

EL “DEBER DE TRANSMITIR SEÑALES” EN EL MERCADO DE TELEVISIÓN POR CABLE ¿PROMOVIENDO LA COMPETENCIA O EL FREE-RIDING?

MARIO ZUÑIGA*

Resumen

El presente artículo tiene por objeto analizar críticamente tres proyectos de Ley en virtud de los cuales se pretendía imponer a los operadores del servicio de cable la obligación de transmitir las señales de los operadores locales de radiodifusión por televisión (canales de señal abierta). Esto es lo que se conoce en ciertos ámbitos como “must-carry obligations” o el “deber de transmitir señales”. El presente artículo trata de demostrar que la regla propuesta por las referidas iniciativas es totalmente innecesaria e irrazonable, dado que antes de fomentar la competencia en los mercados involucrados podría atentar contra ella generando perniciosos efectos de free-riding. Incluso asumiendo que la imposición de dicha obligación fuera socialmente beneficiosa, afirmamos que los proyectos de ley analizados la regulan de manera sumamente deficiente. Con dicha finalidad repasaremos brevemente la historia del servicio de cable, así como las principales características del mercado de cable; explicaremos también, de manera breve, la importancia que una adecuada protección del derecho de propiedad tiene en el mercado. Posteriormente, explicaremos la racionalidad de las reglas “must-carry” y analizaremos críticamente los proyectos de ley materia del presente comentario.

INTRODUCCIÓN

Si usted es usuario del servicio de distribución de radiodifusión por cable (en adelante, el “servicio de cable”) probablemente sea consciente de que el proveedor de dicho servicio escoge libremente los canales que ofrece a sus consumidores. Así, es probable que además haya recibido alguna notificación escrita o vía avisos

♦ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador del Instituto Libertad y Democracia (ILD). Ex - Asistente Legal de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi.

publicitarios respecto de modificaciones a la “parrilla de canales”¹ de su operador de cable. En condiciones normales, esto es, en condiciones de competencia, el mercado debería conducir a que el prestador del servicio en cuestión escoja los canales que transmite, en función a las preferencias de sus consumidores, con la finalidad de atraer la mayor cantidad posible de suscriptores. Así, la regla según la cual los proveedores del servicio de cable pueden escoger libremente los canales que ofrecen puede considerarse socialmente beneficiosa.

No obstante lo anterior, ha existido más de una iniciativa legislativa en virtud de la cual se pretendía imponer a los operadores del servicio de cable la obligación de transmitir las señales de los operadores locales de radiodifusión por televisión (canales de señal abierta). Esto es lo que se conoce en ciertos ámbitos como “*must-carry obligations*” o el “deber de transmitir señales”.

En el presente artículo trataremos de demostrar que la regla propuesta no sólo es innecesaria e irrazonable, sino incluso inconstitucional (al restringir desproporcionadamente el derecho de propiedad, constitucionalmente consagrado), dado que: (i) el hecho de que las empresas prestadoras del servicio de cable no incluyan en su parrilla de canales a todos los canales de señal abierta no necesariamente restringe la competencia en el mercado de radiodifusión por televisión y, por el contrario, podría incentivarla; (ii) en el mercado peruano no resulta necesario imponer un deber de transmitir señales a los operadores del servicio de cable; y, (iii) aun asumiendo que la imposición de dicha obligación fuera socialmente beneficiosa, los proyectos de ley la regulan de manera sumamente deficiente.

Aunque los proyectos materia del presente comentario ya fueron archivados y, hasta donde tenemos conocimiento, resulta poco probable que sean retomados², consideramos que resulta interesante analizarlos por las interesantes cuestiones jurídicas y económicas que surgen de ellos y por las posibles consecuencias que derivarían de su aprobación. Por lo demás, consideramos que dichos proyectos evidencian un enfoque poco técnico del fenómeno de la libre competencia que no es inusual en muchas leyes e iniciativas legislativas en nuestro país³, un

¹ Utilizamos el término “parrilla de canales” para referirnos al conjunto de canales que un proveedor del servicio de cable ofrece a sus consumidores.

² Los proyectos fueron aprobados por la anterior conformación del Congreso de la República, razón por la cual fueron archivados, sin que las respectivas comisiones lleguen a emitir una opinión sobre ellos. Por lo demás, su promulgación probablemente no tenga ningún impulso ya que sus autores no conforman actualmente dicho poder del Estado.

³ Ver, por ejemplo, el proyecto presentado por el Congresista Yonhy Lescano Ancieta el 24 de agosto de 2006: Proyecto de Ley No. 58/2006-CR, Proyecto de Ley que elimina la renta básica en telefonía fija local. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf> (visitada el 20 de octubre de 2006).

enfoque que desde nuestro punto de vista atenta contra ésta antes que protegerla. En consecuencia, las ideas aquí expuestas, consideramos, podrían ser útiles para analizar otros proyectos normativos, o incluso normas ya promulgadas, relacionadas a la regulación y a la libre competencia.

En la Sección 1 describiremos los proyectos de Ley a los que hacemos referencia y los principales argumentos que apoyarían su promulgación, sin criticarlos; en la Sección 2 repasaremos brevemente la historia del servicio de cable, así como las principales características del mercado de cable; en la Sección 3 explicaremos, también de manera breve, la importancia que una adecuada protección del derecho de propiedad tiene en el mercado; en la Sección 4 explicaremos la racionalidad de las reglas “*must-carry*” en la regulación internacional; en la Sección 5 analizaremos los proyectos de ley materia del presente comentario. Finalmente, en la Sección 6, presentaremos nuestras conclusiones.

I. LOS PROYECTOS DE LEY

En la presente sección describiremos los tres proyectos de Ley que, como se ha referido, pretendían imponer a los operadores del servicio de cable la obligación de transmitir las señales de todos los operadores de canales de señal abierta.

El 9 de mayo de 2003, el congresista Pedro Morales Mansilla presentó una iniciativa legislativa con la finalidad de promulgar la “Ley que garantiza la difusión de las señales de las estaciones de televisión locales a través del servicio de distribución de radiodifusión por cable” (en adelante, el “Proyecto Morales”). En su Artículo 1, el Proyecto Morales establece lo siguiente:

“Artículo 1.- Las empresas concesionarias que prestan el servicio de distribución de radiodifusión por cable, en la modalidad de cable alámbrico u óptico, están obligadas a transmitir y distribuir a sus abonados las señales televisivas de las estaciones que prestan servicios de radiodifusión cuyas señales de televisión lleguen a su área de concesión y que soliciten su inclusión, siempre que no exijan cobro alguno. La distribución y transmisión de señales debe realizarse por las empresas concesionarias en el mismo número de canal en el que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones autorizó a las estaciones de televisión a utilizar en el espectro radio eléctrico”.

Es importante resaltar del artículo citado que no sólo pretende obligar a las empresas prestadoras del servicio de cable transmitir las señales locales de televisión, sino también a que lo hagan en el mismo canal asignado a éstas por el Ministerio de

Transportes y Comunicaciones (en adelante, el “MTC”)⁴.

Debemos precisar, además, que el Proyecto Morales no establece requisito alguno para que los canales de televisión accedan a este beneficio, por lo que podría interpretarse que los proveedores del servicio de cable están obligados a transmitir **todos** los canales de señal abierta locales.

El Proyecto Morales se sustenta básicamente en dos argumentos:

- (i) El hecho de que las empresas prestadoras del servicio de cable se nieguen a transmitir las señales locales de televisión restringe el “derecho a la libre circulación” de éstas.
- (ii) Tal hecho, además, restringe el “derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión” de las empresas de televisión y de los consumidores.

El 10 de agosto de 2004, el congresista Rafael Valencia-Dongo Cárdenas presentó un proyecto de Ley (en adelante, el “Proyecto Valencia”) que proponía incorporar a la Ley 28278, Ley de Radio y Televisión⁵, el Artículo 22-A, conforme al siguiente texto:

“Artículo 22-A.- Difusión de las señales de las estaciones de televisión locales

Los servicios de radiodifusión comercial por televisión, autorizados para una determinada localidad, deben ser incorporados en el servicio de distribución de radiodifusión por cable que se preste en dicha localidad, en la misma frecuencia otorgada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones vigila el cumplimiento de lo establecido en el presente artículo, para lo cual solicitará Informe Técnico”.

Al igual que el Proyecto Morales, éste tampoco precisa si se debe cumplir alguna condición o realizar un pago para que los canales de televisión sean incorporados en la parrilla de canales de los operadores de cable, por lo que podría interpretarse también que todos los canales de televisión deberían acceder a este beneficio.

⁴ Así, por ejemplo, si a una televisora se le asigna la frecuencia 17 UHF, la empresa de cable debería otorgarle el número 17 de su parrilla.

⁵ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 16 de julio de 2004.

El Proyecto Valencia también se cuida de precisar que las estaciones de señal abierta deben ingresar a la parrilla de canales del operador de cable con la misma frecuencia otorgada por el MTC, y se sustenta principalmente en los siguientes argumentos:

- (i) La conexión de un aparato de televisión a determinada red del servicio de cable “técnicamente anula toda posibilidad para el usuario de captar canales del espectro radioeléctrico”, por lo que las empresas prestadoras del servicio de cable tienen la posibilidad de impedir que determinadas señales lleguen al consumidor final.
- (ii) La tendencia mundial es que el 100% de los hogares esté servido por el servicio de cable.

El 3 de septiembre de 2004, el congresista Alejandro Oré Mora presentó un Proyecto de Ley (en adelante, el “Proyecto Oré”) en virtud del cual se modificaría el Artículo 21 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones⁶, agregándole el siguiente párrafo:

“Las empresas prestadoras del servicio de distribución de radiodifusión por cable, deberán incluir en sus sistemas y en el mismo canal que figura en la Resolución de Autorización emitida por la autoridad competente, a todas las señales autorizadas para la prestación de servicios de radiodifusión por televisión, en la localidad donde prestan el servicio”.

El proyecto sustenta la modificación propuesta principalmente en los siguientes argumentos:

- (i) Las empresas prestadoras del servicio de cable anulan técnicamente la posibilidad de sintonizar frecuencias de radiodifusión del espectro radioeléctrico, al no incluir en su parrilla de canales todas las frecuencias autorizadas por la autoridad competente en las localidades donde desarrollan el servicio.
- (ii) Las empresas prestadoras del servicio de radiodifusión por televisión, comúnmente denominadas de señal abierta, resultan de competencia directa de las empresas prestadoras del servicio de radiodifusión por cable, pues estas últimas incluyen dentro de sus sistemas programaciones propias que comercializan con los mismo clientes y con las mismas empresas de televisión

⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo No. 13-93-TCC, publicado el 6 de mayo de 1993.

abierta, buscando cautivar los mismos mercados. Existiendo una relación de competencia entre las empresas prestadoras del servicio de televisión abierta y las empresas de cable, éstas deben estar obligadas a incluir a todas las señales autorizadas en sus sistemas; de lo contrario se estaría admitiendo un abuso de posición de dominio, pues éstas, dada la naturaleza del servicio, pueden prescindir de sus competidores, impidiendo que los consumidores puedan acceder a sus servicios y por lo tanto incurrir en un acto indebido, que les genera un potencial beneficio directo y un evidente daño al competidor.

- (iii) Al incluir a algunos canales de señal abierta y otros no en su parrilla de canales, las empresas prestadoras del servicio de cable estarían incurriendo en un supuesto de discriminación anticompetitiva.

Al igual que los dos proyectos anteriores, el Proyecto Oré establece que la estación debe ser ubicada en la parrilla de canales del operador de cable con un número que corresponda al de la frecuencia otorgada por el MTC.

Debe destacarse de este último proyecto, además, que señala expresamente que las empresas prestadoras del servicio de cable deberán incluir en sus sistemas “a todas las señales autorizadas para la prestación de servicios de radiodifusión por televisión”.

En suma, los tres proyectos contienen una misma propuesta: imponer a las empresas prestadoras del servicio de cable el deber de transmitir las señales de los canales locales de señal abierta, utilizando para ello el canal correspondiente a la frecuencia otorgada a estos últimos por el MTC. Aunque el proyecto Morales establece que las estaciones de televisión no pueden exigir una contraprestación por entrar a la parrilla de canales de un operador de cable (“siempre que no exijan cobro alguno”), ninguno de los tres proyectos hace mención alguna a la posibilidad de que sea este último quien cobre a los canales de señal abierto por el acceso a su parrilla.

Como adelantamos en la introducción del artículo, en la presente sección no criticaremos todavía los proyectos materia de comentario, pero inevitablemente surgen desde ya algunas cuestiones: ¿debe concederse acceso a **todos** los canales de señal abierta?, ¿puede la empresa de cable cobrar por prestar dicho acceso?, ¿afectarían los proyectos de ser aprobados el derecho de propiedad y la libertad de contratación de las empresas de cable?

Antes de responder estas cuestiones, sin embargo, resulta de lo más relevante indagar acerca del mercado del servicio de cable, sus orígenes y dinámica.

II. EL MERCADO DE LA TELEVISIÓN POR CABLE

II.1 Los orígenes⁷

Aunque según algún autor cabe la posibilidad de que los orígenes del servicio de cable puedan estar en el Reino Unido⁸, la corriente de opinión más difundida señala que el servicio de cable surge en los Estados Unidos de América a mediados del Siglo XX, como una respuesta al hecho de que la complicada y extensa geografía de dicho país no permitía que la señal de las grandes cadenas de televisión llegue a las ciudades más alejadas (no necesariamente pequeñas o con escasa población). Esto además traía como consecuencia bajos niveles de ventas de aparatos de televisión. Así, los vendedores de aparatos de televisión de Astoria (Washington), organizaron una cooperativa sin fines de lucro que instaló una gran antena de recepción. La señal hertziana “capturada” era posteriormente redistribuida a los hogares de la población mediante un sistema de cable.

Estas antenas, denominadas CATV (*community antenna television*), se popularizaron rápidamente y su uso proliferó en diversas zonas. Posteriormente, en Landsford (Pennsylvania) varios propietarios de tiendas de electrodomésticos pusieron en marcha la misma iniciativa, pero en esta ocasión se constituyeron como una empresa privada de servicios y redistribuían la señal mediante el cable a cambio de una cuota mensual. A partir de este momento, la iniciativa del cable como servicio comunitario pasaría a convertirse en un servicio prestado a terceros a cambio de una contraprestación económica.

Posteriormente, los usuarios del servicio fueron demandando una oferta más amplia y atractiva de canales. Adicionalmente, el cable dejó de ser sólo una respuesta para comunidades lejanas a las que no llegaba la señal de las grandes ciudades, y se introdujo en las ciudades en las que sí se captaban las señales hertzianas con la finalidad de mejorar la calidad de la recepción. Con la expansión del servicio (entre 1950 y 1955 los suscriptores aumentaron de 14 000 a 550 000), las empresas de cable empezaron a constituir una competencia significativa para las cadenas de televisión en lo que respecta a la captación de publicidad.

⁷ Para esta sección nos basamos en: Suárez, R. (2005). *Historia del desarrollo de la TV por cable en Estados Unidos*. Disponible en: <http://www.comunicacionymedios.com/Reflexion/tecnocable.htm>. (Visitada el 29 de junio de 2005); Fernández, E. (1999). “Orígenes y desarrollo de la televisión por cable en los Estados Unidos y España. ¿Caminos bacheados hacia una autopista común?” En: *Revista Latina de Comunicación Social*. No. 21, Septiembre. Disponible en: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/a1999dse/43va5.htm> (visitada el 8 de julio de 2005).

⁸ Donde algunas empresas habrían instalado antes de la Segunda Guerra Mundial antenas comunitarias para recibir la señal de la BBC. Ver: Fernández, E. Op. Cit.

En este escenario, las referidas cadenas comenzaron a exigir una contraprestación por el uso de sus señales. Adicionalmente, presionaron a la *Federal Communications Commission* (en adelante, la FCC)⁹ para que regulara el servicio de cable. Así el mercado entró en lo que podría denominarse “la etapa de la regulación” (1965-1972), producto de la cual la gran expansión que la industria había tenido en los años 60’ se estancó. A grandes rasgos, la intensa regulación impuesta a las empresas prestadoras del servicio consistía principalmente en lo siguiente:

- (i) Se prohibía distribuir señales que no procedan de los 100 mercados audiovisuales más importantes del país.
- (ii) Se necesitaba de una licencia previa del gobierno local para dedicarse a la actividad.
- (iii) Era obligatorio transmitir un porcentaje mínimo de señales locales.
- (iv) Control de los contenidos televisivos, con la finalidad de fomentar la emisión de contenidos educativos, de cultura regional y que enfatizen los valores nacionales.

Producto de esta etapa de regulación el mercado del servicio de cable entró en un periodo de estancamiento. Aproximadamente diez años después, sin embargo, se entró en lo que puede denominarse —acorde con la tendencia en la gran mayoría de los mercados— un período de liberalización del sector (1972-1982), producto del cual se busca una regulación que incentive la libre competencia. Esto, aunado a la aparición de nuevas tecnologías como el satélite y la fibra óptica, determinó que el mercado del servicio de cable entre en un nuevo periodo de expansión que no ha cesado hasta nuestros días¹⁰, aunque tal vez haya podido verse afectado por la aparición de servicios similares como el cable satelital o el “MMDS”¹¹.

A partir de las décadas del 80’ y 90’, el servicio de cable se expande y hace su ingreso a otros mercados como el europeo y el latinoamericano. En el Perú, el cable se introdujo a inicios de los años 90’¹² y, si bien inicialmente tuvo un crecimiento

⁹ La FCC es la agencia federal encargada de regular los mercados de servicios de telecomunicaciones, de acuerdo a lo establecido en la *Communications Act* de 1934.

¹⁰ Así, por ejemplo, en Estados Unidos el servicio de distribución de radiodifusión por cable tiene una penetración de casi el 70%. Ver: http://tvb.org/localnumbers/current_ads.asp. (Visitada el 17 de septiembre de 2004).

¹¹ Servicio de televisión por cable en la modalidad de sistema de distribución multicanal multipunto, que utiliza las microondas como medio de transmisión y cuenta con muy buena calidad de recepción.

¹² Telecable S.A. fue la primera empresa que prestó el servicio de cable. Ésta inició sus operaciones en 1989, aunque ya contaba con la concesión para prestar el servicio desde 1982.

sostenido, en los últimos años no ha sido así y la penetración del servicio es todavía muy baja¹³.

II.2 ¿Cómo funciona el servicio de cable?

Como se puede desprender de lo explicado en el sub-acápito anterior, prestar el servicio de cable consiste básicamente en **distribuir** señales. ¿Y cómo funciona la red¹⁴ de un operador de cable? Aunque pueden existir diversas formas de configurar una red de cable y tecnologías a emplear, a continuación describiremos de manera simplificada los principales componentes que dichas redes deben tener:

- (i) **Cabecera:** la cabecera es el punto de la red en el que se agrupan los diversos contenidos recibidos de los productores de señales. Estas señales pueden provenir de satélites (cuando se trata de canales extranjeros), de cableado terrestre o señales hertzianas (canales de televisión locales) o incluso de centros de producción propia (en aquellos casos en los que los operadores del servicio de cable se encuentren integrados verticalmente con productores de señales).

Después de ser agrupadas, las señales son moduladas para colocar cada una en un canal distinto y poder agruparlas para conformar la señal compuesta que el usuario del servicio de cable finalmente recibirá.

- (ii) **Terminal cabecera de red:** el terminal cabecera de red recibe la señal eléctrica generada en la cabecera para transformarla en la señal óptica que se enviará a la red que lleva la señal compuesta a los diversos centros de distribución que el operador del servicio tenga en el ámbito de su red.
- (iii) **Centro de distribución:** en los centros de distribución, la señal óptica se convierte nuevamente en eléctrica y se distribuye hacia cada uno de los puntos de terminación de red. Asimismo, la señal es amplificada, dado que es normal que se pierda potencia en el proceso de distribución.

¹³ Telefónica Multimedia S.A.C., la empresa con mayor participación de mercado en el sector, con una cuota del orden aproximadamente del 90%, cuenta con un total de 389.174 suscriptores a diciembre de 2004. Ver: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=P&P=2638> (visitada el 7 de octubre de 2005).

¹⁴ La industria del servicio de cable es considerada una industria en red. Las industrias en red son aquellas caracterizadas por la generación de economías de escala en el consumo, es decir, industrias en las que el mayor número de consumidores genera un mayor valor (o un menor precio) en los bienes transados. Ver: Posner, R. (2004). “El Derecho Antitrust en la nueva economía”. En: *Themis – Revista de Derecho*. No. 47. Lima, p. 64 y Priest, G. (2004). “Los insuficientes esfuerzos del gobierno para aplicar el moderno Derecho Antitrust a las industrias en redes”. En: *Themis – Revista de Derecho*. No. 47. Lima, p. 76.

- (iv) **Terminación de red:** es el último tramo de la red. Desde aquí la señal eléctrica es llevada mediante cables coaxiales a los domicilios (televisores) de los usuarios del servicio.

Como puede apreciarse, el servicio de cable consiste en una red unidireccional, es decir, una red en la que el usuario sólo recibe señales y no puede emitirlas. Este tipo de red genera externalidades¹⁵ positivas derivadas de la producción de economías de escala, ya que los costos de implementación de la red y la producción de señales son independientes del número de suscriptores del servicio, y a mayor cantidad de usuarios dichos costos se dividen entre un mayor número de personas. Como se sabe, las redes bidireccionales (como las de telefonía, por ejemplo) generan además externalidades positivas, derivadas del hecho de que el incremento de usuarios no sólo genera la disminución del costo medio del servicio, sino que aumenta su valor, dado que los usuarios estarán en la aptitud de comunicarse con más personas.

Pero, ¿en qué consiste el negocio de prestar el servicio de cable? Como en todo negocio de distribución, el negocio de prestar el servicio de cable consiste en llevar la mayor cantidad de productos posible (en este caso, señales) y que éstos sean de la mayor calidad posible. A cambio de este “paquete” (la parrilla de canales), el proveedor del servicio de cable cobra una retribución mensual. Así, mientras más y mejores canales provea, la empresa de cable atraerá la demanda de más consumidores, aumentando así su beneficio.

Pero además, debe tenerse en cuenta la importancia de tener una gran **variedad** de señales. Es importante para una empresa de cable tener en su parrilla canales de los más diversos tipos, incluso de géneros que no sean de la mayor aceptación, pues esto le permite ampliar su universo de suscriptores. En efecto, aun cuando haya señales de géneros que no son de la mayor aceptación o de consumo masivo (por ejemplo, un canal árabe o un canal de cine europeo), su presencia en una parrilla de canales permite al operador llegar a un público cada vez más diverso (por ejemplo, colonias extranjeras minoritarias, o televidentes con gustos muy particulares). Así, aun cuando los canales de deportes sean más vistos que los canales de cocina, por ejemplo, llega un punto en el que ya no resulta eficiente para un operador de cable tener más canales de deportes en su parrilla, pues un canal adicional de deportes no causará que mucho más personas se suscriban a su servicio. Por el contrario, un canal con poca audiencia que en principio no

¹⁵ El término “externalidades” hace referencia a los efectos que un contrato tiene sobre individuos que no son parte de él. Ver: Cooter, R. y T. Ulen (1998). *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 62.

resulta atractivo para un operador de cable sí podría lograr aumentar su universo de suscriptores¹⁶.

La misma lógica puede apreciarse en otros negocios vinculados a la distribución, como el de supermercados o grandes almacenes. Es de interés de este tipo de establecimientos tener una gran variedad de productos y, dentro de cada producto, distintas calidades y precios. Lo lógico, en este contexto, es que se trate de contar con los productos y marcas preferidos por los consumidores. Sin embargo, hay un punto en el que hace sentido tener en stock algunos productos y marcas con baja demanda. Así, por ejemplo, dado que el consumo de pisco se ha incrementado notablemente en los últimos años en nuestro país, los supermercados han introducido cada vez más marcas de dicho producto en sus estantes. Por el contrario, la ginebra es una bebida que se consume muy poco en el Perú. Pese a ello, quien administre un supermercado preferirá adquirir una marca de ginebra antes que, digamos, la decimosegunda o decimotercera marca de pisco. Esto porque llegado cierto punto, tener una marca más de pisco no reportará un beneficio significativo al supermercado en el total de sus ventas de licores (salvo, claro está, que se trate de una nueva marca o de una de mayor importancia). Sin embargo, pese a no ser una bebida consumida masivamente, introducir una marca de ginebra puede significar captar la demanda de los pocos consumidores de dicho licor (lo que sí podría significar un aumento en sus ventas totales de licores).

III. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN UNA ECONOMÍA DE MERCADO. RAZONES QUE JUSTIFICAN SU LIMITACIÓN

Una de las primeras preguntas que nos surge luego de revisar los proyectos en cuestión es si éstos afectan o no el derecho de propiedad de las empresas sobre la infraestructura en la que han invertido para prestar el servicio de cable. No es necesario, consideramos, mayor análisis para poder afirmar que los tres proyectos antes descritos efectivamente restringen el derecho de propiedad de las empresas prestadoras del servicio de cable. Esa conclusión, sin embargo, no es suficiente para proscribirlos.

¹⁶ Sobre el particular puede apreciarse las declaraciones de la empresa Telefónica Multimedia S.A.C. (que distribuye su señal bajo el nombre comercial de “Cable Mágico”) en el procedimiento iniciado por Televisión Nacional Peruana S.A.C. contra la primera, por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, realizada al negarse a incluir la señal que esta última producía en su parrilla de canales. Ver: Resolución N° 073-2004-INDECOPI/CLC del 17 de noviembre de 2004, pp. 23-25.

En efecto, en ciertos supuestos —que deberían ser excepcionales desde nuestro punto de vista— las normas legales pueden afectar los derechos de propiedad de los particulares sin que ello signifique que sean ineficientes o socialmente perjudiciales. Así, por ejemplo, las normas sobre zonificación pueden impedir que los propietarios de inmuebles construyan por encima de un determinado número de pisos o realizar cierto tipo de actividades. Normas como éstas limitan sin duda el derecho de propiedad, pero se consideran eficientes porque evitan el surgimiento de externalidades negativas. Del mismo modo, en ocasiones las normas regulatorias imponen a los propietarios de ciertos activos la obligación de compartirlos con sus competidores, imposición que importa una limitación aun mayor del derecho de propiedad. Dicha limitación, sin embargo, se justifica en la medida que se considera imprescindible para permitir la competencia en ciertos mercados. Lo importante, entonces, es determinar si la limitación impuesta al derecho de propiedad resulta razonable y proporcional en relación con el objetivo perseguido y, claro está, si dicho objetivo resulta compatible con lo que, al menos en teoría, deben buscar las normas jurídicas: el mayor bienestar social posible¹⁷.

Se ha definido el derecho de propiedad como “un poder legalmente conferido para excluir a terceros de usar un recurso, sin tener que contratar con ellos”¹⁸. De acuerdo a la citada definición, este derecho tiene —o debería tener— las siguientes características: (i) universalidad, (ii) exclusividad, y (iii) transferibilidad. La universalidad, en primer término, implica que **todos los bienes tengan un titular (en principio, privado)** que pueda internalizar los costos y beneficios derivados del bien. La exclusividad, en segundo lugar, importa el derecho que tienen los propietarios de excluir a los demás del uso del bien. La transferibilidad, finalmente, permite que los bienes se trasladen de sus usos menos valiosos a los más valiosos. Las características anotadas permiten que el derecho de propiedad nos confiera dos clases de beneficios: uno estático —desincentivar la sobreexplotación— y uno dinámico —incentivar la inversión¹⁹. Ello es lo más eficiente desde el punto de vista social, toda vez que permite una adecuada explotación de los bienes, obteniéndose de ellos el mayor provecho posible.

¹⁷ Ver: Gómez, H. y M. Zúñiga (2005). “Propiedad, libertad de contratación y libre competencia”. En: *Revista de Economía y Derecho*. Vol. 2, N° 6 (Otoño). Sociedad de Economía y Derecho – UPC, p. 93 y ss.

¹⁸ Landes, W. y R. Posner (1996). “El contenido Económico del Derecho de Marcas”. En: *Ius et Veritas*. Año VII, No. 13. Lima, Noviembre, p. 72.

¹⁹ *Ibidem*. Ver también: Bullard, A. (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, pp. 140-143.

Un ejemplo meridiano de esto es el propuesto por Cooter y Ulen²⁰: si en una manzana de la ciudad asediada de delincuentes los vecinos proponen contratar a un vigilante, al que cada uno pagaría una proporción del salario, lo más probable es que muchos vecinos estén dispuestos a pagar tal cuota. Sin embargo, no faltarán los que se negarán a contribuir. Estos últimos, aun sin aportar, se verían beneficiados por la contratación del vigilante, pues es muy difícil que los ladrones sepan quién no ha pagado por el servicio de vigilancia. En estos casos, poco pueden hacer los vecinos que sí pagan por excluir de los beneficios de la seguridad a los que no pagan por ella o, en todo caso, para obligarlos a contribuir. Este es el denominado “problema del *free riding*” —también denominado “problema del gorrón” o “problema del polizón”: el hecho de que alguien pueda recibir beneficios de un bien sin pagar por ello (o que, visto desde otro punto de vista, quien paga por un bien no reciba todos los beneficios que de él se derivan) desincentiva la inversión en el referido bien.

En línea con lo anterior, es innegable que la adecuada protección del derecho de propiedad constituye un presupuesto básico para el correcto funcionamiento del mercado.

Es por esto precisamente que cualquier regulación que imponga al titular de un determinado bien el deber de compartirlo, brindar acceso a éste o compartir en modo alguno los beneficios que genera, **debe cuidar de no llegar al punto de desincentivar la inversión en bienes similares**. En tal sentido, lo propio sería que si el Estado impone al titular de un bien la obligación de compartirlo lo compense directamente por ello o contemple la obligación del beneficiario de compensar al propietario por el uso del bien.

Tal como ha señalado el profesor Richard Epstein:

“La idea de la propiedad implica el derecho absoluto a excluir (...) Nada, por lo tanto, permite al Estado imponer condiciones sobre el derecho de los propietarios a admitir o excluir, o a insistir en que si A es admitido en la propiedad, B también debería serlo. Las restricciones que el Estado imponga sobre la posesión exclusiva constituyen una expropiación parcial, ante la cual, *prima facie*, se requiere el pago de una compensación”²¹.

²⁰ Cooter, R. y T. Ulen (1998). *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 145.

²¹ Epstein, R. (1985). *Takings. Private property and the power of eminent domain*. Londres y Cambridge: Harvard University Press, p. 65. Traducción libre del siguiente texto: “*The idea of property embraces the absolute right to exclude (...). Nothing therefore allows the state to place conditions upon the owners’ right to admit or exclude, or to insist that if A is admitted to the property, then B must be admitted as well. The restrictions that the state places upon the exclusive possession of land constitute a partial taking for which compensation is prima facie required*”.

De acuerdo a lo anterior, cualquier regulación que obligue al titular de un determinado bien a compartirlo o a conceder acceso a él a terceros, debería establecer que éste sea compensado (por el Estado o los beneficiarios). De lo contrario, sería no sólo pernicioso desde el punto de vista económico, sino incluso inconstitucional, al contravenir lo establecido por el Artículo 70 de la Constitución Política, que establece que:

“Artículo 70.- **El derecho de propiedad es inviolable.** El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, **exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública,** declarada por ley, y **previo pago en efectivo de una indemnización justipreciada** que incluya compensación por el eventual perjuicio. (...)”.

(El énfasis es nuestro).

Es preciso señalar, como bien aclara el propio Epstein, que no es necesario que el derecho de propiedad sea afectado en su totalidad ni que el bien sobre el que recae dicho derecho sea removido de la posesión de su titular para considerar que estamos ante una expropiación. Cualquier limitación sobre los derechos de uso o usufructo, o sobre la facultad de disposición de un bien es susceptible de ser considerada expropiatoria:

“En principio, una compensación debe ser pagada por la tierra expropiada sin importar cuanto de ésta permanezca en posesión del propietario. Los mismos principios resultan aplicables sin importar qué tipo de división se haya impuesto. Permitir que el gobierno disponga de cualquiera de los componentes de la propiedad, permitirle disminuir los derechos del propietario de cualquier forma, implica que éste está actuando dentro del alcance de la cláusula del ‘dominio eminente’, sin importar qué tan pequeña sea la alteración ni qué tan general sea su aplicación”²².

²² Epstein, R. Op. Cit., p. 57. Traducción libre del siguiente texto: “Prima facie, *compensation must be paid for the land taken no matter how much land the owner retains. The same principles apply no matter what form of division is imposed. Let the government remove any of the incidents of ownership, let it diminish the rights of the owner in any fashion, then it has prima facie brought itself within the scope of the eminent domain clause, no matter how small the alteration and no matter how general its application*”. Por cláusula del “dominio eminente”, el autor se refiere a la disposición contenida en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América según la cual: “(...) no se podrá disponer de la propiedad privada para uso público sin la debida indemnización”.

Pero, más allá de que exista o no una compensación por imponer una obligación de compartir un activo, es necesario que haya una **justificación** para imponer dicha obligación en primer término. Una “necesidad pública” en los términos de la Constitución Política. ¿Cuándo, entonces, se justifica que el Estado obligue a una persona o empresa a compartir un activo?

Para explicar qué legitima que el Estado “tome” (se entiende, para destinar a un uso público) la propiedad de un particular, Epstein acude a una analogía. Así como las situaciones de necesidad permiten que los particulares utilicen la propiedad de otros para evitar un daño, con el deber de compensar a *posteriori* al propietario por dicho daño, aquellas situaciones en las que sea indispensable interferir en la propiedad privada para evitar un daño social legitiman al Estado a hacerlo, también, claro está, con una compensación de por medio²³. Así, por ejemplo, el Estado puede desde expropiar vehículos o antenas de radio en una situación de guerra, hasta “expropiar” parcialmente la propiedad al prohibir a los particulares construir más de tres pisos sobre ella o construir una planta industrial dentro de ella si viven en una zona residencial²⁴.

En lo que respecta específicamente a la política de libre competencia, **sólo debería obligarse a compartir un activo cuando el acceso a éste sea indispensable para permitir la competencia**. En otros términos, el fomento de la competencia no debería ser justificación para “tomar” la propiedad privada, a menos que sea el acceso a ésta sea indispensable para el desarrollo de determinada actividad. Ahora bien, la regla que acabamos de enunciar necesita, sin duda, de algunas precisiones. Una afirmación tan general, sin parámetro técnico alguno, es susceptible de ser mal interpretada y aplicada indiscriminadamente, con los perniciosos efectos que ello podría conllevar.

Cuándo un bien debe ser compartido (obligatoriamente) por su titular, es una cuestión que, en el ámbito del Derecho de la Libre Competencia, ha sido largamente tratado en los casos de negativas de trato, y particularmente por la denominada “doctrina de las facilidades esenciales”. Aunque el término “facilidad esencial” no puede encontrarse en ninguna decisión judicial hasta 1977²⁵, se suele hacer referencia

²³ *Ibidem*, p. 111.

²⁴ Un lector observador nos objetará que en el último ejemplo propuesto, los propietarios no reciben una compensación de parte del Estado. En esos casos, sin embargo, los propietarios se ven beneficiados por lo que Epstein denomina una “compensación en especie”: las limitaciones que la legislación impone sobre los derechos de los otros. Ver: Epstein, R. Op. Cit., p. 195 y ss.

²⁵ *Hecht v. Pro-Football, Inc.*, 570 F. 2d. 982, 992 (DC Cir., 1977).

al caso *Terminal Railroad*²⁶ como la “partida de nacimiento” de la doctrina²⁷.

El citado caso surgió a fines del siglo XIX en los Estados Unidos de América, cuando un grupo de empresas se agrupó bajo la denominación de *Terminal Railroad Association of St. Louis* y adquirió todas las facilidades ferroviarias (léase terminales, almacenes, cruces, puentes y vías) aledañas al río Mississippi. Luego de dicha concentración, la referida asociación fue capaz de aumentar considerablemente el precio cobrado por el uso de las referidas facilidades. En 1905, el Gobierno Federal de los Estados Unidos de América interpuso una demanda solicitando, en virtud de las Secciones 1 y 2 de la *Sherman Act*, la disolución de la asociación, a fin de restaurar la competencia existente antes de la creación de la referida organización. En última instancia, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América encontró que la combinación afectaba la competencia, pero no ordenó la disolución de la *Terminal Railroad Association of St. Louis*, sino simplemente que ésta brinde acceso a sus facilidades “en igualdad de condiciones” a todas las compañías ferroviarias de St. Louis²⁸. En otras palabras, ordenó a la *Terminal Railroad Association of St. Louis* **compartir** sus facilidades ferroviarias.

A lo largo de más de un siglo de Derecho de la Libre Competencia, la doctrina de las facilidades esenciales fue evolucionando y sucesivas decisiones judiciales fueron delineando los requisitos para su aplicación²⁹. El primer precedente que estableció expresamente un test —no necesariamente acabado, pero con parámetros mucho más claros que los precedentes anteriores— para determinar cuándo un activo puede ser considerado una facilidad esencial fue el emitido en el caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.*³⁰ El referido caso trata sobre una empresa que pretendía obtener una franquicia de la Liga de Fútbol Americano de Washington D.C., que alegó que la autoridad estatal que controlaba el único estadio de fútbol disponible en el área, el *Robert F. Kennedy Stadium*, había impedido su ingreso al mercado al otorgar en exclusiva el uso del estadio a favor de los Washington Redskins, titulares de la franquicia local de la Liga Nacional de Fútbol. La Corte de Circuito de Washington

²⁶ *United States v. Terminal Railroad Association*, 224 US, 383 (1912).

²⁷ Lipsky, A y G. Sidak (2003). “Facilidades esenciales”. En: *Ius et Veritas*. Año XIV, No. 27. Lima, Diciembre, pp. 127-128; Hovenkamp, H. (1999). *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Segunda edición. Minnesota: West Group, p. 306. Este último autor, sin embargo, precisa que el caso *Terminal Railroad* está relacionado a una concertación y, por lo tanto, no guarda correspondencia con la “moderna” doctrina de las facilidades esenciales, cuya preocupación recae principalmente sobre casos de negativas unilaterales de trato.

²⁸ Para mayor detalle sobre el caso, ver: Lipsky, A. y G. Sidak. Op. Cit., pp. 127-128.

²⁹ Ver: Lipsky, A. y G. Sidak. Op. Cit., pp. 131-136; Hovenkamp, H. Op. Cit., pp. 305-311.

³⁰ 570 F 2d. 982 (DC Cir., 1977).

D.C. revocó el fallo de primera instancia que había declarado el caso improcedente sin una instrucción, estableciendo el siguiente estándar:

“Hecht pidió una instrucción en la que si el jurado hallaba: 1) que el uso del *Robert F. Kennedy Stadium* era esencial para operar un equipo profesional de fútbol en Washington; 2) tales facilidades no podrían en la práctica ser duplicadas por potenciales competidores; 3) que otro equipo podría usar el estadio RFK en ausencia de los Redskins sin interferir con su uso; y, 4) que la provisión de exclusividad previniera el uso compartido del estadio, de manera razonable, por competidores potenciales; entonces el jurado debe considerar la provisión para constituir un contrato como una restricción no razonable al comercio (...)”³¹.

Los parámetros establecidos en el caso *Hecht v. Pro-Football, Inc.* han sido seguidos en casos posteriores por las Cortes de los Estados Unidos de América, consagrándose, en términos generales, como el *test* estándar para los casos en los que la doctrina de las facilidades esenciales es invocada. En virtud de dicho *test*, para que determinado recurso sea considerado “esencial” deben concurrir dos requisitos:

- (i) Se trata de un recurso indispensable para la realización de determinada actividad, de modo tal que una empresa no puede concurrir en el mercado sin acceso a él.
- (ii) Su reproducción es, sino imposible, sumamente difícil por razones técnicas y/o económicas.

Pero además, aun asumiendo que el bien sea “esencial”, para emitir un mandato en virtud del cual se obligue a su titular a compartirlo deberá considerarse si el bien está siendo utilizado en toda su capacidad o no (“...que otro equipo podría usar el estadio RFK en ausencia de los Redskins **sin interferir con su uso...**” [las negritas son nuestras]). Si el bien está siendo ya explotado en toda su capacidad, la negativa a compartirlo debe ser considerada lícita.

Ahora bien, cuando estamos ante una verdadera facilidad esencial, el derecho de la Libre Competencia tiene una serie de limitaciones que lo hacen incapaz de dar una solución adecuada al problema en el mediano y largo plazo. Normalmente, la autoridad de libre competencia, ya sea judicial o administrativa, no estará en

³¹ 570 F.2d, 993 (Traducción libre).

la capacidad de dictar el precio y otras condiciones de acceso que es necesario determinar para poder hacer efectiva cualquier decisión que obligue a compartir una facilidad esencial. Tal como afirman Lipsky y Sidak:

“Bajo esas circunstancias, ninguna intervención del Derecho de la Libre Competencia podrá cambiar las características estructurales que dieron origen al problema de la facilidad esencial. Tal facilidad es equivalente a lo que se denomina un “monopolio natural”, y para controlar el uso del poder monopólico por parte del dueño de la facilidad, la sociedad afronta las mismas (poco atractivas) alternativas disponibles en los casos de servicios públicos: propiedad pública, regulación en la clásica forma “tasa-base/tasa de retorno”, regulación de incentivos y varias soluciones intermedias, familiares para los reguladores y estudiosos del tema. Dada la existencia de una facilidad esencial, la intervención de la Libre Competencia deberá confrontar el hecho de que cualquier solución al problema de la ineficiencia económica es inherentemente regulatoria”³².

Por ello, si pretendemos que la doctrina de las facilidades esenciales tenga alguna aplicación práctica realmente útil, las facilidades esenciales deberían ser algo más que un insumo meramente necesario, una particular clase de bienes frente a los cuales el Derecho de la Competencia ya no pueda ofrecernos una respuesta eficiente (que desde nuestro punto de vista deberían ser los menos) y donde entra a tallar la regulación económica.

Pero el objetivo del presente artículo no es tan ambicioso como para tratar de definir con total precisión los límites de la referida doctrina. Lo que nos interesa es sustentar nuestra afirmación de que sólo debería obligarse a compartir un activo cuando el acceso a éste sea indispensable para permitir la competencia y, como veremos en la sección 5, sustentar por qué no debería obligarse a las empresas prestadoras del servicio de cable a brindar acceso (finalmente, compartir) a su parrilla de canales a las empresas emisoras de señales abiertas de televisión.

A la luz de lo establecido en el precedente del caso *Hecht*, para que un activo sea compartido mandatoriamente deberían concurrir los siguientes requisitos:

- (i) Se trata de un recurso indispensable para la realización de determinada actividad, de modo tal que una empresa no puede concurrir en el mercado sin acceso a él.

³² Lipsky, A. y G. Sidak. Op. Cit., p. 149.

- (ii) Su reproducción es, sino imposible, sumamente difícil por razones técnicas y/o económicas.
- (iii) No está siendo utilizado en su total capacidad.

En realidad, de los tres criterios expuestos precedentemente, es sólo el primero el que nos interesa, ya que al no cumplirse, y siendo que dichos requisitos son concurrentes, no resulta necesario siquiera analizar los otros. Es a la luz de dicho criterio que evaluaremos la constitucionalidad y razonabilidad de los proyectos materia del presente comentario.

IV. RACIONALIDAD DEL DEBER DE TRANSMITIR SEÑALES

Es común en los mercados de servicios de telecomunicaciones la preocupación en torno al acceso a redes como un requisito necesario para el desarrollo de la competencia en el sector³³. Las redes de telecomunicaciones han sido consideradas, tradicionalmente, como “monopolios naturales”³⁴ y, aunque la tecnología ha permitido desde hace muchos años la introducción de mayor competencia en las industrias de telecomunicaciones (pensemos, por ejemplo, en el caso de la telefonía celular), todavía muchas legislaciones y agencias reguladoras en el mundo aceptan esta premisa (desde nuestro punto de vista, desfasada en la mayoría, sino en la totalidad, de los casos).

En línea con ello, no es extraño que exista normativa extranjera que contemple la obligación por parte de las empresas titulares de redes de comunicaciones de transportar señales locales de radio y televisión. Así, por ejemplo, el artículo 31 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo del 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, la *Directiva sobre Servicio Universal*) señala lo siguiente:

³³ Al respecto ver: Callol, P. (1999). “La garantía del acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector”. En: *Revista de Administración Pública*. No. 149, Mayo-Agosto, p. 400 y ss.

³⁴ Utilizamos el término por razones expositivas aunque, como refiere Gary Becker, “el viejo concepto económico del monopolio ‘natural’ se refiere a una industria en la que las ventajas tecnológicas de producción en gran escala impide la competencia por parte de empresas pequeñas... se trata de un concepto que la dinámica de la economía moderna ha vuelto irrelevante” (traducción libre). Ver: Becker, G. (2005). *The Unnatural Death of Natural Monopoly*. Disponible en: <http://www.project-syndicate.org/commentary/bec5/English> (visitada el 19 de julio de 2005).

Los Estados miembros podrán imponer obligaciones razonables de transmisión de determinados canales y servicios de programas de radio y televisión a las empresas bajo su jurisdicción que suministren redes de comunicaciones electrónicas utilizadas para la distribución de programas de radio o televisión al público si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión. Dichas obligaciones se impondrán exclusivamente en los casos en que resulten necesarias para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y deberán ser proporcionadas y transparentes. Las obligaciones serán objeto de revisión de forma periódica.

En el mismo sentido, la *Cable Consumer Protection and Competition Act* de 1992 (en adelante, la *Cable Act*) de los Estados Unidos de América señala que:

Cada operador de cable deberá transportar en su sistema de cable las señales de las estaciones de televisión comercial locales y de las estaciones de baja potencia calificadas, de acuerdo a lo regulado en la presente sección. La transmisión de señales de televisión adicionales en dicho sistema estará sujeta a la discreción de cada operador, de acuerdo a la sección 325 (b) del presente título³⁵.

Las normas citadas contemplan lo que se conoce como el deber de transportar señales o “*must-carry obligations*”, que consiste en la obligación impuesta a los operadores de redes de distribuir ciertas señales de radio o televisión³⁶.

Las regulaciones antes mencionadas, sin embargo, han sido dictadas en contextos muy distintos al que se presenta en los mercados nacionales de distribución de radiodifusión por cable y de radiodifusión por televisión, por lo que la lógica que subyace a ellas no necesariamente puede aplicarse en nuestro país. En efecto, en muchas ciudades de los Estados Unidos de América y Europa, los niveles de penetración del servicio de distribución de radiodifusión por cable —y otros sistemas de distribución de señales como la televisión satelital (DBS)— han

³⁵ U.S. Code, Título 47, Sección 534. Traducción libre del siguiente texto: “*Each cable operator shall carry, on the cable system of that operator, the signals of local commercial television stations and qualified low power stations as provided by this section. Carriage of additional broadcast television signals on such system shall be at the discretion of such operator, subject to section 325(b) of this title*”.

³⁶ Berg, A. (2003). *Must-carry. A brief outline*. European Broadcasting Union Dossiers, p. 5. Disponible en: http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_p_mustcarry_acb_2003_tem6-8268.pdf (visitada el 17 de septiembre de 2004).

causado que para los canales de señal abierta sea muy complicado competir sin estar incluidos en la parrilla de canales de algún operador del servicio de cable³⁷.

Adicionalmente, en muchas ciudades desarrolladas de Estados Unidos de América y Europa la proliferación de grandes edificios, antenas de telefonía celular y, en general, diversos sistemas de comunicación inalámbricos (es decir, que utilizan el espectro radioeléctrico para transportar señales) causa que las señales de radiodifusión no puedan ser captadas con claridad en la mayoría de hogares.

En tal escenario, el servicio de distribución de radiodifusión por cable —y otros sistemas de distribución de señales— se ha transformado en el medio principal de recepción de programas de televisión, es decir, en la mejor (cuando no única) “vía” que tiene un canal de señal abierta para llegar a sus consumidores. No obstante, como veremos más adelante, esa no es la realidad en nuestro mercado.

Por lo demás, tanto la *Directiva sobre Servicio Universal* como la *Cable Act* contemplan mecanismos que racionalizan su aplicación. El artículo 31 de la Directiva sobre *Servicio Universal*, por ejemplo, señala que las obligaciones de transportar señales se impondrán a determinadas redes “si un número significativo de usuarios finales de dichas redes las utiliza como medio principal de recepción de programas de radio y televisión”. Como puede apreciarse, la *Directiva sobre Servicio Universal* establece que la obligación de transportar señales sólo podrá imponerse a aquellas redes que constituyan la principal vía de acceso a los consumidores, es decir, **que tengan posición de dominio como “sistema de distribución de señales”**. Adicionalmente, la citada directiva establece que tales obligaciones “se impondrán exclusivamente en los casos en que resulten necesarias para alcanzar objetivos de interés general claramente definidos y deberán ser **proporcionadas** y transparentes”. Por lo tanto, la obligación de transportar señales no podría ser impuesta, por ejemplo, a un operador de distribución de radiodifusión por cable que tenga saturada su parrilla de canales.

Por otro lado, la *Cable Act* limita la obligación de transportar señales locales de señal abierta a un porcentaje (una cuarta parte) del total de señales a transmitir, por lo que no puede afirmarse que un proveedor del servicio de cable está obligado a

³⁷ Así, por ejemplo, en Estados Unidos el servicio de distribución de radiodifusión por cable tiene una penetración de casi el 70%. Sumado esto a la penetración de casi 20% que tiene la televisión satelital, puede afirmarse que casi toda la población norteamericana cuenta con algún sistema de distribución de señales que dificultaría el ingreso al mercado de canales de señal abierta. Ver: http://tvb.org/localnumbers/current_ads.asp (visitada el 17 de septiembre de 2004).

transportar la señal de **todas** las empresas proveedoras del servicio de radiodifusión por televisión³⁸.

Aunque hemos analizado sólo un par de ejemplos de regulación internacional sobre el deber de transmitir señales, es claro que, aun partiendo de la premisa (equivocada, en nuestra opinión en el caso materia de comentario) de que dicha regulación es necesaria, deben haber en primer lugar requisitos para su aplicación y, luego, mecanismos que regulen su actuación.

V. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LOS PROYECTOS DE LEY

V.1 El deber de transmitir señales no es necesario para que haya competencia en el mercado de señales de televisión

Los proyectos de Ley parten de la premisa de que el hecho de que una empresa de cable “impida el acceso” de determinada señal a su parrilla de canales —para ser precisos, no es que la empresa de cable impida el acceso, sino que simplemente tomó la decisión de no distribuir dicho canal— perjudica la competencia en el mercado de televisión de señal abierta. ¿Cómo es esto posible? Según los proyectos de Ley, la conexión de un aparato de televisión a determinada red del servicio de cable “técnicamente anula toda posibilidad para el usuario de captar canales del espectro radioeléctrico”.

Siguiendo la hipótesis de los proyectos, “existiendo una relación de competencia entre las empresas prestadoras del servicio de televisión abierta y las empresas de cable, éstas deben estar obligadas a incluir a todas las señales autorizadas en sus sistemas; de lo contrario se estaría admitiendo un abuso de posición de dominio, pues éstas, dada la naturaleza del servicio, pueden prescindir de sus competidores, **impidiendo que los consumidores puedan acceder a sus servicios** y por lo tanto incurrir en un acto indebido, que les genera un potencial beneficio directo y un evidente daño al competidor.

En términos del Derecho de la Libre Competencia, entonces, los proyectos de Ley asumen que las empresas prestadoras de servicio de cable tendrían posición de dominio en el mercado de distribución de señales, pues sus parrillas de canales serían la única vía para llegar a los consumidores de sus señales. ¿Es esto cierto?

³⁸ Así por ejemplo, una red de distribución del servicio de cable con 12 o menos canales deberá incluir en su parrilla de canales al menos tres señales locales. U.S. Code, Título 47, Sección 534.

Antes de responder a esta pregunta, es necesario distinguir los dos mercados que se presentan en este pretendido caso de abuso de posición de dominio. De un lado tenemos el mercado del servicio de cable y, del otro, el mercado de provisión de señales. Ambos, como puede notarse, podrían agruparse en el gran mercado de provisión de señales. La diferencia sería, si se quiere, que los prestadores del servicio de cable son los “mayoristas” mientras que las estaciones de televisión de señal abierta serían los “minoristas” que proveen a los primeros de insumos (entre otros proveedores, pues también existen proveedores de señales especializados en programación para señales de cable).

En un hipotético abuso de posición de dominio de parte de las empresas proveedoras, entonces, el mercado relevante sería el mercado de distribución de señales o “el mercado de acceso a los consumidores de programas de televisión a través del servicio de cable”³⁹.

Pero, ¿es acaso la parrilla de canales de un proveedor de cable la única “vía de acceso” de un canal de señal abierta de llegar a los consumidores? Desde nuestro punto de vista, resulta claro que no es ni la única, ni la mejor.

En primer lugar, la vía por excelencia que tienen los canales de señal abierta para llegar a los consumidores es el espectro radioeléctrico, a través del cual toda señal de televisión abierta es capaz de llegar a todo televidente en su área de concesión⁴⁰. En efecto, cualquier persona que tiene un aparato de televisión tiene la posibilidad de acceder a **todos** los canales de señal abierta, estando estos o no en la parrilla de canales de su proveedor del servicio de cable. Para ello, basta efectuar una sencilla operación: remover temporalmente el cable coaxial de su televisor e instalar una antena (aditamento que normalmente viene incluido con todo aparato de televisión)⁴¹.

³⁹ Así lo determino la Comisión de Libre Competencia del Indecopi en el caso TNP v. *Telefónica Multimedia*, en el que declaró la improcedencia de una denuncia planteada por la empresa Televisión Nacional del Perú S.A.C. (empresa que comercializaba una señal de televisión abierta en la ciudad de Lima) contra Telefónica Multimedia S.A.C., en la que se alegaba un abuso de posición de parte de esta última al negarle acceso a la primera a su parrilla de canales. Ver: Resolución No. 073-2004-INDECOPI/CLC del 17 de noviembre de 2004. Aunque el caso involucraba hechos y argumentos adicionales a los discutidos en el presente comentario, la denuncia de Televisión Nacional del Perú S.A.C. utilizaba argumentos muy similares a los de los proyectos de Ley.

⁴⁰ Asumiendo que la calidad de sus antenas lo permita.

⁴¹ Televisión Nacional del Perú S.A.C. argumentó en el procedimiento antes mencionado que los usuarios adicionalmente tendrían que reprogramar su televisor. Según la resolución antes citada sin embargo, “En pruebas efectuadas por la Secretaría Técnica sin embargo, se pudo comprobar que en la mayoría de televisores tal procedimiento no es necesario para poder

Alguien podría afirmar que si bien esta operación no resulta complicada ni costosa, no es probable que los consumidores la realicen “sólo” para sintonizar un canal. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, si la señal de un canal de televisión abierta fuera lo suficientemente atractiva, los consumidores sí estarían dispuestos a remover temporalmente el cable de su televisor y sintonizar dicho canal a través de una antena. Pensemos por ejemplo, en un nuevo canal que adquiriera los derechos de transmisión del próximo campeonato mundial de fútbol, de largometrajes que recientemente fueron éxitos de taquillas o de la telenovela protagonizada por alguna estrella del momento. ¿No prescindiría usted temporalmente del cable?

Adicionalmente, debe tomarse en cuenta que actualmente los proveedores del servicio de cable cuentan con la competencia de la televisión satelital, competencia que podría disciplinar cualquier intento de “comportamiento abusivo” y que podría ser una “vía de acceso” alternativa para las señales de televisión abierta a los consumidores. Los hechos demuestran que la televisión satelital efectivamente constituye una competencia para la televisión por cable. En sólo dos meses de operación, la empresa Direct TV obtuvo 30 000 suscriptores y a fines de 2009 espera llegar a 200 000 (20% del mercado)⁴².

Ahora bien, algún defensor de los proyectos de Ley podría afirmarnos, con algo de razón, que de todas maneras el volumen de señales que comúnmente encontramos en una parrilla de canales de una empresa de cable o de televisión satelital desincentivaría la realización de esta operación de “desenchufar/enchufar”. En respuesta a ello, sin embargo, siempre tendríamos a la mano un mecanismo de mercado que ya antes ha funcionado correctamente: si una señal es lo suficientemente atractiva, los consumidores de televisión por suscripción podrán presionar a su empresa proveedora para adquirir dicha señal. En suma, si la señal es de calidad, los consumidores la demandarán, y encontrarán la forma de acceder a ella.

En segundo lugar, es necesario tomar en cuenta el nivel de penetración del servicio de cable. Según información del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL; hacia fines de 2005, el servicio de cable contaba con un total de 417 827 suscriptores en la ciudad de Lima⁴³. La cifra

captar los canales UHF que no están en la “parrilla” de canales de Telefónica Multimedia. Pero aún asumiendo que es necesario reprogramar el televisor con el aparato de control remoto, debe considerarse que dicho proceso puede ser realizado de manera sencilla y en menos de un minuto y que, por lo tanto, no significa incurrir en costos significativos”. Resolución No. 073-2004-INDECOPI/CLC del 17 de noviembre de 2004, p. 16, nota 25.

⁴² Ver: *El Comercio* (2006). “La guerra de la tv por suscripción”. En: *Diario El Comercio*, domingo 23 de julio de 2006, Sección B, p. 1.

⁴³ Ver: [www.osiptel.gob.pe/InfoEstadistica/Cable\(7\)_C7.2.xls](http://www.osiptel.gob.pe/InfoEstadistica/Cable(7)_C7.2.xls) (visitada el 10 de octubre de 2006).

resulta realmente baja si se considera que la ciudad cuenta con más de 8 millones de habitantes.

Esta cifra nos permite afirmar que, incluso sin acceder a los consumidores del servicio de cable, un canal de señal abierta cuenta con una importante franja del mercado a la cual atender y que sí estaría en plena posibilidad de sintonizar su señal.

Finalmente, es necesario también precisar que ni en la ciudad de Lima ni en alguna otra del país la densidad de señales que circulan el espectro radioeléctrico ha llegado a los niveles de las principales ciudades de países desarrollados, en las que la alta cantidad de señales perjudica la calidad de la recepción y la transmisión vía cable termina siendo la mejor “vía” para transmitir señales.

En resumen, creemos que la imposición de un deber de transmitir señales a las empresas del mercado de cable no resulta necesaria para incrementar la competencia en el mercado de señales. Por el contrario, la **regla vigente, según la cual dichas empresas escogen libremente las señales que incluyen en su parrilla de canales, incentiva la competencia**, pues las empresas productoras de señales tienen incentivos para mejorar la calidad de su programación como una forma de hacerlas atractivas para los televidentes, los potenciales anunciantes y las empresas distribuidoras de señales.

V.2 La regulación del deber de transmitir señales en los proyectos es sumamente deficiente

En el acápite anterior hemos argumentado que la imposición de un deber de transmitir señales resulta innecesaria, cuando menos, en un contexto como el nuestro. Este solo hecho basta para desestimar los proyectos (como aparentemente ya se hizo). No obstante, consideramos que los peores defectos y los más nocivos (felizmente, ya no probables) efectos de los proyectos están en su deficiente regulación.

V.2.1 ¿El deber de transmitir señales incluye a todas las señales locales de televisión abierta?

En primer lugar, es posible interpretar de la lectura de los proyectos de Ley que las empresas proveedoras del servicio de cable estarían obligadas a incluir en su parrilla de canales a **todos** los canales locales de señal abierta.

Una regla de tal naturaleza, desde nuestro punto de vista, sería perjudicial para los consumidores, pues podría tener como consecuencia que las opciones que el

consumidor tiene para elegir canales se vean limitadas. En efecto, en vigencia de dicha regla los proveedores del servicio de cable se verían obligados a dejar de incluir en ella señales de cable que puedan ser más atractivas para el consumidor, al tener que incluir obligatoriamente canales de señal abierta que no necesariamente sean de preferencia de los usuarios.

En efecto, debe tomarse en cuenta que la parrilla de canales de todo proveedor del servicio de distribución de radiodifusión por cable es un **recurso limitado**. Así por ejemplo, el paquete estándar del primer operador del servicio cable en el Perú tiene un aproximado de 40 canales⁴⁴. Si se obligara a dicha empresa a incluir en su parrilla a todos los canales de señal abierta que así lo solicitaran, dicho paquete podría quedarse sin señales extranjeras, muchas de ellas de marcada preferencia del consumidor.

Pero aun si razones de negocio no restringiesen la capacidad para admitir señales locales de televisión de parte de un proveedor del servicio de cable, razones de orden tecnológico determinan también que la parrilla de canales sea un recurso limitado. La tecnología analógica utilizada por los operadores del servicio de cable no permite que una parrilla de canales soporte más de 80 o 90 canales manteniendo una señal de buena calidad⁴⁵.

Sobre el particular, debe tomarse en cuenta que sólo en la ciudad de Lima estaban vigentes, hacia fines de 2005, 109 autorizaciones para la prestación del servicio de radiodifusión por televisión⁴⁶, con lo cual la parrilla de canales de cualquier proveedor del servicio radiodifusión de televisión por cable podría ver su parrilla de canales saturada de canales de señal abierta. Esto sin duda causaría una reducción de la calidad del referido servicio en detrimento del consumidor.

En consecuencia, asumiendo como cierta la hipótesis —negada aquí por nosotros— de que la imposición de un deber de transmitir señales es necesaria, debería por lo menos regularse de tal manera que se racionalice el acceso de señales dentro de una parrilla de canales. Ahora bien, esto implicaría incurrir en los costos de reglamentación, supervisión y enforcement en los que tradicionalmente se debe incurrir en todo escenario regulatorio, por lo que la opción de dejar en este caso funcionar libremente a las fuerzas del mercado nos parece la más prudente.

⁴⁴ Telefónica Multimedia S.A.C., comercialmente denominado “Cable Mágico”.

⁴⁵ Resolución No. 073-2004-INDECOPI/CLC del 17 de noviembre de 2004, p. 33.

⁴⁶ Ver: <http://www.mtc.gob.pe/estadisticas/archivos/xls/6.C.15.xls> (visitada el 22 de octubre de 2005).

V.2.2 ¿La inclusión de las señales deberá ser a título gratuito?

Por otro lado, los Proyectos de Ley **no prevén el pago de una compensación** a las empresas por el uso de su parrilla de canales como una vía para llegar a los consumidores.

Una regla que obligue a las empresas de radiodifusión por cable a brindar acceso gratuito a su parrilla de canales a todas las estaciones de señal abierta podría generar un efecto de “*free riding*”⁴⁷ nocivo para la competencia. En efecto, si las referidas estaciones tuvieran acceso a las parrillas de las empresas de radiodifusión por cable sin que necesariamente su señal sea de mejor calidad que otras (esto es, sin haber invertido para mejorar la calidad de sus señales y por ende hacerse más atractivas para los consumidores y para los prestadores del servicio de cable), disminuirían los incentivos para que las empresas autorizadas a prestar el servicio de radiodifusión por televisión mantengan o aumenten la calidad de su programación.

Ello, asimismo, podría desincentivar la inversión en el mercado de radiodifusión por cable, pues si cualquier estación de señal abierta contara con acceso gratuito a su parrilla de canales, estarían beneficiándose de la inversión realizada por las empresas concesionarias del servicio de radiodifusión por cable⁴⁸. Como consecuencia de ello, las empresas concesionarias del servicio de distribución de radiodifusión por cable no se verían estimuladas en invertir ni mejorar la oferta de la parrilla que ofrecen.

Es preciso agregar además que, como vimos en la Sección 3, una regla que brinde acceso mandatorio a la parrilla de canales de un operador de cable sin que medie compensación alguna, podría ser considerada inconstitucional: en primer lugar, porque no existe una justificación para ello, como vimos en la Sección 5.1 (no se estaría afectando el bien a un uso público ni mejorándose las condiciones de competencia en ninguno de los mercados involucrados). En segundo lugar, el hecho

⁴⁷ El término “*free-riding*” es una expresión que podría traducirse literalmente como “viaje gratis” y se utiliza comúnmente para hacer referencia a aquellas situaciones en las que una empresa (o individuo) se beneficia de las acciones o esfuerzos de otra, sin pagar ni compartir los costos en que esta última incurre.

El “*free riding*”, como hemos visto en la sección 3 del presente comentario, resulta negativo ya que el hecho de que alguien pueda recibir beneficios de un bien o actividad sin pagar por ello (o que, visto desde otro punto de vista, quien paga por un bien no reciba todos los beneficios que de él se derivan) desincentiva la inversión en el referido bien o actividad.

⁴⁸ Es posible que muchos canales de televisión abierta con autorización para operar en toda la ciudad de Lima, pero cuya infraestructura para la distribución de señal hertziana les permite llegar apenas a algunos distritos, pretendan utilizar reglas como las defendidas por los proyectos de Ley para ampliar su alcance y atractivo para potenciales anunciantes sin realizar la inversión normalmente necesaria para ello.

mismo de no compensar a la empresa de cable por el uso de su parrilla de canales contravendría lo dispuesto por el artículo 70 de la Constitución Política del Perú, que exige el pago previo de una “indemnización justipreciada”.

Como cuidamos de precisar al explicar la importancia del derecho de propiedad, no es necesario que éste sea afectado en su totalidad ni que el bien sobre el que recae dicho derecho sea removido de la posesión de su titular para considerar que estamos ante una expropiación: cualquier restricción sobre los derechos de uso o usufructo, o sobre la facultad de disposición de un bien es susceptible de ser considerada expropiatoria.

VI. CONCLUSIONES

Luego de todo lo expuesto, es posible concluir que no resulta necesario, al menos en el contexto actual, la imposición de un deber de transmitir señales sobre los operadores del servicio de cable. Dicha regla no sólo no sería beneficiosa, sino que incluso podría ser perjudicial para los consumidores al desincentivar la inversión tanto en el mercado de producción de señales como en el mercado de distribución de señales.

Aun en un escenario distinto, en el que sí fuera necesario imponer dicha obligación, ésta debería ser estructurada de tal manera que incentive la competencia, es decir, favoreciendo a los operadores más eficientes.

Es imprescindible, al analizar cuestiones como las aquí planteadas, tener siempre presente que la verdadera competencia requiere que las empresas puedan explotar en exclusiva los recursos que desarrollan, porque de otro modo no habría incentivos para invertir en ellos o desarrollar nuevos.

REFERENCIAS

- BECKER, G. (2005). *The Unnatural Death of Natural Monopoly*. Disponible en: <http://www.project-syndicate.org/commentary/bec5/English> (visitada el 19 de julio de 2005).
- BERG, A. (2003). *Must-carry. A brief outline*. European Broadcasting Union Dossiers, p. 5. Disponible en: http://www.ebu.ch/CMSImages/en/leg_p_mustcarry_acb_2003_tem6-8268.pdf (visitada el 17 de septiembre de 2004).
- BULLARD, A. (2003). *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra.

- COOTER, R. y T. ULEN (1998). *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- CALLOL, P. (1999). “La garantía del acceso a las redes de telecomunicaciones como requisito esencial para la liberalización del sector”. En: *Revista de Administración Pública*, No. 149, Mayo-Agosto.
- EL COMERCIO (2006). “La guerra de la TV por suscripción”. En: Diario *El Comercio*, domingo 23 de julio de 2006, Sección B, p. 1.
- EPSTEIN, R. (1985). *Takings. Private property and the power of eminent domain*. Londres y Cambridge: Harvard University Press.
- FERNÁNDEZ, E. (1999). “Orígenes y desarrollo de la televisión por cable en los Estados Unidos y España. ¿Caminos bacheados hacia una autopista común?”. En: *Revista Latina de Comunicación Social*, No. 21, Septiembre. Disponible en: <http://www.ull.es/publicaciones/latina/a1999dse/43va5.htm> (visitada el 8 de julio de 2005).
- GÓMEZ, H. y M. ZÚÑIGA (2005). “Propiedad, libertad de contratación y libre competencia”. En: *Revista de Economía y Derecho*, Vol. 2, N° 6 (Otoño). Sociedad de Economía y Derecho – UPC.
- HOVENKAMP, H. (1999). *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Segunda edición. Minnesota: West Group.
- LANDES, W. y R. POSNER (1996). “El contenido Económico del Derecho de Marcas”. En: *Ius et Veritas*, Año VII, No, 13. Lima, Noviembre.
- LIPSKY, A. y G. SIDAK (2003). “Facilidades esenciales”. En: *Ius et Veritas*, Año XIV, No. 27, Lima, Diciembre.
- PRIEST, G. (2004). “Los insuficientes esfuerzos del gobierno para aplicar el moderno Derecho Antitrust a las industrias en redes”. En: *Themis – Revista de Derecho*, No. 47, Lima.
- POSNER, R. (2004). “El Derecho Antitrust en la nueva economía”. En: *Themis – Revista de Derecho*, No. 47, Lima.
- SUÁREZ, R. (2005). *Historia del desarrollo de la TV por cable en Estados Unidos*. Disponible en: <http://www.comunicacionymedios.com/Reflexion/tecno/cable.htm> (visitada el 29 de junio de 2005)