



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Informe N° 69/011

Montevideo, 14 de setiembre de 2011

ASUNTO: Contratos entre la Asociación Uruguaya de Fútbol y Tenfield S.A.

1. ANTECEDENTES

Ante versiones periodísticas que mencionaban el tema y diversas consultas recibidas de manera informal, la Comisión comenzó una actuación de oficio tendiente a analizar la legalidad de las cláusulas contenidas en los contratos que vinculan a la Asociación Uruguaya de Fútbol (AUF) y la empresa Tenfield S.A.

Tras una vinculación que data del año 1998, se han celebrado diversos contratos, conteniendo también diversos objetos, y puntualmente la etapa actual que adquirió notoriedad se vincula a la negociación de la televisación de los partidos de fútbol de la selección nacional de Uruguay por las Eliminatorias para el Mundial de Brasil de 2014 y en caso de clasificar, de la propia competencia mundial.

Se dispuso el inicio de un estudio preparatorio y se solicitó tanto a la AUF como a Tenfield, los antecedentes contractuales que ligan a ambas entidades, recibiendo de ambos la información, coincidente en su totalidad.

2 - PRECISIONES PREVIAS

Corresponde ingresar como cuestión previa en el análisis de competencias y atribuciones de nuestra Comisión, así como también en lo que hace a los mercados relevantes analizados.

Este aspecto lo queremos reseñar por cuanto el mercado de las telecomunicaciones es un "Sector Regulado" en la definición del Art. 27 de la Ley 18.159 de 20 de julio de 2007 y en esos sectores, por lo dispuesto en el artículo citado, la protección y fomento de la

competencia están a cargo del regulador, lo que sería la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicación (URSEC) en este caso.

Dicho esto, queremos en primer lugar destacar que analizados los contratos y el objeto de negociación que incluían, se advirtió en primera instancia la existencia de otros bienes y servicios que no pertenecen al mercado del sector regulado, como por ejemplo la sponsorización de la camiseta, la estática publicitaria, la indumentaria deportiva, la organización de partidos de fútbol, etc. En tal sentido resulta particularmente ilustrativo el precedente informe económico N° 68/011. La existencia de esos productos y mercados no ha decidido a intervenir como órgano de aplicación de la norma, sin perjuicio de que además también tiene la Comisión un rol tuitivo y promocional de la competencia, teniendo atribuciones en materia de recomendaciones y consultas, al punto que el propio artículo 27 prevé la posibilidad de actuación aún en un sector regulado respondiendo consultas no vinculantes.

En consecuencia, se entiende que para este caso lo que debería hacer la Comisión es emitir un dictamen y hacer una recomendación a las partes, de modo que observen las disposiciones de la normativa de orden público de libre competencia.

3. ANÁLISIS

Analizada la documentación remitida, con el insumo del informe económico de la oficina fechado el 14 de setiembre de 2011, que define los mercados relevantes, se advierte cuál es la posición de la AUF y de Tenfield, la existencia de una vinculación entre quien tiene el monopolio de ciertos productos como los derechos de televisación e imagen de los partidos, las camisetas e indumentaria deportiva, la estática de los escenarios por cuanto se trata de una Asociación que integra a la totalidad de las instituciones profesionales que practican el fútbol en el país; y por otra parte, del lado de la demanda, si bien hay otros potenciales compradores u oferentes, la situación relativa al tiempo de ejecución de estos contratos, infraestructura montada tanto técnica como humana y profesional, cláusulas de prioridad y vínculo con actividades conexas, hacen de Tenfield S.A. la empresa que tiene un claro poder de mercado y una posición dominante desde su rol de participación.

La normativa de defensa de la competencia es de orden público, siendo ese aspecto el primero que distingue a la ley 18.159 al comenzar sus preceptos y además le confirió el



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

legislador un aspecto claramente tuitivo de un valor que se entendió importante, consagrando la promoción y la defensa de la competencia.

Ya en ese primer artículo de la ley se marca el objetivo de estimular la libertad e igualdad de condiciones de acceso de empresas y productos a los mercados.

Corresponde en este caso analizar la posible existencia de barreras a la entrada, la celebración de un contrato de exclusividad que pueda tener en su diseño cláusulas inhibitorias de la competencia y en consideración al modelo de análisis bajo la regla de la razón, determinar si en caso de existir estas restricciones, las mismas tienen justificaciones, se generan ganancias de eficiencia económica y el beneficio se traslada a los consumidores.

Siguiendo manuales reconocidos internacionalmente en materia de libre competencia, nos debemos formular algunas interrogantes que pueden resumirse en saber 1º si los contratos limitan el número o la variedad de los operadores en el mercado; 2º si de las condiciones contractuales se desprende una limitación de la capacidad de los operadores para competir; y 3º si en atención a esas condiciones pactadas, se reducen los incentivos de los operadores para competir.

Así pues, nos debemos situar en primer lugar en el momento de celebración del contrato, cuál era la situación originaria y desde el momento en que ese contrato otorgaba derechos exclusivos a un operador, que se han mantenido por el lapso de 13 años de manera ininterrumpida, si al momento de la primera contratación existía libre competencia y posteriormente si se abrió el mercado a la posibilidad de ingreso de nuevos competidores.

Es claro que un contrato como el que rige entre la AUF y Tenfield, establece una exclusividad y particularmente la cláusula 11 literal d) de la Ampliación de Contrato de fecha 30 de mayo de 2003, titulada "Agréguense el siguiente Capítulo XVI. PRORROGA:" que otorga un derecho a igualar o mejorar cualquier oferta que tuviera la AUF para el

Mundial 2014, reviste un carácter restrictivo de la competencia que configura una barrera a la entrada de otros operadores.

Esta cláusula ya estaba contenida en el contrato originario de 1998 "VII - PREFERENCIA" y el plazo era de 20 días hábiles para igualar o mejorar las propuestas recibidas, fue ratificada en el Convenio de 21 de noviembre de 2000 y llega a su máximo alcance restrictivo para terceros y preferente para Tenfield en la Ampliación del Contrato de fecha 30 de mayo de 2003, en esta cláusulas "11. CAPITULO XVI. PRORROGA:" literal d) PRIORIDAD, colocando en 60 días el plazo que dispone Tenfield para hacer valer su preferencia.

Posteriormente al extender el plazo de contrato, excluyendo las Eliminatorias para el Mundial 2014, expresamente se ratifica la vigencia de la cláusula 11 literal d) que crea ese capítulo XVI de prórroga, del contrato de mayo 2003, evidenciando el ánimo de perpetuarse.

Además, el plazo de 60 días, independientemente del análisis que se viene realizando que lo sitúa como claramente anticompetitivo y exclusorio, se torna un mayor desestímulo para terceros que pueden estar aguardando dos meses antes de saber si sus ofertas pueden tener alguna posibilidad, sin opción a concretar antes de eso.

La doctrina habla de la desafiabilidad de los mercados como la capacidad para el ingreso de nuevos agentes a los mismos, encontrándonos en este caso con una absoluta falta de ese carácter de desafiable para este mercado.

Incluso, retrotrayéndose a la fecha de suscripción del primer vínculo, se advierte que la polémica de aquel entonces era sobre si había realmente otras ofertas, mencionándose sólo una que era presuntamente superior en monto pero claramente no estamos ante un proceso competitivo de un mercado desafiable.

Pero en todo caso, al momento de la celebración del primer acuerdo la situación era bien diferente, incluso los derechos televisivos y demás elementos incluidos en la negociación, eran anteriormente objeto de concesión a otros operadores, de modo que puede concluirse con facilidad que el tiempo que ha transcurrido desde entonces y la ausencia de una puja por la adquisición de estos derechos, hablan claramente de la existencia de un mercado de escasa desafiabilidad, con barreras a la entrada y un derecho de igualar la mejor oferta para perpetuar al actual titular de los derechos que lo coloca en desigualdad en la competencia, usufructuando esa cláusula inhibitoria para terceros.



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

Tanto esto es así que producto de la ejecución del contrato y sus particularidades, el mismo fue objeto de extensión en su plazo sin abrir un proceso competitivo.

Es notorio que la Asociación Uruguaya de Fútbol no ha licitado los derechos de televisión y los demás que se incluyen en los contratos que tiene y tenía con Tenfield, sino que ha realizado una negociación directa con esta empresa, la que goza además en caso de aparecer otro interesado de ese particular derecho a igualar su oferta en condiciones de privilegio.

Es evidente que la posición dominante del lado de la demanda, se favorece por el hecho de no existir un competidor real para ofertar por estos derechos, a tal punto que no ha habido otros interesados para la celebración de esta negociación, a excepción de la empresa Full Play Group S.A., que sólo se interesa por los derechos para emitir los partidos para el exterior, representando otro negocio y mercado relevante, por parte de quien además tiene estos derechos en el resto de los países de América del Sur que participan de las Eliminatorias en la llave Sudamérica.

De manera que estamos ante un mercado escasamente desafiado, en el que se transan derechos exclusivos, por lapsos de tiempo prolongado, generándose costos hundidos importantes para los operadores, con una cláusula restrictiva de la competencia que no aparece justificada ni se advierte su beneficio para la AUF ni para los consumidores, que inhibe la entrada de potenciales competidores, vulnerando lo dispuesto por el Art. 4 literal G de la Ley 18.159 de 20 de julio de 2007. Hay una clarísima limitación de los operadores para competir, que ven reducidos totalmente los incentivos a presentarse y pujar por estos derechos.

En el XXXIII Informe de la Unión Europea sobre Política de Competencia se transcribe un pasaje de la Decisión sobre la Liga de Campeones de la UEFA (Asunto COMP/C-2/37.398; IP/03/1105 de 24.7.03) que consideramos ilustrativo reproducir:

“...la Comisión pretende garantizar que los derechos televisivos se oferten periódicamente en el mercado, de tal modo que los posibles interesados tengan verdaderamente la oportunidad de adjudicárselos. Es probable que el desarrollo de los nuevos mercados de internet y de los medios móviles coincidan con el desarrollo de los mercados de televisión de pago en el sentido de que los contenidos deportivos serán uno de los propulsores del desarrollo de estos nuevos servicios. Sin embargo, los titulares de los derechos tienen actualmente tendencia a refrenar la explotación de los nuevos derechos de difusión en los medios de comunicación porque temen que repercutan negativamente sobre el valor de los derechos de televisión. La Comisión no puede admitir los acuerdos restrictivos que den lugar a la retención de tales derechos”.

Luego que se responden las interrogantes planteadas sobre limitaciones a la competencia, de modo afirmativo como lo hemos analizado, corresponde siguiendo los manuales internacionales ingresar en el análisis de las justificaciones.

Nuestro modelo legal se ha afiliado a la corriente que no sanciona “per sé” las conductas definidas a priori como contrarias a la libre competencia, sino a la luz de la llamada “rule of reason”, regla de la razón. Se debe analizar si esas restricciones competitivas no representan un beneficio en otros aspectos que a la larga se traducen en ganancias de eficiencia que benefician en última instancia a los consumidores.

El tema francamente entendemos que no resiste el menor análisis, no advirtiéndose en absoluto cómo esa cláusula de derecho de preferencia puede beneficiar a los consumidores, representando un claro obstáculo a la comparecencia de otros interesados que podrían mejorar las condiciones de oferta, tornando el mercado más desafiante.

Incluso en otros eventos deportivos televisados donde los derechos pertenecían a otras empresas, caso de Copa Libertadores por ejemplo, la propia infraestructura montada por el operador que tiene los derechos del fútbol local ha sido arrendada para la emisión de partidos disputados en Montevideo, lo que habla de la perfecta posibilidad de convivencia de diversos actores en un mismo mercado.

En la misma línea de ausencia de beneficios para los consumidores y desincentivo para la presentación de otras ofertas, bajo ciertos supuestos, se ha expresado claramente el informe económico citado previamente.

Finalmente, hemos de considerar el tiempo por el que se contrata y la particularidad que presenta un mercado tan sensible a los cambios tecnológicos. Se aprecia en los contratos



República Oriental del Uruguay
Ministerio de Economía y Finanzas

la previsión a favor del operador de una cláusula de “EXCESIVA ONEROSIDAD SUPERVINIENTE”, previendo la abrupta variación del tipo de cambio, pero no hay ninguna previsión a favor de la Asociación que pueda por ejemplo prever la aparición de nuevos sistemas técnicos de transmisión de la información y una excesiva valorización superviniente, incluso como la que pueda haberse conseguido con los resultados deportivos favorables logrados por la selección uruguaya de fútbol. Ello nos hace pensar en la conveniencia de pactar las cesiones por períodos de tiempo más corto, fomentando las instancias de renovación o recambio en un proceso licitatorio periódico como mejor forma de incentivar la competencia en el mercado.

4. CONCLUSIONES

La vinculación contractual entre la AUF y Tenfield no fue objeto de denuncia, en cuyo caso probablemente el expediente se hubiera remitido a la URSEC. Se trata de un estudio preparatorio, en cumplimiento de las funciones promocionales y tuitivas de la libre competencia que tiene la Comisión que integramos.

En tal sentido, con independencia de las connotaciones particulares que tiene la temática, tan sensible para la población de un país tan aficionado al deporte, nos hemos centrado en analizar las contractuales, en particular aquellas que consagran verdaderas barreras a la entrada, que colocan en condiciones desiguales para la competencia a los distintos operadores y que producto de las características de los mercados, su escasa desafiabilidad, la existencia de costos hundidos, la concesión en exclusiva de derechos por un lapso de tiempo muy extenso, hacen que el diseño general de la contratación restrinja la competencia.

De modo que, además de la particularidad anticompetitiva e ilegal que presenta la cláusula 11 literal D ya analizada, en general el diseño negocial de la contratación presenta claras restricciones a la libre competencia.

En conclusión, se habrá de sugerir la emisión de una recomendación no vinculante a la AUF, la empresa Tenfield y en general a todos los posibles interesados en ofertar por derechos incluidos en los contratos en estudio, que se abstengan de incluir cláusulas restrictivas de la competencia, en particular aquellas que confieran derecho de preferencia o privilegios a favor de un operador y además que se promueva la celebración de llamados públicos, cediendo los derechos por períodos más cortos, de modo de favorecer una amplia participación de ofertas que permitan una verdadera competencia en el mercado relevante.

Dr. Javier Gomensoro