

Memorial Ganador del Premio al Mejor Memorial de Contestación del E-MOOT 2020:

Controversia en el Mercado de Plataformas de Streaming Musical

Equipo 4:

Alvaro Gastañaduí González – Universidad de Piura

Eduardo Ubaldo Chaupiz – Pontificia Universidad Católica del Perú

Valeria Camila Moreno Machín – Universidad del Pacífico

Paolo Bazo Palacios – Universidad de Piura

Cesar Alexander Gutiérrez Tercero – Universidad del Pacífico

César Calderón Colina – Universidad de Piura

E-MOOT DE LIBRE COMPETENCIA 2020

ESTUDIO BULLARD FALLA EZCURRA +

**UNIVERSIDAD DEL
PACÍFICO**

MEMORIAL DE LA PARTE DEMANDADA

**DEMANDANTE
ZEPPELIN S.A.**

**DEMANDADA
TAPESTRY S.A.**

EQUIPO No. 4

ÍNDICE

1. Petitorio	1
2. Antecedentes	1
3. ¿De qué trata la presente controversia?	2
4. El Tribunal no es competente en la presente controversia	4
A. La determinación de una vulneración a la libre competencia en virtud de la LCA no es arbitrable	4
B. Sobre el carácter estrictamente regulatorio de la controversia	8
5. La modificación contractual es válida y vinculante	10
A. La naturaleza de las cláusulas del contrato	10
B. Zeppelin dio su consentimiento para la actualización del esquema tarifario	13
C. Zeppelin dio su aceptación a la nueva forma de cálculo	18
6. La modificación no atenta contra la libre competencia	19
A. El abuso de posición de dominio bajo la LCA	19
B. Tapestry no tiene posición de dominio en el mercado relevante	21
(i) Definición del mercado aguas arriba: el mercado relevante	22
(ii) Definición del mercado aguas abajo: el mercado afectado	23
(iii) El mercado relevante y el mercado afectado	24
(iv) Sobre la posición de dominio de Tapestry	24
C. Sobre la conducta realizada	26
(i) Esencialidad del imput	26
(ii) Inexistencia de un margen insuficiente para operar en el mercado	28
(iii) ZepMusic no es tan eficiente como TapMusic	29
D. Efectos anticompetitivos sobre el mercado	31
E. Sobre la inexistencia de precios predatorios	38
F. Sobre el reclamo indemnizatorio	39

ABREVIATURAS

Aquemini	El Estado de Aquemini
Autoridad de Competencia	Autoridad de Competencia de Aquemini
Contrato	Contrato por el Uso del Sistema de Seguridad del sistema operativo Carole celebrado entre Zeppelin y Tapestry.
FourPlay	Plataforma de distribución digital de aplicaciones móviles desarrollada por TUSA
Tapestry	Tapestry S.A.
TapMusic	Aplicación de música desarrollada por Tapestry
TapStore	Plataforma de distribución digital de aplicaciones móviles desarrollada por Tapestry
TUSA	Transmisiones Unidas S.A.
ZepMusic	Aplicación de música desarrollada por Zeppelin
Zeppelin	Zeppelin S.A.
Sistema de Seguridad	Sistema destinado a proveer servicios de seguridad de datos personales a sus usuarios

AUTORIDADES

<i>Bibliografía</i>	
BARCHI	BARCHI VELAUCHAGA, Luciano El Ius Variandi en los Contratos para la Prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Derecho y Sociedad No. 26 2006
BÖCKSTIEGEL	Böckstiegel, K., <i>Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement</i> , IBA Journal of Dispute Resolution (Special Issue 2008, The New York Convention -50 years, p123), 2008. Recuperado desde: https://www.arbitration- icca.org/media/4/44543421599110/media0122 77202358270bckstiegel_public_policy...iba_u nconference_2008.pdf
BOSTOEN	<i>Only platafomrs and and vertical integration: the return of Margin Squeeze?</i> En Journal of Antitrust Enforcement 2018, Vol. 6(3), 355-381
CÁRDENAS	CÁRDENAS Quirós, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. <i>IUS ET VERITAS</i> , 7(13), 19-35. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetve ritas/article/view/15555 1996
CASTILLO FREYRE	CASTILLO FREYRE, Mario. Sobre las obligaciones y su clasificación. <i>THÉMIS-Revista de Derecho</i> 66. pp. 209- 220. ISSN: 1810-9934 2014.
CONRATH	<i>Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition</i>
DE LA PUENTE	DE LA PUENTE, Manuel. El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Segunda edición. Tomo I. Lima: Palestra. 2007

FERNÁNDEZ	Fernández Rozas, J. <i>Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la Ley 60/2003, de arbitraje</i> . En La nueva Ley de arbitraje. Estudios de derecho judicial, 102 . Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 65-176. 2006 Recuperado de: https://eprints.ucm.es/6558/
FERNÁNDEZ	Fernández Cruz, Gastón. Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil Peruano. Derecho & Sociedad (19), pp. 146-164. 2002
FERNÁNDEZ	<i>Regulación sectorial y derecho de la competencia: comprensión de márgenes en el mercado de telecomunicaciones</i>
FERNÁNDEZ y Díez	<i>El estrechamiento de márgenes en los mercados de telecomunicaciones: Comentario a la Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784-Wanadoo España contra Telefónica</i>
HORVARTH	Horvarth, G. <i>The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award</i> . Kluwer Law International; Kluwer Law International 2001, Volume 18 Issue 2) pp. 135 - 158
MEREMINSKAYA	Mereminskaya, EE. <i>La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada</i> . Legislativos, 2007. Recuperado de: http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Orden%20P%C3%BAblico%20Mereminskaya.pdf
MESSINEO	MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato, Tercera Edición. Lima: ARA Editores. 2007.
SOTO	SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. Las cláusulas generales de contratación y las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos Vniversitas, núm. 106 pp. 563-609 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia

	2003
TOVAR	TOVAR GIL, María del Carmen <i>Aplicación de la lex mercatoria internacional por los árbitros.</i> Lima Arbitration N° 2. 2007
VEGA	VEGA, Yuri. Comentario al artículo 1392 del Código Civil en Gutiérrez Camacho, W., & Muro Rojo, M. Código Civil Comentado : por los mejores 100 especialistas (Tercera edición). Gaceta Jurídica. 2010

JURISPRUDENCIA

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS	Decisión N° 2003/707/CE (Asunto COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 — Deutsche Telekom AG)
TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA, SALA QUINTA AMPLIADA	Industries des Poudres Sphériques SA Vs. Comisión
RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO DEL OSIPTEL	RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO No. 012-2014-CCO/OSIPTEL
RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO DEL OSIPTEL	RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO No. 023-2015-CCO/OSIPTEL
RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE LIBRE COMPETENCIA DEL INDECOPI	RESOLUCIÓN No. 059-2011/CLC-INDECOPI
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta) de 10 de julio de 2014 (*) - En el asunto C-295/12 P - — Telefónica, S.A., Telefónica de España, S.A.U./Comisión Europea, France Telecom España, S.A., Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), European Competitive Telecommunications Association
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	Caso C-52/09 Konkurrensverket v. TeliaSonera EU:C:2011:83 [2011] ECR I-527, paras 83-9; Caso T-336/07

DERECHO APLICABLE

Código Civil Peruano de 1984 o CC	Decreto Legislativo No. 295
Código de Comercio de 1902 o CdC	Código de Comercio de la República del Perú
Convención de Nueva York (1958) o CNY	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958
Ley de Arbitraje de Ciudad Real o Ley de Arbitraje	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006 (artículo 7, opción I)
Ley de Competencia	Ley de Competencia de Aquemini
Principios UNIDROIT o Principios	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales
RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 077-2016-CD/OSIPTE	Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas anticompetitivas y Desleales en el Ámbito de las Telecomunicaciones del OSIPTEL del Perú

AL TRIBUNAL ARBITRAL:

TAPESTRY S.A. (en adelante, "Tapestry") con domicilio procesal en la Av. Martín Mercado No. 314, Linden, Aquemini; en los seguidos contra **ZEPPELIN S.A.** (en adelante, "Zeppelin"), ante ustedes nos presentamos y decimos:

I. PETITORIO

En virtud de la demanda presentada por Zeppelin el 8 de junio de 2020, dentro del plazo conferido, cumplimos con absolver traslado de la demanda y solicitamos al Tribunal Arbitral que declare **INFUNDADAS LAS PRETENSIONES DEMANDADAS**, en consideración a los siguientes fundamentos que, a continuación, explicaremos:

II. ANTECEDENTES

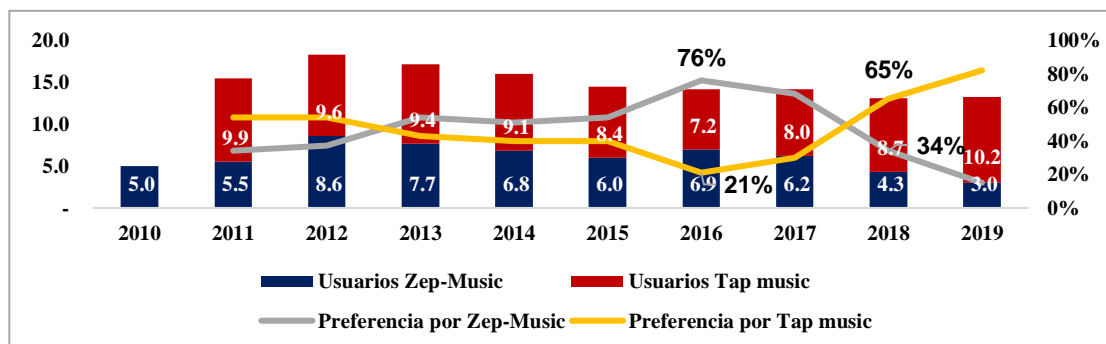
1. En primer lugar, es necesario entender cuál es el contexto bajo el cual se da la presente controversia. Tapestry es una empresa que **participa en el mercado de celulares** de Aquemini desde el 2003. Sus celulares funcionan con el **sistema operativo Carole** y cuentan, dentro de este, con una **plataforma de descarga de aplicaciones llamada TapStore**. Al mismo tiempo, **participa en el mercado aguas abajo de desarrollo de aplicaciones**. Para el presente caso, cabe precisar que Tapestry lanzó la aplicación **TapMusic en el 2011**, la cual concurre en el mercado de aplicaciones de música por streaming. En este concurren P-Streaming, Conciertos Live y ZepMusic.
2. Esta última aplicación fue lanzada al mercado en el 2010 por **Zeppelin**, una empresa desarrolladora de aplicaciones. Sin embargo, si bien esta aplicación entró antes que TapMusic al mercado, no ha podido hacerle frente a la eficiencia de este último.
3. Dicho lo anterior, cabe traer a colación el incidente del 2015, en este año Aquemini sufrió el mayor ataque y robo de información financiera desde las plataformas de aplicativos de su historia. Tras esto, el Gobierno obligó a los titulares de las plataformas de aplicaciones de los celulares (entre ellos, Tapestry con el TapStore) a proveer servicios de seguridad de datos personales a sus usuarios (en adelante, el "Sistema de Seguridad"). **Se dispuso que estas empresas eran las únicas habilitadas legalmente para proveer este servicio.**
4. De esta manera, **Tapestry asumió esta obligación de acuerdo a lo establecido por el Gobierno**. Sin embargo, al tener que proveer este Sistema, **decidió trasladar solo una parte de los costos** a los desarrolladores, asumiendo este la diferencia. Así, celebró un Contrato por Uso de Sistema de Seguridad de Carole con estos. Con Zeppelin, **tras una**

intensa negociación, se celebró en febrero del 2016 (en adelante, el “Contrato”). No obstante, Tapestry se vio obligado a modificar los criterios bajo los cuales se establecían las tarifas a pagar. La modificación respecto del Contrato se dio el 04 octubre de 2016.

5. Ha sido en el marco de esta modificación que, **dos años después de que esta entre en vigencia**, Zeppelin ha demandado injustamente a Tapestry. En el presente escrito, sin embargo, se dará respuesta a lo planteado por Zeppelin; en concreto, se desarrollará lo siguiente: (i) de qué trata verdaderamente la demanda planteada por Zeppelin, (ii) por qué la controversia no es arbitrable, (iii) por qué la modificación contractual es legítima, y (iv) por qué esta no atenta contra la libre competencia. Veamos:

III. ¿DE QUÉ TRATA LA PRESENTE CONTROVERSIA?

6. Dado que la presente disputa ha girado en torno del Sistema de Seguridad; es necesario entender el funcionamiento de este. Promover y mantener, así, un sistema de seguridad no es cosa sencilla. Para lograr esto resulta necesario el desembolso de una gran inversión. Tras esta, se debe incurrir anualmente en importantes gastos de seguridad, los cuales aumentan a raíz del aumento de usuarios de las aplicaciones. Tapestry, para hacer frente a estos costos, decidió trasladar parte de estos costos como se explicó anteriormente.
7. De este modo, a partir del número de usuarios aplicaciones que existían para ese momento en el mercado, es que se celebraron los contratos por uso del Sistema. No obstante, a raíz de los contratos, diversas aplicaciones se vieron forzadas a salir del mercado. Esto implica, como es lógico concluir, que el creciente costo por el aumento de usuarios, se terminó distribuyendo entre menos aplicaciones.
8. Esta modificación implicó que Tapestry, de seguir con los criterios y tarifas establecidas en un primer momento, no hubiera podido sostener económicamente el Sistema de Seguridad. Así, amparado en la aceptación anticipada de la modificación de los criterios y las tarifas, decidió efectuar la modificación contractual en cuestión. Esta modificación en ningún momento ha buscado afectar a algún competidor, sino, por el contrario, poder distribuir de manera más eficiente los costos por el Sistema de Seguridad.
9. A pesar de lo anterior, cabe realizar la pregunta: **¿por qué Zeppelin buscaría utilizar la modificación contractual que venía ejecutándose sin problema durante dos años para demandar a Tapestry?** Para responderlo, hay que ver el contexto en el cual se da la demanda, en concreto, ver cómo cambió la preferencia de los usuarios y el número de estos por aplicación a finales del 2017. A partir de la data disponible, el siguiente gráfico compara a TapMusic y a ZepMusic respecto de esto:



10. **Respecto del número de usuarios**, se puede ver que (i) desde que TapMusic ingresó al mercado (2011), haciéndolo incluso después de ZepMusic (2010), ha tenido más usuarios que el segundo; la diferencia de usuarios ha llegado a máximos de 4.4 millones por año. (ii) Es cierto, sin embargo que, durante el 2016, ZepMusic, sin lograr superar a TapMusic, logró reducir considerablemente la brecha. (iii) No obstante, **la diferencia fue de nuevo acrecentándose desde finales del 2017**, dando diferencias de casi 3 millones a inicios del 2018. (iv) En conclusión, por la propia dinámica del mercado, TapMusic ha sido quien ha liderado el mercado, reafirmando su posición a finales del 2017.
11. **Respecto de la preferencia de los usuarios**, (i) es cierto que desde el 2013 hasta finales del 2015, ha sido ZepMusic quien ha liderado la preferencia de los usuarios. (ii) **A finales de 2017, sin embargo, la preferencia se invirtió dando como favorito a TapMusic**, con una tendencia creciente considerable. Como puede verse, para inicios del 2018 ZepMusic estaba perdiendo los usuarios que había logrado ganar años anteriores, y había dejado de ser el preferido por los usuarios. Coincidentemente, **es a inicios de 2018 que esta empresa aprovechó para demandar a Tapestry por la modificación** que se había venido llevando a cabo sin problemas.
12. Ahora bien, las prácticas que reafirmaron el liderazgo de TapMusic desde finales de 2016 y generaron la pérdida económica de ZepMusic son las siguientes: (i) en diciembre de 2016, ofrecer una tarifa más atractiva de A\$4.5; (ii) en marzo de 2017, obtener un contrato de exclusividad con Dory G; y (iii) en el 2018, firmar contratos de exclusividad con los 3 cantantes independientes con más seguidores de la plataforma P-Streaming.
13. Como puede verse, el éxito del TapMusic no responde a prácticas ilegítimas, sino a las mismas dinámicas de mejora constante de la calidad del servicio a través de la innovación y opciones para sus usuarios. Sobre esto, debe quedar claro que el crecimiento de la empresa se sustenta en prácticas válidas que no contravienen las normas de competencia.

14. En conclusión, Zeppelin no está demandando por una modificación ilegítima o un abuso de posición de dominio. Sino, en cambio, está utilizando esta dada su incapacidad de competir eficientemente en el mercado. De esta manera, a continuación se desarrollará por qué la demanda de Zeppelin carece de fundamentos. Corresponde comprobar: (i) por qué la controversia no es arbitrable, (ii) por qué la modificación contractual es legítima, y (iii) por qué esta no atenta contra la libre competencia.

IV. EL TRIBUNAL NO ES COMPETENTE EN LA PRESENTE CONTROVERSIA

15. Es competencia del Tribunal pronunciarse respecto a su propia competencia para conocer la acción interpuesta por Zeppelin. Ello en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, plasmado en el Artículo 16 de la Ley Modelo UNCITRAL (en adelante, la “LMU”). Este dispone que “(e)l tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia (...)”. Es en función a dicho principio que solicitamos a este Tribunal determinar que carece de competencia para pronunciarse sobre la controversia.
16. Así, para demostrar la carencia de competencia del Tribunal se desarrollará lo siguiente: (i) la determinación de una vulneración a la libre competencia en virtud de la LCA no es arbitrable; (ii) Zeppelin trata de forzar el carácter contractual de la controversia mientras que la misma es eminentemente referida a la libre competencia.

A. LA DETERMINACIÓN DE UNA VULNERACIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA EN VIRTUD DE LA LCA NO ES ARBITRABLE

17. En el presente caso, el pacto arbitral no precisa la ley aplicable al fondo de la controversia. De esta manera, en concordancia con el artículo (28)(2) de la LMU, el Tribunal debe declarar qué normas son aplicables al análisis del fondo de la controversia.
18. En el presente caso, es necesario que el Tribunal declare que la ley aplicable al fondo de la controversia es la LCA en la medida que, si bien no aplica a la regulación del contrato, sí regula el comportamiento de los actores económicos de Aquemini. Asimismo, debe considerarse que el laudo será exigible a Tapestry en su domicilio legal, el mismo que se encuentra ubicado en Aquemini por lo que la legislación de dicho país deberá ser tomada en cuenta. De lo contrario, de acuerdo con la Convención de Nueva York (en adelante, la “CNY”), en sus artículos V(2)(a) y V(2)(b); y los artículos 34(2)(b)(i) y 34(2)(b)(ii) de la LMU dicho laudo podría devenir en ineficaz.
19. La LCA representa un límite objetivo a la arbitrabilidad de la presente controversia puesto que, bajo los parámetros de dicha ley, esta no es arbitrable. Así, no tomar dicha norma en

cuenta al deliberar sobre la presente controversia, sería legitimar que las partes huyan de los efectos de esta. Los mismos que, más allá de regular cuestiones meramente procedimentales, plantean la tutela del interés difuso respecto del libre mercado de Aquemini, siendo ello parte del orden público de dicho país. En ese sentido MEREMINSKAYA (2007:6) establece que *“las partes no pueden evitar la aplicación de la ley territorial, sometiendo el fondo del asunto a una legislación extranjera que declare arbitrable la controversia.”*

20. HORVARTH (2001:1,6) plantea que *“cuando uno habla de los deberes de un árbitro, tal vez uno es más importante que el deber de otorgar un laudo ejecutable”*. Ello en la medida que *“el argumento más fuerte para dicho concepto del deber del tribunal es que la efectividad del sistema de arbitraje internacional depende críticamente en la atención del tribunal al asunto de la exigibilidad final del laudo.”*
 21. Así, de lo antes estipulado se desprende que, incluso si el tribunal considera que la LCA no es aplicable al fondo de la controversia, aún debe de ser tomada en cuenta para determinar la arbitrabilidad de la misma. Ello, puesto que en amparo de la CNY; y la LMU, los jueces, observando la ley del exequátur, podrán denegar la ejecución del laudo.
 22. Es también por lo antes descrito, respecto de que la LCA debe de ser tomada en cuenta por el Tribunal para evaluar la arbitrabilidad de la controversia. Así, de demostrarse que la presente controversia no versa estrictamente sobre libre competencia, o que los árbitros no pueden pronunciarse sobre si una acción vulnera o no la libre competencia, la presente controversia no sólo no es susceptible de ser conocida en arbitraje, sino que, de hacerlo, el laudo vulneraría el orden público de Aquemini al extralimitar sus funciones a aquellas que le corresponden al Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el “TDC”).
- (i) **Sobre el orden público como límite objetivo de la arbitrabilidad de una controversia**
23. Tanto la jurisprudencia como la doctrina que fundamentan la arbitrabilidad de controversias relacionadas al orden público en arbitrajes internacionales **reconocen también la importancia del análisis de cada caso concreto**. De acuerdo a la LMU y la CNY, es necesario analizar caso por caso la procedencia de los procesos arbitrales referidos orden público. Así, es indispensable reconocer que las sentencias mencionadas se sustentan en legislaciones particulares.
 24. Al respecto, GONZALO QUIROGA (2001:308) comenta que *“(l)a arbitrabilidad de la controversia en Derecho de la competencia depende, en un primer momento, de la aplicación de los criterios generales del presupuesto material (...).”* Así, declarar la

presente controversia como arbitrable vulneraría el orden público de Aquemini en la medida que las controversias referidas a dicha materia no son arbitrables en este país. Respecto a ello, es necesario analizar qué es el orden público y cómo se manifiesta a través de la libre competencia y la LCA.

25. Al respecto, CAIVANO (2013:6) muestra una relación causa efecto entre el orden público y la norma que lo tutela. Plantea que existe *“una situación de base que inspira, motiva o justifica la norma; por el otro, el efecto que esa norma produce.”* Así, el primer elemento es la existencia de un interés público o general que el legislador interpreta y busca proteger. Dicha protección se materializa a través del segundo elemento que, con su carácter instrumental, busca alcanzar ese objetivo de interés general. Ello se realiza al *“hacer que las normas legales que atienden ese interés general no puedan ser dejadas de lado mediante una declaración de voluntad.”* Es decir, si bien no todas las normas imperativas representan el orden público, todas las normas de orden público sí son imperativas y por ello indisponibles, es decir, las facultades que otorga la autonomía privada, no alcanzan a poder modificar o prescindir lo dispuesto por ellas.
26. En el presente caso, el orden público se manifiesta a través de una norma imperativa que busca regular la actuación de los distintos agentes económicos concurrentes en el mercado. Y, según el artículo 1 de la propia ley, *“todo ello con el fin de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.”* En ese sentido, es innegable que tanto el bienestar de los consumidores como la eficiencia económica de los mercados representan materia relevante para el funcionamiento de la sociedad. Así como representan también la materialización de la concepción de justicia de la sociedad, en el ámbito de la libre competencia.
27. Dicho ello, es necesario revisar los límites de la competencia de los árbitros en mérito de la arbitrabilidad objetiva. Al respecto, BÖCKSTIEGEL (2008:8) plantea que *“si, por lo tanto, la jurisdicción de los árbitros solo puede ir hasta donde las parte, por acuerdo, les han autorizado, uno debe añadir inmediatamente, que esa jurisdicción solo puede ir hasta donde las partes **puedan** autorizarles.”* En esa línea, debemos considerar que, dentro de las condiciones mínimas para determinar la competencia de un tribunal arbitral, junto con la patrimonialidad y la disponibilidad del objeto, se encuentra también, de acuerdo con GONZALO QUIROGA (2001:309), *“la inexistencia de una atribución imperativa de jurisdicción, ya sea a un órgano Administrativo o Judicial, que sustraiga al juicio de los árbitros el conocimiento de esa controversia.”*

28. Ello es también defendido por CAIVANO (2013:9) al comentar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Paris en el caso de Soci  t  Aplix c. Soci  t  Velcro, al se  alar que la Corte “*subray  que el árbitro solamente puede aplicar las normas comunitarias que gozan de un efecto directo pleno y que la jurisdicción de los árbitros encuentra un límite en las atribuciones exclusivas de la Comisión de la Comunidad Europea sobre derecho de la competencia*”. De ello se desprende que este Tribunal no solo se encuentra limitado por la disponibilidad del derecho que las partes pretenden someter a controversia, sino que también se encuentra objetivamente limitada por las facultades que una entidad gubernamental pueda tener sobre dicha materia.

(ii) Sobre la Ley de Competencia de Aquemini

29. Visto el apartado anterior, es necesario revisar lo que estipula la LCA respecto a las conductas que atenten contra la libre competencia en Aquemini. Esta establece en su artículo 3 que la Autoridad de Competencia de Aquemini conformada por el TDC es la encargada de investigar y sancionar las conductas que constituyan infracciones a dicha ley. Asimismo, en el artículo 4.2, establece que es facultad, “(d)*declarar la existencia de una infracción e imponer la sanción correspondiente.*”

30. Dichos artículos ilustran el especial interés del legislador a la facultad del TDC de ser quien determine si una conducta representa o no una verdadera infracción contra la libre competencia en su país. En ese sentido, debemos considerar que la libre competencia en Aquemini no solo es materia de orden público por lo descrito líneas arriba, sino que el legislador ha decidido darle un lugar especial a la Administración Pública **estableciendo que será el TDC la entidad facultada** para determinar qué acciones representan una infracción a dicha Ley.

31. A ello le sigue el artículo 21 de la LCA, el cual establece que cualquier persona “*siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta anticompetitiva, podrá demandar ante la jurisdicción competente, la correspondiente pretensión de indemnización por daños y perjuicios.*” Tras una interpretación a contrario, se concluye que **ni siquiera las cortes ordinarias son competentes de conocer controversias referidas a la libre competencia**, sino que sólo podrá conocer la demanda de indemnización que se haga una vez que el TDC determine si existió una infracción.

32. Si bien otras entidades son competentes para conocer el proceso referido a la indemnización por daños y perjuicios que pueda generarse, sólo el TDC es competente para conocer la infracción a la libre competencia. En ese sentido se entiende que primero

se debe pronunciar el TDC respecto a la calidad de infracción o no de dicha conducta, y luego será la jurisdicción competente la que determine la indemnización pertinente. Entonces, si ni siquiera las cortes ordinarias están facultadas para determinar esto, tampoco lo estará un tribunal arbitral.

33. A pesar de esto, la demandante estipula que la presente controversia es susceptible de ser sometida a arbitraje en la medida que la Comisión Europea en el caso de *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV*, estableció que “*la aplicabilidad de normas de orden público no transforma una materia en inarbitrable.*” Sin embargo, es imperativo aclarar que esta decisión se sustenta en el análisis del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comisión Europea, el mismo que al igual que el Reglamento del Consejo de la Comunidad Europea -relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado- regula las atribuciones de la Comisión, no establecen facultades exclusivas de la misma.
34. Ello al igual que la renombrada sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre el caso *Mitsubishi c. Chrysler* que también podría haber sido invocada por la demandante, la misma que se fundamenta en la *Sherman Antitrust Act* y la *Clayton Antitrust Act*. Las mismas que tampoco establecen facultades específicas de las cortes para determinar si una acción representa o no una infracción a dichas leyes.
35. Si bien el Tribunal interpreta que la libre competencia es arbitrable con base en dichas normas, ocurría que estas no mostraban un especial interés del legislador de que sea una autoridad específica quien tenga la competencia para determinar qué representa una infracción a la misma. En ese sentido, si bien dichas sentencias representan hitos históricos para la arbitrabilidad de la libre competencia, al basarse en fundamentos jurídicos distintos, una analogía de las mismas al presente caso no sería correcta.
36. Así también, en virtud del artículo 5 de la LMU, que reconoce su propio límite en las leyes estatales que no permitan la arbitrabilidad de determinada controversia, este tribunal debería declararse incompetente.

B. SOBRE EL CARÁCTER ESTRICTAMENTE REGULATORIO DE LA CONTROVERSIA

37. Aun así, el Tribunal considerará que bajo el ordenamiento jurídico de Aquemini, las controversias contractuales referidas materia de libre competencia son arbitrables. Deberá declararse incompetente para conocer la presente controversia en la medida que esta no es realmente una disputa estrictamente contractual. Sino que la demandante trata de forzar

una supuesta modificación unilateral inválida para someter a arbitraje una controversia eminentemente regulatoria, de libre competencia, y evitar concurrir a la autoridad administrativa pertinente.

38. De acuerdo con el artículo 7° (1) de la LMU el convenio arbitral es “*un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.*”
39. A través de dicho acuerdo las partes omiten la competencia de los tribunales ordinarios quienes, de acuerdo con FERNÁNDEZ (2007:30) serían los naturalmente competentes para conocer su controversia. Continúa el autor explicando que, en este extremo, el convenio arbitral asume una función similar al de la jurisdicción y, por ende, “*la competencia judicial internacional de los tribunales estatales disminuye en tanto que nace, de manera directamente proporcional, la competencia arbitral*”, la misma que se encuentra fundamentada en el convenio en cuestión.
40. Bajo ese orden de ideas, es necesario reconocer que el elemento base para la formación de la competencia del tribunal es el convenio arbitral mediante el cual las partes deciden someter determinadas controversias a dicho fuero. En ese sentido para poder determinar la arbitrabilidad de la presente controversia se debe analizar si la misma se encuentra cubierta por la cláusula arbitral del contrato. La misma que reza: “*Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez e interpretación, será resuelta mediante arbitraje (...).*”
41. En dicha línea, se puede afirmar que la cláusula arbitral ampara tan solo a resolución de controversias referidas a materia estrictamente contractual. Por lo que controversias de otra naturaleza deberán ser conocidas por las autoridades competentes para ello. Es así que comprendemos que las partes han acordado resolver por esta vía aquellas controversias que se originen por conductas desplegadas en el marco del contrato en cuestión.
42. La demandante atribuye a Tapestry la conducta anticompetitiva de precios predatorios y pretende arbitrar sobre ello. Sin embargo, dicha conducta no requiere de una relación contractual para ser desplegada sino meramente de una coincidencia subjetiva en la concurrencia en el mercado. En ese sentido, al no ser el origen de esta controversia producto de la relación contractual entre las partes, no se encontraría dentro del convenio arbitral y consecuentemente, este Tribunal no sería competente para conocerla.

43. En el supuesto de que la demandante denunciara otro tipo de conductas anticompetitivas como el estrechamiento de márgenes, es necesario reconocer que esta tampoco se vería cubierta por la cláusula en cuestión. Ello puesto que una controversia de dicha naturaleza responde a incentivos ajenos al contrato y estrictamente a la relación de las partes dentro de un mercado determinado. Así, dicha conducta por más que requiera de la existencia de una relación contractual, requiere también del despliegue de conductas que exceden necesariamente el marco del contrato, por lo que excederían así la competencia del Tribunal arbitral siendo competencia del TDC.
44. Si bien el Tribunal podría ser competente para pronunciarse sobre la supuesta nulidad de la modificación contractual, esto no debería ser excusa para que el mismo se pronuncie sobre las controversias referidas a la libre competencia.
45. Así, (i) la LCA debe ser aplicada al análisis del fondo de la controversia y como consecuencia, debe tener injerencia en la arbitrabilidad de la misma en respuesta al deber de los árbitros de emitir laudos ejecutables; (ii) aun así no sea aplicable al fondo de la controversia, ha de ser relevante para determinar la arbitrabilidad de esta. (iii) Además, el orden público representa un límite objetivo a la arbitrabilidad de las controversias en la medida que limita las facultades que las partes pueden otorgar a los árbitros; (iv) como se vio, la facultad de determinación de una infracción a la libre competencia es **facultad exclusiva e indisponible** del TDC. (v) Finalmente, la controversia es de carácter regulatorio no contractual. Así, la presente controversia carece de dos condiciones esenciales para poder ser sometida a arbitraje la de disponibilidad y la de no ser materia de competencia exclusiva de una entidad gubernamental. En consecuencia, el tribunal debe declararse incompetente para conocer la controversia referida a la libre competencia.
46. Sin perjuicio de todo lo anterior, a continuación se explicará por qué, incluso si fuese arbitrable, (i) la modificación contractual es legítima y (ii) por qué esta no atenta contra la libre competencia.

V. LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL ES VÁLIDA Y VINCULANTE

47. Para dar respuesta a este punto se demostrará lo siguiente: (i) las cláusulas del Contrato fueron negociadas, por lo cual no aplica la figura de cláusulas generales de contratación ni de cláusulas abusivas; (ii) Zeppelin dio su consentimiento para la modificación de la forma de cálculo del volumen de usuarios y no solo de la actualización de tarifas. Veamos:

A. LA NATURALEZA DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO

48. En el escrito de demanda, se indica que el Contrato sería uno sujeto a “cláusulas generales de contratación” y que Zeppelin habría tenido “una capacidad de negociación restringida que le impidió observar cláusulas abusivas”. Nada dista más de la realidad. **¿Por qué el Contrato no está sujeto a estas cláusulas?** El artículo 1392 del CC indica que “*las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad (...)*”. La característica típica de estas cláusulas, según SOTO (2003:578), es la predisposición, esto es “*el acto por el cual una persona, natural o jurídica, concibe intelectualmente y redacta en forma previa y unilateral las cláusulas generales*”. Entonces, para que una cláusula contractual se pueda considerar como “general” debe haber sido redactada (i) de forma previa y (ii) unilateralmente.
49. Por un lado, el que las cláusulas existan de forma previa supone que la redacción hecha por una de las partes es la que finalmente pasa a ser el texto contractual. Por su parte, la unilateralidad, según VEGA (2010:s.p.), “*no permite hablar de negociación*”. La negociación es la antítesis de la unilateralidad. Si existe la primera, no se puede haber cláusulas generales. La ausencia de negociación guarda concordancia con la lógica de este tipo de cláusulas que rescata CÁRDENAS (1996:20): la contratación en masa.
50. Considerando ello, debe verse que la ausencia de predisposición y, sobretudo, la negociación es lo que caracteriza a este caso. Así, si bien el 13 de enero de 2016 Tapestry propuso una versión inicial del Contrato (como ocurre en todo *iter contractual* donde siempre hay una parte que propone un borrador inicial) esta fue inmediatamente observada por Zeppelin. A raíz de eso -y tal como la demandante lo ha reconocido- Zeppelin y Tapestry tuvieron una reunión el 28 de enero para revisar los términos del Contrato. El 18 de febrero de 2016 Tapestry envió una nueva versión que -pese a recoger los acuerdos de la reunión- nuevamente, fue objetada por Zeppelin en el extremo de la cláusula cuarta (relacionada con la retribución) mediante correo del 19 de febrero. En él, Zeppelin propuso una retribución escalonada, lo cual fue aceptado por Tapestry y recogido en el Contrato a través de las cláusulas cuarta y quinta, enviado el 23 de febrero.
51. En ese sentido, no se puede afirmar que estas cláusulas (i) fueron establecidas de forma previa porque si bien hubo una propuesta de borrador, el texto final no fue el “concebido intelectualmente” por Tapestry -sino el producto de la negociación- ni (ii) redactadas de forma unilateral cuando es notorio que las partes han negociado activamente, tanto es así que la última versión del documento no recoge la propuesta de Tapestry sino la de Zeppelin. Así, queda demostrado que no se trata de cláusulas generales de contratación al no ser “previas” y carecer de unilateralidad, todo ello por la negociación activa entre

las partes. Si el Contrato fuese uno sujeto a cláusulas generales, su redacción sería la propuesta el 13 de enero por Tapestry y no la que actualmente se tiene. Asimismo, incluso si posteriormente Tapestry usó este modelo de contrato con el resto de proveedores, ello no borra la existencia de la referida negociación con Zeppelin.

52. La demandante desliza que, producto del gran poder de mercado que presuntamente tendría Tapestry, se habría visto impedida de negociar y observar cláusulas abusivas. Sin embargo, ello es falso porque como se ha demostrado, existieron arduas negociaciones en las cuales se modificaron tanto la cláusula cuarta como la quinta. Incluso, en su correo del 19 de febrero, Zeppelin **da su consentimiento** al contenido de la cláusula quinta que es la misma que, según la demandante, “nunca pudo negociar ni observar”. Además, estos alegatos de la demandante relativos al presunto poder de mercado de Tapestry hacen evidente que la materia que pretende discutir es la libre competencia, cuestión que, al ser competencia exclusiva del TDC, no se puede debatir en el fuero arbitral como se vio.
53. De este modo, queda acreditado que es imposible que estas constituyan cláusulas generales de contratación. Ahora, **¿es la cláusula quinta una cláusula abusiva?** DE LA PUENTE (2007:784) las define como “aquellas **cláusulas generales de contratación** que alteran, en ventaja del predisponente, **el equilibrio entre los derechos y obligaciones** contractuales de las partes”. Así, solo es posible estar ante la existencia de estas en cláusulas generales de contratación o contratos de adhesión, pero, como se ha evidenciado, en el este caso de no estamos ante alguno de los supuestos previstos.
54. Sin perjuicio de ello, incluso en el supuesto negado de que se esté ante una cláusula general de contratación, esta no es una cláusula abusiva ya que, para serlo, debería “alterar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”. Para Zeppelin, la cláusula quinta, la cual otorga el consentimiento anticipado, lo sería porque (i) Tapestry contaría con posición de dominio y (ii) se vieron perjudicados al incrementarse el pago mensual por el Sistema de Seguridad. Sin embargo, Zeppelin no explica cómo la cláusula quinta generaría el referido desequilibrio entre las partes que la volvería “abusiva”.
55. No obstante, a Tapestry le resulta relevante indicar por qué dichos argumentos son falsos: (i) respecto de la presunta posición de dominio de Tapestry, en los numerales siguientes se acreditará cómo Tapestry no cuenta con esta y cómo de ninguna manera el inicio de investigaciones de parte del TDC sería una evidencia de ello. Incluso en el supuesto negado que lo fuera, ello se habría revertido precisamente con la apertura del TapStore en el 2005. Adicionalmente, (ii) el incremento del pago mensual, al cual se dio consentimiento, no supone *per se* el rompimiento del equilibrio contractual.

56. Por otro lado, el numeral 2 de la cláusula cuarta permite la actualización del esquema tarifario mientras que la quinta hace lo propio con las tarifas. En ese marco, resulta curioso que la demandante alegue que la cláusula abusiva sería la quinta al permitir la modificación de las tarifas, no obstante, en ningún momento cuestiona la validez de la cláusula cuarta, la que precisamente autoriza a Tapestry a modificar el esquema tarifario, aquello que con lo que la demandante se encuentra en desacuerdo. En ese sentido, debe verse que Zeppelin está cayendo en una contradicción al, por un lado, decir que solo dieron consentimiento anticipado para la actualización de tarifas a través de la cláusula quinta y, por otro, indicar que esta cláusula es abusiva y por lo tanto no se debería aplicar.
57. En conclusión, las cláusulas del Contrato han sido negociadas entre las partes, por lo que no se puede hablar ni de cláusulas generales de contratación, ni de cláusulas abusivas.

B. ZEPPELIN DIO SU CONSENTIMIENTO PARA LA ACTUALIZACIÓN DEL ESQUEMA TARIFARIO

58. En el numeral 4.2 de la Cláusula Cuarta del Contrato denominada “Del Esquema Tarifario”, se pactó el esquema tarifario podría ser actualizado. Véase que la denominación de la cláusula es concordante con que en ninguna parte de ella se recojan precios o, en general, montos dinerarios. Por su parte, la cláusula quinta da otra autorización: la actualización y modificación de las tarifas. Veamos:

“CLÁUSULA CUARTA: DEL ESQUEMA TARIFARIO

(i) *El volumen se establece como la suma de todos los usuarios de todos los aplicativos pertenecientes a una determinada empresa y que hagan uso de estos a través del sistema operativo Carole.*

(ii) *Se computará como un usuario a la descarga y vigencia de la aplicación. Asimismo, en caso un usuario haga uso de más de un aplicativo de una empresa, este será contabilizado como usuario por cada aplicativo de manera independiente.*

(iii) *La tarifa unitaria por empresa es ajustada automáticamente cada vez que una determinada empresa cambia de rango de volumen.*

(iv) *La tarifa unitaria será la establecida en el Anexo No. 1 del Contrato.*

4.2. Sin perjuicio de ello, las partes acuerdan que el esquema tarifario podrá ser actualizado, de acuerdo con lo señalado en la cláusula quinta.

CLÁUSULA QUINTA: ACTUALIZACIÓN DE TARIFAS

5.1. Las partes acuerdan que las tarifas podrán ser actualizadas y/o modificadas de manera unilateral por parte del Proveedor. En tal sentido, el Cliente otorga su consentimiento de manera anticipada para la actualización del Anexo No. 1. (...)

ANEXO No. 1 DEL CONTRATO: ESQUEMA TARIFARIO

(i) *El volumen se establece como la suma de todos los usuarios de todos los aplicativos pertenecientes a una determinada empresa y que hagan uso de estos a través del sistema operativo Carole.*

(ii) *Se computará como un usuario a la descarga y vigencia de la aplicación. Asimismo, en caso un usuario haga uso de más de un aplicativo de una empresa, este será contabilizado como usuario por cada aplicativo de manera independiente.*

(iii) *La tarifa unitaria por empresa es ajustada automáticamente cada vez que una determinada empresa cambia de rango de volumen.*

(iv) *La tarifa unitaria es la que se muestra a continuación: (...)*” (El énfasis es nuestro)

59. Ahora bien, el 4 de octubre de 2016 Tapestry, en virtud del pacto contractual, notificó a Zeppelin la actualización del esquema tarifario. En concreto, hubo un cambio en la forma del cálculo del volumen de usuarios, la cual pasó de ser por empresa a ser por aplicativo:

ANEXO No. 1 DEL CONTRATO: ESQUEMA TARIFARIO

(i) *El volumen se establece como la suma de todos los usuarios de una aplicación (...)*

(ii) *La tarifa unitaria por aplicación es ajustada automáticamente cada vez que una determinada aplicación cambia de rango de volumen.”* (El énfasis es nuestro)

60. Así, de la simple lectura de las cláusulas reseñadas, se concluye que la actualización se dio dentro de los términos contractuales. No obstante, Zeppelin pretende cambiar su voluntad inicial al indicar en la demanda que Tapestry habría violentado el principio *pacta sunt servanda* al modificar “unilateralmente” la forma de cálculo del volumen de usuarios cuando, a su parecer, solo se le habría dado consentimiento para la modificación y actualización de tarifas en la cláusula quinta. No obstante, esto no es así puesto que, además de ello, Zeppelin dio su consentimiento para la actualización del esquema tarifario y del Anexo No. 1, tal como se desprende del Contrato.
61. Pese a la claridad de las cláusulas, veremos cómo las reglas de interpretación del Contrato recogidas en el CC arriban a la misma conclusión. Para iniciar, es importante hacer referencia a dos términos: tarifas y esquema tarifario. Como se aprecia en el inciso (iv) del numeral 4.1 y en el Anexo 1 del Contrato, las **tarifas** son el monto en dinero, en otras palabras, **el precio**; mientras que el **esquema tarifario** (cláusula cuarta) consiste en los **criterios para definir el rango tarifario**; así se puede ver que la denominación de la cláusula cuarta, la que establece los criterios, es: “Del Esquema Tarifario”.
62. Para interpretar, en el ordenamiento existen diferentes reglas, las cuales están recogidas en los artículos 168 a 170 y 1362 del Código Civil del Perú (en adelante, el “CC”). Así, el artículo 168 del CC indica que “el *acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él (...)*”; mientras que el 1362 sostiene que “*los contratos*

deben ser negociados, celebrarse y ejecutarse según (...) (la) común intención de las partes". Es decir, el acto jurídico deberá seguir una interpretación de la voluntad declarada (literal) y común intención de las partes. Así, de una interpretación literal de la segunda oración de la cláusula quinta se puede concluir que Zeppelin (el Cliente) autorizó, anticipadamente, a la **actualización del Anexo 1 que, como ya se dijo, incluye tanto al esquema tarifario (los criterios para definir las tarifas)** como a las tarifas mismas. En otras palabras, basta la sola lectura del texto contractual, en específico, de la quinta cláusula para notar que Zeppelin consintió por adelantado que el Anexo 1 y, como consecuencia, la forma de cálculo de tarifas (esquema tarifario), se pueda actualizar.

63. Por otra parte, tal como señala FERNÁNDEZ (2002:163), la referencia a la común intención de las partes "*importa siempre no sólo la valoración de las declaraciones y el análisis de lo que éstas significan dentro del contexto en el cual fueron dadas, sino también el análisis del comportamiento de las partes, tanto en la etapa anterior como posterior a la celebración del contrato*". Es decir, se debe incluir también lo manifestado durante las negociaciones para efectos de interpretar la voluntad de las partes.
64. En el marco de la común intención de las partes, resulta relevante remitirnos al correo del 19 de febrero de 2016 donde Jimena Yalta, representante de Zeppelin, le comunica a Tapestry, en referencia a la posibilidad que se venía negociando de establecer una tarifa *flat*, que "*una contraprestación de ese estilo perjudicaría la competitividad de Zeppelin*", por lo que "*lo conveniente sería contar con una retribución escalonada, en función a los usuarios de nuestras aplicaciones*". Así, en este correo, Zeppelin reconoce expresamente como una posibilidad factible el que la retribución se fije en función a las aplicaciones de este en el mercado, tal como lo ha hecho la modificación contractual que pasó de una forma de cálculo de volumen por empresa a volumen por aplicación.
65. Asimismo, el artículo 169 del CC indica que "*las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*", a esto se le conoce como interpretación sistemática del contrato. Mediante este método se busca que exista una interpretación unitaria del contrato. En palabras de FERNÁNDEZ (2002:158), "*una cláusula aparentemente dudosa debe ser contrastada con las restantes cláusulas del contrato a fin de eliminar dicha duda (...)*". Resulta entonces pertinente indicar cuál sería la cláusula aparentemente "dudosa" en el caso materia de análisis. Las partes acordamos que existe consentimiento anticipado respecto de la actualización de tarifas, por lo cual la discrepancia radica en la cláusula 4.2 y en la segunda oración de la cláusula quinta.

66. Así, una interpretación sistemática de la cláusulas dudosas entre sí y con el resto del Contrato nos lleva a concluir que la cláusula 4.2 y la primera oración de la cláusula quinta son dos elementos que sumados llevan a la conclusión de la segunda oración de la cláusula quinta. Veamos: En primer lugar, la cláusula 4.2 recae sobre la actualización del **esquema tarifario** (criterios para la determinación de las tarifas) y hace una remisión a la cláusula quinta cuando indica “*de acuerdo con lo señalado en la cláusula quinta*”. Esta remisión, para que guarde lógica con el criterio interpretativo que exige la norma, se debe entender como “tomando en consideración lo señalado por la cláusula quinta”.
67. Por su parte, la primera oración de la referida cláusula quinta habilita también a la actualización (y modificación) de las **tarifas**. Finalmente, recogiendo ambas disposiciones con un conector de consecuencia (“*En tal sentido*”), la segunda oración habilita a la actualización total del Anexo 1, que incluye tanto **esquema tarifario** como **tarifas**, mediante el otorgamiento del consentimiento anticipado del Cliente. Es decir, el Cliente dio su consentimiento a la actualización tanto de las tarifas como del esquema mediante la cláusula quinta y la referencia expresa al Anexo 1. Ello se evidencia en que el numeral 4.2 habilita un supuesto, la primera oración de la cláusula quinta otro y estos dos son recogidos finalmente en la segunda oración de la misma cláusula quinta.
68. Finalmente, el artículo 170 del CC busca determinar qué habrían querido las partes sobre la base del fin último del negocio: “*las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto*”.
69. Así, por un lado, el fin último del negocio resulta el que el sistema de seguridad pueda tener el mayor alcance posible, tal como se evidencia en la carta de Tapestry del 13 de enero de 2016, para garantizar una correcta protección de los usuarios. Para conseguir ello, el distribuidor de aplicativos debe cerciorarse de que los ingresos que provengan de la prestación del sistema le permitan mantener el mismo en funcionamiento. Se sabe que producto de la implementación del referido sistema varias aplicaciones salieron del mercado, lo cual se tradujo en menos ingresos para Tapestry, lo que le obligó a subir sus costos para lograr el fin último del negocio: la seguridad de los usuarios (las implicancias de este escenario en términos de libre competencia se explicarán más adelante). Así, una interpretación conforme a la finalidad del Contrato nos permite concluir que Tapestry sí podía modificar unilateralmente la forma de cálculo del volumen de usuarios en pro de poder mantener un nivel de precios que le permitan continuar presentando el necesario servicio, tal como lo demanda el mandato legal.

70. Ahora bien, respecto de las prácticas comunes, es pertinente mencionar que típicamente las plataformas de aplicaciones tienen amplio margen de acción respecto de sus formas de cálculo del precio y del cobro. Ello es lógico dado que, al final: (i) son ellos quienes entienden qué cambios en las relaciones contractuales son necesarios para un correcto funcionamiento de estas; y, (ii) además, no existen incentivos para modificaciones injustas por el fuerte nivel de competencia que existe en este mercado.
71. Por otro lado, nos parece pertinente referirnos a los usos y costumbres, es decir, la *Lex Mercatoria*. La profesora TOVAR (2007:2015) sostiene que “*su aplicación tendrá cabida en la medida y con el peso que le asigne como fuente de derecho el derecho nacional elegido como aplicable*”. De este modo, el derecho peruano (el aplicable), en el artículo 2 del Código de Comercio (en adelante, el “CdC”), indica que los usos y costumbres rigen a los actos de comercio (a los contratos). Una de las mejores codificaciones de estos son los Principios UNIDROIT (en adelante, los “Principios”). Si bien la ley peruana es la aplicable, según el Preámbulo de los Principios estos “*pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional*”.
72. Así, si bien es claro que bajo la ley peruana las pretensiones de Zeppelin deben ser infundadas; se estima pertinente remitirnos a los Principios que no hacen más que confirmar la interpretación sostenida por Tapestry en este arbitraje. El artículo 4.5 de los Principios indica que “*los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos*”. Esta disposición recoge lo que en doctrina se conoce como el principio de eficacia. De este modo, según el Comentario Oficial de los Principios a dicho artículos indica que es razonable pensar que las partes cuando redactan un contrato no colocan las palabras sin algún propósito. Por esa razón (...) los términos contractuales deben ser interpretados de una forma que le dé efectos a todos en lugar de una que le reste efectos a algunos términos.
73. En ese marco, una interpretación como la que Zeppelin propone le resta efectos a la cláusula 4.2 del Contrato porque implicaría asumir que Zeppelin no dio su consentimiento a la actualización del esquema tarifario sino únicamente de las tarifas, lo cual a su vez implica una contravención al referido artículo y al principio de eficacia. Por el contrario, una interpretación como la que proponemos es la acorde a las disposiciones del CC y también al principio de eficacia, puesto que lleva a concluir que Zeppelin dio su consentimiento tanto a la actualización del esquema tarifario (criterios de determinación de tarifa) como a la de las tarifas mismas.

74. Por otro lado, según Zeppelin, el jurista Roppo considera que *“la cláusula es lícita solo si el ius variandi es atribuido a una parte en interés de la contraparte”*. Sin embargo, la cita completa que hace BARCHI (2006:190) al mencionado jurista es la siguiente: *“es atribuido a una parte en interés de la contraparte, la cláusula que atribuye el ius variandi a una de las partes debe considerarse lícita. Si, en cambio, es atribuido en interés de la parte habilitada a ejercitarlo, debe verificarse la formulación concreta, pero **no debe considerarse per se ilícita**”*. En este caso, no puede considerarse *per se* ilícita, más aun cuando busca el bienestar de los consumidores y fue aceptada tras la negociación.

C. ZEPPELIN DIO SU ACEPTACIÓN A LA NUEVA FORMA DE CÁLCULO

75. A continuación, demostraremos que, en el supuesto negado de que el Tribunal considere que la demandante solo dio su consentimiento respecto de la modificación o actualización de las tarifas, de todos modos Zeppelin ha confirmado y aceptado los nuevos términos contractuales a través de su comportamiento.

76. Como ya es de conocimiento del Tribunal, en febrero de 2016 las partes celebraron el Contrato y en octubre de ese mismo año Tapestry remitió a Zeppelin una comunicación informando sobre la actualización del Anexo 1 donde se modificó la forma de cálculo del volumen de usuarios por empresa a volumen usuarios por aplicación. Ello supuso una modificación en la retribución que Zeppelin le abonaba a Tapestry, incrementándola, la cual Zeppelin continuó pagando en los nuevos términos contractuales.

77. Según el artículo 1373 del mismo cuerpo normativo, *“el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”*. Asimismo, de acuerdo con el artículo 141 del CC la manifestación de voluntad no debe siempre ser expresa sino puede ser tácita *“cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia”*.

78. Así, incluso si se considerase que Zeppelin no dio su consentimiento anticipado en los términos explicados anteriormente, el 04 de octubre de 2016 donde Tapestry comunica la actualización configura una oferta de un nuevo método para el cálculo del volumen de usuarios para definir las tarifas a lo cual Zeppelin ha prestado su consentimiento si quiera de forma tácita. Así, de todos modos se encontraría vinculado por los nuevos términos contractuales porque ejecutó sus obligaciones según los mismos, sin haberse opuesto o dejado por sentado su discrepancia respecto a la modificación, a pesar de haber empezado creer que esta presuntamente tendrían algún vicio (algo que negamos) en octubre 2016 al solicitar la evaluación de la modificación a su área legal.

79. Es decir, Zeppelin empezó a pagar (ejecutar la obligación a su cargo) a Tapestry según la nueva forma de determinación del volumen de usuarios, lo cual evidencia una aceptación, si bien no expresa (“sí, acepto”) por lo menos tácita al confirmar, a través de sus actos (el pago), la oferta hecha por Tapestry. De ese modo, el contrato finalmente se habría perfeccionado, según los términos del artículo 1373 del CC, el día en que Zeppelin realizó el primer pago según la nueva forma de cálculo. En otras palabras, incluso si se sostuviera que Zeppelin no quedó vinculado con la notificación de la actualización del Anexo 1, lo habría hecho a través de su propia conducta. Así, al empezar a ejecutar sus obligaciones, Zeppelin y Tapestry habrían concluido un negocio jurídico en nuevos términos. Sostener lo contrario supondría ir contra la normativa antes reseñada y, peor aún, contra el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios que se deriva de este.
80. Queda comprobado, por todo lo anterior, que la modificación contractual es legítima de acuerdo a lo pactado en el contrato. De esta manera, corresponde analizar por qué, además, esta tampoco atenta contra la libre competencia..

VI. LA MODIFICACIÓN NO ATENTA CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA

81. De acuerdo a Zeppelin, **la modificación contractual estaría configurando un abuso bajo la modalidad de precios predatorios.** No obstante, la conducta de Tapestry es válida en términos de competencia y no constituye la infracción referida. Sin perjuicio de esto, entendemos que la participación de Tapestry en más de un mercado puede generar que se considere que su conducta constituye un abuso de estrechamiento de márgenes. Sin embargo, como se demostrará, Tapestry tampoco habría incurrido en esta conducta.
82. Si bien la presente sección demostrará la inexistencia de ambas conductas, cabe precisar que el análisis se centrará principalmente en el estrechamiento de márgenes. Esto toda vez que, por la misma modificación contractual y la estructura del mercado, podría ser la conducta que más dudas despierte.

A. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO BAJO LA LCA

83. En primer lugar cabe decir que la **posición de dominio** es definida por el artículo 2 de la LCA como “*la situación en (la) que una persona jurídica está en condiciones de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio (...)*”. Por su lado, el artículo 8 estipula que los **abusos de posición de dominio son prohibiciones relativas**: se darán siempre que (i) se pruebe la configuración de la conducta; y que (ii) esta haya generado, o pueda generar, “*efectos negativos para la competencia y el*

bienestar de los consumidores”. A partir de lo anterior, en términos de la LCA, un abuso de posición de dominio será (i) toda acción (ii) de un competidor que ostente esta posición; (iii) que represente un abuso al generar, o poder generar, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

84. Respecto de las modalidades en las que se puede presentarse un abuso de posición de dominio, en este caso resulta relevante tener en consideración dos tipos de infracciones: el estrechamiento de márgenes y los precios predatorios. Como se mencionó previamente, nuestro análisis iniciará por desacreditar la existencia de un estrechamiento de márgenes.
85. El **estrechamiento de márgenes**, si bien no ha sido recogida por la ley, es una infracción reconocida por la mayoría de regímenes de competencia en el mundo como un abuso de posición de dominio. Esta puede definirse, de acuerdo con los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas anticompetitivas y Desleales en el Ámbito de las Telecomunicaciones del OSIPTEL del Perú, de la siguiente forma: *“Esta práctica en general se presenta cuando una firma verticalmente integrada, que es dominante en un mercado aguas arriba (upstream market), provee un insumo esencial a compañías que compiten con ella y a una vinculada en un mercado aguas abajo (downstream market), de forma tal que la firma verticalmente integrada tiene la posibilidad de reducir los márgenes de los competidores en el mercado aguas abajo.”*
86. Si bien la definición anterior es respecto del sector de telecomunicaciones, resulta aplicable al presente caso toda vez que el estrechamiento de márgenes ha tenido su desarrollo principalmente en este sector. Y, además, toda vez que la definición es lo suficientemente amplia como para poder extrapolarse a un mercado distinto que, de todas formas, tiene similitudes en su funcionamiento.
87. Profundizando, FERNÁNDEZ y DIEZ (2008: 4), al comentar la Decisión de la Comisión Europea recaída en el asunto COMP/38.784-Wanadoo, España contra Telefónica, precisan que el estrechamiento de márgenes se configura al generar un *“margen insuficiente entre el precio de un producto ascendente A y el precio de un producto descendente A+B del que A es un componente esencial”*. A partir de esto, y utilizando los criterios de la Tribunal de Justicia en la Sentencia recaída en el asunto C- 295/12P, Zeppelin debió que demostrar que Tapestry no permitió que obtengan *“beneficios, aunque (Zeppelin) sea igual de eficiente que (Tapestry), puesto que además de las tarifas mayoristas (acceso al TapStore) tienen que soportar otros costes adicionales en concepto de marketing, facturación, cobro, etc.”*

88. De lo anterior, para configurar un estrechamiento de márgenes, resulta necesario (i) que la empresa del mercado aguas arriba provea un insumo esencial, (ii) que exista un margen insuficiente para que ZepMusic opere y (iii) que ZepMusic sea verdaderamente eficiente.
89. A partir de todo lo anterior, a continuación, se explicarán (i) por qué Tapestry no ha mantenido una posición de dominio en el mercado relevante, (ii) por qué no se ha configurado el estrechamiento de márgenes y (iii) por qué, incluso si lo anterior no fuese cierto, no existirían efectos negativos. Veamos:

B. TAPESTRY NO TIENE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO RELEVANTE

90. En primer lugar, para poder definir si es que existe o no posición de dominio, resulta necesario entender cuál es el mercado relevante. Este, de la mano con el artículo 1.c) de la LCA, puede entender como la línea de comercio pertinente en cual se da el presunto abuso, en el cual *“quedan incluidos todos los productos o servicios razonablemente sustituibles, y todos los competidores cercados, a los que el consumidor podría acudir a corto plazo si la restricción o el abuso diera lugar a un incremento no insignificante de los precios.”* No obstante, como se ha visto de la definición del estrechamiento de márgenes, esta conducta involucra a dos mercados interrelacionados. En este caso, el mercado relevante es el que está aguas arriba: el de las plataformas de aplicaciones; y el mercado afectado es el que está aguas abajo: de aplicaciones de música por streaming.
91. Al respecto, como se señaló en la Resolución No. 059-2011/CLC-INDECOPI *“si bien la definición de mercado relevante debe tener en cuenta la definición del mercado afectado, no es cierto que el primero deba tener el mismo alcance que el segundo. Por el contrario, consideró que, en determinados casos, el mercado relevante y el mercado afectado podrían tener alcances distintos.”* De esta manera, siguiendo a la lógica del estrechamiento de márgenes, y del mismo modo como fue recogido en la Resolución del Cuerpo Colegiado No. 023-2014-CCO/OSIPTTEL, en la cual se sancionó a América Móvil por la comisión de un estrechamiento de márgenes, **el mercado relevante, en el cual se debió probar la posición de dominio es el mercado aguas arriba, mientras que el mercado aguas abajo constituye el mercado afectado.**
92. Por lo anterior, en este caso se definirá tanto el mercado relevante como el mercado afectado. Desde el primero, se comprobará la inexistencia de posición de dominio; y, desde el segundo, que no pueden existir precios predatorios ni efectos negativos.

(i) Definición del mercado aguas arriba: el mercado relevante

93. Para definir este, primero se identificará el mercado de producto, es decir, aquellos productos o servicios pasibles de ser sustituidos entre ellos. Después, se analizará el mercado geográfico, es decir, el alcance territorial del mercado en el cual se da esta competencia. Respecto al mercado de producto, el mercado relevante está constituido por el **mercado de distribución digital de aplicaciones móviles**.
94. Como veremos, en este caso no puede comprender solamente la plataforma TapStore, toda vez que las demás plataformas como FourPlay sirven, de igual manera, para que los desarrolladores de aplicativos puedan ofrecer sus productos. De acuerdo al funcionamiento de estas plataformas, son los desarrolladores los clientes de estas, puesto que son quienes, al final, consumen el servicio de acceso a la plataforma.
95. El servicio en cuestión, como ya se ha adelantado, comprende el acceso a las plataformas. Es decir, en el mercado aguas arriba, las empresas de celulares brindan el acceso a los desarrolladores de aplicativo a una tribuna por la cual sus productos pueden ser vistos y comprados por los consumidores finales. Tomando en consideración que estos últimos no interactúan de manera directa con la compañía, no puede tomarse en consideración su perspectiva al momento de analizar el servicio en cuestión. Por el contrario, los desarrolladores sí se contactan con las empresas dueñas de las plataformas de manera directa. Por ello, el servicio en cuestión debe ser examinado bajo esta perspectiva.
96. Sobre el grado de sustituibilidad, este debe analizarse bajo la perspectiva de los desarrolladores. Estos no cuentan como opción para poder mostrar y vender sus productos a todas las plataformas de aplicativos que existan en el mercado, tales como TapStore y FourPlay. El grado de sustituibilidad es perfecto en este contexto, toda vez que ninguna de las empresas dueñas de las plataformas les cobran alguna tarifa a los desarrolladores. Es decir, las plataformas compiten entre ellas para poder ofertar más aplicativos. La inexistencia de un costo para acceder a dichas plataformas fortalece aún más el hecho de que estas compiten, toda vez que la intensidad competitiva ha conllevado a la necesidad de que las empresas dueñas de las plataformas decidan no cobrar, con el fin de adquirir la mayor cantidad de productos.
97. En este caso particular, ZepMusic es un aplicativo de streaming musical cross-platform. Es decir, se encuentra disponible tanto en TapStore, como en FourPlay. Entonces, bajo el análisis de servicio en cuestión, el mercado relevante aguas arriba está compuesto por todas las plataformas de aplicativos, toda vez que el alcance comprende a todas las plataformas en las que puede estar presente ZepMusic. A su vez, bajo el análisis de

sustituibilidad, el mercado relevante aguas arriba también se define como todas las plataformas de aplicativos; debido a que ZepMusic puede ser ofrecido en cualquier de estas. Particularmente, es ofrecida en TapStore y FourPlay sin costo alguno.

98. A partir de lo anterior, cabe concluir que el mercado aguas arriba está compuesto por las todas las plataformas de aplicativos, tales como TapStore, FourPlay, y cualquier otra existente. La primera funciona exclusivamente para Tapetry. Mientras que la segunda funciona para la empresa TUSA.
99. Sobre el mercado geográfico, debe decirse que este se ciñe al territorio nacional de Aquemini. Esto toda vez que el mercado de plataformas no puede separarse del mercado de celulares, los cuales funcionan bajo códigos numéricos y señales estrictamente nacionales. Esto en adición a las normas son de carácter nacional, variando los mercados de país a país.

(ii) Definición del mercado aguas abajo: el mercado afectado

100. Corresponde, ahora, definir el mercado afectado. Sin perjuicio de que la modificación contractual se da respecto de Zeppelin como desarrolladora de aplicaciones, sin especial atención al mercado de plataformas de música por streaming, se analizará este último para dar respuesta a la demanda. En concreto, el mercado afectado está constituido por la oferta de aplicativos para la reproducción de música por streaming. En este mercado participan TapMusic, ZepMusic, P- Streaming y Conciertos Live, todas estas aplicaciones enfocadas en la reproducción de música por streaming y, por tanto, susceptibles de sustitución entre estos aplicativos.
101. Con algunos factores diferenciadores, las siguientes aplicaciones están enfocadas en ofrecer el servicio streaming musical. En primer lugar, **TapMusic** se centra en la posibilidad de ofrecer canciones; acceso a entrevistas; y servicio de radio especializada por diversos géneros musicales. Del mismo modo, **ZepMusic** permite la reproducción de canciones desde una experiencia parecida a la de una red social. **P-Streaming**, por su parte, ofrece una experiencia de reproducción de canciones de artistas independientes. Finalmente, **Conciertos Live** busca brindar una experiencia centrada en la reproducción de conciertos en vivo, y de las canciones grabadas de estos. Como puede verse, **desde la perspectiva de los usuarios**, las cuatro aplicaciones satisfacen la misma necesidad: tener acceso a un repertorio musical para que pueda ser reproducido en un celular.
102. Si bien estas aplicaciones no son idénticas en las posibilidades que ofrece (sin perjuicio de que, al final, satisfagan de igual manera a los usuarios), existe una tendencia a ofrecer

los servicios que el resto ofrece. Ha sido el crecimiento de este mercado lo que ha incentivado a los competidores a ofrecer servicios similares e incorporar nuevas características a sus interfaces. Esta tendencia se funda en las preferencias de los usuarios, quienes buscan calidad del servicio, disponibilidad de música, desarrollo de tecnología e interfaz, número de actualizaciones, uso de recursos auditivos y visuales.

103. No obstante, incluso si se considerase que las aplicaciones de Conciertos Live y de P-Streaming no son parte del mercado en cuestión por las particularidades de su oferta, no puede pasarse por desapercibido que sí constituirían potenciales competidores. Al respecto, toda vez (i) ya afrontan el costo de mantenimiento del IP, los gastos de inversión inicial y el pago por el sistema de seguridad; (ii) ya tienen el conocimiento de específico sobre el mercado y de gestión de riesgos; y (iii) las posibles barreras legales; (iv) y han formado ya economías de red; cuentan con todo lo necesario para prestar un servicio sustituible. Como se ve, incluso si no entran dentro del mercado, sí pueden ser considerados como fuertes potenciales competidores. Así, un análisis correcto de los efectos en el mercado deberá considerar a estos también.
104. Como se ve, puede decirse este mercado tecnológico es contestable, ello porque tiene un nivel de competencia potencial que llevaría a que sus participantes realicen constantemente esfuerzos de innovación. De lo contrario, podrían verse afectados por reducciones en cuotas de participación e incluso terminar saliendo de mercado.
105. Sobre el mercado geográfico, debe decirse que este se ciñe al territorio nacional de Aquemini. Esto toda vez que estas aplicaciones no pueden separarse del mercado de celulares, los cuales funcionan bajo códigos numéricos y señales estrictamente nacionales. Esto en adición a las normas que son de carácter nacional, variando los mercados de país a país.

(iii) El mercado relevante y el mercado afectado

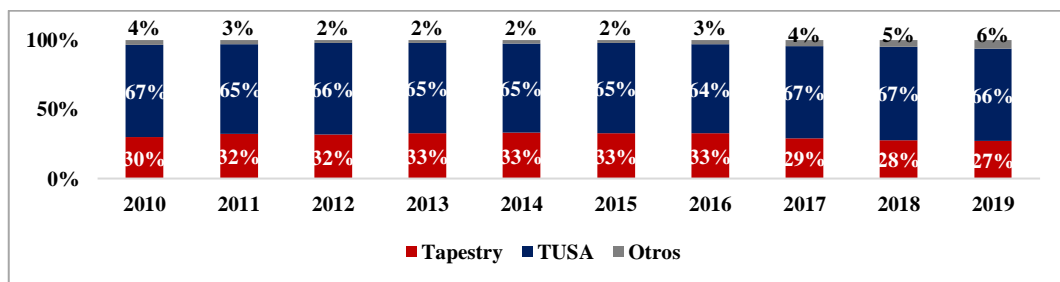
106. A partir de lo anterior, se considera, por un lado, como el **mercado relevante** el de las plataformas de aplicativos, estas son, TapStore y FourPlay. Y, como **mercado presuntamente afectado**, el de aplicativos de música por streaming, estos son TapMusic, ZepMusic, P-Streaming y Conciertos-Live.

(iv) Sobre la posición de dominio de Tapestry

107. La presente sección demostrará cómo es que Tapestry no ostenta alguna posición de dominio en el mercado relevante, que es en el cual se debe comprobar esto. Al respecto,

debe quedar claro que, como precisó BOSTOEN (2018: 8) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Caso C-52/09 Konkurrensverket v. TeliaSonera EU:C:2011:83 [2011] ECR I-527, paras 83-9; Caso T-336/07, **la posición de dominio en el mercado agaus abajo no es una condición para el estrehcamiento de márgenes**. En la primera sección se demostrará que la proporción del mercado que posee Tapestry es insuficiente para aludirle una posición de dominio. Veamos:

108. Como se puede observar en el siguiente gráfico sobre la **participación de las empresas en el mercado de celulares**, al estimar la proporción de mercado de Tapestry, TUSA y las otras compañías, se puede observar que Tapestry cuenta con un aproximado del 31% del mercado, porcentaje que se ha mantenido estable durante los años 2010-2019. Por su lado, TUSA cuenta con alrededor del 66% del mercado durante el mismo periodo. Adicionalmente, cabe indicar que las otras empresas representaron el 3% durante el periodo de análisis. Veamos:



Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini
Elaboración: Propia

109. Una participación del 31% es insuficiente para aludir una posición de dominio en el mercado relevante, toda vez que hay otro agente como TUSA que cuenta con más del doble de participación de mercado. Tapestry no cuenta con el poder de mercado suficiente para perjudicar la competencia en este mercado. Tampoco cuenta con los medios para actuar de manera independiente, al ser un competidor con una participación minoritaria del 31% en el mercado comparado con TUSA que posee un 66%.
110. Sobre esto, la LCA establecía que la posición de dominio se fundaba en la capacidad “de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio o un determinado grupo de bienes o servicios.” En el presente caso, el porcentaje de 31% no permite a Tapestry **controlar** el mercado de plataformas de aplicativos. Todo lo contrario, incluso, toda vez que Tapestry no actúa ni está en capacidad de actuar de manera independiente respecto de sus competidores. Es decir, no cuenta con el suficiente poder de mercado para poder actuar sin tomar en cuenta las posibles acciones de TUSA. Prueba de ello es la

estabilidad en la proporción de mercado que ha experimentado Tapestry durante el periodo 2010-2019, como se puede observar en el gráfico anterior.

111. Es decir, el crecimiento en la cantidad de celulares vendidos de la empresa Tapestry es similar al de la compañía TUSA. Ello nos sugiere que la estrategia de estas dos empresas está correlacionada y no son independientes. En específico, durante el periodo 201-2019, la correlación estimada es de 0.81, lo cual indica una importante asociación entre las cantidades vendidas de ambas empresas. Por tanto, no existe prueba de que Tapestry haya actuado de manera independiente durante el periodo de análisis o que esta lidere el mercado en precios o cantidades. Por el contrario, resulta plausible pensar que Tapestry actúe como seguidor, tomando en consideración que tiene la mitad de participación de mercado que TUSA.
112. En reuferzo de lo anterior, estos resultados, deben analizarse a la luz de lo desarrollado por CONRATH (1998: 5-23). El autor establece que un porcentaje de participación menor al 40% como tal, no permite concluir la existencia de una posición de dominio.

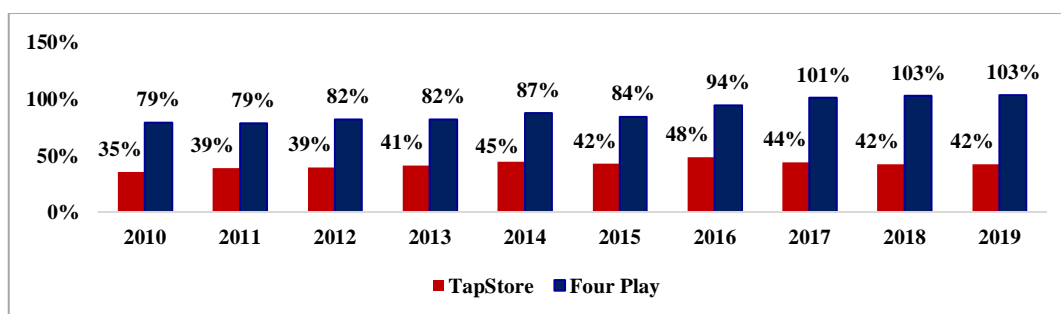
C. SOBRE LA CONDUCTA REALIZADA

113. Comprobada la inexistencia de posición de dominio, resulta imposible considerar que puede existir un abuso en estos términos. Sin embargo, en el negado supuesto que el Tribunal considere su existencia, se demostrará que no se ha configurado el estrechamiento de márgenes, toda vez que (i) el input ofrecido por TapStore no es esencial, (ii) el margen de ZepMusic no es insuficiente y (iii) ZepMusic no es un competidor eficiente. Veamos:

(i) Esencialidad del input

114. La plataforma de TapStore no resulta esencial para las aplicaciones de streaming musical, en específico para ZepMusic, toda vez que el mercado relevante lo componen más de una plataforma. Esto ocurre puesto que existen sustitutos para TapStore, como FourPlay. Lo que ocasiona que TapStore no sea esencial para que ZepMusic llegue a los consumidores. Incluso, la capacidad de llegada de FourPlay es, en promedio, del 89% de la población.
115. Para poder estimar la esencialidad de la plataforma TapStore, es necesario estimar la proporción de población a la que es capaz de llegar esta plataforma, así como su competidora FourPlay. De esta manera, se puede aproximar la capacidad de llegada que tiene TapStore hacia los consumidores de Aquemini, y si esta es esencial o significativa para los aplicativos de *streaming* musical.

116. Lo que se puede observar en el siguiente gráfico es la **capacidad de llegada de las plataformas TapStore y FourPlay**. Como se puede notar, la suma de ambas supera al 100%: esto debe a la **presencia de personas con más de un celular**. Es decir, la cantidad de usuarios con un celular que funciona bajo la plataforma TapStore, sumado a la cantidad de usuarios con un celular que funciona bajo la plataforma FourPlay es superior a la población total de Aquemini. A su vez, el mercado de *streaming* musical, en específico, cuenta con la característica de poder descargar aplicativos por medio de cualquiera de las plataformas antes mencionadas, así como de mantener más de un aplicativo al mismo tiempo en el celular, por su naturaleza de bien durable.
117. Ambas plataformas, como se puede observar, tienen una llegada importante a los pobladores de Aquemini. Particularmente, mediante TapStore se es capaz de llegar, en el mejor de los casos, al 48% de la población. Ello conllevaría a ser una proporción relevante, si no fuera porque la proporción de población que ocupa FourPlay es alrededor del doble y con una tendencia creciente en el periodo 2010-2019. Esta comienza siendo 79% y cierra el año 2019 con un 103%, este último explicado por la capacidad de las personas de tener más de un celular. Veamos:



Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini
Elaboración: Propia

118. Lo anterior refleja que TapStore no es un input esencial para las plataformas de streaming musical, toda vez que mediante FourPlay se es capaz de llegar, en promedio, al 89% de la población. Y, específicamente en el año 2016, los usuarios que tenían a FourPlay como plataforma eran 8.8 millones. Mientras que la población de Aquemini, en el mismo año, era de 9.4 millones. Es decir, como se puede observar en el gráfico, **la capacidad de llegada de FourPlay era del 94%**.
119. En conclusión, ZepMusic tenía la posibilidad de ser descargado por una proporción importante de la población total de Aquemini, por lo que alguna posible restricción o afectación de la plataforma TapStore no significa un daño significativo.

120. En refuerzo de la no esencialidad del input, cabe traer a colación la doctrina desarrollada por FERNÁNDEZ (2012: 3203) la cual precisa que *“para determinar que una práctica de estrechamiento de márgenes es contraria al derecho de la competencia, (...) basta con que se demuestre que los competidores presentes en el mercado minorista necesitan de ese producto intermedio para ejercer una presión competitiva sobre el operador (...) integrado.”* Es decir, el acceso al TapStore será esencial siempre que este servicio sea necesario para que Zeppelin pueda competir efectivamente contra TapMusic. Sin embargo, lo anterior permite demostrar todo lo contrario. Para competir es necesario poder llegar a los consumidores, y dado el alto número de usuarios con más de un celular, a los consumidores se puede llegar incluso únicamente desde FourPlay.
121. Como puede verse, la inexistencia de un input que pueda ser considerado esencial lleva a concluir la inexistencia de un estrechamiento de márgenes.

(ii) Inexistencia de un margen insuficiente para operar en el mercado

122. Como se mencionó previamente, el estrechamiento de márgenes exige que el margen resultante entre el precio mayorista (costo de acceso a la plataforma) y el precio minorista (tarifa cobrada a los usuarios) sea tal que sea imposible mantener, a largo plazo, una eficiencia económica. Sin embargo, este no ha sido el caso.
123. Ahora, la tesis de una conducta anticompetitiva de Zeppelin se basa en el supuesto de que (i) no pudo reducir sus costos a la misma tarifa que había establecido TapMusic (ii) a raíz de la modificación contractual. Así, es necesario contrastar esto con la información financiera: ingresos, costos fijos, costos variables y pago por el Sistema de Seguridad. Este último punto analiza el margen de utilidad que se estaría dejando a Zeppelin a partir de la modificación contractual.
124. Debido a que Zeppelin se ha comportado como un competidor reaccionario a las reducciones de tarifa de TapMusic, es plausible pensar que Zeppelin habría reducido sus tarifas en enero de 2017. El siguiente gráfico, a partir de la información disponible, permite demostrar que la modificación contractual no representó una incapacidad para reducir sus tarifas. El análisis se basa en la estimación de una utilidad contrafactual, que es la que ZepMusic hubiera tenido, en caso no se hubiese dado la modificación contractual. Esta se compara con la utilidad real; es decir, la que sí considera la modificación del contrato. Tomando ello en consideración, y **aun aplicando esta modificación a partir de octubre de 2016, Zeppelin hubiera tenido una utilidad positiva para seguir operando en el mercado.**

125. Cabe precisar que el siguiente cálculo responde a lo dispuesto en el Contrato, esto es que el pago por el Sistema de Seguridad **corresponde únicamente a aquellos usuarios de las aplicaciones descargadas desde TapStore, y no la universalidad de usuarios.** Para fines del presente caso se toma en consideración el escenario extremo -y poco realista- en donde todos los usuarios del TapStore son también usuarios de ZepMusic. Es decir, debido a que los usuarios de celulares de Tapestry son quienes ingresan al TapStore, ellos conformarían como máximo el 68% de usuarios de Zepellin. Este caso extremo implica que el verdadero porcentaje de usuarios que entran por la plataforma de TapStore a ZepMusic y por los cuales Zeppelin tiene que desembolsar la tarifa de seguridad iría entre el 0% y 68% de usuarios de ZepMusic.
126. **Aun reduciendo su tarifa su tarifa se puede ver que antes y después de la modificación contractual, Zeppelin hubiera demostrado una utilidad positiva para seguir operando en el mercado. Cabe señalar que esta utilidad es la mínima que habría obtenido, ya que en un escenario más realista, la utilidad se hubiera incrementado como se precisó en el párrafo anterior:**

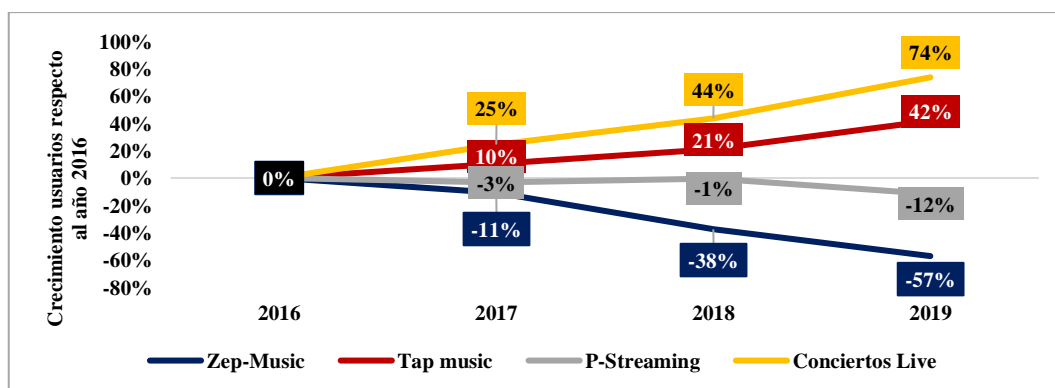
Escenario Financiero: Reducción tarifa en 2017	Unidad	Con Modificación Contractual	Sin Modificación Contractual
(A) Ingresos	MM A\$ anual	334.8	334.8
(B) Costos totales	MM A\$ anual	311.6	286.3
Costos fijos	MM A\$ anual	142.0	142.0
Costos variables	MM A\$ anual	119.0	119.0
Sistema seguridad TapStore	MM A\$ anual	50.5	25.3
Beneficios Zep-Music (A)-(B)	MM A\$ anual	23.2	48.5
Usuarios ZepMusic	MM	6.20	6.20
Máx. usuarios TapStore	MM	4.21	4.21
Tarifa reducida ZepMusic	A\$ mensual	4.50	4.50
Tarifa seguridad TapStore	A\$ mensual	1.00	0.50

Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini
Elaboración: Propia

127. Como se ve, la utilidad resultante tras la modificación contractual no difiere de manera considerable en comparación con la que hubieran tenido en el caso esta no se hubiera dado. Zeppelin seguía contando con un margen de utilidad considerable y suficiente para bajar sus tarifas e igualar la tarifa de TapMusic y, así, seguir operando en el mercado. Que no lo hayan hecho puede responder a diversos motivos, pero ninguno a la modificación contractual. Con lo anterior, dado que existe un margen de utilidades, se comprueba que no puede existir estrechamiento de márgenes.

(iii) ZepMusic es un competidor ineficiente

128. Sin perjuicio de lo anterior, debe precisarse que, para poder configurar un estrechamiento de márgenes, es necesario que un competidor tan eficiente como quien promueve la acción cuestionada (Tapstry) pueda competir en el mercado aguas abajo. Este requisito ha sido consagrado en la experiencia comparada, a modo de ejemplo, en las Resoluciones de Cuerpo Colegiado No. 023-2015-CCO/OSIPTTEL y No. 012-2014-CCO/OSIPTTEL (casos peruanos de contra América Móvil y Telefónica, respectivamente), la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de julio de 2014 — Telefónica, S.A., Telefónica de España, S.A.U./Comisión Europea, France Telecom España, S.A., Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc Consumo), European Competitive Telecommunications Association; todas por estrechamiento de márgenes. Ahora bien, de existir un estrechamiento de márgenes, Zepellin no podría pretender la existencia de un efecto anticompetitivo perjudicial únicamente para ZepMusic, toda vez que los costos se están aumentando es el de todos los desarrolladores. Sin embargo, resulta curioso que los otros competidores en el mercado de streaming musical como Conciertos Live y P-Streaming (competidores tan eficientes como TapMusic) han podido seguir aumentando su demanda. La razón es sencilla: son eficientes y pueden mantenerse en competencia. A modo de ejemplo, Conciertos Live, quien bajo el razonamiento de Zeppelin debería ser una aplicación afectada, ha logrado, entre 2016 y 2019, tener un crecimiento de 74% mayor al de todos los competidores del mercado, mientras que Zeppelin muestra su ineficiencia en la reducción del 57% del número de usuarios. De la data disponible, el siguiente gráfico representa el crecimiento de cada aplicación en el periodo en cuestión:

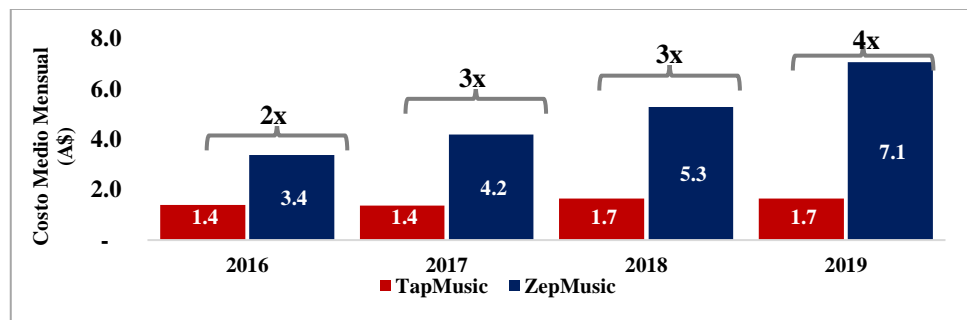


Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini
Elaboración: Propia

129. Por su lado, ZepMusic demostró hasta el 2018 mantener un margen suficiente con beneficios positivos para realizar sus operaciones. Pero en el 2019, ha sido debido a su

ineficiente y alta estructura de costos, y su imposibilidad de optimizarlos, que su utilidad se tornó negativa. La estructura de costos de ZepMusic responde a los siguientes elementos: (i) los costos fijos representan una proporción del 63% de los costos totales, (ii) los costos variables 25% (iii) y los costos por el sistema de seguridad solo al 12%. Debe hacerse énfasis que si bien los costos por el Sistema de Seguridad son de un 12%, la modificación contractual sería responsable solo de la mitad de esos, es decir, únicamente de un 6% de los costos totales.

130. De esta forma, se ve que ZepMusic no es tan eficiente como TapMusic. Según los costos mensuales por usuario que ambas plataformas enfrentan por el mismo servicio en 2019, ZepMusic desembolsa hasta cuatro veces más por cada usuario. El siguiente gráfico permite entender mejor esto:



Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini
Elaboración: Propia

131. Como puede verse, no puede existir un estrechamiento de márgenes, puesto que, en efecto, un competidor tan eficiente como TapMusic habría podido competir sin problemas. Si ZepMusic no pudo, se debió a su ineficiente estructura de costos.

D. EFECTOS ANTICOMPETITIVOS SOBRE EL MERCADO

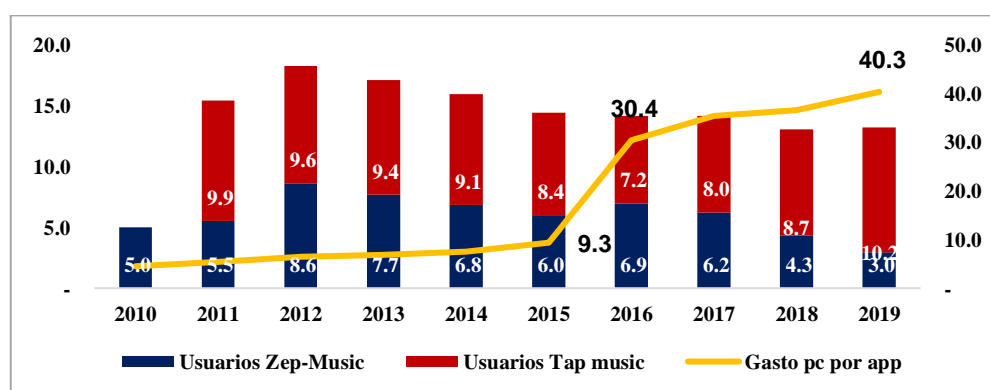
132. Sin perjuicio de todo lo anterior, debe quedar claro que, incluso si todo lo anterior no hubiese sido demostrado, no existen efectos negativos ni a la competencia, ni a los usuarios. Veamos:

(i) Sobre los presuntos efectos negativos

133. En primer lugar, de acuerdo con ZepMusic, ha sido la reducción de las tarifas de TapMusic y la modificación contractual las que han impedido que esta pueda competir y termine por ser excluida del mercado. Sin embargo, esto es falso, veamos:
134. Como se ha visto, esta conducta conllevaba a que, por un lado, la disminución de la tarifa de TapMusic, al mismo tiempo que se aumentaban los costos por el Sistema de Seguridad,

tenía la intención de excluir del mercado a ZepMusic. Asimismo, alega la demandada que el efecto de esta disminución fue relevante para la pérdida de participación en el mercado aguas abajo. Comprobado en el apartado anterior a qué se debió la reducción de tarifas, corresponde analizar si es que, en verdad, el margen dejado a ZepMusic era insuficiente para que este opere competitivamente en el mercado.

135. Así, debe decirse que la “imposibilidad” de ZepMusic de establecer el mismo precio o tarifa que TapMusic no fue determinante para la pérdida de participación de mercado que experimentó luego del año 2016, al ser las preferencias de los consumidores otro factor importante al momento de decidir qué aplicativo de *streaming* musical pagar.
136. En primer lugar, resulta relevante analizar el comportamiento del gasto per cápita en suscripciones en aplicativos de paga por mes (en adelante, el “Gasto per Cápita”). Este experimentó, como se puede observar en el siguiente gráfico, un aumento importante del año 2015 al 2016, paso de A\$ 9.3 a A\$ 30.4 y siguió aumentando hasta llegar a A\$ 40.3 en el 2019. Si esto se compara con la evolución de la cantidad de usuarios de ZepMusic, se puede observar que esta sigue una tendencia contraria al gasto per cápita. Es decir, cuando este último aumentaba, los usuarios de ZepMusic fueron disminuyendo. Este fenómeno no ocurría anteriormente cuando el gasto per cápita era menor a A\$ 10. Por ejemplo, en el año 2015, la cantidad de usuarios de ZepMusic era de 6 millones y el gasto per cápita era de A\$ 9.3. Mientras que en el año 2019 la cantidad de usuarios era de 3 millones y el gasto per cápita pasó a ser A\$ 40.3.



Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini
Elaboración: Propia

137. Es decir, en el año 2015, donde la población gastaba A\$ 9.3 en aplicativos de paga, los usuarios de ZepMusic eran más en comparación con el 2019, donde el gasto per cápita era de A\$ 40.3. Resulta intuitivo argumentar que la reducción de usuarios de ZepMusic se debe a las preferencias de los usuarios y no al efecto precio; debido a que cuando la

población contaba con mayor capacidad de gasto no consumía ZepMusic. Mientras que sí lo consumía cuando gastaba menos en aplicativos (el presente análisis excluye a los otros competidores. De entrar, se daría aún más fuerza a la teoría planteada).

138. En segundo lugar, la importancia del efecto precio tiene relevancia cuando existe la posibilidad de que se origine un efecto sustitución. En este caso particular no se puede aludir tal efecto, toda vez que hay usuarios que cuentan con los dos aplicativos de *streaming* musical al mismo tiempo. Si analizamos la cantidad de usuarios de TapMusic y la comparamos con la población total de Aquemini, podemos notar que, en promedio, el 97% de población contaba con el aplicativo TapMusic. Mientras que en el caso de ZepMusic, era solo el 67%. Es decir, que la suma supere el 100% significa que existía un porcentaje importante de la población que contaba con ambos aplicativos.
139. Este fenómeno se da desde el año 2011 y se mantiene hasta el 2019, como se puede apreciar. Es decir, no se da un proceso de sustitución puro, toda vez que los usuarios no tienen que elegir entre dos opciones. En este caso, no es que prefieran una opción sobre la otra. Lo que sucede es que dejan de consumir o pagar ZepMusic por alguna razón particular. Como se puede deslindar del gráfico, hay personas que han dejado de consumir ZepMusic, porque ven como suficiente el consumo solo de TapMusic.
140. Ello se puede conectar con el punto antes mencionado sobre el gasto per cápita. En el año 2012, por ejemplo, el gasto per cápita era de A\$ 6.5, mientras que el porcentaje de participación de TapMusic y ZepMusic en conjunto sumaban casi 200%. Es decir, prácticamente cada poblador de Aquemini tenía los dos aplicativos a la vez. Mientras que, en el año 2019, Tap Music contaba con más del 100% y Zep Music a penas con el 30%, siendo el gasto per cápita de A\$ 40.3.
141. Nuevamente, resulta intuitivo argumentar que no hubo un efecto sustitución puro. No es que en Aquemini hayan preferido TapMusic por encima de ZepMusic. Lo que sucedió fue que dejaron de consumir ZepMusic porque no se ajustaba a las preferencias de los usuarios. Prueba de ello es que cuando el gasto per cápita era de A\$ 6.5, los ciudadanos de Aquemini contaban con ambas aplicaciones al mismo tiempo, casi en la totalidad de la población. Mientras que cuando el gasto per cápita fue más alto, Tap Music pudo mantener su participación en toda la población, caso contrario a ZepMusic.
142. Ante ello cabe preguntar: **¿existe un efecto exclusorio? La respuesta es no.** Adicionalmente a lo anterior, se ha visto que, respecto del margen, Zeppelin seguía en capacidad de generar utilidades **incluso igualando la tarifa ofrecida por TapMusic.**

Así, las pérdidas no son producto de la modificación contractual, sino de una mala gestión y optimización de costos.

143. Incluso en el negado supuesto que estas pérdidas se deban a esto, debe decirse que no existe, para nada, un efecto negativo para los consumidores. Los efectos negativos para los consumidores en las prácticas exclusorias parten de la premisa que, de darse, colocarán a la empresa infractora en una posición en la cual estará en capacidad de poder subir los precios y no tendrá incentivos para innovar en este mercado. Sin embargo, esto no puede estar más alejado de la realidad.
144. Como ya se explicó, el mercado relevante no solo está conformado por TapMusic y ZepMusic, sino, también, por P-Streaming y Conciertos Live. E, incluso no fuese así, estos últimos constituyen potenciales competidores del mercado en el que participan los dos primeros. Sobre esto, debe entenderse que la competencia es el mayor desincentivo para cualquier agente económico para subir sus precios o empeorar la calidad del servicio.
145. Ante ello, en el hipotético caso que TapMusic decida empezar a subir sus tarifas o empezar a bajar la calidad del servicio ofrecido pasaría una cosa muy concreta: toda la demanda que está dejando de atender podría ser absorbida con facilidad por cualquiera de los otros competidores existentes. Y, si estos solo fuesen “potenciales competidores”, TapMusic estaría creando el espacio perfecto para que estos puedan entrar y competir en este mercado como tal.
146. Así, la existencia de tantos competidores en el mercado de aplicaciones de música por streaming solo logra algo: garantizar tarifas bajas y una constante mejora e innovación. Este mercado no es distinto al resto de mercados tecnológicos, es igual de contestable; es decir, es un mercado que tiene una competencia potencial que llevaría a que sus participantes realicen constantemente esfuerzos de innovación ya que, de lo contrario, podría verse afectados por reducciones en cuotas de participación e incluso en su salida del mercado.
147. Sin perjuicio de lo anterior, incluso si el mercado relevante estuviese conformado únicamente por TapMusic y ZepMusic, tampoco se afectaría a los consumidores ni al mercado. Esto toda vez que TapMusic tiene una estructura de costos medios creciente, lo que responde a las inversiones de innovación y en contratos con artistas exclusivos que realiza, con el fin de brindarles una mejor experiencia a los usuarios. Es decir, a pesar de que el mercado de streaming musical es concentrado; los costos de Tapestry demuestran sus incentivos para invertir y mejorar la calidad de sus productos, como es en el caso de TapMusic.

148. Es así como el consumidor, principal agente del mercado y de la libre competencia, se ve beneficiado por las acciones tomadas por Tapestry. Es decir, en el supuesto negado que se quiera imputar una intención exclusoria, no se puede mostrar que existe un perjuicio hacia los consumidores derivada de esta supuesta exclusión de ZepMusic.

(i) Sobre los efectos positivos

149. Llegado este punto, ha quedado comprobado que no es posible hablar de efectos negativos en el mercado por una conducta que nunca se dio. Sin embargo, corresponde entender, más bien, cómo es que el accionar de Tapestry ha traído, más bien, un aumento del bienestar de los consumidores. Se analizará, así (i) la estrategia de reducción de tarifas y (ii) la justificación de la modificación.

150. En primer lugar, **la reducción de precios o tarifas por parte de TapMusic respondía a una estrategia de mercado con el fin de aumentar la proporción de usuarios.** En particular, buscaba detener la disminución de clientes que venía experimentando desde el 2012. Cabe decir que la cantidad de usuarios del primero se venía reduciéndose de manera sostenida hasta el año 2016. Resulta, por tanto, justificable y válida la reducción de precios o tarifas, con el fin de atraer mayores usuarios.

151. Esta estrategia fue compartida por ZepMusic al experimentar, al igual que TapMusic, una reducción sostenida de usuarios desde el 2013, tal y como se puede observar. Es decir, ambas empresas contaban con incentivos para bajar sus precios o tarifas, debido a que estaban perdiendo usuarios. En particular, ZepMusic experimenta una reducción de usuarios hasta el 2015, por lo que en el año 2016 no contaba con incentivos para seguir reduciendo sus precios o tarifas. Por el contrario, TapMusic siguió perdiendo usuarios hasta el 2016. Por tanto, se vio incentivado a seguir bajando sus precios o tarifas, con el fin de poder detener esta pérdida sostenida de usuarios.

152. En conclusión, no existió una práctica exclusoria por parte de TapMusic. La reducción de precios o tarifas respondía a una estrategia de mercado que el propio ZepMusic también aplicó. La diferencia radica en que TapMusic continuó con la estrategia, al seguir perdiendo usuarios hasta el año 2016, a diferencia de ZepMusic cuya reducción de usuarios se detuvo en el 2015.

153. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde también analizar el efecto positivo de la modificación contractual. En primer lugar, debe decirse que el Sistema de Seguridad y los contratos celebrados a raíz de este han tenido y tienen una sola finalidad: garantizar el bienestar de los consumidores desde la protección de su información. A partir de esto,

TapStore ha buscado ofrecer una facilidad a las desarrolladoras **trasladando solo algunos de esos costos**, suscribiendo, en un primer momento, contratos que contabilizan todos los usuarios de estas **según una contabilidad de volumen de usuarios por empresa**.

154. Como ya se explicó en los hechos, al momento de firmarse estos contratos, se establecieron determinados (i) criterios de determinación de tarifas, y (ii) tarifas **a partir del número de aplicaciones y el número de usuarios de estas que existían en el mercado a inicios del 2016**.
155. No obstante, una vez que se empezó a generar el pago por el uso del Sistema de Seguridad, diversas aplicaciones se vieron forzadas a salir del mercado. Esta situación generó una reducción del número de aplicaciones entre las cuales se dividían los costos efectuados para el mantenimiento del Servicio. Como se ve, la proyección económica y contable hecha en un primer momento se hizo imposible materializarse.
156. Así, continuar con los criterios y las tarifas establecidas en un primer momento implicaba que el Sistema de Seguridad devenga en uno insostenible en el tiempo. Esto, finalmente, perjudicaría a los consumidores al verse afectada su seguridad. Además, puesto que la regulación actual obliga a TapStore a proveer el sistema de seguridad, este no hubiera podido mantener la operatividad de la plataforma de ser así. Esta amenaza llevó a Tapestry a ajustar la contabilidad de usuarios con el fin de recaudar los ingresos necesarios para cubrir los costos.
157. La finalidad de la modificación contractual, de este modo, busca establecer ese reajuste para seguir garantizando la seguridad de los usuarios e impedir el cierre de la plataforma. A partir de un estudio de mercado, se vio que lo idóneo era establecer las tarifas a pagar **según una contabilidad de volumen de usuarios por aplicación**.
158. Cabe mencionar que, a diferencia de lo que señala Zepellin, Tapestry sí asume los costos operativos por la tarifa de seguridad de TapStore. No tiene un contrato con su misma desarrolladora por ser una misma persona jurídica, pero no por eso no internaliza parte de estos costos. Es más, es recién con la modificación contractual que la tarifa cobrada a todos los desarrolladores se asemejaría al costo operativo que enfrenta.
159. Como se puede ver en la tabla presentada a continuación, la cual se basa en la data disponible, se han elevado los costos para todas las desarrolladoras en proporciones similares según el número de usuarios, y la evidencia niega una intención anticompetitiva para un submercado específico como intentó demostrar Zepellin. Además, es importante resaltar que en el 2016 la Tapestry afrontó el mayor pago mensual, una cantidad por encima a la de todas las desarrolladoras, lo que comprueba que la búsqueda de TapStore

siempre ha sido hacerle frente a sus costos. Entonces, si la modificación contractual sería perjudicial al mercado según Zepellin, **¿por qué Tapestry haría un reajuste de costos que perjudicase principalmente a su sección de desarrollo de aplicaciones?** La única respuesta es la dibujada en esta sección: únicamente se ha buscado reasignar correctamente los costos por usuarios. Veamos:

Desarrolladoras de aplicativos en 2016	Tarifa (A\$) [A]		Usuarios TapStore ^{2/} (MM) [B]	Seguridad TapStore (MM A\$) [A x B]	
	Original	Modificación contractual ^{1/}		Original	Modificación contractual
Zepellin	1.00	1.78	4.31	4.31	7.67
Tapestry	1.00	1.99	4.20	4.20	8.34
Pepper	1.00	1.58	5.09	5.09	8.04
Freewheelin	1.00	1.50	6.48	6.48	9.72
Otros aplicativos que salieron mercado	¿?	¿?	¿?	13.69 (E)	-
Ingresos totales	-	-	-	20.08	33.77
Déficit	-	-	-	13.69	-

Nota: 1/ Se muestra el cálculo de una tarifa implícita como el cobro por todas las aplicaciones de cada desarrolladora entre el número de usuarios. 2/ Se estiman los usuarios de TapStore como el 30% de usuarios de las aplicaciones.

Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

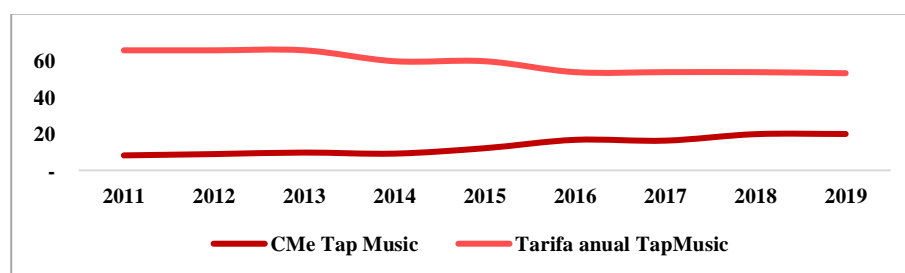
Elaboración: Propia

160. Como se comprueba desde la tabla, un menor número de aplicativos hizo necesaria la modificación contractual, puesto que existía un déficit de ingresos de, al menos, **A\$ 13.69** millones para cubrir los costos. De esta manera, la modificación contractual cambió la contabilidad de volumen, sin hacer cambios a las tarifas, de forma que el cobro por aplicativos sea suficiente para solventar los costos del sistema.
 161. Cabe mencionar que esta contabilidad del volumen es congruente con el descuento por volumen. En los últimos años ha aumentado el número de usuarios aplicaciones en TapStore mientras que la tarifa promedio implícita se reduce cada año.
 162. Con lo anterior demostrado, se comprueba que existe una justificación objetiva para la modificación contractual, la cual consiste en la seguridad de los usuarios de aplicaciones.
- (ii) Balance de efectos anticompetitivos y efectos positivos**
163. Sin perjuicio de lo anterior, en el supuesto negado que la salida del mercado de ZepMusic se deba a la modificación contractual, debe verse que este costo es sopesable por el beneficio. Veamos:
 164. Si no se hubiera dado la modificación contractual: (i) es cierto que se mantendrían precios competitivos e incentivos a innovar; (ii) sin embargo, se crea un riesgo patente que es la insostenibilidad del Sistema de Seguridad, que pone en riesgo a todos los usuarios, en concreto, a sus datos personales y financieros.

165. En cambio, el escenario actual en el cual sí se dio esta, (i) incluso si ZepMusic sale del mercado, siguen existiendo incentivos para innovar y mejorar las tarifas; justamente por la existencia de otros competidores. (ii) Pero, adicionalmente, se logra salvaguardar y proteger mejor la seguridad de los usuarios, toda vez que el Sistema de Seguridad sigue siendo sostenible.
166. Así, haciendo un balance entre ambos efectos, el efecto es preferible cuando existe la modificación contractual. Ante ello, cabe concluir la inexistencia de un abuso de posición de dominio bajo la modalidad de estrechamiento de márgenes.

E. SOBRE LA INEXISTENCIA DE PRECIOS PREDATORIOS

167. Con todo lo anterior, resulta evidente la inexistencia de algún estrechamiento de márgenes. No obstante, en esta sección se dará respuesta directa a lo planteado por el demandante, sobre la existencia de precios predatorios.
168. **Los precios predatorios**, de acuerdo con el ítem 1.a) del artículo 8 de la LCA, son un abuso de posición de dominio consistente en la fijación de precios por debajo de los costos de producción, para eliminar a los competidores. Con lo cual, para que se presente esta conducta, nuestra empresa tendría que tener pérdidas dentro de TapMusic
169. Sobre esto, incluso si existiese una posición de dominio, no podría configurarse esta conducta por lo que se demuestra en el siguiente gráfico, el cual relaciona los costos medios de TapMusic con las tarifas que estaría cobrando anualmente:



Nota: Si bien las tarifas son mensuales, toda vez que los costos son anuales, debe multiplicarse por 12 la tarifa mensual para comparar apropiadamente ambos conceptos.

Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

Elaboración: Propia

170. Como se ve, es evidente la inexistencia de precios predatorios. Según la demandante, esta conducta comprende que los costos variables medios tienen que estar por encima de los precios o tarifas. Así, si desea probar la existencia de precios predatorios mediante los costos medios, estos últimos deben ser superiores a los precios o tarifas y, a la vez, debe mostrarse intención por parte del agente al que se le imputa dicha conducta. Como puede

notarse, si bien los costos medios anuales son crecientes y las tarifas decrecientes; en ninguno de los años los costos medios logran superar a las segundas.

171. A su vez, tomando en consideración que los costos medios están compuestos por la suma de los costos variables medios y los costos fijos medios; las tarifas tampoco estarían por encima de los costos variables medios, al ser estos siempre menores que los costos medios. Es importante destacar que los precios o tarifas han sido estimados por medio de los datos facilitados por Observatorio Tecnológico de Aquemini, el cual otorgó los precios o tarifas mensuales de TapMusic. Mientras que los costos provienen de la pericia realizada a Tapestry por parte del Estudio Bullard Falla y Ezcurra +.
172. Así, no existen precios predatorios. Cabe precisar que los gráficos presentados por la parte demandada respecto a la existencia de estos son errados, toda vez que comparan los costos medios **anuales**, con las tarifas **mensuales**. Un correcto análisis sería uno en el que se desagregue el costo en términos mensuales, o se multiplique la tarifa mensual por 12 y se tenga la “tarifa anual”, como se hizo en el gráfico presentado.

VII. SOBRE EL RECLAMO INDEMNIZATORIO

173. Líneas arriba hemos demostrado que, incluso en el supuesto negado de que el Tribunal Arbitral fuese competente para conocer esta controversia, (i) la actuación contractual de Tapestry se ajusta a los términos y alcances del Contrato y (ii) no existe vulneración alguna a las normas de libre competencia. Por lo tanto, al no configurarse conducta antijurídica alguna, no es posible alegar que se ha producido algún daño.
174. No obstante, los demandantes reclaman dos conceptos: (i) daño por el “sobrepago” generado en virtud de la modificación contractual del 4 de octubre de 2016 (daño emergente) y (ii) daño por pérdida de usuarios a raíz del incremento de costos (lucro cesante). Tapestry no niega que la modificación contractual haya supuesto que Zeppelin deba pagar más por el sistema de seguridad; sin embargo, afirmamos que ello no es una conducta antijurídica toda vez que la modificación contractual que tuvo como correlato el incremento de los referidos costos (i) fue hecha contando con el consentimiento anticipado de Zeppelin para ello y (ii) sin vulnerar la libre competencia. Lo alegado por Zeppelin, por el contrario, no es más que una dinámica de mercado legítima.
175. Recordemos que, para el reclamo de daños y perjuicios contractuales, se debe acreditar, según el artículo 1321 del CC, cuatro elementos: (i) la inejecución de una obligación, (ii) el factor de atribución (dolo, culpa inexcusable o leve), (iii) el daño y (iv) la relación causal entre la inejecución y dicho daño (nexo causal).

176. En el presente caso, es evidente que no corresponde la indemnización porque no ha existido incumplimiento alguno: el Contrato ha sido ejecutado en su integridad y se ha respetado los términos contractuales porque, como ya se demostró, la modificación contractual del 4 de octubre de 2016 se hizo en el marco del consentimiento anticipado que Zeppelin dio para estos efectos.
177. Respecto del daño, como ya se ha mencionado, si bien es evidente que Zeppelin ha experimentado un incremento de costos, ello ha sido producto de dinámicas de mercado legítimas y daños concurrenciales permitidos y avalados por la norma de competencia. Afirmar que el hecho que un proveedor suba sus costos implique, necesariamente, un daño en términos de responsabilidad contractual supondría asumir que una vez que se celebra un Contrato, el proveedor está obligado a mantener el precio en el tiempo a pesar que ello resulte insostenible en términos económicos y suponga no poder prestar el Servicio de Seguridad, (i) hecho al que Tapestry está obligado por ley y (ii) tiene un fin mayor que es la seguridad de todos los usuarios. Para evitar esta deficiencia (el prestar un servicio cuando no le sea sostenible en términos de costos) es que Tapestry pactó con Zeppelin la posibilidad de modificar unilateralmente el esquema tarifario y las tarifas. En ese sentido, lo alegado por Zeppelin responde únicamente a daños concurrenciales lícitos, los cuales se encuentran permitidos bajo legislación toda vez que responden a la interacción entre agentes económicos que compiten en un mismo mercado.
178. De esta manera, es evidente como no se cumplen dos de los cuatro elementos y por tanto no corresponde indemnización alguna. Sin perjuicio de ello, consideramos que tampoco se puede imputar que exista factor de atribución toda vez que
179. Finalmente, al no existir inexecución, no es posible evaluar la existencia del factor de atribución ni del nexo causal. Sin perjuicio de ello, como ya se ha señalado, resaltamos que TAPESTRY actuó de buena fe como parte de un contrato y como agente económico competidor y, por tanto, no es posible imputarle dolo o culpa como parte del análisis de factor de atribución. De esta manera, queda comprobado que, bajo ningún supuesto, corresponde el pago de alguna indemnización.

POR TANTO:

Bajo lo expuesto, solicitamos al Tribunal declarar INFUNDADAS las pretensiones de Zeppelin en todos sus extremos.