

¿Deben las empresas de radiodifusión por cable retransmitir oligatoriamente a los canales de televisión abierta?

Arturo Pallette Fossa*

Las empresas de radiodifusión por cable en nuestro país han tenido como comportamiento usual el tomar del aire las señales de los canales de televisión abierta que consideraban pertinentes e incorporarlas en sus parrillas de programación.

En el presente artículo, el autor analiza la necesidad de establecer una regulación en el Perú para que las empresas de radiodifusión por cable incluyan en su parrilla de programación a los canales de televisión abierta. En medio de dicho análisis, el autor hace un repaso por algunas de las experiencias nacionales e internacionales en la materia.

1. INTRODUCCIÓN

El día 13 de octubre de 2007 decenas de miles de aficionados se dirigían al estadio Monumental de Ate para alentar a la selección peruana en su primer partido de las Eliminatorias Sudamericanas para el Mundial FIFA Sudáfrica 2010. Por otro lado, millones de telespectadores encendían sus televisores para observar el esperado inicio de una nueva etapa eliminatoria, sin sospechar que la disputa no sólo estaba en el terreno de juego: se había trasladado también a la pantalla de sus televisores.

Aquél día, cualquier persona pudo ver el partido de Perú vs. Paraguay captando del aire la señal de televisión abierta de Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (América Televisión) y/o Andina de Radiodifusión S.A.C. (ATV). Empero, sólo los usuarios del servicio de radiodifusión por cable de Telefónica Multimedia S.A.C. (Cable Mágico) podían apreciar las imágenes, estando los demás operadores de cable legalmente restringidos para retransmitir este evento deportivo.

¿Qué había sucedido? Sin entrar en los detalles de la operación, América Televisión y ATV habían constituido una alianza estratégica por la cual ambas televisoras habían adquirido todos los derechos para la transmisión televisiva de los partidos a disputarse por las Eliminatorias Sudamericanas de Fútbol para el Mundial FIFA Sudáfrica 2010 (en adelante nos referiremos simplemente a éstos como las Eliminatorias). Estos derechos no sólo abarcaban la transmisión en televisión abierta de los partidos por las

Eliminatorias, sino todas aquéllas formas de transmisión, conocidas o por conocerse, tales como Internet, telefonía móvil, televisión cerrada, entre otros. Así, al ser el mercado objetivo de América Televisión y ATV el de la televisión abierta, decidieron que para maximizar sus ganancias (y poder pagar el alto precio de los derechos por las Eliminatorias), iban a comercializar las demás formas de transmisión de los partidos de las Eliminatorias a operadores especializados, siendo una empresa del grupo Telefónica la interesada en adquirirlos todos ellos en exclusiva.

En los días previos a inicio de la etapa eliminatoria, Telefónica Multimedia S.A.C. (Cable Mágico) decidió ejercer su derecho de exclusividad, por lo cual los dos canales de televisión abierta antes referidos cursaron cartas notariales a las demás empresas de televisión por cable, solicitándoles que se abstuvieran de retransmitir sus señales de televisión durante la emisión de los partidos por las Eliminatorias, ya que la empresa Cable Mágico había adquirido en exclusiva los derechos correspondientes.

Este hecho insólito, por primera vez visto en nuestro país, removió el mercado de la televisión por cable. Las reacciones fueron diversas, llegando algunas cableras¹ incluso a manifestar, por escrito, que no atenderían el requerimiento y, por lo tanto, retransmitirían las señales de estas dos televisoras, pues argumentaban tener el derecho a tomar la señal abierta del aire y retransmitirla por su servicio de cable.

Por su parte, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y el Organismo Regulador de la In-

* Abogado.

¹ A lo largo del presente artículo, llamaremos indistintamente cablero o cablera a las empresas operadoras de sistemas de radiodifusión por cable (o televisión paga o por suscripción), independientemente de la tecnología que éstas utilicen.

versión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), probablemente a raíz de denuncias de una o más empresas de televisión por cable, tomaron cartas en el asunto enviando requerimientos de información tanto a América Televisión como a ATV, para realizar investigaciones que a la fecha no han culminado.

Estos hechos nos llevan a reflexionar acerca de si las empresas de cable deben tener la obligación, o por el contrario cuentan con el derecho, de llevar en su parrilla² de programación a los canales de televisión abierta y si es necesaria una regulación sobre este tema.

2. CLASIFICACIÓN DE LOS SERVICIOS DE RADIODIFUSIÓN EN EL PERÚ

Consideramos que para poder profundizar sobre el tema antes planteado, es conveniente recordar cómo están clasificados los servicios de telecomunicaciones en el país.

En el Perú los servicios de telecomunicaciones están normados por el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 013-93-TCC), el cual clasifica a estos servicios como: (i) Portadores; (ii) Teleservicios o Servicios Finales; (iii) Servicios de Difusión; y (iv) Servicios de Valor Añadido.

Además, dependiendo de su utilización y naturaleza, los servicios de telecomunicaciones pueden ser Públicos, Privados o Privados de Interés Público³. La característica principal que diferencia entre un servicio de telecomunicaciones Público o Privado, es básicamente que el primero está a disposición del público en general a cambio del pago de una contraprestación⁴.

2.1 El servicio de radiodifusión por cable

Bajo la lógica antes referida, tenemos que el servicio de radiodifusión por cable está clasificado como un servicio público de telecomunicaciones (como todos sabemos los abonados deben pagar por este servicio).

Así, en el artículo 94° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 020-2007-MTC) se establece que tiene las siguientes modalidades:

- (i) cable alámbrico u óptico;
- (ii) sistema de distribución multicanal multipunto (MMDS); o,
- (iii) difusión directa por satélite.

La definición del servicio de distribución de radiodifusión por cable la encontramos en el siguiente artículo del reglamento en mención, el cual define a dicho servicio como aquél que distribuye señales de radiodifusión de multicanales a multipuntos, a través de cables y/u ondas radioeléctricas, desde una o más estaciones pertenecientes a un mismo sistema de distribución, dentro del área de concesión.

2.2 El servicio de radiodifusión

¿Y que sucede con los Servicios Privados de Interés Público? Éstos se encuentran regulados en el artículo 43° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones donde los define como aquéllos denominados de Radiodifusión y que incluyen emisiones sonoras (radio) y de televisión, y qué transmisiones están destinadas a la recepción libre y directa por el público en general.

Ahora bien, es claro que las empresas que operan bajo esta clase de servicio no cobran una contraprestación por su servicio, ya que su señal es captada libremente por cualquiera que tenga un equipo de radio o televisión, no pudiendo ser catalogados como públicos. Sin embargo, si bien son privados, no cabe duda que tienen una fuerte influencia sobre la población y tienen además, por la propia definición que hace la Ley, como finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional⁵.

Debemos señalar que los servicios de radiodifusión propiamente dichos están normados en la actualidad específicamente en la Ley de Radio y Televisión (Ley N° 28278) y su Reglamento (Decreto Supremo N° 005-2005-MTC).

A su vez, los servicios de radiodifusión se clasifican en:

- (i) Servicios de Radiodifusión Comercial, cuando su finalidad es llevar entretenimiento e información;

2 Por «parrilla» debe entenderse el paquete de canales que los operadores del servicio público de radiodifusión por cable ofrecen a sus usuarios.

3 Curiosamente el artículo 22° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones omite incluir dentro de la clasificación de los servicios públicos a los Servicios Privados de Interés Público, señalando que el artículo 9° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones hace la clasificación sólo entre Público y Privado (lo que no es preciso). Esto, que llama la atención, es consecuencia de la Décimo Cuarta Disposición Final y Transitoria del Reglamento de la Ley de Radio y Televisión (Decreto Supremo N° 005-2005-MTC), la cual deroga las disposiciones del Decreto Supremo N° 027-2004-MTC (anterior TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones), en todo aquello relativo a los servicios de radiodifusión en lo que sea aplicable. Sin embargo, como sabemos, un Decreto Supremo no puede derogar una Ley, por lo que la clasificación hecha en el artículo 9° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones queda vigente, teniendo como consecuencia esta distorsión.

4 Artículo 40° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones (concordante con el artículo 23° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones).

5 Artículo 4° de la Ley de Radio y Televisión (Ley N° 28278).

- (ii) Servicios de Radiodifusión Educativa, cuyo fin es el fomento de la educación y cultura; y,
- (iii) Servicios de Radiodifusión Comunitaria, cuando su programación está destinada principalmente a fomentar la identidad y costumbres de la comunidad en la que se presta el servicio.

2.3 Título habilitante para la prestación de los servicios de radiodifusión

Por último, queremos hacer notar la diferencia que existe entre los servicios públicos de radiodifusión y los de radiodifusión propiamente dicho (es decir, los Privados de Interés Público) en lo que al título habilitante se refiere para acceder a estos servicios.

Al ser la radiodifusión por cable un servicio público, requieren de una concesión, la cual es otorgada por el MTC y se encuentran bajo la supervisión de OSIP-TEL. Por su parte, los servicios de radiodifusión necesitan de una autorización, permisos y licencias, las cuales también son otorgadas por el MTC, mas no se encuentran bajo la competencia de OSIPTEL⁶.

3. INTERRELACIÓN ENTRE LA TELEVISIÓN ABIERTA Y EL SERVICIO PÚBLICO DE RADIODIFUSIÓN POR CABLE EN EL PERÚ.

3.1 Antecedentes

Como hemos podido revisar en el punto anterior los servicios de televisión abierta (radiodifusión) y televisión cerrada o paga (radiodifusión por cable) tienen naturaleza distinta en el Perú. Ahora, consideramos oportuno analizar cómo estos dos servicios se han interrelacionado en el país.

La televisión abierta en el Perú tiene alrededor de cincuenta años⁷, mientras que las primeras concesiones para el servicio de distribución de radiodifusión por cable se otorgaron a principios de los años noventa.

El comportamiento de las empresas de cable en el país ha sido tomar del aire las señales de los canales de televisión abierta que consideraban pertinentes e incorporarlas en sus parrillas de programación, muchas veces respetando la numeración de los canales asignados por el MTC a las empresas de radiodifusión, es decir, colocando por ejemplo en el canal 2 a Frecuencia Latina, en el canal 4 a América Televisión, en el canal 9 a ATV, etc.

Los canales de televisión abierta más importantes, que son los que transmiten en VHF, tanto como las empresas de cable por cierto, parecen nunca haber-

«El comportamiento de las empresas de cable en el país ha sido tomar del aire las señales de los canales de televisión abierta que consideraban pertinentes e incorporarlas en sus parrillas de programación»

se interesado realmente en celebrar contratos privados que normaran la interrelación entre ellos, probablemente porque ambos se sentían cómodos con el beneficio que uno obtenía del otro y viceversa: mientras que la televisión abierta podía ganar en cobertura y en calidad de su recepción, los cableeros obtenían programación gratuita y de gran interés para la población peruana, debido a que son los principales canales de contenido nacional (donde pueden informarse por ejemplo de las noticias locales) y que los peruanos están acostumbrados a ver. Es difícil concebir una operación de televisión por cable que no cuente dentro de su parrilla con los principales canales de televisión abierta del país.

Es a raíz de la entrada en el mercado de Directv Perú S.R.L. (Directv) en el 2006, primera operación de televisión por cable directa por satélite en el Perú, que se suscriben los primeros contratos entre canales de televisión abierta y televisión cerrada. La suscripción de contratos básicamente obedecía a una política internacional de la matriz de Directv. Así, Directv fue incorporando paulatinamente en su parrilla a los canales de televisión abierta que le interesaban y con los cuales iba cerrando el respectivo contrato privado, tal cual es la práctica común entre los canales y productoras internacionales que forman parte de las señales de programación de cada uno de los cableeros (y que consideramos debería ser la modalidad seguida en el Perú). Cabe señalar, que a diferencia de los canales y productoras de contenidos internacionales, los canales nacionales no reciben en la práctica ninguna retribución por sus contenidos.

3.2 Los canales UHF y las empresas de cable

Es preciso indicar que las empresas de cable tomaron principalmente las señales de los canales de la Banda de Ondas Métricas (VHF, que va del canal 2 al 13), que son los canales con más arraigo y acogida entre los televidentes, relegando a los canales de la Banda de Ondas Decimétricas (UHF). Bien es

6 Artículo 22° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, concordante con sus artículos 34° y del 47° al 50°.

7 En el 2008 América Televisión (televisión comercial) celebra sus cincuenta años al aire, mientras que el IRTP (Televisión estatal) celebró sus bodas de oro un año antes.

cierto que hubo discrepancias entre algunos canales de UHF y empresas de cable, para ser incorporados en las parrillas de los cableros, como fue el caso de Alliance S.A. (Uranio 15) y Tele Cable S.A. (Telecable), así como la de Empresa Interamericana de Radiodifusión S.A. (Canal 33) y Cable Mágico. La primera de estas dos controversias terminó con la firma de un acuerdo conciliatorio, por la cual Telecable se obligaba a continuar transmitiendo la señal de Uranio 15 en su parrilla de programación dando un tratamiento similar a las demás señales de su programación⁸; mientras que en la segunda, OSIPTEL se declaró incompetente para solucionar dicho conflicto⁹.

De otro lado, también se han llevado ante INDECOPI algunas controversias por este tema, como por ejemplo la de Uranio 15 con Cable Mágico, la cual terminó con un acuerdo conciliatorio entre las partes por la cual el citado cablero incluiría a dicho canal UHF en su parrilla.

Un antecedente más reciente, es la denuncia interpuesta por la empresa Televisión Nacional Peruana S.A.C., que transmite en la frecuencia 23 UHF, contra Cable Mágico, argumentando que esta empresa se había negado injustificadamente a incluirlo en su parrilla de canales, configurándose una discriminación en la prestación del servicio de cable. Así, la denunciante señalaba que la negativa de Cable Mágico limitaba su acceso al mercado en igualdad de oportunidades con relación a otros canales de televisión abierta y respecto a canales que operaba Cable Mágico, impidiéndosele de esta manera operar normalmente y comercializar espacios publicitarios. Al respecto, la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia de INDECOPI opinó que no existían indicios razonables de que Cable Mágico tuviera posición de dominio en el mercado de acceso a televidentes o de que hubiera realizado una práctica anticompetitiva (ni negativa injustificada de trato ni discriminación) y, por lo tanto, que no correspondía iniciar una investigación de oficio contra dicha empresa por presuntas infracciones denunciadas relativas al Decreto Legislativo 701, recomendando a la Comisión de Libre Competencia del Indecopi no iniciar un procedimiento de oficio contra la empresa Cable Mágico¹⁰.

3.3 Los canales VHF y las empresas de cable

No hemos encontrado mayores antecedentes de impasses entre canales de VHF peruanos y cableros que operan en el país relativas a su incorporación en la parrilla de éstas últimas. Los casos más cerca-

no son los suscitados a raíz de las Eliminatorias, entre los canales América Televisión y ATV por un lado, y del otro las empresas de cable Directv, Boga Comunicaciones S.A.C. y Star Global Com Perú S.A., los cuales se encuentran en curso ante la Oficina de Derecho de Autor del INDECOPI y que versan, naturalmente, sobre temas vinculados a la propiedad intelectual y que no ahondaremos en este artículo. Sin embargo, es fundamental resaltar dos hechos:

- a. El MTC impuso una medida correctiva a América Televisión y otra a ATV¹¹ para que no desautorizaran la recepción de los decodificadores de Directv, bajo el argumento de que esta cablera tenía el derecho de acceder a las Eliminatorias por el principio de Libertad de Acceso, normado en el literal b) del artículo I del Título Preliminar de la Ley de Radio y Televisión. Sin embargo, debe notarse que la Libertad de Acceso es un principio contemplado para poder acceder a los servicios de radiodifusión, vale decir las condiciones que el Estado debe garantizar a las personas para que puedan acceder a su prestación. La Libertad de Acceso no forma parte de las obligaciones de las empresas de radiodifusión estipuladas en el siguiente artículo del Título Preliminar antes mencionado. Además, es importante tener presente que, aún en el supuesto negado de que se aplique la Libertad de Acceso, en ningún momento los canales de televisión abierta imposibilitaron a los televidentes captar del aire su señal (hecho que por lo demás es técnicamente imposible hacer), pudiendo cualquier persona captar las señales del aire. La obligación de los canales de televisión abierta es para con sus televidentes y no así frente a las empresas de radiodifusión por cable, con las cuales en todo caso debería tener regulada su interrelación a través de contratos de índole privado.
- b. INDECOPI, quien a través de su Oficina de Derechos de Autor, dictó una medida cautelar que imposibilitaba a las cableras denunciadas por los canales de televisión a transmitir las Eliminatorias. Así, quedó claro que quien ostenta el derecho de autor sobre la programación es quien debe autorizar expresamente su difusión a través de los medios de radiodifusión y, esta lógica que se aplica a un programa, puede seguirse con la programación del canal en su totalidad.

4. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Debemos empezar señalando que el Perú no ha adoptado ninguna regulación acerca de la obliga-

8 Resolución N° 016-CCO/97.

9 Resolución N° 43-PD/OSIPTEL. Cabe señalar que en el momento que se dictó esta resolución, aún no se había promulgado la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL (Ley N° 27336), la cual en su artículo 36° recién otorga competencia a OSIPTEL para resolver conflictos entre una empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones y otra que no lo sea.

10 Informe N° 031-2004-INDECOPI/ST-CLC del 15 de septiembre de 2004.

11 Ambas medidas correctivas fueron levantadas poco tiempo después de ser impuestas.

toriedad para que las empresas de radiodifusión por cable lleven en su parrilla de programación a los radiodifusores de señal abierta. Así, son las empresas de cable quienes tienen la libertad de decidir qué empresas de televisión abierta llevan en su programación y en qué número de canal lo retransmiten.

Por su parte, consideramos que los canales de televisión abierta tienen expedito su derecho para impedir que un cableero retransmita su señal, o de solicitar condiciones para esa retransmisión, como por ejemplo el pago de una contraprestación. Ello, por los derechos de propiedad intelectual que poseen y controlan.

4.1 Estados Unidos de Norteamérica

4.1.1 *Must Carry Obligations*

El primer país en el mundo en adoptar el esquema denominado como el *Must Carry* fue los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.). Dicho sistema consiste, en términos generales, en la obligación de las empresas de cable de retransmitir las señales de televisión abierta.

Las reglas del *Must Carry* se remontan a 1972, cuando se estableció un mandato para que las compañías de cable porten a las empresas de radiodifusión locales y públicas que operaban dentro del área de cobertura de la operación del cable. Esta normativa estuvo inicialmente concebida y dirigida para que los radiodifusores locales no pierdan mercado con el aumento de la competencia entre las empresas de cable. Cabe señalar que el *Must Carry* ha sufrido una serie de cambios desde sus orígenes, habiendo sido declarada, incluso, inconstitucional.

Cuando se aprobó inicialmente en 1972, el *Must Carry* implicaba que los operadores de cable provean canales dentro de su parrilla a todos los radiodifusores que operaban en un radio de sesenta millas (posteriormente se redujo a cincuenta millas) dentro su cobertura. A mediados de la década de los años ochenta, varios operadores de cable, denunciaron a la *Federal Communication Commission* (FCC) – el regulador de las telecomunicaciones en EE.UU. – alegando que las normas del *Must Carry* eran inconstitucionales. Entre 1985 y 1987 la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de Norteamérica (*US Court of Appeals*) declaró que el *Must Carry* violaba la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana. Desde ese momento, y hasta 1992, los cableeros sólo fueron obligados a portar a la televisión pública y brindar a sus usuarios una opción de *A/B switch*, por la cual, con sólo apretar un botón, se cambiaba de sistema y se permitía el acceso a la televisión abierta local. Este cambio afectó principalmente a los pequeños radiodifusores de UHF, ya que los cableeros podían reemplazarlos con canales de radiodifusores o productoras más importantes.

Si bien es cierto que los cableeros solían portar a los principales canales abiertos, los pequeños radiodifusores y los independientes eran dejados de lado, bajo la premisa que el contenido de otras productoras más grandes iban a tener mayor acogida entre sus usuarios. Además, muchos de los operadores de cable eran dueños de productoras, por lo que preferían colocar los canales vinculados a ellos en lugar de los radiodifusores pequeños o locales. La presión se agudizaba en aquellos cableeros que tenían un ancho de banda reducida, lo que les permitía tener un menor número de canales. Los pequeños radiodifusores sostenían que al no estar los cableeros en la obligación de portarlos, se constituía una barrera de entrada para acceder al cable, industria que cada vez ganaba más audiencia, siendo una amenaza para la televisión abierta, que es considerado en los Estados Unidos como un bien de dominio público. Además, los radiodifusores locales señalaban que con este comportamiento los cableeros los afectaban en el mercado de la publicidad, de donde los radiodifusores obtienen sus ingresos, considerándolo como una competencia desleal. Algunos afiliados locales de canales importantes temían que canales no locales pudieran establecer una negociación para proveer de programación a los cableeros locales con la finalidad de expandir su mercado de publicidad, restándoles audiencia o sacándolos del mercado, lo que significaba un impacto negativo también para la industria de la televisión abierta.

Por su parte, los cableeros argumentaban que el *Must Carry* les imponía una carga excesiva sobre su derecho a seleccionar qué canales creían ellos más atractivos para sus usuarios. A pesar de ello, esta regulación fue promulgada por el Congreso estadounidense en 1992, y ratificada por el Tribunal Supremo estadounidense, rechazando así los argumentos de la industria de cable. Esta resolución también sostenía que se podían llegar a establecer integraciones verticales monopólicas.

La Ley de Comunicaciones de 1992 (*The 1992 Communications Act*) construyó la obligación de portar a los radiodifusores locales, tanto comerciales como públicos, pero permitía a los cableeros la posibilidad de no duplicar programación (por ejemplo, radiodifusores que operaban con la misma programación y cabían dentro del radio de cincuenta millas).

4.1.2 *Retransmission Consent*

El mercado se removió cuando en octubre de 1994 la FCC dio a los radiodifusores la posibilidad de optar ser portados bajo las reglas del *Must Carry* o bajo una nueva regulación mediante la cual se establecía que los radiodifusores debían dar su consentimiento para ser retransmitidos por los cableeros, denominada *Retransmission Consent*. Así, a partir de este momento, el radiodifusor tiene el derecho a escoger bajo cuál de las dos modalidades operar. Esta nueva regulación dio a los radiodifusores locales una mejor posi-

ción para negociar los términos para la retransmisión de sus señales, incluso con la posibilidad de escoger el canal por el cual serían retransmitidos.

Una de las desventajas del *Must Carry* para los radiodifusores es que estos no pueden cobrar a las cableadoras contraprestaciones por la retransmisión de sus programas, mientras que la *Retransmission Consent* sí lo permite. Por ello, esta última modalidad es escogida generalmente por las grandes cadenas de televisión, las cuales pueden negociar con los cableeros por su señal un pago u otras condiciones, teniendo el derecho las empresas de cable no aceptar las ofertas y no portar a dichos radiodifusores. Es decir, si un radiodifusor elige la *Retransmission Consent*, no hay obligación del cableero de portar su señal.

En los Estados Unidos los radiodifusores prefieren elegir el *Retransmission Consent* frente al *Must Carry*. Cabe señalar, que bajo las actuales condiciones, los radiodifusores y cableeros deben negociar cada tres años, pudiendo elegir entre los dos sistemas con cada uno de los operadores del servicio de cable. Las cadenas más populares de los Estados Unidos, como la ABC, CBS, NBC y Fox han preferido ganar en cobertura, audiencia y otras condiciones frente a obtener una compensación económica por sus señales. Los cableeros generalmente se ha rehusado a pagar fuertes cantidades de dinero, llegando en algunos casos a sacar temporalmente a las grandes cadenas de su parrilla, como el caso de las señales de propiedad de CBS (con MTV, VH1 y Nickelodeon) por dos días en el 2004 de la empresa de cable Dish Network, o el caso de canales ligados a ABC que salieron de la parrilla de Time Warner Cable por un día en el 2000.

La normativa del *Must Carry* sigue en vigencia, aún luego de la Ley de Telecomunicaciones de 1996 (*The 1996 Telecommunications Act*), e incluso luego de una reñida votación (5 a 4) en la Corte Suprema Norteamericana en 1997, pero aún sigue siendo cuestionada por los cableeros.

4.1.3 Excepciones al *Must Carry*

Finalmente, queremos señalar que existen algunas excepciones a la regla del *Must Carry*. Entre ellas encontramos como las más saltantes:

- El *Must Carry* sólo puede ser aplicada si es que el radiodifusor elige estar bajo esta regulación.
- Aplica para los radiodifusores no comerciales educativos (NCE).
- No aplica para las empresas operadoras de cable, sólo lo hace para las radiodifusoras (que cuenten con las respectivas licencias vigentes). Los cableeros no pueden ampararse en el *Must Carry* para exigir la retransmisión de programa-

ción especial (como por ejemplo, eventos deportivos como la NFL), en contra de la voluntad del radiodifusor.

- Los operadores de baja potencia (*low powered broadcast*) pueden no ser incluidos por los cableeros.
- Los canales extranjeros no gozan del derecho al *Must Carry*.

4.2 Colombia

Consideramos que una legislación interesante de comentar para efectos de este artículo es la colombiana, ya que tienen regulados varios ámbitos de la prestación del servicio de televisión por cable, desde aspectos generales como los requisitos y plazos de la concesión, hasta temas más puntuales como la obligación de contar con un canal con cinco horas diarias de producción colombiana, el horario para programación especial para adultos, las condiciones y requisitos para la transmisión de comerciales y hasta la tarifa a cobrar al usuario final, entre otros. Además, Colombia es uno de los países donde las empresas de televisión por cable tienen claramente la obligación de portar a las señales de televisión abierta.

En Colombia la televisión, tanto la de señal abierta como por suscripción, está regulada por la Ley N° 182 de 1995, modificada principalmente por la Ley N° 335 de 1996 y por la Ley N° 680 de 2001. Estas leyes determinan el marco bajo el cual se presta estas dos modalidades de servicios públicos de televisión. Debemos notar, como una diferencia con la legislación peruana, que el título habilitante en Colombia, tanto la televisión abierta como la cerrada, es la concesión y ambos servicios están clasificados como públicos.

El organismo encargado de velar por la televisión en Colombia es la Comisión Nacional de Televisión (CNTV). Esta entidad dictó en el año 2006 el Acuerdo 10, el cual tiene por objeto regular las condiciones de operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción.

El Acuerdo 10 de 2006 define a la televisión por suscripción como el servicio de televisión destinado a ser recibido únicamente por las personas autorizadas para dicha recepción, independientemente de la tecnología empleada. En esta legislación se puede apreciar desde su Título de Disposiciones Generales que los concesionarios de televisión por suscripción tienen prohibido interrumpir la recepción de los canales colombianos de televisión abierta a sus suscriptores (aquéllos que se puedan sintonizar en su área de cobertura), y, además, se ven impedidos de modificar sin causa justa la frecuencia (léase canal) en que éstos deben ser transmitidos¹².

12 Artículo 8°, sumillado como prohibiciones, del Acuerdo 10 de 2006.

Del mismo modo, un poco más adelante en el Acuerdo 10, y ya en el Título de Prestación del Servicio, encontramos el artículo 13°, el cual establece que los concesionarios del servicio público de televisión por suscripción deben garantizar a sus suscriptores la recepción, sin costo alguno, de los canales colombianos de televisión abierta de carácter nacional, regional y municipal que se sintonicen en VHF, UHF o vía satelital, siempre considerando el área de cobertura del cablero¹³. Con relación a los canales locales, condiciona su retransmisión a la capacidad técnica del operador de la televisión por suscripción. Del mismo modo, restringe a la capacidad técnica del cablero la obligación de portar al canal satelital del Congreso y al canal Universitario Nacional.

Por otro lado, en el parágrafo del mismo artículo 13°, se estipula que, hasta que la CNTV no establezca las frecuencias en las que los concesionarios de televisión por suscripción deben transmitir las señales de los canales de televisión abierta colombianos, dichas señales deberán ser retransmitidas en las mismas frecuencias en que se reciben en el área de ubicación de la cabecera, salvo que por razones técnicas se requiera emitirlos por una frecuencia diferente para preservar la calidad de la señal, lo que debe ser plenamente justificado ante la CNTV.

Como hemos podido apreciar, en este país no solamente está establecido que los operadores de televisión por suscripción deban llevar a los canales de televisión abierta colombianos, sino que se regula hasta en qué canales de la parrilla del cablero deben ser colocados (en los mismos canales en los que las televisoras abiertas transmiten). Además, no se contempla en la legislación colombiana una diferenciación entre los canales VHF o UHF, ni aquéllos que transmiten con cierta potencia, u alguna otra distinción, por lo que todos los canales de televisión abierta tienen garantizados su retransmisión por las televisoras por suscripción.

4.3 Argentina

En Argentina los servicios de radiodifusión están regulados por la Ley Nacional de Radiodifusión, Ley N° 22.285 del 19 de septiembre de 1980¹⁴. Esta norma clasifica a los servicios de radiodifusión como a los servicios complementarios de radiodifusión (donde encontramos al cable) como de interés público, siendo la Licencia el título habilitante para su prestación. El organismo encargado de velar por el mercado de la radiodifusión y el cumplimiento de sus

normas es el Comité Federal de Radiodifusión (COMFER), creado por la Ley antes señalada.

En marzo de 2008 el COMFER, mediante la Resolución N° 110/08, ha determinado ordenar la grilla de programación de la televisión por cable (distribuido por vínculo físico), obligando a los operadores de televisión por cable a ubicar en los primeros quince lugares de su programación a las señales de televisión abierta de la Capital Federal argentina¹⁵, así como a varios canales de noticias¹⁶, además del canal de generación propia y, por último, el canal Encuentro (canal del Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología).

El COMFER en la citada Resolución señala que los canales de radiodifusión abierta antes señalados son generadores de programación de interés nacional, vinculada a realidades locales, por lo que corresponde exigir a los titulares de licencias del servicio complementario de radiodifusión por vínculo físico la inclusión de dichos canales, en la grilla de programación que va del canal 2 al 15, salvo que las partes pacten en contrario. Asimismo, establece que de no llegar a existir un acuerdo de retransmisión por cuestiones económicas, entre los canales citados y los cableros, estos últimos tendrán la obligación de retransmitirlos si no se les exige cargo alguno. Esta misma lógica es seguida por el COMFER para los canales de noticias argentinos, señalando que se busca garantizar la pluralidad de opiniones y el derecho a la libre expresión.

El diario El Clarín señala respecto de esta medida que *«(e)sta disposición perjudicaría, en primer lugar, a los operadores de cable del interior de Argentina, los cuales podrían verse relegados frente a los canales capitalinos, pero también implica una restricción a la capacidad decisoria de las empresas operadoras de cable respecto al ordenamiento de su señal. En este sentido, ADEPA dio a conocer un comunicado en el que sostiene que la norma «constituye un avance sobre la libertad de expresión, una intromisión del Estado en la facultad de programar que afecta al medio y al ciudadano, al establecer normativamente una determinada oferta» y la CEMCI consideró que la disposición establece categorías que no están contempladas en la ley de radiodifusión. La medida ha motivado, además, un pedido de informes al Ejecutivo por falta de transparencia en el procedimiento de sanción¹⁷». Sin embargo, también hay posiciones a favor de esta medida, como la publicada en Enciclomedios que destaca *«(...) (d)e esta manera el gobierno se ali-**

13 Cabe señalar que el artículo 32° del Acuerdo 10, establece que a partir de su entrada en vigencia los concesionarios de televisión por suscripción están autorizados a prestar el servicio en todo el territorio colombiano, mientras que los operadores con concesión vigente pueden solicitar a la CNTV la ampliación a todo el territorio.

14 Como un dato adicional indicamos que esta Ley ha sido complementada o modificada por 206 normas.

15 Estos son: Canal 13, Telefé, Canal 9, América y Canal 7.

16 Estos son: Crónica TV, TN, Canal 26, C5N, América 24.

17 Véase en <http://www.clarin.com/diario/2008/03/18/opinion/o-02602.htm>

«Los canales de televisión abierta tienen expedito su derecho para impedir que un cableero retransmita su señal, o de solicitar condiciones para esa retransmisión, como por ejemplo el pago de una contraprestación»

nea con la legislación más moderna a nivel mundial, que establece una separación entre las empresas «distribuidoras» de TV por cable y las «generadoras de los contenidos» favoreciendo la diversidad de opiniones, de producción y de información»¹⁸.

Más allá de la polémica generada en Argentina respecto a esta nueva regulación, lo cierto es que este país queda como uno más que han adoptado la postura de regular a los cableeros para que tengan la obligación de portar a los canales de televisión abierta, habiéndose salvado la discusión acerca de qué canales deben ser los incluidos en la grilla de programación, al citarlos expresamente a éstos en la normativa.

4.4 Chile

La radiodifusión televisiva en Chile está regulada principalmente por su Ley General de Telecomunicaciones (Ley N° 18.168 de 1982), la Ley de creación del Consejo Nacional de Televisión (Ley N° 18.838, modificada por la Ley N° 19.131) y el Plan de Radiodifusión Televisiva (Decreto N° 71 de 1989).

En Chile, la televisión de pago o por suscripción está clasificada como un Servicio Limitado de Telecomunicaciones que incluye a la televisión por cable, la televisión satelital y otras modalidades tecnológicas.

En relación a los servicios de televisión por cable, hay dos autoridades reguladoras de su actividad, la Subsecretaría de Telecomunicaciones y el Consejo Nacional de Televisión. A este último le corresponde velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, regulando los contenidos de la televisión abierta, ya que no puede intervenir en la programación de los denominados servicios limitados de televisión, los cuales son responsables de toda la programación que transmitan.

El título habilitante para la instalación, operación y explotación de los servicios limitados de televisión es el Permiso, el cual es otorgado por la Subsecretaría de Telecomunicaciones, con un plazo de diez años (renovables), salvo aquellos que no ocupan espectro electromagnético, en cuyo caso su duración es indefinida.

Sólo pueden ser titulares de un permiso limitado de televisión personas jurídicas constituidas y con domicilio en Chile y, un aspecto que llama la atención, es que sus presidentes, directores, gerentes, administradores y representantes legales deben ser de nacionalidad chilena.

Chile sostiene una legislación parecida a la peruana en lo que se refiere a que las empresas de cable no están obligadas a llevar a las televisoras de señal abierta. Es decir, no existe en el ordenamiento jurídico chileno ningún órgano ni autoridad con la competencia para exigir a los operadores de servicios limitados de televisión la inclusión de determinados canales dentro de su parrilla. De esta manera, los operadores de cable cuentan con absoluta libertad para incluir o excluir cualquier canal que ofrezcan a sus usuarios.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, existe un proyecto de Ley de la Cámara de Diputados de Chile, para obligar a los cableeros chilenos a incluir en su parrilla de programación a los canales de televisión de la Cámara de Diputados y del Senado. Ello, bajo la premisa que hay un desconocimiento de la opinión pública sobre las atribuciones y funcionamiento del Congreso chileno. Refieren, además, que ello no es algo nuevo en el derecho comparado y que, en efecto, tanto en Francia como en España se ha impuesto por Ley que los cableeros tengan la obligación de incluir en su parrilla a ciertos canales. En Francia se ha dispuesto la obligación de transmitir el canal parlamentario (*Chaîne Parlementaire*) que transmite informaciones del Senado y de la Asamblea Nacional. En Colombia, como ya hemos visto, también existe la obligación de transmitir el canal parlamentario. Por su parte, en España los operadores de cable deben portar a los canales municipales y a Radio Televisión Española, además de otros tres canales privados.

5. ANTECEDENTES DE UNA REGULACIÓN EN EL PERÚ

Como ya hemos referido anteriormente, es claro que la legislación peruana no obliga a las empresas del servicio público de radiodifusión por cable a llevar en su parrilla a los canales de televisión abierta. Sin embargo, sí existen antecedentes¹⁹.

¹⁸ Véase en <http://www.enciclomedios.com/node/2598>

¹⁹ Queremos señalar que ambos proyectos que a continuación se comentan aparecen en la página Web del Congreso con el estado de «En Comisión», a diferencia de otros proyectos que figuran como «Retirado» o «Publicado en El Peruano».

5.1 Proyecto de Ley N° 11124/2004-CR

El 10 de agosto de 2004, el congresista Rafael Valencia – Dongo Cárdenas (independiente), propone incorporar el artículo 22°-A a la Ley de Radio y Televisión (Ley N° 28278), con el objeto de garantizar la difusión de los servicios de radiodifusión comercial por televisión a través del servicio de distribución por cable.

Este proyecto señala que la Ley de Radio y Televisión omite regular un aspecto que puede devenir en un abuso de posición de dominio por parte de las cableadoras, distorsionando el mercado y perjudicando al consumidor. Así, señala que algunas empresas de cable no respetan la frecuencia asignada por el MTC a los canales de televisión abierta y que, incluso, algunos de ellos quedan fuera del paquete básico que éstas ofrecen, como por ejemplo el canal del Estado, lo que atenta contra el interés público. Bajo esta lógica, propone incorporar un nuevo artículo a la Ley de Radio y Televisión, con el siguiente tenor:

«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 del INDECOPI.»

5.2 Proyecto de Ley N° 11320/2004-CR

El segundo antecedente en el Perú respecto a una posible regulación para que los cableeros lleven obligatoriamente a los canales de televisión abierta, es puesto en consideración unos días después del primero, el 03 de septiembre de 2004, cuando el congresista Alejandro Oré Mora (Perú Posible), presenta el Proyecto de Ley N° 11320.

Este proyecto busca modificar el artículo 21° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, fijando a los canales de televisión abierta en el servicio de televisión por cable. Señala que la Constitución, las Leyes y demás dispositivos establecen que es delito restringir la circulación del espectro radioeléctrico de las señales de radio y televisión, y que las cableadoras anulan técnicamente la posibilidad de sintonizar frecuencias de radiodifusión del espectro radioeléctrico, no permitiendo en sus parrillas de canales todas las frecuencias autorizadas por la autoridad competente de las localidades donde desarrollan el servicio.

Además, señala que el Decreto Legislativo N° 701 sobre la libre competencia, determina que están pro-

hibidos y serán sancionados los actos o conductas relacionadas con actividades económicas que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general. En ese sentido, refiere que la televisión abierta compite directamente con el cable, pues este último incluye dentro de su programación propia publicidad y compiten en el mismo mercado. Por ello, al existir una relación de competencia entre dichas empresas, las cableadoras 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 las cableadoras, 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 (televisoras de señal abierta).

Por otro lado, este Proyecto estipula que las cableadoras aplican condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, ya que algunos canales de televisión abierta son incluidos en sus respectivos canales y otros no, señalando el Proyecto que ello corresponde a la mal utilizada libertad que tienen las cableadoras, que al margen del MTC y sin considerar los derechos que éste haya otorgado a particulares para la localidad donde presten servicios, decide qué señales incluye en sus sistemas y cuáles no.

Por último, manifiesta que las cableadoras en determinadas ocasiones, y sin que exista criterio técnico que las justifique, modifican el canal asignado para los canales de señal abierta, programando sus señales en otro canal de su sistema.

Así, el Proyecto propone incorporar al artículo 21° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones:

«Artículo 21°- Los servicios de difusión se prestan en régimen de libre competencia, estando prohibida cualquier forma de exclusividad, monopolio o acaparamiento.

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».

5.3 Informe N° 033-2004-INDECOPI/ST-CLC

Los dos proyectos de Ley antes mencionados originaron que el INDECOPI, a través de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, emitiera el Informe N° 033-2004-INDECOPI/ST-CLC. Cabe

señalar, dicho informe menciona en su introducción que la Presidencia de la Comisión de Transportes y Comunicaciones del Congreso le envió a la Comisión por fax un texto sustitutorio de los proyectos de Ley N^{os} 11124/2004-CR y 11320/2004-CR, documento al cual no hemos tenido acceso.

El informe manifiesta que el texto sustitutorio de los Proyectos de Ley antes citados pretende la modificación del artículo 21° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, proponiendo que las empresas prestadoras del servicio de radiodifusión por cable difundan en su parrilla de canales las señales de cualquier canal de televisión de señal abierta, y encontramos aquí la diferencia: «a solicitud de un número significativo de suscriptores al servicio de cable, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones mínimas: (i) que la difusión se efectúe en el mismo canal autorizado por las autoridades competentes para la localidad donde se solicite dicha difusión a través de los servicios de radiodifusión por cable; y, (ii) que la señal abierta del canal solicitado debe estar operando de manera ininterrumpida en los últimos tres (3) años» (subrayado nuestro). Asimismo, propone que el OSIPTEL sea la entidad encargada de canalizar los requerimientos de los suscriptores, así como verificar y fiscalizar su cumplimiento.

Somos de la opinión que el haber considerado en el texto sustitutorio de los proyectos de Ley el concepto de que la inclusión del canal de televisión abierta dependa de los usuarios, desnaturaliza y distorsiona en gran medida los proyectos de Ley originales. Además, es de esperarse que las empresas de cable respondan al mercado (oferta y demanda) y si los consumidores prefieren ciertos canales, los cableros harán los esfuerzos necesarios para tenerlos en su parrilla y así satisfacer las necesidades del consumidor, manteniendo o ganando mercado.

Si bien los textos originales incurrieran, a nuestro criterio, en una serie de defectos en el enfoque del problema y algunos de técnica legal, estos eran más consecuentes al propósito de que las empresas de cable incluyan obligatoriamente a los canales de señal abierta, y estaban más cercanos a la legislación internacional que adopta esta tendencia. Debemos decir que tampoco estamos opinando a favor o en contra de los proyectos, simplemente creemos que se termina desviando el propósito original.

La Secretaría Técnica termina concluyendo sobre el análisis del texto sustitutorio de los proyectos de ley:

- (i) Que, el proyecto de ley al proponer que las cableras difundan las señales de cualquier canal local de televisión de señal abierta, a solicitud de un número significativo de usuarios suscritos al servicio de cable, limitará el derecho constitucional económico de la libertad de empresa.

- (ii) Que, se encuentra justificado que la ley imponga determinadas limitaciones a la libertad de empresa siempre que ellas sean proporcionales, razonables y guarden correspondencia con el fin último perseguido por los derechos y libertades constitucionales – económicos, que es la asignación eficiente de los recursos escasos con el objetivo de maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto.

- (iii) Que, la finalidad del proyecto de ley parece ser el reducir los costos de transacción que implica articular una solicitud, por parte de un número significativo de suscriptores, para que las cableras transmitan un determinado canal de señal abierta dentro de su parrilla. En la medida que el proyecto de ley pretenda facilitar que la oferta «escuche» a la demanda, no podría ser objetado por la Secretaría Técnica; sin embargo, en lo que toca a la proporcionalidad y razonabilidad de las limitaciones a la libertad de empresa, la operatividad de la propuesta legislativa presenta algunos problemas.

Como vemos, las conclusiones giran en torno al tema de la solicitud de los suscriptores, apartándose del contexto original de los proyectos de Ley (obviamente por realizar el análisis sobre el texto sustitutivo).

Sin embargo, la Secretaría Técnica hace algunos análisis que queremos rescatar. El primero cuando se refiere al Informe N° 031-2004-INDECOPI/ST (referido en el punto 3 del presente artículo), señalando que las normas de defensa de la competencia no permiten por sí mismas el acceso de un canal de señal abierta a la parrilla de canales del cable, si es que ello no significa un abuso de posición de dominio y el acceso sea la única forma de restituir el proceso competitivo dañado.

Otro punto interesante es cuando la Secretaría Técnica se refiere a la saturación de la parrilla de los canales del cable. Hace notar que el espacio que disponen los cableros para incorporar canales en su parrilla no es ilimitado, por lo que se podría presentar un problema de saturación en la grilla, que implicaría, de tener que incluirse un número importante de canal de señal abierta, el reemplazo de ciertos canales que ya tienen un lugar en la parrilla y que los usuarios han contratado indirectamente.

Como tercer aporte, tenemos el tema de la numeración que tendrían los canales en la parrilla. La Secretaría Técnica señala que el texto sustitutorio establece que cuando un canal de señal abierta ingrese a la parrilla del servicio de cable, el número que debe asignársele debe ser el mismo que le autorizó el MTC. Ello implica, a criterio de la Secretaría Técnica, un serio menoscabo a la libertad de empresa del cablero, ya que éste tiene el derecho de determinar en qué número de canal se ubicará a la televisora de señal abierta, independientemente de si ello implica

estar ubicado en el «paquete básico» (más económico) o en el «paquete completo» (más oneroso).

Por último, pero el que consideramos lo más resalante del Informe, es cuando hace referencia a los derechos y libertades económicas consagrados en la Constitución peruana, señalando que la empresa de cable tiene libertad para decidir qué canales incorpora a su parrilla y, conforme a esta libre decisión del cablero, los consumidores elegirán si contratan o no su servicio. Así, en un escenario competitivo, basado en la libre interacción de la oferta y la demanda, las empresas prestadoras del servicio de cable estarán atentas a las preferencias de los consumidores, ofreciendo al mercado los canales que son preferidos. Además, señala que la libertad de empresa, como cualquier otro derecho o libertad reconocidos, no puede ser ejercida de manera irrestricta o absoluta, recordando que en una economía social de mercado (como la peruana) el ejercicio de la libre iniciativa privada y de las libertades de empresa no deben transgredir el ordenamiento jurídico vigente, encontrándose justificado que la Ley imponga determinadas limitaciones a la libertad de empresa, siempre que ellas sean proporcionales, razonables y guarden correspondencia con el fin último perseguido por los derechos y libertades constitucionales – económicos, que es la asignación eficiente de los recursos escasos con el objetivo de maximizar el bienestar de la sociedad en su conjunto.

6. REFLEXIONES FINALES

Luego de lo expuesto, toca preguntarnos si es conveniente o no regular normativamente en el Perú la relación entre las empresas prestadoras del servicio de cable y las televisoras de señal abierta. Ello, además, ante la afirmación de algunas empresas de cable nacionales que argumentan tener el derecho a tomar la señal del aire de las televisoras e incorporarlas en su parrilla de programación sin contraprestación alguna. Cabe mencionar, que hablamos de regulación al estar ante servicios públicos (o en todo caso privados de interés público), y que la regulación debería recaer sobre las empresas del servicio de cable, involucrando a las radiodifusoras de televisión abierta.

6.1 Regulación o Libre Mercado

Ante esta disyuntiva debemos empezar por señalar que somos de la opinión que, tal como lo establece una economía de mercado, el Estado no debe intervenir a menos que exista una falla en el mercado

que amerite ser corregida²⁰. Hacerlo, podría violentar los derechos que tienen los cableros y las televisoras a la libertad de empresa y de contratación recogidos en el Título III de la Constitución Política peruana.

Empero, así como creemos que en principio no debe establecerse una regulación al respecto y se debe dejar actuar a las reglas de la oferta y la demanda, consideramos que las empresas de radiodifusión por cable no ostentan el derecho a tomar libremente las programaciones del aire de las televisoras de señal abierta e incorporarlas a su parrilla. Ello, porque los contenidos (programas) de las televisoras de señal abierta son producidos directamente por ellas (contenidos propios) o los adquieren (de productoras nacionales o internacionales) y sobre ellos importan derechos de autor, los cuales tienen un costo y un valor en el mercado. No porque sea un servicio de libre recepción, significa que una persona tenga absoluta libertad para lucrar con ellos²¹. Pensar lo contrario implicaría aceptar que cualquier persona puede tomar la programación del aire y obtener un beneficio económico. Para graficar esto nos ponemos ante una situación extrema: bajo este razonamiento se podría validar que un canal de televisión abierta o cerrada tome del aire un programa y lo difunda en su propio canal (por ejemplo, un radiodifusor toma «El Chavo del Ocho» de la señal del aire del canal 4 y lo retransmite en su canal 6).

En ese orden de ideas, consideramos que la relación entre los radiodifusores por cable y los de señal abierta, deben regirse por la libertad contractual, que consiste tanto en la libertad de celebrar contratos, como en la libertad de negarse a celebrarlos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que la libertad contractual se ejerce dentro del marco de las normas de orden público propias de cada actividad, las cuales establecen los límites a estas libertades.

Creemos que en el libre mercado serán los operadores de cable los interesados en contar en su parrilla con los canales de televisión abierta que tengan un contenido apreciado por los usuarios y, a su vez, los canales se preocuparán en tener una mejor programación para ser atractivos no solo para su teleaudiencia, sino también para las empresas de cable.

Por último, no queremos dejar de mencionar que las empresas de cable obtienen sus ingresos del cobro que hacen a sus abonados, mientras que las empresas de televisión abierta lo hacen de la publicidad que colocan los anunciantes y para ello buscan te-

20 RUBIO CORREA, Marcial. «Para Conocer la Constitución de 1993».

«La iniciativa privada no puede ser estorbada dentro de la actividad económica, siempre que actúe en los marcos que establece el Derecho y es ejercida en una economía social de mercado. La economía de mercado es la que se regula según las leyes de la oferta y la demanda (...). Nuestra economía de mercado debe ser social, en el sentido que ciertos excesos del mercado deben ser regulados para garantizar el bien común».

21 Las empresas de cable cobran a sus suscriptores por los canales que les brindan, entre ellos, los de señal abierta.

ner una buena programación para que sea atractivo anunciar en ellas²².

6.2 Frente al supuesto de una regulación

Finalmente, queremos señalar que en caso vernos ante una normativa para regular el acceso de la televisión abierta en el cable, consideramos que deberá tenerse muy presente lo siguiente:

- a. Si será obligatorio incluir a todos los canales de televisión abierta (VHF y UHF), o sólo algunos de ellos teniendo en cuenta la capacidad limitada del cable para portar señales.

Al respecto, pensamos que no deberían ser todas las señales abiertas las obligadas a portarse, por un tema de saturación de la parrilla del cable y porque sólo algunas de ellas tienen la capacidad de tener una programación acorde con los fines establecidos en la Ley de Radio y Televisión (generalmente las que transmiten en VHF). ¿Qué criterios se podrían seguir para evaluar qué señales de televisión abierta deben incluirse? Consideramos que podría ser la antigüedad de transmisión, la calidad de su programación, las horas de producción nacional, si son de frecuencia VHF, entre otros.

- b. Si las empresas radiodifusoras recibirán una contraprestación por su programación.

En este punto somos de la opinión que las empresas radiodifusoras sí deben recibir una contraprestación por ser retransmitidas en el cable (dineraria o acceder a condiciones especiales, como por ejemplo estar entre los primeros canales de la parrilla), la cual debe en principio ser pactada libremente entre el cable y el canal abierto.

- c. Si el número de canal que recibirían los radiodifusores abiertos serían los mismos que el MTC les ha asignado²³ y si sería obligatorio que estén dentro de paquete básico o económico que ofrecen los cableros.

Acerca de este punto, consideramos que debería dejarse a criterio del cablero la ubicación del canal y su manera de comercializar sus paquetes, ya que confiamos en que el mercado le dictará las pautas a las empresas de cable para ordenar la numeración de sus canales²⁴. Además, es muy probable que los consumidores, acostumbrados a ver a los canales de televisión abierta en las frecuencias asignadas por el MTC, prefieran que los cableros respeten ese mismo orden. CA

22 Un debate interesante que aún no se ha profundizado en el Perú, es si las empresas de radiodifusión por cable tienen el derecho de vender publicidad (insertando comerciales en la programación de su parrilla), hecho que afecta al mercado de la publicidad y a las industrias de televisión abierta y cerrada en su conjunto; empero, este análisis merece mayor profundidad y no es materia de este artículo.

23 Debe recordarse que la asignación de la frecuencia que realiza el MTC varía de acuerdo a la localidad donde se otorga la autorización; así, por ejemplo, América Televisión es transmitida en Lima a través del canal 4, mientras que en Piura es a través del canal 2.

24 Por ejemplo, agrupando a los canales por su contenido (nacionales, noticias, deportes, películas, etc.)