

Bogotá D.C., 20 de marzo de 2015.

Ingeniero
Juan Manuel Wilches
Director
Comisión de Regulación de Comunicaciones-CRC
Ciudad

Ref.: Comentarios al documento "Mercados Audiovisuales en un Entorno Convergente"

Respetado Ingeniero Wilches:

En atención a la convocatoria pública relativa al documento de la referencia, atentamente, nos permitimos enviar nuestros comentarios y observaciones.

1. Las competencias regulatorias de la CRC respecto del servicio de televisión

En cuanto a las competencias legales en cabeza de la CRC debemos expresar nuestra preocupación frente a los efectos de la sentencia del 22 de enero de 2015 proferida por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la cual resolvió un conflicto de competencias administrativas entre la CRC y la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV).

La citada providencia, al declarar competente a la ANTV para regular un aspecto esencial de la relación entre los operadores de televisión abierta y los operadores de televisión por suscripción y no referir las competencias –al menos concurrentes- en cabeza de la CRC, genera el riesgo de que los desarrollos regulatorios respecto de los "*Mercados Audiovisuales en un Entorno Convergente*", puedan resultar nulos por falta de competencia.

En ese orden de ideas consideramos que la institucionalidad del sector audiovisual requiere urgentemente una claridad legislativa al respecto, en aras de la seguridad jurídica.

2. El contexto legal de la retransmisión de las señales de televisión

El documento de la referencia tiene la virtud de situar en el contexto real la figura del *must carry* y su verdadera significancia en el derecho comparado. Como se

sabe, los operadores más grandes de televisión por suscripción en Colombia han pretendido utilizar esta figura para justificar la usurpación de los derechos conexos incorporados en las señales de televisión abierta. Esos operadores ocultan que en mercados como los Estados Unidos, bajo la figura *Retransmisi3n Consent*, se reconoce expresamente el derecho de los *broadcasters* a consentir o no la retransmisi3n de sus señales a trav3s de los sistemas de televisi3n por cable y televisi3n satelital, así como la indiscutible facultad de cobrar una contraprestaci3n por tal concepto.

No obstante la adecuada invocaci3n del derecho comparado, el documento de la referencia omite referir que en el ordenamiento jur3dico colombiano existe una norma imperativa, equiparable a la figura *Retransmisi3n Consent* de la legislaci3n de Estados Unidos: el art3culo 39 de la Decisi3n 351 de la Comunidad Andina.

De acuerdo con la citada disposici3n supranacional de car3cter prevalente e ineludible cumplimiento, "*Los organismos de radiodifusi3n gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir: ...La retransmisi3n de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento...*"

En esta perspectiva, cualquier intenci3n regulatoria por parte de la CRC debe partir de las siguientes premisas: (i) No existen razones de mercado o de conveniencia econ3mica que justifiquen la usurpaci3n del contenido econ3mico de los derechos conexos incorporados en las señales de televisi3n abierta, garantizados de manera incondicional por el ordenamiento jur3dico supranacional y (ii) Los destinatarios del servicio p3blico de televisi3n tienen plenamente garantizado el acceso a la se1al que emiten los operadores de televisi3n abierta, pues esta se difunde de manera radiodifundida, libre y gratuita. Esta realidad es consecuencia de la clara diferenciaci3n legal entre televisi3n abierta y televisi3n cerrada, que no puede ser desvirtuada ni desconocida por la regulaci3n de la CRC.

3. Empaquetamiento de servicios

El documento de la referencia, a pesar de reconocer la realidad del empaquetamiento de servicios en el mercado audiovisual, se queda corto en siquiera mencionar los grav3simos efectos que tiene para el bienestar y la competencia, la circunstancia de que unos operadores ejerzan su poder de dominio respecto de redes de telecomunicaciones a trav3s de las cuales se suministran conjuntamente los servicios de televisi3n por suscripci3n, internet y telefonia y que, adem3s, obliguen al usuario a ser su cliente para poder recibir las señales de televisi3n abierta, pues no le garantizan su recepci3n de manera gratuita.

En tal contexto, es indispensable que la CRC considere que, para efectos de la regulación de los "*Mercados Audiovisuales en un Entorno Convergente*", resulta ineludible acometer la tarea de analizar profundamente el impacto que tiene en dichos mercados el empaquetamiento de servicios. De lo contrario se estaría desconociendo la realidad del poder de dominio que, en un entorno de convergencia audiovisual, ejerce quien controla las redes físicas a través de las cuales se proveen los servicios empaquetados.

4. El mercado de derechos de retransmisión

En el numeral 4.2.3 del documento se analiza el mercado de derechos de retransmisión, partiendo de un mercado hipotético que no se da en la realidad, por lo que dicho ejercicio, aparte de ser una abstracción teórica y académica, no permite analizar la realidad del mercado en Colombia, pues hace suposiciones que se alejan de la normativa y la realidad de mercado, y deja por fuera otros elementos fundamentales.

En efecto: en el numeral 4.2.3.1 se afirma que los usuarios de televisión por suscripción valoran como un elemento fundamental de sus paquetes el hecho de que el mismo incorpore los canales de televisión abierta y supone por ello que es un elemento esencial para dichos operadores. Sin embargo, no incorpora en el análisis la realidad de que dicha señal puede ser recibida de forma gratuita por cualquier usuario.

Es necesario que la CRC considere que los operadores de televisión por suscripción, al momento de instalar sus servicios, deben asegurar la adecuada recepción de la señal de televisión abierta, de tal forma que el usuario pueda acceder a ella sin tener que verse obligado a ser cliente de dichos operadores.

Así mismo, la CRC debe tener en cuenta el estudio de campo desarrollado por la ANTV para una muestra nacional de suscriptores de televisión por suscripción, de conformidad con el cual, menos del 2% de los hogares cuenta efectivamente con una antena para acceder a la señal gratuita de televisión.

No resulta adecuado suponer que las señales de televisión abierta radiodifundida terrestre, se convierten en esenciales a favor de un operador de televisión por suscripción, pues ellas deberían estar disponibles de forma gratuita para los usuarios.

Esta suposición implica legitimar el incumplimiento de la obligación a cargo de los operadores de televisión por suscripción de garantizar a sus clientes la recepción de las señales de televisión abierta.

Así, a pesar de su incumplimiento, estos operadores resultarían favorecidos con una eventual intervención de la CRC para regular el precio de los derechos de retransmisión de las señales de televisión abierta.

No puede perderse de vista que lo que existe en realidad es una falla de mercado, derivada del incumplimiento de la obligación de garantizar la recepción gratuita de la señal abierta a los usuarios de servicios por suscripción.

En el análisis teórico que se propone en el numeral 4.2.3.2 del documento de la referencia, se parte erradamente de un supuesto poder de mercado y una inexistente posición monopólica de los operadores de televisión abierta, sin considerar que sus señales son radiodifundidas, libres y gratuitas para los usuarios, como expresión del servicio universal.

Las ecuaciones que plantea la CRC adolecen de varias distorsiones: (i) No consideran la realidad de que el suscriptor tiene el derecho de disfrutar gratuitamente de la señal abierta y que el operador de televisión por suscripción debe garantizarlo; (ii) Aunque se tienen en cuenta los ingresos por publicidad del operador de televisión por suscripción, no se considera ni se evalúa el hecho de que los operadores de televisión por cable colombianos pagan un menor valor por el contenido (canales) que otros operadores de la región, gracias a que el proveedor de contenido obtiene importantes ingresos por publicidad en las señales de origen que no son reportados en Colombia, compitiendo directamente en el mercado de pauta con los operadores de televisión abierta¹; (iii) Las ecuaciones al plantearse como lineales eluden el análisis de la propiedad de convexidad de las curvas de precio de la pauta en función de la audiencia y los efectos cruzados de la audiencia y la pauta en la televisión abierta como mercado de dos lados²; (iv) Se supone un costo marginal para los canales abiertos tendiente a cero, cuando en realidad el costo marginal es alto al considerar los efectos combinados en

¹ Este hecho genera importantes vasos comunicantes entre la mayor penetración de la televisión por suscripción y el drenaje de recursos disponibles por pauta, sin que queden explícitos y expresados estos efectos en las ecuaciones propuestas. Aquí existe entonces un tercer actor (el canal internacional), que debe ser considerado en las ecuaciones que se proponen, pues de lo contrario se generan vacíos que se asignan arbitrariamente en contra de los canales de televisión abierta.

² El ingreso por publicidad no es función lineal de la audiencia si no que es una función convexa, así mismo la audiencia se reduce a medida que aumenta la penetración de la televisión por suscripción por la presión competitiva de la venta de publicidad en el extranjero para ser incorporada en canales internacionales en la señal de origen.

pérdida de audiencia frente a canales internacionales y pérdida de pauta frente a la venta de la misma en el extranjero incorporada en señales de origen de los canales internacionales que ofrece la televisión por suscripción; (v) las ecuaciones en últimas pretenden un análisis simplista de un mayorista en un mercado monopolístico que no considera las realidades de la televisión abierta como mercado de dos lados, ni la opción de acceso gratuito que existe para todo suscriptor de televisión cerrada, ni las propiedades no lineales de los precios de pauta en función de la audiencia.

El supuesto bajo el cual se asume un bienestar como parte del contrato de los canales de televisión abierta con el Estado y por esta vía con la sociedad, no es aplicable al escenario en el cual la señal se incorpora a una parrilla de televisión por suscripción. Lo anterior por las siguientes razones:

(i) El contrato con el Estado y su consecuente beneficio social se establece respecto de la disponibilidad gratuita de la señal terrestre radiodifundida y no respecto de la retransmisión de dicha señal en otros sistemas de televisión como lo es la televisión por suscripción; (ii) Dicho contrato social supone también una obligación para los operadores de televisión por suscripción de asegurar la recepción gratuita y directa de la señal abierta independiente de la inclusión de la misma en su parrilla; (iii) Tal como se evidencia de los estudios de campo de Blue Note, el operador de televisión por suscripción es quien en últimas se beneficia de incluir en su parrilla la señal abierta, pues ello aumenta la disponibilidad de pago de los usuarios, y más si por un incumplimiento de la norma a ellos se les bloquea la opción de señal gratuita; (iv) La televisión por suscripción es en esencia un servicio de suministro de contenido por un pago, si se extendiera el análisis al conjunto de contenidos por los que el usuario paga, se tendría que el valor de todo canal incluido en la parrilla tendería a cero. v) De mantenerse la tolerancia estatal frente al incumplimiento de los operadores de garantizar la recepción radiodifundida de los canales abiertos, los canales abiertos tenderían a desaparecer o sólo serían recibidos a través de los sistemas de televisión por suscripción, con lo cual el beneficio social sería nulo, ya que los usuarios tendrían que pagar por un servicio que la ley cataloga como abierto y gratuito.

Considerando lo anterior, más que pretender un supuesto beneficio social basado en desconocer la disponibilidad de señales abiertas gratuitas, para justificar una gratuidad para un grupo específico de señales de televisión, es indispensable definir un mecanismo que permita al usuario evitar el costo que se le impone por el empaquetamiento de señales, cuando su menú de gustos puede diferir de dichos paquetes. con lo cual se crea una pérdida de beneficio al tener que adquirir señales que no desea para poder acceder a las que sí desea.

Esta falla de mercado, consistente en la pérdida de bienestar derivada de dicho empaquetamiento, debe ser corregida por la CRC regulando el desempaquetamiento total de los canales que ofrece la televisión por suscripción, de modo que se cobre un cargo fijo por disponibilidad del acceso, y cargos individuales no empaquetables separados para cada canal de la correspondiente parrilla. Esta opción eliminaría los problemas de pérdida de beneficio, reduciría el poder de mercado que se logra en el empaquetamiento, generaría precios transparentes para cada contenido, y evidenciaría más claramente al usuario el hecho de la opción del acceso a señales abiertas de forma gratuita, u opcionalmente a dichas señales retransmitidas en un operador por suscripción bajo acuerdos comerciales por retransmisión de señal.

Este esquema regulatorio que se propone es congruente con las mejores prácticas internacionales, por lo cual sería conveniente que la CRC explorara mediante encuestas, o herramientas similares, la disponibilidad de los usuarios y los beneficios sociales que se lograrían con su implementación.

4. El tamaño del mercado de pauta

El análisis del mercado de televisión que se ilustra en la figura 7 de la página 55, considera un mercado de pauta que es incompleto. Toma solo datos de algunos medios y deja por fuera tanto los medios impresos de periódicos y prensa, vallas y exteriores, así como la pauta que se vende en el exterior incorporada en las señales de origen de canales internacionales y que drenan importantes recursos del mercado que es medible en Colombia, con el indebido beneficio de que por esta vía eluden la contribución a la televisión pública. Así, los operadores de televisión por suscripción obtienen el beneficio de negociar las señales a menor valor, gracias a la posibilidad de incluir pauta.

5. Conclusiones


Teniendo en cuenta los comentarios y observaciones planteados, respetuosamente solicitamos a la CRC considerar los siguientes puntos

- Analizar el riesgo de nulidad de los actos administrativos mediante los cuales se materialice la regulación, dada la incertidumbre legal en cuanto al ámbito y alcance de las competencias de la CRC y de la ANTV;
- Aplicar el ordenamiento supranacional que protege los derechos conexos incorporados a las señales de televisión;

- Considerar los críticos efectos que tiene en los mercados audiovisuales el poder dominante de quienes detentan las redes de telecomunicaciones a través de las cuales se suministran de manera empaquetada los servicios de internet, telefonía y televisión por suscripción;
- Reevaluar el análisis teórico respecto del mercado de televisión abierta en relación con la retransmisión de las señales en sistemas de televisión por suscripción, eliminando el supuesto de dominancia;
- Sopesar en su real dimensión la falla de mercado consistente en que los suscriptores de televisión por suscripción no disponen de antenas para la adecuada recepción de la señal radiodifundida y, por ende, no se les garantiza su recepción;
- Profundizar en los problemas de pérdida de beneficio por empaquetamiento de señales en las ofertas comerciales de televisión por suscripción, y considerar la desagregación de la oferta comercial en señales individuales como principal remedio regulatorio.

Esperamos que los anteriores comentarios contribuyan al proceso regulatorio que lleva a cabo la Comisión. Quedamos a su entera disposición para ampliar nuestros argumentos y suministrar la información adicional que la entidad requiera.

Cordialmente,


Jorge Martínez de León
Representante Legal
CARACOL TELEVISION S.A.


Juan Fernando Ujueta López
Representante Legal
RCN TELEVISIÓN S.A.