Perú no ha existido ninguna restricción o impedimento para que cualquier operador de TV Paga negocie y adquiera los derechos de transmisión de los partidos de los equipos del fútbol local.
125. Siendo ello así, no se trata de una “barrera estratégica” impuesta por Telefónica para afectar a sus competidores. Telefónica obtiene la exclusividad por el nivel de inversiones que realiza para acceder a tal contenido y que otros operadores no están dispuestos a hacer.
126. Ahora bien, tan competitivo es este mercado que otros operadores también han podido acceder a la exclusividad de los partidos de fútbol de la liga nacional. En efecto, en el 2009, DirecTV adquirió en exclusiva la titularidad de los derechos de transmisión de cinco (5) equipos del campeonato local; sin embargo, en el 2011 dicho operador de TV Paga **renunció a los mismos y los cedió a un canal de señal abierta (canal ATV).**

De manera posterior a estos eventos, DirecTV no ha mostrado interés en la adquisición de los derechos de transmisión de los partidos de los equipos del fútbol local, siendo que la estrategia de comercialización y diferenciación de su servicio de TV Paga se basa en ofrecer otros contenidos exclusivos, a partir de la adquisición de los derechos de transmisión total o parcial de campeonatos internacionales de fútbol⁴³.

127. La obtención de contenido de forma exclusiva a partir de la adquisición de los derechos de transmisión, por ejemplo, de los partidos de fútbol o campeonatos, es una práctica común y eficiente, siendo esta la regla general a nivel nacional e internacional. Al respecto, debe notarse que este tipo de acuerdos no solo genera beneficios para los operadores de TV Paga que puede difundir este contenido en exclusiva, sino también para los titulares de los derechos. En el caso del fútbol nacional: los clubes.

Producir la retransmisión de partidos de fútbol genera una fuerte logística que demanda altas inversiones. Si Telefónica o cualquier otro operador sabe que no podrá ofrecer ese contenido, no tendrá los incentivos para efectuar tal nivel de inversiones y, por ende, no estará dispuesto a pagar altas sumas por su adquisición o simplemente no accederá a ellos si los retornos no lo compensan.

Esta situación se replicaría en cada uno de los operadores que sabe que puede acceder a estos contenidos, pero sin exclusividad. Ello genera un impacto directo en los clubes quienes verán disminuidos sus ingresos. A su vez, eso impacta en la calidad de los partidos y, consecuentemente, en las preferencias de los consumidores.

128. Ciertamente, esto es lo que ha ocurrido antes de que Telefónica genere fuertes inversiones en el licenciamiento y producción de este tipo de contenidos. Así, la suscripción de acuerdos de exclusividad permitió el crecimiento y posicionamiento de los clubes nacionales, que contaron con mayores recursos para destinarlos al mejoramiento de la calidad de sus respectivos equipos.
129. Siendo ello así, una decisión de compartición o reventa de contenidos, al margen de las ilegalidades antes anotadas, terminan afectando a terceros que ni siquiera son parte de este procedimiento: los productores de contenidos, pero, sobre todo, la Federación Peruana de Fútbol.
130. Por tanto, los altos costos involucrados en la producción y licenciamiento de contenido, así como los efectos negativos que implicaría desconocer los acuerdos de exclusividad suscritos entre los titulares de los derechos y los operadores de telecomunicaciones, permite justificar la existencia de estos acuerdos con el propósito de generar una oferta diferenciada⁴⁴ y satisfacer con ello los intereses de los consumidores.
131. En consecuencia, ni el empaquetamiento, ni la exclusividad de contenidos constituyen “barreras estratégicas” en los términos descritos. Se tratan de prácticas comerciales; (i) permitidas por la legislación; (ii) sustentadas en razones objetivas tales como eficiencias e inversiones; (iii) que generan beneficios al mercado trasladables a los usuarios finales (descuentos, mayor innovación, diversas alternativas de contratación, etc.); (iv) que son perfectamente replicables por terceros, siendo que en el caso del fútbol nacional otras empresas

⁴³ DIRECTV cuenta, entre otros derechos de transmisión de fútbol, con el 50% de exclusividad de la Liga Española, 60% de exclusividad de la Liga Francesa, 100% de la Copa Sudamericana y Derechos del mundial de fútbol.

⁴⁴ OSIPTEL concluye lo siguiente: “Para las empresas con presencia nacional la principal herramienta para competir en el mercado de TV Paga sería la diferenciación de su servicio a través de la oferta de contenidos audiovisuales exclusivos y de la generación de nuevos servicios (...)”. Al respecto ver página 47 del informe No. 76-GPRC/2016.

como DirecTV han accedido en exclusividad; y, (v) que involucran a terceros actores ajenos al Mercado de TV Paga, como son los productores de contenido, los clubes de fútbol y, en general, la Federación Peruana de Fútbol.

Crecimiento del mercado minorista Tv Paga

132. La inexistencia de “barreras estratégicas” se ve reflejada en el crecimiento del mercado minorista de TV Paga. Ciertamente, la tendencia ha demostrado la reducción de la participación de Telefónica mientras que otros operadores han ido ganando cuotas de mercado.
133. Como se puede observar en los siguientes cuadros, elaborados en base a la información de conexiones por operador en las 10 regiones en las que se ha propuesto que Telefónica sea Proveedor Importante, DirecTV, siendo el segundo operador con mayor participación en el mercado de TV Paga formal, ha incrementado su cuota de mercado en el tiempo, mientras Telefónica ha perdido cuota o la mantiene:

ÁNCASH	2015	2019	Incremento % Participación	Tasa de crecimiento conexiones (2019/2015)
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	11%	7%	-4%	-39%
ASOCIACIÓN DE CABLEVISIÓN SAN JACINTO	3%	4%	1%	36%
BEST CABLE PERÚ S.A.C.	0%	2%	2%	Info. No disponible 2015
CATV SYSTEMS E.I.R.L.	2%	0%	-2%	-100%
DIRECTV PERÚ S.R.L.	7%	19%	12%	166%
DKR VISION S.R.L.	7%	9%	2%	29%
HUASCARÁN TELECOM S.A.C.	10%	10%	-1%	-7%
LEYDI VISIÓN E.I.R.L.	5%	0%	-5%	-100%
TELECOMUNICACIONES FUTURO GROUP S.R.L.	6%	0%	-6%	-100%
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	49%	50%	1%	0%

AREQUIPA	2015	2019	Incremento % Participación	Tasa de crecimiento 2019/2015
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	12%	10%	-2%	-7%
DIRECTV PERÚ S.R.L.	16%	21%	4%	38%
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	71%	69%	-3%	5%

CUSCO	2015	2019	Incremento % Participación	Tasa de crecimiento 2019/2015
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	9%	6%	-3%	-2%
DIRECTV PERÚ S.R.L.	23%	29%	6%	80%
ECONOCABLE S.A.C.	0%	3%	3%	Info. No disponible 2015
FIBRATel PERÚ E.I.R.L.	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015
FRANCISCO HUGO MENA TIPTO	0%	1%	1%	Info. No disponible 2015
GPON NETWORKS S.A.C.	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015
INTI SAT TELECOM S.R.L.	2%	2%	0%	62%
INVERGEN S.A.C.	1%	0%	-1%	-100%
OPTICOM S.A.C.	1%	1%	0%	41%
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	64%	57%	-7%	27%

ICA	2015	2019	Incremento % Participación	Tasa de crecimiento 2019/2015
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	11%	6%	-5%	-45%
CABLE SUR TELECOMUNICACIONES S.A.C.	4%	3%	-1%	-16%
DIRECTV PERÚ S.R.L.	27%	32%	5%	24%
EMPRESA DE TV Y RADIODIFUSIÓN BAHÍA E.I.R.L.	6%	0%	-6%	-100%
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	50%	58%	8%	22%
TV SAT KABEL S.R.L.	1%	0%	-1%	-99%

JUNÍN	2015	2019	Incremento % Participación	Tasa de crecimiento 2019/2015
A & P SERVITEL S.A.C.	0%	1%	0%	79%
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	11%	4%	-7%	-55%
CABLE VISIÓN HUÁNUCO E.I.R.L.	2%	0%	-2%	-100%
CORPORACION T& E S.R.L.	0%	0%	0%	-100%
DIRECTV PERÚ S.R.L.	22%	31%	8%	61%
ELVIS CIRINEO LEÓN MONTERO	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015
HUANUCO TELECOM S.A.C.	0%	4%	4%	Info. No disponible 2015
INTERCONEXIÓN TV E.I.R.L.	0%	2%	2%	Info. No disponible 2015
JHON ANDERSON PEÑALOZA QUINTANILLA	2%	3%	1%	104%
MULTISERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SATELITAL E.I.R.L.	0%	0%	0%	-100%
RED INTERCABLE PERÚ SAC	8%	0%	-8%	-100%
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	52%	53%	1%	19%
TELEVISIÓN MINERA S.R.L.	1%	1%	0%	0%
TELEVISIÓN SATELITAL CONCEPCIÓN S.R.L.	1%	2%	0%	52%

LA LIBERTAD	2015	2019	Incremento % Participación	Tasa de crecimiento 2019/2015
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	20%	15%	-6%	-20%
CABLE PREMIUM TV S.R.L.	1%	1%	0%	2%
CABLE VISIÓN CHEPÉN S.A.C.	1%	0%	-1%	-100%
CABLE VISIÓN DEL CENTRO SRL	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015
CABLE VISIÓN DEL NORTE SAC.	0%	0%	0%	-100%
CHAVEZ SUING ROLANDO AZEN	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015
COMUNICACIONES J&F CABLE TV S.A.C.	7%	8%	0%	13%
CONEXIÓN ACTIVA S.R.L.	1%	0%	0%	9%
DIRECTV PERÚ S.R.L.	8%	19%	10%	149%
HECTOR ANGEL BOBADILLA SABOGAL	0%	0%	0%	-100%
MARIO LUIS CUBAS YGLESIAS	0%	0%	0%	28%
PLANET CABLE S.A.C.	1%	1%	0%	-7%
REDES MULTIMEDIA PERÚ S.A.C.	1%	2%	1%	84%
SILVIA ELIZABETH GANOZA SAM	0%	0%	0%	-18%
TELECABLE IMPACTO TV S.R.L.	1%	0%	0%	-18%
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	57%	54%	-3%	5%
TERESA NATIVIDAD BAUTISTA BENITES	0%	0%	0%	-100%

LAMBAYEQUE	2015	2019	Incremento % Participación	Tasa de crecimiento 2019/2015
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	15%	15%	0%	23%
CABLE VISIÓN DEL NORTE SAC.	0%	0%	0%	-100%
CABLENORTV S.A.C.	2%	1%	-1%	-47%
CATV SYSTEMS E.I.R.L.	7%	0%	-7%	-100%
COMUNICACIONES J&F CABLE TV S.A.C.	1%	2%	2%	216%
DIRECTV PERÚ S.R.L.	6%	15%	8%	174%
EMPRESA RADIODIFUSORA SAN JUAN E.I.R.L.	0%	0%	0%	-34%
HOMETV S.A.C.	4%	2%	-1%	-28%
INVERSIONES MOTUX S.A.C.	0%	1%	1%	Info. No disponible 2015
NORTH TELECOM S.A.C.	0%	5%	5%	Info. No disponible 2015
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	64%	58%	-6%	10%

LIMA Y CALLAO	2015	2019	Incremento % Participación	Tasa de crecimiento 2019/2015
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	11%	9%	-2%	-10%
BEST CABLE PERÚ S.A.C.	0%	3%	3%	Info. No disponible 2015
CABLE MAX S.A.C.	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015
CATV SYSTEMS E.I.R.L.	4%	0%	-4%	-100%
CATV. FULL IMAGEN S.A.C.	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015
DANTE DANIEL DE LA CRUZ CASTRO	0%	0%	0%	-23%
DEMETRIO RIGOBERTO PICÓN ACOSTA	0%	0%	0%	-100%
DIGITAL FIBER SERVICES S.A.C.	0%	0%	0%	-100%
DIRECTV PERÚ S.R.L.	9%	11%	2%	41%
ECONOCABLE MEDIA S.A.C.	0%	1%	1%	Info. No disponible 2015
GIGA & MEGA PLUS TV S.A.C.	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015
JUAN DANIEL CHAVARRIA COTRINA	0%	0%	0%	-7%
KTV CABLE S.A.C.	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015
MAGRO Y CARDENAS VISTA TV E.I.R.L.	0%	0%	0%	2%
MULTISERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES SATELITAL E.I.R.L.	0%	0%	0%	-17%
SEÑAL DIGITAL LATINA S.A.C.	0%	0%	0%	-94%
SISTEMA DE FIBRA OPTICA Y TELECOMUNICACIONES S.A.C.	0%	0%	0%	25%
TELECOMUNICACIONES MARINO E.I.R.L.	0%	0%	0%	9%
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	75%	74%	-1%	11%
TV CABLE DEL NORTE S.R.L.	0%	0%	0%	-100%
VIP CHANNEL S.A.C.	0%	0%	0%	1%
VOZ Y TELEVISION S.A.C.	0%	0%	0%	-14%
WG COMUNICACIONES DIGITALES S.A.C.	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015
WINNER SYSTEMS S.A.C.	0%	0%	0%	Info. No disponible 2015

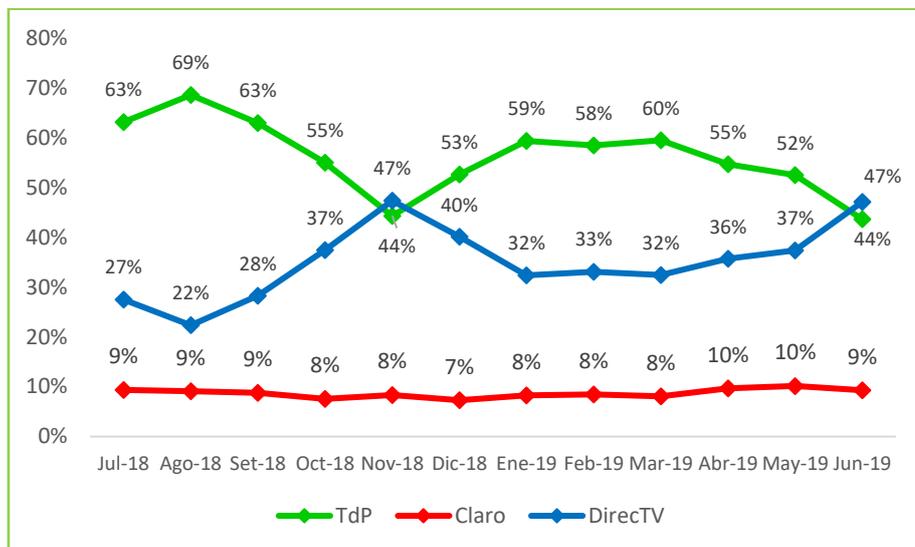
MOQUEGUA	2015	2019	Incremento % Participación	Tasa de crecimiento 2019/2015
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	21%	10%	-11%	-46%
DIRECTV PERÚ S.R.L.	26%	33%	8%	52%
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	53%	57%	4%	25%

TACNA	2015	2019	Incremento % Participación	Tasa de crecimiento 2019/2015
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	20%	17%	-3%	-14%
DIRECTV PERÚ S.R.L.	13%	21%	8%	62%
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	67%	62%	-6%	-9%

Elaboración propia.
Fuente: OSIPTEL.

134. De lo anterior se desprende que, DirecTV es principalmente el operador que más crece en cuota de mercado y el que tiene mayor crecimiento en el número de conexiones entre el 2015 y 2019 en el mercado de TV Paga formal. El crecimiento de los competidores demuestra que en el mercado de TV Paga formal no existe ninguna limitación para la competencia y el crecimiento de los operadores en ninguno de los mercados regionales.
135. Además, DirecTV es el operador en el mercado de TV Paga que cuenta con una tendencia de crecimiento en su participación en las altas que acceden al servicio, como se puede apreciar en la siguiente figura:

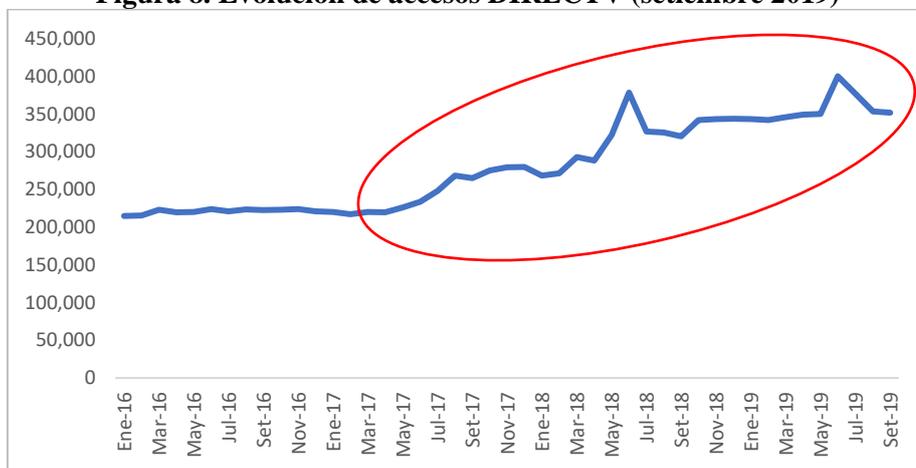
Figura 7. Flow Share de altas (% participación en altas del servicio de TV Paga)



Elaboración propia.
Fuente: OSIPTEL.

136. Asimismo, al analizar la evolución del número de accesos de TV Paga de DIRECTV, podemos evidenciar que los mismos se han venido incrementando sustancialmente desde inicios del 2017, estableciéndose una importante tendencia positiva de crecimiento, como se puede observar en la siguiente figura:

Figura 8. Evolución de accesos DIRECTV (setiembre 2019)

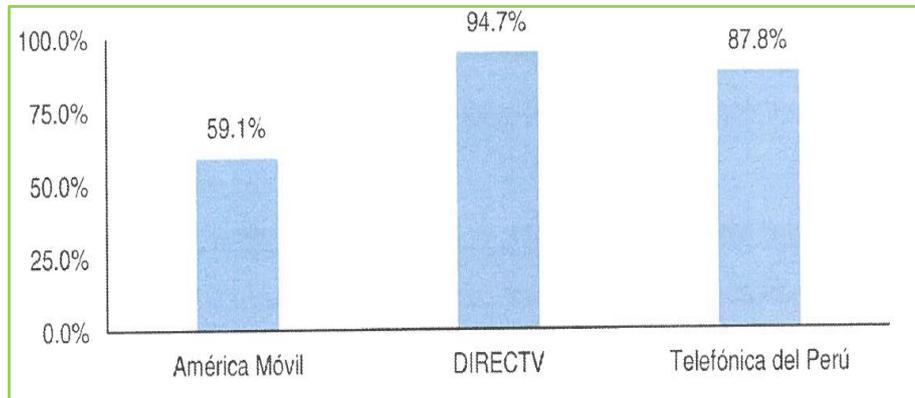


Elaboración propia.
Fuente: OSIPTEL.

137. En este caso, DirecTV, al prestar el servicio de TV Paga soportado en redes inalámbricas mediante la modalidad satelital tiene un atributo muy importante para el acceso al servicio: cobertura a nivel nacional. Ello, a diferencia de la limitada cobertura con la que cuenta el servicio TV Paga prestada mediante tecnología alámbrica (CATV), debido a la necesidad de desplegar redes físicas.

Como se puede observar en la siguiente figura, DirecTV cuenta con cobertura promedio⁴⁵ en el 94.7% de distritos a nivel nacional.

Figura 9. Cobertura estimada (TV Paga DTH) por distritos (junio 2019)



Fuente: Informe No. 148-GPRC/2019

138. La cobertura nacional y la innovación en la comercialización de su servicio TV Paga a través de la modalidad prepago han generado un crecimiento importante del número de accesos de DIRECTV, lo que demuestra que la dinámica de competencia existente no viene restringiendo o limitando el crecimiento de los operadores en el mercado formal.
139. Más aún, desde hace algún tiempo, DirecTV ha modificado su oferta comercial incluyendo una modalidad adicional de contratación de su servicio de TV Paga tradicional a través su servicio OTT de Video denominado “DIRECTV GO”. Este servicio OTT de Video puede ser independiente y sustituir su servicio de TV Paga tradicional:

Figura 10. Oferta comercial de DirecTV



Fuente: Página WEB DIRECTV (<https://www.directv.com.pe/comprar/directvgo>)

140. Adicionalmente, el dinamismo de competencia existente en el mercado de TV Paga ha generado incentivos a la innovación en la prestación de los servicios, estableciéndose nuevos modelos de negocios como la alianza existente entre DirecTV y WIN, operador que brinda el servicio de Internet fijo, la cual permite que de manera exclusiva los clientes de este último contraten el servicio DIRECTV GO de DIRECTV y obtengan un descuento de 30% por un (1) año:

⁴⁵ Según el Informe No. 148-GPRC/2019, el indicador se construyó suponiendo que un distrito con cobertura es aquel distrito que cuenta con al menos una conexión en servicio.

Figura 11. Oferta comercial de WIN



Fuente: Página WEB WIN (<https://win.pe/directvgo>)

141. De la revisión de la página web de WIN⁴⁶, se advierte que al obtener los servicios de Internet de dicho operador, el usuario podrá llevarse un 30% de descuento en tu plan de DIRECTV GO por un año, sujetando el descuento a la adquisición de ambos servicios a la vez. Es decir, **se establece es una figura de empaquetamiento de servicios de doble oferta**, más aún cuando WIN se describe como **el único operador que tiene una alianza exclusiva** con DirecTV en el Perú.
142. Así las cosas, no extrañan las declaraciones remitidas por DirecTV y América Móvil en el marco de la propuesta de modificación de la normativa relativa a decodificadores. Como se aprecia, al 2018, ambos operadores aseguran la existencia presión competitiva en el mercado de TV Paga:

COMENTARIOS GENERALES AL PROYECTO		
TEMA COMENTADO: EL MERCADO DE TELEVISIÓN DE PAGA ES UN MERCADO EN COMPETENCIA POR LO CUAL NO ES NECESARIO REGULAR.		
COMENTARIOS RECIBIDOS		
Comentarios recibidos	América Móvil	El mercado de TV Paga es un mercado en abierta competencia, lo cual se desprende del mismo Informe que sustenta el Proyecto, evidenciándose, además, el dinamismo que dicho mercado ha propiciado el ingreso de más empresas operadoras y el crecimiento de usuarios que disfrutan de dicho servicio.
	DIRECTV	Según la propia información del OSIPTEL, es posible observar que el mercado de TV de Paga es competitivo. Dicha información muestra que el desempeño dinámico del mercado en el tiempo ha generado el ingreso de más operadores y variabilidad en las participaciones de los agentes. Además, no se ha identificado la presencia de operadores dominantes ni se ha considerado el efecto que los operadores informales generan en la dinámica competitiva del mercado. Tampoco se ha sustentado con evidencia la existencia de costos de cambio para los usuarios, asociados a la compra de los decodificadores.

⁴⁶ Al respecto, ver: <https://win.pe/directvgo>

143. De otro lado, es importante mencionar que el mercado formal de TV Paga ha crecido 95.5% a nivel de operadores⁴⁷, sobre todo a nivel regional, siendo que la importante demanda potencial por servicios formales de entretenimiento, como la TV Paga y los OTTs de Video, existente ha permitido la aparición de nuevos agentes en el mercado. La demanda potencial puede ser evidenciada a partir de los altos niveles de accesos informales de TV Paga por región:

**Figura 12. Niveles de INFORMALIDAD en el mercado de TV Paga por región
(setiembre 2019)**

Región	% Mercado INFORMAL
AMAZONAS	81%
ÁNCASH	60%
APURÍMAC	14%
AREQUIPA	43%
AYACUCHO	29%
CAJAMARCA	47%
CUSCO	23%
HUANCAVELICA	73%
HUÁNUCO	70%
ICA	63%
JUNÍN	43%
LA LIBERTAD	43%
LAMBAYEQUE	37%
LIMA y CALLAO	36%
LORETO	71%
MADRE DE DIOS	37%
MOQUEGUA	68%
PASCO	81%
PIURA	63%
PUNO	54%
SAN MARTÍN	91%
TACNA	13%
TUMBES	63%
UCAYALI	57%
TOTAL	46%

Elaboración propia.
Fuente: OSIPTEL, ENAHO (setiembre 2019).

⁴⁷ Ello se aprecia del crecimiento de operadores con presencia regional que, según estadísticas de OSIPTEL, evolucionó de 44 operadores en diciembre de 2014 a 86 operadores en junio de 2019.

144. Además, esos nuevos agentes en el mercado están utilizando estrategias de empaquetamiento en la comercialización del servicio de TV Paga, a fin de captar mayor parte de dicha demanda potencial, lo que ha sido evidenciado por OSIPTEL en el Informe No. 76-GPRC/2016, a partir de información recopilada por sus Oficinas Desconcentradas, donde identificó que diversos operadores de TV Paga, que además no venían reportándole información, prestaban el servicio monoproducto y también ofrecían dúos de TV Paga + Internet:

Figura 13. Oferta comercial de empresas de TV Paga que no reportan información a OSIPTEL



Fuente: Informe No. 76-GPRC/2016.

145. Lo señalado evidencia que los operadores de TV Paga tradicional están ajustando la prestación de sus servicios a la tendencia convergente y al entorno competitivo, lo que muestra que el mercado de TV Paga cuenta con una importante dinámica de competencia que no genera ninguna limitación tanto para la innovación y el desarrollo de nuevos modelos de negocio como para el crecimiento de los operadores.
146. En definitiva, se evidencia una evolución positiva del mercado de TV Paga con una constante presión competitiva que ha generado la innovación en contenidos y ofertas comerciales. En ese sentido, la falla de mercado de justificaría la intervención regulatoria de OSIPTEL **no existe**.
147. Considerado lo anterior, solicitamos al regulador desestimar los comentarios de los terceros y reformular la propuesta de determinación de Proveedor Importante contenida en el Informe No. 128-GPRC/2019, optando por tanto por la **ALTERNATIVA 1: NO INTERVENIR EN EL MERCADO**. De lo contrario, la decisión administrativa que se emita sería una decisión contraria al Principio de Subsidiariedad y evidenciarán una flagrante vulneración a las reglas de competencia y ejercicio legítimo del poder establecidas por el ordenamiento jurídico.

Finalmente, por medio de la presente solicitamos se nos conceda una audiencia con el Consejo Directivo de OSIPTEL, en la que, de manera previa a la aprobación de la Resolución final, podamos detallar los aspectos más relevantes de nuestros comentarios en el presente procedimiento de determinación de Proveedor Importante en el Mercado No. 35.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping, fluid strokes that form a stylized, elongated shape.

Representante Legal
Telefónica del Perú S.A.A