

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

Controversia en el Mercado de Plataformas de Streaming Musical

Equipo 21:

Cesar Humberto Quiñones Costa – Universidad de Lima , Perú

Blanca Patricia Schochet Abad – Universidad de Lima , Perú

Julio César Molina Valer – Universidad de Lima , Perú

Juan Diego García Montúfar Miró Quesada – Universidad de Lima , Perú

Jacques Didier D'Auriol Augusto – Universidad de Lima , Perú

Denisse Gonzales Daly Ribeiro – Universidad de Lima , Perú

Maria Belén Novoa García – Universidad del Pacífico , Perú

Coach: Juan Felipe García Montúfar Sarmiento

MEMORIAL DE DEMANDA

entre

DEMANDANTE:

ZEPPELIN SOCIEDAD ANÓNIMA, (en adelante, “**Zeppelin**”)

y

DEMANDADA:

TAPESTRY SOCIEDAD ANÓNIMA (en adelante, “**Tapestry**”)

ante la:

CÁMARA DE COMERCIO DE BARATARIA

Equipo 21

Barataria, 7 de junio de 2020

Índice

Carátula

Tabla de Abreviaturas

Tabla de Autoridades

Tabla de Legislación

- I. Introducción
- II. Hechos de la Demanda
- III. Jurisdicción
- IV. Méritos
- V. Petitorio

Tabla de Abreviaturas

Concepto	Referencia
Aclaraciones del caso e-Moot 2020 de Libre Competencia de la Universidad del Pacífico	Aclaraciones
Carta No. 025-2016/TAP enviada por Tapestry a Zeppelin el 13 de enero de 2016	Carta 1
Carta No. 015-2016/ZEP enviada por Zeppelin a Tapestry el 17 de enero de 2016	Carta 2
Carta No. 031-2016/TAP enviada por Tapestry a Zeppelin el 23 de enero de 2016	Carta 3
Carta No. 021-2016/ZEP enviada por Zeppelin a Tapestry el 15 de febrero de 2016	Carta 4
Carta No. 042-2016/TAP enviada por Tapestry a Zeppelin el 18 de febrero de 2016	Carta 5
Carta No. 156-2016/TAP, enviada por Tapestry a Zeppelin el 4 de octubre de 2016	Carta 6
Congreso de la República Democrática de Aquemini	Congreso

Contestación de Tapestry a la solicitud de arbitraje presentada por Zeppelin el 30 de marzo de 2018	Contestación a la Solicitud de Arbitraje
Contrato de Servicios de Seguridad celebrado entre Tapestry y Zeppelin para la prestación del Servicio de Seguridad Carole	Contrato
Correo electrónico enviado de Jimena Yalta a Moisés Quiroz de asunto “Contrato – Uso de sistema de seguridad” del 19 de febrero de 2016	Correo Electrónico 1
Correo electrónico enviado de Moisés Quiroz a Jimena Yalta de asunto “RE: Contrato – Uso de sistema de seguridad” del 19 de febrero de 2016	Correo Electrónico 2
Correo electrónico enviado de Moisés Quiroz a Jimena Yalta de asunto “RE: Contrato – Uso de sistema de seguridad” del 22 de febrero de 2016	Correo Electrónico 3
Correo electrónico enviado de Jimena Yalta a Moisés Quiroz de asunto “RE: Contrato – Uso de sistema de seguridad” del 23 de febrero de 2016	Correo Electrónico 4
Correo electrónico enviado por Tapestry a Zeppelin el 4 de mayo de 2017, de asunto “Sin Asunto”	Correo Electrónico 5
Data económica contenida en el Anexo E de las Aclaraciones	Data

Gobierno de la República Democrática de Aquemini	Gobierno
Hechos del caso del e-Moot 2020 de Libre Competencia de la Universidad del Pacífico	Hechos
Informe económico elaborado por López Economics, al que se refiere el numeral 32 de los Hechos	Informe López Economics
Pericia de daños para la controversia entre Zeppelin y Tapestry en relación con la modificación del esquema tarifario para el pago del sistema de seguridad, elaborada para Zeppelin, por Apoyo Consultoría	Pericia de Daños
Informe económico sobre el desempeño de Tap Music en el mercado de streaming musical, elaborado para Tapestry, por la Unidad de Consultoría Económica de Bullard Falla Ezcurra +	Pericia Tapestry
Plataforma Conciertos Live	Conciertos Live
Plataforma Tap Music	Tap Music
Plataforma Tap Store	Tap Store
Plataforma Four Play	Four Play
Plataforma P-Streaming	P-Streaming
Plataforma Zep Music	Zep Music
República Democrática de Aquemini	Aquemini
República Democrática de Longobardía	Longobardía

Servicio de Seguridad prestado por Tapestry en virtud del Contrato de Servicios de Seguridad	Servicio de Seguridad Carole
Sistema Operativo Carole	Carole
Sistema Operativo Walrus	Walrus
Solicitud de arbitraje presentada por Zeppelin en contra de Tapestry, del 30 de marzo de 2018	Solicitud de Arbitraje
Tapestry Sociedad Anónima	Tapestry o Demandada
Transmisiones Unidas Sociedad Anónima	TUSA
Tribunal arbitral conformado de acuerdo a lo dispuesto por la cláusula décima del Contrato de Servicios de Seguridad	Tribunal Arbitral o Tribunal
Zeppelin Sociedad Anónima	Zeppelin o Demandante

Tabla de Autoridades

Autoridad	Referencia
Arrarte, A. M. (Julio de 2015). Apuntes sobre la Causal de Anulación de Laudos por Materia No Arbitrable, y su Invocación de Oficio. Ius et Veritas (50), 240-255	Arrarte (2015)
Barchi, L. (2006). El Ius Variandi en los Contratos para la Prestación de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Derecho y Sociedad, 187-210.	Barchi (2006)

Blackaby, N., Partasides, C., Redfern, A., & Hunter, M. (2015). Redfern and Hunter on International Arbitration (Quinta ed.). Oxford: Oxford University Press.	Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter (2015)
Born, G. (2012). International Arbitration: Law and Practice. Alphen aan de Rijn, Netherlands: Kluwer Law International.	Born (2012)
Bullard, A. (1997). ¿Dejar competir o no dejar competir? He ahí el dilema. THEMIS, 65-89.	Bullard (1997)
Cantuarias, F., & Repetto, J. L. (2017). Aplicación de la Convención de Nueva York por las Cortes Latinoamericanas. Ius et Veritas (55), 198-122.	Cantuarias y Repetto (2017)
Case, K., & Fair, C. (2008). Principios de Microeconomía (Octava ed.). Naucalpan de Juárez, México: Pearson Prentice Hall.	Case y Fair (2008)
De La Puente y Lavalle, M. (2017). El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil (Tercera ed., Vol. Primero). Lima: Palestra Editores.	De La Puente y Lavalle (2017)
De Trazegnies, F. (2001). La Responsabilidad Extracontractual (Séptima ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú.	De Trazegnies (2001)
Diez Picazo, L. (1983). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial (Primera ed., Vol. Primero). Madrid: Tecnos.	Diez Picazo (1983)
Economides, N. (2018). The Business of Platforms, Networks and Two-Sided Markets. Obtenido de New York	Economides (2018)

University Stern School of Business Web site.	
Falla, A., & Drago, M. (2012). “Unas de Cal y Otras de Arena”: Aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011, Ius et Veritas (44), 158-182.	Falla y Drago (2012)
Fernández-Baca, J. (2012). Experiencias de Política Anticompetitiva en el Perú (Primera ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Universidad del Pacífico y Consorcio de Investigación Económica y Social.	Fernández-Baca (2012)
Fernández Cruz, G. (2004). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano. Estudios sobre el contrato en general - por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2012). Lima: Ara Editores E.I.R.L.	Fernández Cruz (2004)
Gaillard, E. (2015). El Orden Jurídico Arbitral (Primera ed., Vol. XIII). Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.	Gaillard (2015)
Holzwebe, S. (2018). Tying and bundling in the digital era. European Competition Journal, 1-25.	Holzwebe (2018)
Khan, L. M. (2017). Amazon's Antitrust Paradox. The Yale Law Journal, CXVI (3) 710-805.	Khan (2017)
Krugman, P., & Wells, R. (2015). Microeconomía (Tercera ed.). Barcelona, España: Editorial Reverté	Krugman y Wells (2015)
Lohmann, J. G. (1986). El Negocio Jurídico (Primera ed.). Lima: Studium.	Lohmann (1986)
Ortega, M. (2014). Recisión: Compartiendo algunas inquietudes a	Ortega (2014)

propósito de su actual regulación legislativa. Gaceta Civil & Procesal Civil Registral/Notarial.	
Pérez, J. (2017). Abuso de Posición de Dominio. En F. Carbajo, Manual Práctico de Derecho de la Competencia (Primera ed. Págs. 169-194). Valencia, España: Tirant lo Blanch.	Pérez (2017)
Reggiardo, M. (2016). Una Revisión Funcional al Recurso de Anulación de Laudo en el Perú. Forseti. Revista de Derecho. Compendio Impreso. DERUP Editores	Reggiardo (2016)
Roppo, V. (2009). El Contrato (Primera ed.). Lima: Gaceta Jurídica. Taboada, L. (1999). La causa del negocio jurídico (Segunda ed.). Lima: San Marcos.	Roppo (2009)
Torres, A. (2012). Teoría General del Contrato (Primera ed., Vol. Segundo). Lima: Pacífico Editores S.A.C.	Torres (2012)
United Nations Commission on International Trade Law. (2012). 2012 Digest of Case Law on the Model Law of International Commercial Arbitration. New York, United States: UNCITRAL.	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2012)
Varian, H. (2010). Microeconomía Intermedia. Un Enfoque Actual (Novena ed.). Barcelona, España: Antoni Bosch.	Varian (2010)
Zurita, J. (2 de Septiembre de 2014). Análisis de la Concentración y Competencia en el Sector Bancario. Obtenido de BBVA Research Web site.	Zurita (2014)

Tabla de Jurisprudencia

Jurisprudencia	Referencia
Corte de Apelaciones para el Distrito de Columbia de Estados Unidos, 29 de julio de 2008. Sentencia Caso Federal Trade Commission v. Whole Foods Market Inc., 548 F.3d 1028	Caso Whole Foods
Corte Superior de Justicia de Lima, 28 de abril de 2011. Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial. Resolución 8. Stemcor UK Limited v. Guiseve S.A.C.	Caso Stemcor
Corte Suprema de Estados Unidos, 25 de junio de 1962. Sentencia Caso Brown Shoe Co., Inc. v. United States, 370 U.S. 294	Caso Brown Shoe
Corte Suprema de Estados Unidos, 2 de julio de 1985. Sentencia Caso Mitsubishi Motors v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614	Caso Mitsubishi
Corte Suprema de Estados Unidos, 25 de junio de 2018. Sentencia Ohio v. American Express Co. 585 U.S.	Caso American Express
Deutsche Telekom AG contra la Comisión Europea, C-280/08 P (Tribunal de Justicia 14 de Octubre de 2010).	Asunto Deutsche Telekom
Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB, C-52/09 (Tribunal de Justicia 17 de febrero de 2011).	Asunto Telia Sonera
Laudo Final en el Caso No. 14046 de 2007, en Arnaldez, J.-J., Derains, Y., & Hascher, D. (2013). Collection of ICC Arbitral Awards 2008-2011. Alphen aan	Caso CCI 14046

den Rijn: International Chamber of Commerce and Wolters Kluwer	
Telefónica, S.A., y Telefónica de España, S.A. contra Comisión Europea, T-336/07 (Tribunal General 29 de Marzo de 2012).	Asunto Telefónica
NV Nedelandsche Banden-Industrie-Michelin contra Comisión de las Comunidades Europeas, 322/81 (Tribunal de Justicia 9 de Noviembre de 1983).	Asunto Michelin
Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de febrero de 1987. Sentencia del Asunto 27/26. United Brands Company y United Brands Continentaal NV v. Comisión de las Comunidades Europeas.	Asunto United Brands
Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13 de febrero de 1979. Sentencia del Asunto 85/76. Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comisión de las Comunidades Europeas.	Asunto Hoffmann-La Roche
Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1 de junio de 1999. Sentencia del Asunto C-126/97. Eco Swiss China Time Ltd y Benetton International NV.	Asunto Eco Swiss
Tribunal Superior de Justicia de Dresde, 20 de abril de 2005. Sentencia del Caso 11 Sch 01/05	Caso 11 Sch 01/05

Tabla Normativa

Norma	Referencia
Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos	Convención de Nueva York

arbitrales extranjeros, firmada por Aquemini, Ciudad Real y Longobardía	
Decreto Legislativo No. 295, que promulga el Código Civil, aplicable por referencia al numeral 44 de los Hechos	Código Civil
Decreto Legislativo No. 1305, mediante el cual se crea el “Plan Revolucionaria Aquemini – PRA”, para el financiamiento del sector telecomunicaciones	Plan Revolucionaria Aquemini
Ley de Competencia de Aquemini	Ley de Competencia
Ley Modelo de UNCITRAL, con las enmiendas introducidas en el año 2006, que es la Ley de Arbitraje de Aquemini, Ciudad Real y Longobardía, aplicable por referencia al numeral 43 de los Hechos	Ley de Arbitraje
Ley No. 2543, “Ley de seguridad en sistemas operativos de libre acceso”	Ley de Seguridad
Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barataria (CAB), que es una réplica exacta del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), aplicable por referencia al numeral 2.1 de las Aclaraciones	Reglamento de Arbitraje

AL TRIBUNAL ARBITRAL:

ZEPPELIN S.A. (en adelante, “Zeppelin” o la “Demandante”), debidamente representada por sus abogados designados, en el procedimiento arbitral iniciado por nosotros contra **TAPESTRY S.A.** (en adelante, “Tapestry” o la “Demandada”), por la modificación unilateral ilegal del Contrato de Servicios de Seguridad y otros, atentamente decimos:

Que, con fecha 30 de marzo de 2018 presentamos una Solicitud de Arbitraje para el inicio del presente procedimiento arbitral, la cual fue contestada por la Demandada en junio del mismo año. Habiéndose conformado válidamente este Tribunal de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y el Reglamento de Arbitraje, interponemos demanda contra Tapestry, en atención a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

HECHOS DEL CASO

LA AMENAZA FANTASMA

1. Como adelantáramos en la Introducción de esta demanda, nuestra representada es una empresa desarrolladora de aplicativos móviles para smartphones, que en 2010 anunció y lanzó al mercado la aplicación de streaming musical Zep Music. A esa fecha, Zeppelin tenía un acuerdo de exclusividad de 2 años con TUSA, lo que significó que Zep Music únicamente podía ser descargada por usuarios con smartphones que cuenten con sistema operativo Walrus, de la plataforma Four Play (numerales 1, 13 y 14 de los Hechos). En respuesta a nuestro lanzamiento, Tapestry, empresa dedicada al diseño y producción de equipos electrónicos, desarrollo de software de sistemas operativos, desarrollo de plataformas de distribución digital de aplicativos móviles y de aplicativos móviles, lanzó en 2011 la aplicación Tap Music (numerales 2, 15 y 16 de los Hechos).
2. Tras el vencimiento del acuerdo de exclusividad, a inicios de 2012, tanto Zep Music como Tap Music se ofrecían a través de Four Play y de Tap Store. Desde ese momento, como se desprende de la Data e inclusive de la opinión de la prensa de Aquemini, entre ambas aplicaciones existió una intensa competencia (numeral 17 de los Hechos). Hasta aquí “existía equilibrio en la fuerza”. Las aplicaciones de música vía streaming dinamizaron el mercado de venta de equipos móviles y, durante algunos años, la competencia en el mercado de aplicaciones de streaming musical ocurrió de manera regular Sin embargo, la “amenaza

fantasma” se dilucidaba inminente, pues las opiniones de ciertos especialistas en tecnología (entre ellos Huáscar Falla) manifestaron sus preocupaciones por la posibilidad de que no se estuvieren tomando en cuenta las medidas de seguridad adecuadas para proteger los datos personales de los usuarios de aplicaciones móviles (numeral 19 de los Hechos).

EL ATAQUE DE LOS CLONES

3. Lamentablemente, “la fuerza” de dichos especialistas era grande. Las predicciones se hicieron realidad. En enero de 2015 ocurrió el mayor ataque cibernético en la historia de Aquemini. En este, un grupo de hackers logró acceder a la información financiera de un número considerable de usuarios de smartphones, “clonando” medios de pago y sustrayendo un total de A\$50 millones (numeral 20 de los Hechos). Tras las investigaciones de la División de Crímenes Informáticos de Aquemini, se identificó que la información financiera de los usuarios fue obtenida a través de los permisos que estos otorgaron al descargar aplicaciones de las plataformas Tap Store y Four Play. Todo ello desató un debate en el Congreso, que terminó por otorgarle facultades legislativas al Gobierno para la promulgación de la Ley de Seguridad (numerales 20, 21 y 22 de los Hechos).
4. Esta Ley de Seguridad obligaba a los titulares de las plataformas de distribución de aplicaciones móviles (Tapestry y TUSA) a implementar una serie de medidas regulatorias que incrementasen la seguridad de sus usuarios. Ambas empresas decidieron trasladar algunos los costes derivados de dicha implementación a los desarrolladores de aplicativos (como Zeppelin), suscribiendo con ellos contratos por el uso de su sistema de seguridad (numerales 22 y 23 de los Hechos). Para el caso particular de nuestra representada, se llevaron a cabo negociaciones que iniciaron con la Carta 1 del 13 de enero de 2016 y concluyeron con la suscripción del Contrato de Servicios de Seguridad, contenido en el Correo Electrónico 4 del 23 de febrero de 2016. El Contrato de Servicios de Seguridad, del que nos referiremos en extenso a lo largo de esta demanda, tenía un programa prestacional simple: Tapestry se obligaba a prestar el Servicio de Seguridad Carole contenida en la Cláusula Tercera del Contrato de Servicios de Seguridad a cambio de una contraprestación escalonada, determinada en función a lo establecido por su Cláusula Cuarta y su Anexo No. 1.

5. Además, el Contrato de Servicios de Seguridad contenía, en su Cláusula Quinta, **la facultad de modificación unilateral de las tarifas por parte de Tapestry**, y una cláusula arbitral que comprende “*toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él*”, en su Cláusula Décima (numerales 25 y 38 de los Hechos). Con cargo a regresar sobre este tema, adelantamos al Tribunal que la facultad de modificación de las tarifas a la que la Demandada tenía derecho **es sustancialmente diferente a la facultad de modificación de la estructura o esquema tarifario**. La Demandada tenía derecho a efectuar lo primero, mas no lo segundo. No obstante que el cobro por los Servicios de Seguridad ocasionó que las tarifas de la mayoría de aplicativos se vean modificadas al alza, Tap Music y Zep Music decidieron no modificar sus tarifas. La decisión comercial de ambas empresas, de acuerdo a analistas del sector, respondía a la agresiva competencia que existía entre ambas (numeral 26 de los Hechos).
6. En el marco de esta competencia, Frecuencia Aquemini anunció que la persona ganadora del conocido programa “Nace un Cantante” obtendría un contrato de exclusividad con nuestra representada para la producción y lanzamiento de videos musicales a través de Zep-Music. La ganadora del concurso, Dory G lanzó su primer sencillo “Sí Me Acuerdo” en abril de 2015, y su primer álbum “Altura” en agosto de 2016. Dicha estrategia comercial fue sumamente beneficiosa para nuestra representada, llegando Zep-Music a registrar un incremento de 7% en su participación de mercado a septiembre de 2016, con respecto a marzo de 2015 (numerales 27 y 28 de los Hechos).

LA VENGANZA DE LOS SITH

7. En este marco, en el que Zep Music había logrado por vías legítimas desplazar a Tap Music, y con ello obtener una mayor cuota de mercado, Tapestry decidió, **extralimitándose de manera patente** en su facultad de modificación unilateral del Contrato de Servicios de Seguridad, **modificar la estructura o esquema tarifario** y no las tarifas, conforme estaba dispuesto en la Cláusula Quinta del antedicho contrato. En efecto, mediante la Carta 6 de fecha 4 de octubre de 2016, Tapestry “ejecutó la Orden 66” en contra de nuestra representada y otras desarrolladoras, alterando de forma patente su estructura de precios. Además de incrementar los costes totales que Zeppelin debía cubrir para que Zep Music compitiera con Tap Music, en diciembre de 2016 se anunció la “oferta de navidad” de esta última, que reducía su tarifa mensual de A\$5.0 a A\$4.5 “*para usuarios nuevos que deseen*

adquirir una suscripción anual” (numeral 31 de los Hechos). Nuestra representada solicitó asesoría legal especializada respecto a la legalidad de la modificación referida, además del Informe López Economics, que arrojó lo que seguramente sabía Tapestry, y puede inferir el Tribunal: No era posible reducir las tarifas de Zep Music sin afectar su sostenibilidad financiera a futuro (numeral 32 de los Hechos).

8. A mayores, el Informe López Economics argumentó que el principal limitante para la reducción de tarifas para hacerle match a la oferta de Tap Music era *“la competencia agresiva en precios observada en el mercado y el reciente incremento en el costo de seguridad por acceder a la plataforma Tap Store”* (numeral 32 de los Hechos). Pero eso no es todo. En marzo de 2017 Dory G comunicó el fin de su contrato de exclusividad con nuestra representada, y anunció uno nuevo con Tapestry. La reconocida cantante afirmó en su transmisión que *“su música debía ser de acceso a todos sus fans, pagando menos y que eso solo lo podía garantizar Tap Music”*. Al mes siguiente a dicho anuncio, Zep Music registró una pérdida de usuarios equivalente al 5% de su total, mientras que Tap Music registró un incremento proporcional (numerales 33 y 34 de los Hechos).
9. Si bien nuestra representada podría haber tenido dudas acerca de la legitimidad de la modificación del Contrato de Prestación de Servicios en un inicio, **estas se disiparon por completo** cuando, con fecha 4 de mayo de 2017, llegó el Correo Electrónico 5. En este correo un trabajador de Tapestry **reconoce de forma explícita** que, con los *“costes más altos”* que Tapestry le impuso a Zeppelin, *“definitivamente no podrán hacer frente a las tarifas de Tap Music por un tiempo”*. Y agrega que Tapestry debería *“aprovechar ahora que no pueden responder a nuestra oferta de navidad”* para **golpearnos** *“un poco más”*.

UNA NUEVA ESPERANZA

10. Pero no nos engañemos. A pesar de que el Correo Electrónico 5 es la materialización de la **mala fe y la intención de causar daños** de la Demandada, además de suponer un claro abuso de su posición dominante, la presente demanda no se sostiene exclusivamente en ello. En lo que sigue, demostraremos como, obviando la existencia del Correo Electrónico 5, la conducta desplegada por Tapestry **habla por sí misma**. Es por los hechos expuestos que nuestra representada interpone la presente Demanda, a fin de que este Tribunal,

declarándola **FUNDADA** en todos sus extremos, pueda “restaurar el equilibrio” en el caso que nos atañe.

JURISDICCIÓN

11. Habiendo dejado en claro cuáles son los hechos de la presente demanda, como primera medida nos avocaremos a dejar sentado que este Tribunal **es competente para conocer respecto a la controversia suscitada entre Tapestry y nuestra representada**. Señores miembros del Tribunal, consideramos que el intento de la contraparte de intentar negar su competencia, esbozada en la Contestación a la Solicitud de Arbitraje, **carece por completo de asidero**, y por tanto está destinada al fracaso. Así, conforme detallaremos en las siguientes líneas, la posición de Tapestry según la cual este Tribunal carece de competencia para conocer sobre la presente controversia es insostenible –**salvo que se pretenda hacer un viaje hacia el pasado**– y con ello desconocerse el desarrollo del arbitraje como vía idónea para la resolución de conflictos, además de tanto jurisprudencia judicial como arbitral.

DE LA EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL

12. Es pacífico que, a efectos de someter una controversia al conocimiento de un Tribunal Arbitral, se requiere la existencia de un convenio arbitral. Dice la Cláusula Décima del Contrato que:

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 administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barataria, de acuerdo con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El tribunal arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por tres árbitros. El idioma del arbitraje será el español. La sede del arbitraje será Barataria, Ciudad Real (el énfasis es agregado).

13. La cláusula transcrita es especialmente clara. Bastan las primeras 12 palabras transcritas para darnos cuenta de que, además de existir, **el alcance objetivo de la cláusula comprende a todas las controversias del Contrato o todas las controversias que tengan**

relación con el mismo. Por demás, el convenio arbitral cumple con los requisitos estipulados por el artículo 7 de la Ley de Arbitraje, por cuanto i) es un acuerdo, ii) por escrito, iii) que tiene por objeto el sometimiento de **todas** las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto al Contrato, tanto contractuales como extracontractuales.

14. Esto debería ser **suficiente** para que este Tribunal decida que es competente para conocer acerca de esta controversia, en tanto, siguiendo en este punto a Blackaby, Partasides, Redfern y Hunter (2015) queda clara la existencia de convenio arbitral por escrito (validez formal), con una relación jurídica definida y una materia posible de ser resuelta por arbitraje (validez material). No obstante, en atención a que la contraparte ha intentado negar la competencia de este Tribunal, alegando que esta controversia no puede ser resuelta por arbitraje (¿?), demostraremos porque **tanto la primera pretensión principal como la primera pretensión subordinada a esta son perfectamente arbitrables.**

DE LA NATURALEZA Y ARBITRABILIDAD DE LA CONTROVERSIA

15. De una revisión concienzuda de los Hechos, y conforme detallamos en esta demanda, esta controversia está, principal y primariamente, relacionada al hecho de que Tapestry, haciendo un **uso indebido** de su derecho de modificación unilateral contenido en la Cláusula Quinta del Contrato, **modificó sin consentimiento de nuestra representada** el mismo. No es necesario tomarnos mucho tiempo para apreciar que ello es una controversia relacionada al incumplimiento del Contrato. Controversia, por cierto, **a todas luces arbitrable** de acuerdo a la Ley de Arbitraje, pero además al sentido común y la práctica comercial internacional de resolución de conflictos por vía arbitral. Francamente no entendemos como Tapestry alega, en la Contestación a la Solicitud de Arbitraje, que esta controversia está relacionada “*a asuntos de libre competencia los cuales no corresponden al fuero arbitral*”. Nuestra primera pretensión principal, relacionada a que este Tribunal declare que Tapestry modificó un contrato unilateralmente de forma diferente (y por tanto sin permiso) a la que tenía permitido **no tiene relación** con la libre competencia.
16. Ni en esta declaración que le solicitamos al Tribunal, ni en los daños y perjuicios que deberá pagarnos Tapestry por su actuar ilegal se encuentra ápice alguno de relación con asuntos relacionados al derecho de la libre competencia, en lo atinente a nuestra primera pretensión principal. Por tanto, en cualquier caso, el Tribunal debe **declararse competente para**

conocer respecto a nuestra primera pretensión principal. Pero es más. Sí y solo sí el Tribunal considerase que nuestra primera pretensión principal es infundada, este deberá aplicar la Ley de Competencia a efectos de analizar nuestra primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal. En ese sentido, le damos parcialmente la razón a nuestra contraparte, solo en el extremo de que este asunto sí tendría relación con el derecho de la libre competencia.

17. Sin embargo, carece de asidero sostener en la actualidad que i) esto convierte en no arbitrable nuestra controversia, y aún más ii) que el Tribunal se pronuncie sobre el particular “*derivaría en una violación del orden público de Aquemini*” (¿?). Como detallamos en esta demanda, en caso el Tribunal considere que Tapestry sí tenía derecho a modificar el Contrato en la forma en la que lo hizo, solicitamos que se declare dicha modificación **ineficaz**, por cuanto esta **contraviene o vulnera las normas de libre competencia**. Específicamente, solicitamos que se declare que Tapestry abusó de su posición dominante en el mercado de plataformas de streaming musical, en la modalidad de estrechamiento de márgenes y que, tras ello, **se nos indemnice por los daños y perjuicios que dicho actuar ilícito nos ha irrogado**.
18. Como es obvio, para que esa pretensión sea estimada por el Tribunal, es imprescindible que este emplee la Ley de Competencia a efectos de que determine que Tapestry ostentaba una posición de dominio en el mercado pertinente, y que abusó de ella en perjuicio de sus competidores y en última instancia de los usuarios de Aquemini. Pues bien, sostenemos que la aplicación de la Ley de Competencia **no convierte una controversia en no arbitrable** y además que **no se afecta el orden público**, no solo de Aquemini, sino el orden público internacional con dicha aplicación. Solo en el supuesto negado (**que no se presenta en el caso concreto**) en el que la **sede del arbitraje** (o el lugar en donde se intentase la ejecución del laudo) reserve de manera expresa la arbitrabilidad de determinadas controversias, existirá conflicto respecto a si una controversia puede o no ser arbitrada. Repetimos, la racionalidad de esto es la protección del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.
19. A mayores, tenemos que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2012) refiere, respecto a la Ley de Arbitraje, que “*la existencia de legislación que disponga que determinadas materias deban ser discutidas en o mediante una específica*

acción judicial o a través de cierto procedimiento prescrito no hace, de acuerdo a la decisión de algunas cortes, esta Ley Modelo inaplicable". Reiteramos que, en cualquier evento, esta legislación **no existe** en el caso concreto. Es ilustrativo el razonamiento de Arrarte (2015), que dice que *"en caso de duda sobre la arbitrabilidad objetiva de determinada materia, se deberá considerar que sí lo es, en la medida **que no exista una ley que de manera manifiesta la excluya del ámbito del arbitraje**"* (pág. 255) (el énfasis es agregado).

20. Debe recordarse que según el artículo 21 de la Ley de Competencia permite que toda persona que haya sufrido **daños** como consecuencia de conductas anticompetitivas podrá demandar ante la **jurisdicción competente** la correspondiente pretensión de daños y perjuicios. Esta posibilidad de demandar daños y perjuicios derivados de ilícitos a la libre competencia **sin la necesidad previa de una resolución administrativa firme que declare la existencia de dicho ilícito** no presupone la actuación previa de la Autoridad de Competencia de Aquemini. No existe motivo alguno para negar que la *"jurisdicción competente"* sea la arbitral. Por tanto, queda claro que el hecho de que el Tribunal tenga que aplicar la Ley de Competencia **no es causal** de no arbitrabilidad de la controversia.

21. Respecto al "argumento" según el cual la decisión del Tribunal contravendría el orden público de Aquemini, es menester dejar claro desde ya que **el Tribunal no tendría por qué tener en consideración el orden público de Aquemini a efectos de determinar si este tiene competencia para conocer sobre esta controversia**. Esto se desprende de lo dispuesto por el artículo V (1) (a) de la Convención de Nueva York (del que son partes signatarias, **sin reservas**, tanto Ciudad Real, Aquemini y Longobardía), que refiere que la validez del convenio arbitral (**y por tanto el requisito de arbitrabilidad**) debe examinarse bajo la ley de la sede del arbitraje (en ausencia de elección expresa de las partes respecto a la norma que rige el convenio arbitral). La contraparte no debe olvidar que estamos ante un arbitraje comercial internacional, en el análisis de arbitrabilidad debe realizarse en función o a la sede del arbitraje (Ciudad Real, que no prohíbe o reserva la arbitrabilidad de las materias de libre competencia) o en función de un criterio de deslocalización del arbitraje, según el cual, siguiendo a Gaillard (2015), **únicamente serían no arbitrables las materias contrarias al orden público internacional** (pág. 48).

22. Agrega Reggiardo (2016) que *"los árbitros no tienen que preocuparse de las exigencias de*

la concepción del orden público internacional de la sede del arbitraje sino con el fin de evitar la anulación de su sentencia” (pág. 49). En cualquier caso, debemos prestar atención a que una norma sea considerada de orden público es **diferente** a que la resolución de una determinada controversia sea **contraria al orden público**. Respecto al caso que nos atañe, si bien dejamos constancia de que no es incontrovertido que este sea un tema de orden público, de serlo, sostenemos que el hecho que el Tribunal aplique la Ley de Competencia es **conforme al orden público**.

23. Sobre este punto, en el Caso Stemcor, la Corte Superior de Justicia de Lima opinó, en palabras de Cantuarias y Repetto (2017) que el orden público es el “*conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico*”. Como puede apreciarse, que este Tribunal aplique la Ley de Competencia **no supone una afectación a las instituciones esenciales** ni de Ciudad Real (sede del arbitraje) ni de Aquemini, ni mucho menos una vulneración a sus principios e instituciones fundamentales para su organización social. Afirmar eso sería **antojadizo**, y supondría negar la utilidad del arbitraje comercial internacional para la resolución de controversias. Afortunadamente (para nuestra representada), no es la primera vez que existe “controversia” sobre si un Tribunal arbitral es competente para dilucidar asuntos relacionados con el derecho de la libre competencia. Sobre este particular, enseña Born (2012) que:

Durante los mediados del siglo 20, muchas cortes nacionales sostuvieron algunas veces que los reclamos relacionados con derecho de la libre competencia o derecho antitrust eran no arbitrables. Más recientemente, **ese enfoque ha sido rechazado por** Estados Unidos, la Unión Europea y otras cortes; como consecuencia, muchas categorías de reclamos civiles relacionados a la libre competencia son ahora arbitrables (pág. 83) (el énfasis es agregado).

24. Es justamente a partir de la opinión de la Corte Suprema de Estados Unidos en el Caso Mitsubishi que se marca una **clara tendencia de permitir la arbitrabilidad internacional de las controversias relacionadas al derecho de la libre competencia**. Esta Corte refiere que “*el propósito de la Convención [de Nueva York] de promover el proceso del arbitraje comercial internacional depende de la disposición de las cortes nacionales de dejar ir materias respecto de las que normalmente pensarían como propias*”. Además, podemos encontrar que:

No hay razón para asumir desde el inicio de una disputa que el arbitraje internacional no será un mecanismo adecuado [para resolver una disputa relacionada a materias de libre competencia]. El tribunal arbitral no depende de las normas legales de ningún Estado en particular, por lo que no tiene una obligación directa de restringir sus decisiones sobre asuntos legales (el énfasis es agregado).

25. Asimismo, el laudo final del Caso CCI 14046, en el que se discutió sobre el incumplimiento de una cláusula de no competencia contenida en un contrato marco de compraventa (que declaró nulo por contravenir el derecho de la libre competencia italiano), haciendo referencia a la Corte Suprema Suiza (que era la sede del arbitraje) establece que:

[H]a sostenido en numerosas ocasiones que el tribunal arbitral al que se le remite una controversia relacionada a la libre competencia debe resolver sobre los méritos de esa controversia. La Corte Suprema Suiza, en efecto, ya no se cuestiona si las controversias relacionadas a la libre competencia son arbitrables o no. (2013, págs. 552-553).

26. Es más. Sostenemos que lo que sí sería contrario al orden público es que, **existiendo** (como es el caso) **una afectación al derecho a la libre competencia**, el Tribunal arbitral haga caso omiso a ello, y no aplique la norma imperativa pertinente al caso concreto. Esta afirmación se desprende de lo dispuesto por el artículo 34 de la Ley de Arbitraje, que regula los supuestos bajo los cuales procede el recurso de anulación del laudo arbitral. Esta norma dispone que el laudo es anulable si el tribunal (judicial) comprueba que este es “*contrario al orden público de este Estado*” (que, nuevamente, sería Ciudad Real).

27. Sobre este punto, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2012) refiere, para el caso particular, que “*los laudos que legitiman contratos o comportamientos infractores de la libre competencia han sido considerados en numerosas jurisdicciones como contrarias al orden público*”. Así, por ejemplo el Tribunal Superior de Justicia de Dresde en el Caso 11 Sch 01/05 ha opinado que, para Alemania, las prohibiciones fundamentales del derecho de la libre competencia son parte del orden público, por cuanto son expresión de la decisión de un país por un libre mercado, y el cumplimiento de estas reglas es de importancia fundamental para el Estado, “*por lo tanto, un laudo arbitral que viole o ignore las disposiciones de la GWB debe dejarse de lado o no puede declararse ejecutable*”. Además, en el Asunto Eco Swiss, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dejado sentado que:

Un órgano jurisdiccional nacional al que se le ha presentado un recurso de anulación de un **laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 85 del Tratado** (actualmente artículo 81 CE), si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público

28. Esta sentencia, seminal (como la del Caso Mitsubishi) en el reconocimiento de la arbitrabilidad de controversias relacionadas al derecho de la libre competencia en la Unión Europea deja claro que **si un Tribunal no aplica el derecho de la libre competencia cuando debe hacerlo**, el resultado es que el laudo emitido sea susceptible de ser anulado. Por lo expuesto, solicitamos al Tribunal que se declare **COMPETENTE** para conocer tanto respecto a la primera pretensión principal como para, en caso esta se declare infundada, respecto a la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal.

MÉRITOS

29. Habiéndose declarado competente el Tribunal Arbitral, solicitamos que declare **FUNDADA** nuestra Primera Pretensión Principal. En ese sentido, solicitamos al Tribunal declarar como ineficaz la modificación ilegal de Tapestry y que condene a esta a los correspondientes daños y perjuicios.

30. Señores miembros del Tribunal, como pasaremos a demostrar, **Zeppelin otorgó única y exclusivamente, por medio de la Cláusula Quinta, el derecho a modificar unilateralmente el Contrato con respecto a las tarifas** y no otorgó su consentimiento para la modificación total del Anexo I como ha pretendido Tapestry por medio de la Carta 6.

31. En efecto, como una primera aproximación a la interpretación de la Cláusula Quinta, tenemos que el artículo 168 del Código Civil dispone que *“El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él”*. En ese sentido, la Cláusula Quinta debe ser precisada y aclarada en base a lo expresamente señalado en esta. ¿Qué dice la Cláusula Quinta? *“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”* (el énfasis es agregado).

32. De una lectura literal, **Zeppelin acordó que lo que podría ser materia de modificación eran únicamente las tarifas del Contrato**, las mismas que se encontraban contempladas

en el Anexo I. Y como consecuencia de que las tarifas se encontraban contenidas en el Anexo I, era lógico que la modificación de las tarifas llevaban necesariamente a la actualización del Anexo I. Por ello es que las Partes establecieron que *“En tal sentido, el Cliente otorga su consentimiento de manera anticipada para la actualización del Anexo No. 1”*.

33. Señores miembros del Tribunal, es evidente que el derecho a modificar unilateralmente el Contrato fue otorgado únicamente con relación a las tarifas, entendiendo que **la actualización del Anexo I viene a ser una consecuencia natural de la modificación de éstas**. Es decir, el consentimiento otorgado para **la actualización del Anexo I tiene como presupuesto de que lo único posible de modificación serían las tarifas**. En ese orden de ideas, el Anexo I solamente podría ser modificado si las tarifas eran modificadas.
34. Asimismo, **como se desprende de la Cláusula Cuarta, en esta se encontraba el Esquema Tarifario**; esto es, la obligación de pago de los Servicios de Seguridad Carole por parte de Zeppelin en base a ciertos criterios. Al respecto, debemos precisar que el Esquema Tarifario contiene: (a) Las tarifas (contenidas en el criterio d) de la cláusula 4.1 del Contrato en el que se hace referencia de que éstas serán las estipuladas en el Anexo I); y (b) Los criterios a tomar en cuenta para calcular la contraprestación (criterios a), b) y c) de la cláusula 4.1 del Contrato. La cláusula 4.2 del Contrato señala que el *“esquema tarifario podrá ser actualizado, de acuerdo con lo señalado en la cláusula quinta”*. Es evidente que esta cláusula no puede ser leída de manera aislada, ya que con el reenvío a la Cláusula Quinta, queda claro bajo qué supuesto sería aplicable. Y es que **la modificación del elemento “tarifa” lleva necesariamente a la modificación del compuesto “esquema tarifario”**. Señores Miembros del Tribunal, no existe contradicción alguna entre las cláusulas del Contrato y queda claro que únicamente se otorgó el derecho para modificar las tarifas.
35. Además, con **la historia de la génesis del Contrato se evidencia que el derecho otorgado únicamente correspondía a la modificación unilateral de las tarifas**. En efecto, de acuerdo a expresamente estipulado en las cláusulas 4.1 y 4.2 del Modelo de Contrato 2, **se expresa que el derecho a modificar el contrato se encontraba únicamente ligado a las tarifas**.
36. **A mayores, el Tribunal no puede dejar de lado el hecho que Zeppelin no redactó ninguna de las cláusulas del Contrato**. Como se desprende de la Carta 1, Carta 3 y el

Correo Electrónico 3, **Tapestry fue quien envió todos y cada uno de los modelos del Contrato**; más aún según el numeral 24 de los Hechos utilizó el Contrato como modelo único para los Servicios de Seguridad Carole con los demás desarrolladores de aplicativos. **¿Qué otra expectativa tenía Zeppelin sino es la que su contraparte se comportaría de manera leal y honesta en la redacción de las cláusulas, buscando que no exista contradicción entre ellas, y respetando la palabra empeñada?**

37. Finalmente, **no puede dejarse de lado que lo que estaría siendo materia de interpretación es la figura jurídica del *ius variandi***, el cual puede ser definido, según Barchi (2006) como el “*poder de la parte de modificar unilateralmente, sin consentimiento de la contraparte, uno o más puntos de la regulación contractual acordada*” (pág. 190). Los contratos se modifican por acuerdo entre las partes, como señala el artículo 1351 del Código Civil. Por ello, **realizar una declaración de voluntad anticipada para otorgar un *ius variandi* es una situación excepcional**, pues como señala Roppo (2009) “*el ius variandi de una parte expone a la otra al riesgo de una nueva posición no predeterminada en los contenidos, y por consiguiente susceptible de asumir los contenidos más diversos e impredecibles*” (pág.517).
38. Señores miembros del Tribunal, al ser el *ius variandi* una excepción a la obligatoriedad de los contratos, **su regulación y aplicación solo se justifica en ciertas circunstancias**. Por ello, **la figura del *ius variandi* debe ser tomada con cautela e interpretada de manera restringida**, puesto que ésta representa “un gran disturbio en la fuerza” obligatoria del Contrato. Como enseña Roppo (2009), la figura del *ius variandi* se “*justifica sobre todo cuando la materia del contrato es fluida, sujeta a evoluciones e imprevistos que pueden requerir ajustes sucesivos en el interés común de los contratantes*” (pág.519). Por estas razones, una interpretación acorde al principio de la buena fe (artículo 168 y 1362 del Código Civil), más aun cuando se trata de una figura tan drástica y excepcional como es el *ius variandi*, debe darse como señala Díez-Picazo (1983), “*de manera que el sentido que se les atribuya, sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractual y para llegar a las consecuencias contractuales conforme a las normas éticas*” (pág. 263).
39. En ese orden de ideas, Señores miembros del Tribunal, **¿cuándo se justifica la incorporación de un *ius variandi*?** Pues, **para el presente caso, única y exclusivamente**

encontraría su justificación para la modificación de las tarifas, ya que este término contractual es el único que puede, en todo caso, sufrir evoluciones o cambios imprevistos por el transcurso del tiempo. Por ello, **la interpretación del *ius variandi* debe ser realizada de manera restrictiva y para los casos en los que se justifique su aplicación.**

La “modificación” de Tapestry efectuada por medio de la Carta 6 es ineficaz

40. Señores miembros del Tribunal, **la modificación unilateral efectuada por Tapestry por medio de la Carta 6 es totalmente ineficaz**, por lo que carece de efectos jurídicos. Como hemos indicado, Zeppelin otorgó única y exclusivamente el derecho a modificar el Contrato con respecto a las tarifas. Por medio de la Carta 6, Tapestry ha utilizado el *ius variandi* de diversas formas, menos para aquella en la cual fue concebida. En efecto, por medio de la Carta 6, **Tapestry, invocando la Cláusula Quinta, “modificó” unilateralmente el Anexo I del Contrato.** ¿Cuáles fueron los términos de esa “modificación”? En particular **modificó los criterios para calcular la contraprestación, generando un perjuicio a Zeppelin y una grave alteración de las prestaciones del Contrato.**
41. **En el Anexo I original, la Contraprestación simplemente se determinaba mediante la suma de todos los usuarios de todas las aplicaciones**, precisándose que si un usuario usaba más de un aplicativo de Zeppelin, sería contabilizado como usuario para cada aplicativo. Con ese volumen de usuarios global, Tapestry ubicaría en que “escalón” del Anexo I se encontraría Tapestry para saber la tarifa a ser aplicada. Mediante la Carta 6, **Tapestry modificó el Contrato para que el pago de la contraprestación sea calculado en base al volumen de todos los usuarios por cada aplicación.** De esta forma, la operación para encontrar la suma a pagarse por la contraprestación se realiza en dos pasos: (i) primero se determina cuántos usuarios existen por cada aplicación y, en base a la cantidad, Tapestry ubicaría en qué “escalón” del Anexo I se encontraría dicha aplicación para saber cuál sería la tarifa unitaria a ser aplicada; y (ii) luego, Tapestry sumaría el total de cada una de las sumas independientes arrojadas de cada aplicación para determinar la contraprestación total del Contrato.
42. **La diferencia es evidente entre ambas formas de calcular la Contraprestación.** Una cosa es calcular la contraprestación en base a una suma global y otra –completamente distinta– en base a sub-operaciones matemáticas: son métodos sustancialmente distintos.

43. Como habrá advertido el Tribunal, del tenor de la Carta 6, **Tapestry no modificó las tarifas del Contrato, sino los criterios a) y b) de la Cláusula Cuarta para modificar la forma de calcular la contraprestación.** Es decir, ejerció el *ius variandi* para un supuesto de hecho distinto al contratado.
44. En ese orden de ideas, **cualquier otra modificación que se encontrase fuera de dicho supuesto de hecho** –como es la declaración contenida en la Carta 6– **carece de efectos jurídicos.** En efecto, **un supuesto de hecho será susceptible de tener efectos jurídicos siempre que puedan encuadrarse bajo un supuesto jurídico;** este es, como dice Lohmann (1986) “*el hecho (supuesto simple) o conjunto de hechos (supuesto complejo) recogidos por la ley o por la voluntad, que se han realizado o pueden realizarse y a los que se vinculan ciertas consecuencias*” (págs. 16-17).
45. En el caso en concreto, **¿cuáles son los supuestos de hecho para que el Contrato pueda ser modificado?** Únicamente dos: (i) de acuerdo con la Cláusula Quinta, en caso las tarifas sean modificadas; y (ii), de acuerdo al artículo 1351 del Código Civil si es que las Partes se ponían de acuerdo para celebrar un contrato modificativo.
46. Señores miembros del Tribunal, **¿la Carta 6 se encuadra dentro de alguno de los anteriores supuestos** para que la “modificación” de Tapestry produzca efectos jurídicos? **Evidentemente no.** La ley, ni el Contrato otorgan un derecho a Tapestry para que pueda modificar el Contrato a su (des)leal saber y entender bajo los términos de la Carta 6. Por lo que la modificación es totalmente ineficaz.

Indemnización de daños y perjuicios

47. Señores miembros del Tribunal, desde que el “lado oscuro de la fuerza” reinó sobre el Contrato (4 de octubre de 2016), Zeppelin ha sufrido daños y perjuicios imputables a Tapestry. Y es que con la modificación ilegal de Tapestry, Zeppelin ha (i) incurrido en mayores gastos por el pago de los Servicios de Seguridad Carole; y (ii) perdido usuarios en su aplicativo Zep Music. En ese sentido, Tapestry tiene la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos, más los correspondientes intereses.

SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD

48. En cuanto a la antijuridicidad, en materia de responsabilidad civil contractual, esta es la inejecución de una obligación válidamente asumida. ¿Qué obligación ha inejecutado Tapestry? Pues a su obligación de actuar de buena fe para ejecutar el Contrato de acuerdo a los términos expresamente pactados. En virtud del artículo 1362 del Código Civil, los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe. Como explica De la Puente y Lavalle (2000) “*La buena fe se introduce por integración en cada contrato, tal cual si fuera una estipulación del mismo*” (pág. 1549). Por ello, su incumplimiento es fuente de responsabilidad civil contractual.
49. En ese orden de ideas, es de aplicación lo expuesto por Diez-Picazo y Guillón, citado por De la Puente y Lavalle (2017) al estipular que “*el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal*” (pág. 263). De igual forma, Larenz, citado por De la Puente y Lavalle (2017) señala que la buena fe lealtad “*se dirige al acreedor, con el mandato de ejercitar el derecho que le corresponde, actuando según la confianza depositada por la otra parte (...)*” (pág. 307). Y es que, Tapestry ha actuado a toda luz en contra de la buena fe, puesto que ha ejercido el *ius variandi* de manera desleal, irracional y en beneficio propio al utilizarlo para supuestos no contemplados a los contratados para dañar la esfera jurídica de Zeppelin, generándole daños injustificados.

SOBRE EL DAÑO

50. En cuanto al daño causado podemos señalar que este se descompone en dos grandes categorías (i) el Sobrepago; y (ii) la Pérdida de Usuarios. Con relación al Sobrepago, conforme se indica en el Pericia de Daños, este asciende a la suma de \$463 millones en valor presente a mayo de 2020. Y es que por medio de la modificación ilegal, la Contraprestación del Contrato fue incrementada considerablemente al modificar la forma de calcular la misma, generando que Zeppelin incurriera en mayores gastos por el Sobrepago. Con relación a la Pérdida de Usuarios, el daño asciende a la suma de A\$46 millones a valor presente en mayo de 2020. Y en este punto es pertinente analizar que el daño causado se genera en el marco de las plataformas donde, por la existencia de las externalidades de red, existe un efecto multiplicador que acentúa los daños causados. Nos explicamos. La plataforma de streaming musical Zep Music contiene principalmente dos

tipos de relaciones o lados (i) con los usuarios; y, (ii) con los artistas que desean que su música sea escuchada en Zep Music. Como veremos, lo que afecte de un lado o relación, afectará al otro, y viceversa; esto es lo que podríamos denominar como “efecto multiplicador”. Al respecto, en el Caso American Express, la Suprema Corte de los Estados Unidos señaló que:

En otras palabras, el valor de los servicios que proporciona una plataforma de dos lados aumenta a medida que aumenta el número de participantes a ambos lados de la plataforma. Una tarjeta de crédito, por ejemplo, es más valiosa para los titulares cuando más comerciantes la aceptan, y es más valiosa para los comerciantes cuando más titulares la utilizan. Subir el precio en el lado A arriesga perder la participación en ese lado, lo que disminuye el valor de la plataforma al lado B. Si los participantes del lado B se van debido a esta pérdida de valor, entonces la plataforma tiene aún menos valor para el lado A, arriesgando un bucle de retroalimentación de la demanda en declive.

51. Con esas ideas, lo anteriormente descrito se ve reflejado en el presente caso. En efecto, el retiro de Dory G de Zep Music implicó la afectación y desvaloración del lado de Zeppelin con los usuarios de la plataforma. Al reducirse la cantidad de artistas, se desvalora el lado de los usuarios pues se reduce la cantidad de artistas que tienen disponibles para escuchar en la aplicación. En particular, como se desprende los Hechos esto se vio reflejado en, un primer momento, por la Pérdida de Usuarios del 5%. Cabe precisar que, como señalaremos más adelante, al haber actuado con dolo, Tapestry responde por todos los daños; esto es, los previsibles e imprevisibles. De igual forma, en caso pueda ser discutible asegurar cuál hubiese sido el número de usuarios en Zep Music, si no se hubiese producido la modificación, debemos señalar que el daño se encuentra acreditado y sustentado en la Pericia de Daños y, de ser el caso, debe ser de aplicación el artículo 1332 del Código Civil.

SOBRE EL NEXO CAUSAL

52. Con relación al nexo causal, al encontrarnos en el marco de la responsabilidad civil contractual, es de aplicación el artículo 1321 del Código Civil que establece que el daño será resarcido en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. En este punto, Señores miembros del Tribunal, no debe interpretarse la literalidad del texto del Código Civil en lo relacionado a lo “directo e inmediato”. En efecto, como señala Torres (2012):

Entre la inejecución o mala ejecución de la obligación y el resultado dañoso, debe existir una relación directa de causalidad, sin que medie ningún otro suceso que fracture dicha relación de causalidad (...) Inmediata es la consecuencia producida, según el curso normal de los hechos con el incumplimiento de la obligación. La inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso es el evento normal y ordinario que desencadena el daño. El incumplimiento de la obligación es la causa adecuada, inmediata, generadora del daño, según el curso normal y habitual, razón por la que el deudor está obligado a responder. (...) La interpretación jurisprudencia de nuestro ordenamiento jurídico debe establecer que se requiere la existencia de una causalidad adecuada entre el incumplimiento del deudor y los daños sufridos por este (pág.940).

53. En ese sentido, sobre la causalidad adecuada, De Trazegnies (señala que es “*la causa, dentro de la universalidad de causas que encarna cada situación, que conduce usualmente al resultado dañino*” (pág. 313). Con esto en mente, la pregunta fundamental para determinar el nexo causal es la siguiente: ¿qué es lo que explica el daño? Y este no puede ser otro que el incremento de los Servicios de Seguridad Carole (que es la materialización del incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe), ya que, con la Carta 6 se gatillan todos los daños causados: (i) la contraprestación del Contrato incrementó y; (ii) por el incremento, Zeppelin no se encontraba en la capacidad de establecer tarifas competitivas similares a las de Tap Music (puesto que de hacerlo, se afectaría la sostenibilidad financiera, de acuerdo al Informe López Economics), generando así la Pérdida de Usuarios.

SOBRE EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN:

54. Nos encontramos ante un caso de dolo. En efecto, la modificación ilegal de Tapestry demuestra que, de manera voluntaria, esta ha decidido incumplir el Contrato. Por ello, Tapestry intencionalmente buscó, pretendió y efectivamente causó el daño a Zeppelin, por lo que, *a fortiori*, actuó con dolo. Señores miembros del Tribunal, al haberse acreditado la antijuridicidad, el daño, el nexo causal y el factor de atribución, Tapestry debe responder por todos los daños y perjuicios ocasionados, más los correspondientes intereses. Esto es, la suma total de \$509 millones más los correspondientes intereses.

Sobre la Primera Pretensión Subordinada

En el supuesto que el Tribunal no ampare nuestra Primera Pretensión Principal, solicitamos que declare **FUNDADA** nuestra Primera Pretensión Subordinada. En ese sentido, solicitamos al Tribunal que declare que la modificación es inaplicable pues vulnera las

normas de libre competencia. En particular, el Tribunal deberá declarar que Tapestry abusó de posición de dominio bajo la modalidad de estrechamiento de márgenes; debiendo indemnizarse los correspondientes daños y perjuicios.

DEL ILÍCITO A LA LIBRE COMPETENCIA

55. A efectos de determinar si Tapestry ha abusado de su posición dominante en la modalidad de estrechamiento de márgenes, es menester que analicemos, de forma previa i) cuál es el mercado pertinente en el que se ha abusado de la posición dominante, y ii) si en este mercado pertinente Tapestry ostenta una posición de dominio. Respecto al mercado pertinente, la Ley de Competencia refiere, en su artículo 2.1.c) que, *“por mercado pertinente se entiende la línea de comercio en la que se ha restringido la competencia y la zona geográfica correspondiente, en cuya definición 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”*. Así, el mercado pertinente hace referencia, según Fernández-Baca (2012), al mercado de producto relevante y al mercado geográfico relevante. A mayores:

El mercado de producto relevante comprende el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ocupadas las fuentes alternativas aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existente (pág. 37).

56. Además del mercado de producto y el mercado geográfico, el artículo 2.1.c) hace una clara alusión al test del monopolista hipotético o test SSNIP (por sus siglas en inglés, “Small but Significant Non-Transitory Increase in Price”), como examen que deberá realizarse a efectos de definir correctamente el mercado pertinente para cada caso concreto. Por otra parte, respecto a la posición de dominio, la Ley de Competencia refiere, en su artículo 2.1.c) que por posición dominante en el mercado *“se entiende la situación en que una persona natural o jurídica está en condiciones de controlar el mercado pertinente para un*

determinado bien o servicio o un determinado grupo de bienes o servicios”. Sobre la posición dominante en el mercado, en palabras de Pérez (2017):

Uno de los indicios más importantes para determinar la existencia de una posición de dominio es el análisis de la cuota de mercado del empresario en relación con la que en el mismo mercado ostentan sus competidores. (...) [A]l lado de las cuotas de mercado (cuya determinación lógicamente depende del mercado relevante que se haya identificado) deben tomarse en cuenta otros criterios como la competencia potencial, el tamaño y recursos técnicos de las empresas, la diversidad de productos que comercializa, las redes de distribución, las posibles vinculaciones con otras empresas, etc. (págs. 179-180)

57. Pues bien, en la siguiente sección i) identificaremos el mercado pertinente (detallando el mercado de producto y geográfico, incluido el test SSNIP al que hicimos alusión), ii) demostraremos que Tapestry ostenta posición de dominio en el mismo, y iii) evidenciaremos que ha abusado de su posición dominante en la modalidad de estrechamiento de márgenes, en perjuicio directo de nuestra representada.

DEL MERCADO PERTINENTE

58. El primer elemento que analizaremos de cara a la determinación del mercado pertinente es el **mercado de producto**. Sostenemos que este, en el caso que nos, atañe **comprende a las aplicaciones que compiten en el mercado de streaming musical general a las que se puede acceder por medio de la plataforma Tap Store: Tap Music y Zep Music**. Como materia previa, consideramos menester que el Tribunal tenga en cuenta la naturaleza de la competencia en este mercado, la cual se encuentra condicionada al hecho de que Tap Store **es una plataforma de propiedad de Tapestry**, en la que esta última determina, a través del aprovisionamiento del Servicio de Seguridad Carole, cuáles empresas permanecen en el mercado, y cuáles no. En otras palabras, no es posible explicar la dinámica de competencia de los productos que compiten en el mercado de streaming musical (la línea de comercio) sin hacer mención al hecho que **Tapestry es la propietaria de un recurso esencial** (Tap Store) necesaria para la existencia de competencia en el mercado downstream o “aguas abajo”, y que esta cobra una tarifa (la contraprestación por el Servicio de Seguridad Carole) por el uso de la misma. Antes de pasar con la caracterización de los productos comprendidos en la línea de comercio, es importante dejar sentado desde ahora que, a efectos de esta controversia, **no debe tenerse en consideración la competencia que Tap**

Music y Zep Music pudieran tener en el mercado de streaming musical dentro de la plataforma Four Play.

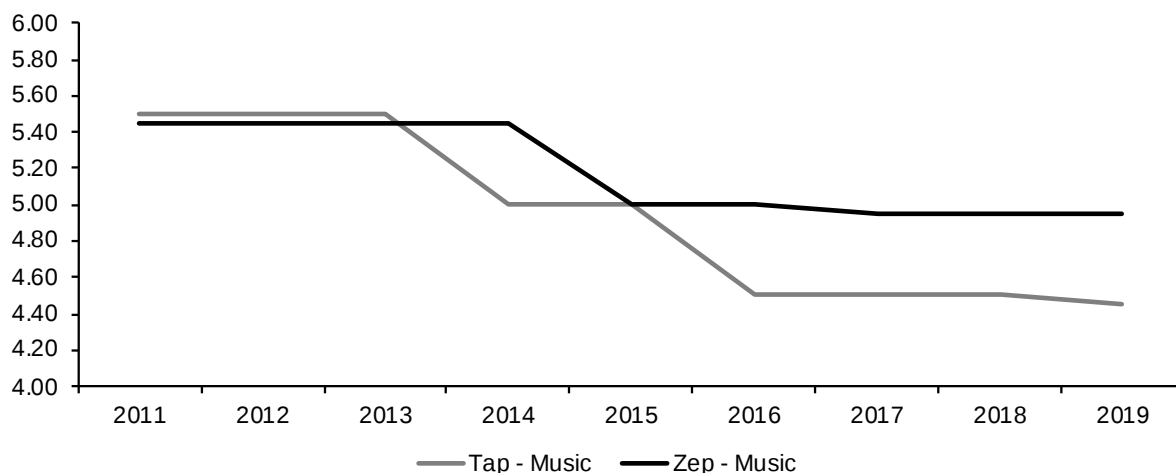
59. Señores miembros del Tribunal, nuestra representada no tiene que Tap Music y Zep Music puedan competir, desde una perspectiva general, en el mercado de streaming musical a través de Tap Store y Four Play. Después de todo, esa podría ser, **en un caso diferente al que nos atañe**, una descripción correcta del mercado de producto pertinente. Sin embargo, debemos alejarnos de esa definición simplista. Ello, en atención a que la competencia de Tap Music y Zep Music es **radicalmente diferente en una y la otra plataforma**. A diferencia de lo que sucede en la competencia entre Tap Music y Zep Music a través de Four Play, en donde ambas empresas son ajenas a quien es el titular de Four Play (TUSA) y de quien brinda el Servicio de Seguridad (Walrus), y en consecuencia no existen incentivos para favorecer a una de ellas en claro detrimento de la otra, **en la competencia de ambos aplicativo a través de Tap Store**, Zep Music depende de Tapestry (titular de Tap Store y de Carole) para poder competir con Tap Music.
60. En efecto, es justamente en atención a que Tapestry es un agente integrado que opera en más de un mercado, y a que es **tanto titular del sistema operativo Carole** (que determina, a través del prestación del Servicio de Seguridad Carole, quién y bajo qué condiciones compiten los productos en Tap Store), **de la plataforma Tap Store y de la aplicación Tap Music** (que “compite” con Zep Music) que afirmamos que la competencia entre las aplicaciones es sustancialmente diferente dependiendo de la plataforma. Negar lo anterior, y suponer que la competencia a través de Four Play y Tap Store es equivalente es una **grave sobre generalización**, que podría incluso llevar a afirmar a Tapestry que esta no tiene una posición de dominio, cuando es evidente que sí la tiene. En este caso, reiteramos, el Tribunal debe analizar el mercado de producto pertinente **acotado por las circunstancias particulares del caso** objeto de controversia.
61. Sobre el particular, este concepto de mercado de producto acotado, o “sub mercado” ha sido ya materia de pronunciamientos jurisdiccionales. A modo ejemplificativo, la Corte de Apelaciones para el Distrito de Columbia de Estados Unidos ha dicho, en el Caso Whole Foods (que hace referencia también al Caso Brown Shoe, de la Corte Suprema de Estados Unidos) que:

Un mercado general puede también contener sub mercados relevantes que en sí mismos “constituyan mercados de producto a efectos de la libre competencia” (...) “Los límites a este sub mercado pueden ser determinados mediante la examinación de indicios prácticos como el reconocimiento del público o de la industria del sub mercado como una entidad económica separada, las características y usos peculiares del producto, instalaciones de producción únicas, diferentes consumidores, diferentes precios, sensibilidad a los cambios en los precios, y productores especializados”.

62. Es justamente este mercado de producto acotado en donde se ha materializado la afectación a la libre competencia, y es el que este Tribunal deberá tener en consideración para analizar la posición dominante de Tapestry, y el acaecimiento de su conducta anticompetitiva. Habiendo dejado en claro lo anterior, pasaremos a la caracterización de nuestro mercado de producto pertinente. Decimos que la línea de comercio en la que se ha restringido la competencia está comprendida solo por los aplicativos Tap Music y Zep Music (acotado a Tap Store) por cuanto i) estas dos aplicaciones tienen características similares o equivalentes, ii) son razonablemente sustituibles, y iii) son las únicas opciones a las que un consumidor podría acudir a corto plazo si ocurriese un incremento no insignificante de los precios. Sobre i), decimos que Tap Music y Zep Music tienen características similares o equivalentes en atención a que:

- a) Ambas son aplicaciones que permiten a los usuarios acceder a distintos catálogos de música de todo tipo, para ser escuchados vía streaming (numerales 14 y 15 de los Hechos).
- b) Ambas compiten en precios (de manera ejemplificativa, el numeral 32 de los Hechos).
- c) Ambas son plataformas, y sus posibilidades tecnológicas son similares.
- d) Ambas solo se encuentran disponibles para su descarga en smartphones, excluyendo su disponibilidad en computadoras u otros aparatos tecnológicos (numeral 1.2 de las Aclaraciones).
- e) Ambas son aplicaciones de paga, y ambas permiten un periodo de prueba gratuito por el mismo plazo (5 días), tras el cual los usuarios se sujetan a una suscripción mensual de la aplicación (numeral 1.3 de las Aclaraciones).
- f) En abstracto, para ambas, el coste de permanencia en el mercado está condicionado al pago de los Servicios de Seguridad, que en este caso brinda Carole, para que puedan ser descargadas de Tap Store (numerales 1.4 y 1.7 de las Aclaraciones).

63. A mayores, esta competencia de precios es evidenciada en el siguiente gráfico, basado en Data del Observatorio Tecnológico de Aquemini:



Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

Elaboración: Propia

64. Merece la pena pronunciarnos acerca de la Pericia Tapestry, la que de manera **sorprendente** afirma que las dos plataformas P-Streaming y Conciertos Live serían competidoras de Tap Music y Zep Music (¿?). **Nada más falso**. Como es fácilmente apreciable no solo de el volumen de usuarios, sino **principalmente de las características de cada aplicación**, resulta a todas luces irrazonable considerar que P-Streaming o Conciertos Live sean competencia efectiva de Tap Music o de Zep Music. Nos explicamos. Respecto a P-Streaming, tenemos que los servicios que brinda son i) el streaming de contenido streaming **de todo tipo**, y ii) el streaming de música **únicamente de artistas independientes que no cuentan con contrato con alguna empresa discográfica**. Por otro lado, respecto a Conciertos Live brinda el servicio de i) streaming de **conciertos en vivo**, y ii) streaming de **canciones tomadas de los conciertos que transmite** (numerales 21 y 22 de la Pericia Tapestry).

65. ¿Son estos servicios substitutivos de los que ofrecen Tap Music y Zep Music? **Ciertamente no**. Si bien podrían considerarse, bajo algunos supuestos, substitutivos **respecto de algunas funciones**, para **consumidores marginales**, lo cierto es que los servicios brindados por P-Streaming y Conciertos Live **no podrían sustituir para la gran mayoría de consumidores los servicios brindados por Tap Music y Zep Music**. Por tanto, estas dos plataformas **no**

forman parte del mercado general de streaming musical, en el que únicamente compiten Tap Music y Zep Music

66. Sobre ii), además de lo señalado anteriormente, decimos que Tap Music y Zep Music son productos razonablemente sustituibles por cuanto, a decir de Varian (2010) “*si la demanda del bien 1 aumenta cuando sube el precio del bien 2, decimos que el bien 1 es sustitutivo del bien 2*” (pág. 114). Utilizando tasas de variación, el bien 1 (Tap Music) es sustitutivo del bien 2 (Zep Music) si:

$$\frac{\Delta x_1}{\Delta p_2} > 0$$

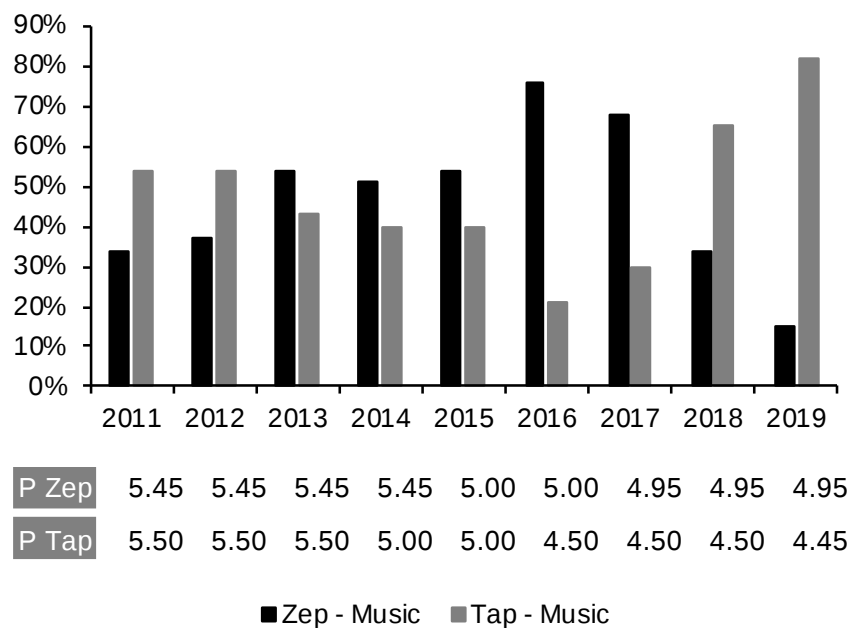
67. Ello se cumple tanto para Tap Music como Zep Music. Veamos

Año	Q (M)		Precio (A\$)		Elasticidad Cruzada	
	qz	qt	pz	pt	qz / pt	qt / pz
2011	5.51	9.92	5.45	5.50		
2012	8.60	9.64	5.45	5.50		
2013	7.66	9.43	5.45	5.50		
2014	6.83	9.12	5.45	5.00	1.2	-
2015	6.00	8.43	5.00	5.00	-	0.9
2016	6.94	7.21	5.00	4.50	1.4	-
2017	6.20	7.96	4.95	4.50	-	9.8
2018	4.33	8.72	4.95	4.50	-	-
2019	2.97	10.23	4.95	4.45	33.3	-

Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

Elaboración: Propia

68. Por último, pero no por ello menos importante, los consumidores o usuarios de Aquemini consideran que Tap Music y Zep Music son bienes sustitutos. Ello se desprende, una vez más, de la Data del Observatorio Tecnológico de Aquemini:



Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

Elaboración: Propia

69. Sobre iii), decimos que Tap Music y Zep Music son las únicas opciones a las que un consumidor podría acudir a corto plazo si ocurriese un incremento no insignificante de los precios por cuanto **son los únicos dos productos que compiten en mercado general de aplicaciones de streaming musical**. Cabe hacer aquí una acotación. Si bien no negamos al Tribunal la posibilidad de entrada de un competidor potencial o “insurgente” al mercado que hemos definido en los numerales anteriores, sostenemos que, **salvo que el insurgente haga inversiones considerables**, este no podría ser considerado competencia efectiva ni de Tap Music ni de Zep Music. Nos explicamos. Tanto Tap Music y Zep Music son, individualmente consideradas, plataformas de streaming musical que unen i) la demanda de los consumidores o usuarios del servicio que brindan, y ii) la demanda de los músicos e intérpretes que desean colocar sus productos en la plataforma. Ambos lados de la plataforma son importantes para la creación del valor agregado característico de este tipo de productos.

70. Como seguramente sabe el Tribunal, este tipo de industrias se caracteriza por contar con “network effects” o externalidades de red, definidas por Khan (2017) como lo que sucede cuando “*la utilidad de un producto se incrementa a medida que otros lo usen*” (pág. 785). De esto se desprende una consecuencia insoslayable: cualquier insurgente, además de sufragar los costes de creación de la plataforma de streaming musical **deberá, a efectos de**

ser considerado competencia de Tap Music y Zep Music, sufragar los costes derivados de la creación de su propia “red”. A esto se refiere Economides (2018) cuando dice que en este tipo de mercados hay bajos costes de entrada, pero altos costes de permanencia y de obtención de cuota de mercado. Cualquier nueva empresa que intente competir con Tap Music y Zep Music estará condicionada a que ya existen dos empresas que brindan el servicio de streaming musical, con un ecosistema o red propia, y a que existe un número limitado de consumidores o usuarios en este mercado. Por tanto, solo Tap Music y Zep Music deberán ser considerados, a efectos del análisis que efectúe el Tribunal, como las únicas competidoras.

71. Además, con cargo a detallar este punto cuando demostremos los daños y perjuicios que Tapestry ha irrogado a nuestra representada con su conducta anticompetitiva, dejamos constancia de que esta condición de plataforma de Zep Music hace que, por efecto de las externalidades de red, exista un **“efecto multiplicador”** relacionado a la afectación jurídica de Zeppelin, por los efectos que dicha conducta tuvo en nuestra red de usuarios. Habiendo aclarado ello, corresponde que se efectúe el test SSNIP al que hace alusión la Ley de Competencia. Para ello, consideraremos qué sucedería si un “monopolista hipotético” pudiera implementar de manera redituable un incremento de precios de 5% por un año. Así, respecto a Tap Music y Zep Music, tenemos que **–al no haber sustitutos en el mercado de streaming de música general.**

72. Con esto, demostramos que, no habiendo otros productos a los que los consumidores puedan migrar en el corto plazo, Tap Music y Zep Music son las únicas dos empresas relevantes a efectos de la determinación del mercado pertinente de producto. Por último, no pretendemos negar que existen ciertas características **accesorias** diferenciadoras de Tap Music y Zep Music. Sin embargo, como se ha puesto en evidencia, estas no son lo suficientemente relevantes como para alterar el análisis que nuestra representada ha efectuado (numeral 18 de los Hechos). Habiendo determinado el mercado pertinente de producto, queda pendiente únicamente la determinación del mercado pertinente geográfico. El mercado geográfico en el caso que nos atañe comprende a Aquemini. Ello, por cuanto tanto Tap Music como Zep Music compiten en dicha zona geográfica, siendo sus usuarios ciudadanos de Aquemini con acceso a un smartphone.

DE LA POSICIÓN DOMINANTE

73. La Ley de Competencia establece que la posición dominante es una situación en la que una persona natural o jurídica esta “*en condiciones de controlar el mercado pertinente para un determinado bien o servicio o un determinado grupo de bienes o servicios*”. Con miras en el mercado pertinente y su desarrollo esbozado por nuestra representada, sostenemos que **Tapestry está en condiciones de controlar el mercado de aplicaciones de streaming musical acotado**, por cuanto esta ostenta el **monopolio absoluto** del Sistema Operativo Carole y de Tap Store, elementos necesarios para permitir la competencia de Tap Music y Zep Music aguas abajo.
74. Debemos recordar que, a decir de Falla y Drago (2012) “*la idea central para determinar si un agente cuenta con posición de dominio es evaluar en el mercado su poder para determinar el precio*” (pág. 170). En el presente caso, Tapestry ostenta (y ejerce) ese poder de manera efectiva. Nos explicamos. Conforme hemos venido argumentando, para que Zep Music (Zeppelin) pueda competir con Tap Music (Tapestry) en el mercado pertinente, es **imprescindible** que esta aplicación se encuentre disponible en la plataforma Tap Store (Tapestry) y que sufrague el costo por el aprovisionamiento del Servicio de Seguridad Carole (Tapestry).
75. En otras palabras, Zep Music depende de Tapestry para competir en el mercado pertinente, a la vez que compete con un aplicativo de propiedad de la última. Ello comporta que Tapestry tenga la **capacidad** para controlar la línea de comercio, por cuanto de esta depende no solo la existencia de competencia, **sino también el coste que Zep Music debe sufragar a efectos de “poder” competir con Tap Music**. En efecto, en tanto el pago por los Servicios de Seguridad Carole supone el coste que Zep Music debe efectuar a efectos de que no se le retire de la plataforma Tap Store, y a que Tapestry incluyó la posibilidad de modificar este pago unilateralmente, resulta a todas luces evidente que Zep Music **depende de Tapestry para competir con Tapestry**, y que esta empresa ostenta las condiciones necesarias para alterar significativamente la estructura de costes de los productos o empresas que compitan con ella en la línea de comercio. Sobre la posición de dominio, en el Asunto United Brands, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea estableció que:

La posición dominante a la que se refiere el artículo 86 es la posición de poder económico de una **empresa** que le permite **obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia**, al darle la posibilidad de actuar en buena medida

independientemente de sus competidores, de sus clientes y en definitiva de los consumidores (el énfasis es agregado).

76. Merece la atención de este pronunciamiento que, además de la posibilidad de determinación del precio en el mercado pertinente, la posición dominante puede comprenderse de forma más amplia como la posibilidad de “*obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia*”, al ostentar el agente la **posibilidad** de actuar con independencia de su competencia. A mayor abundamiento, el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea refirió, en el Asunto Hoffmann-La Roche que:

[E]l hecho de que haya competencia, incluso fuerte, en un mercado dado **no excluye la posibilidad de una posición dominante en ese mismo mercado, ya que dicha posición se caracteriza esencialmente por la capacidad de actuar sin necesidad de tener en cuenta, en su estrategia de mercado, esa competencia y sin sufrir, no obstante los efectos perjudiciales de esa actitud** (el énfasis es agregado).

77. Aquí también es menester mencionar que, como seguramente sabe este Tribunal, **que el hecho que exista competencia no existe la posibilidad de una posición de dominio** (por cuanto no estamos hablando de un monopolio puro). Lo esencial (que se cumple para Tapestry en el caso concreto) es que la empresa dominante **puede** actuar sin necesidad de tener en cuenta a su competencia, **sin sufrir los efectos perjudiciales de aquella actitud**. A diferencia de lo que puede hacer Tapestry en tanto empresa dominante, una empresa que no ostente posición de dominio **no puede no tomar en consideración a sus competidores** sin sufrir los efectos negativos de tal decisión. En cualquier caso, como adelantáramos, Tapestry puede inclusive controlar los precios del mercado pertinente. El motivo fundamental de ello es que esta empresa **ostenta al menos un recurso esencial en el mercado aguas arriba al mercado pertinente**, que determina i) **quiénes pueden competir en el mercado pertinente** y ii) **cuál es el coste de competir en el mismo**.

78. Tapestry es titular exclusiva tanto del sistema operativo Carole, como de la plataforma Tap Store. Para que una empresa compita con Tapestry en el mercado pertinente, **necesariamente** deberá (además de negociar con Tapestry el acceso a su plataforma Tap Store) pagarle a Tapestry una suma de dinero por aprovisionamiento del Servicio de Seguridad Carole. Sin esto, competir en la línea de comercio es **imposible**. Recordemos que, en palabras de Krugman y Wells (2015) una empresa que “*controla un recurso o un factor productivo esencial para una industria*” se encuentra en posibilidad de controlarla

(pág. 377). Adicionalmente, Case y Fair (2008) son enfáticos en que “*si la producción exige un insumo particular, y una empresa es dueña del suministro total de ese insumo, dicha empresa controlará la industria*” (pág. 274) (el énfasis es agregado).

79. Señores miembros del Tribunal, esto es lo que está sucediendo en el caso que nos atañe. Es únicamente entendiendo la calidad de agente integrado de Tapestry, titular de un recurso esencial, que podemos entender cómo influye en el mercado pertinente y (lo que trataremos en breves) **cómo fue que abusó de esta posición dominante**. Para demostrar de manera más clara la posición de dominio que ostenta Tapestry, podemos recurrir a indicadores de nivel de concentración del mercado, siendo el más representativo de ellos el índice Herfindahl Hirschman. Adelantamos que, en tanto Tapestry **ostenta el control absoluto (es el titular exclusivo) del sistema Operativo Carole y de la plataforma Tap Store**, carece de objeto analizar la concentración de estos dos mercados aguas arriba de la línea de comercio. Nos enfocaremos por tanto en el análisis en el mercado pertinente acotado, en el que compiten Tap Music (Tapestry) y Zep Music (Zeppelin).

80. Como materia previa al empleo de estos indicadores, corresponde determinar cuál es la cuota individual de mercado de cada uno de los competidores del mercado pertinente. Con base en la Data del Observatorio Tecnológico de Aquemini, las cuotas de mercado pertinente para Tap - Music y Zep - Music son:

Año	Market Share	
	Zep - Music	Tap - Music
2011	36%	64%
2012	47%	53%
2013	45%	55%
2014	43%	57%
2015	42%	58%
2016	49%	51%
2017	44%	56%
2018	33%	67%
2019	23%	78%

Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

Elaboración: Propia

81. Esto no hace más que evidenciar que **Tapestry no solo ostenta posición de dominio en los mercados aguas arribas de la línea de comercio**, sino que también ostenta posición de dominio **en el mercado pertinente**. Cabe resaltar que la aproximación realizada por nuestra representada está teniendo en consideración la competencia de Tapestry y Zeppelin en el mercado pertinente general (**en contraposición al acotado, que es el que este Tribunal deberá analizar**). Ello, por cuanto nos basamos en la Data del Observatorio Tecnológico de Aquemini (que es la única información pública que se encuentra disponible sobre el particular). No obstante, resulta sumamente sugerente que, **inclusive en el supuesto negado bajo el que se considere como mercado pertinente al mercado general, se puede apreciar que Tapestry ostenta una posición dominante en el mismo**. Esto presupone que el poder de mercado y la posición dominante en el mercado de referencia acotado **debería ser sustancialmente mayor al aquí esbozado**.

82. Respecto al índice Herfindahl Hirschman o índice HHI, Zurita (2014) menciona que es “*la medida de concentración más conocida y usada (...) Captura datos del totas de entidades del mercado al ser igual a la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de todas las entidades*” (pág. 22). El índice HHI toma un valor máximo de 10,000 para el caso de un monopolio, y según Krugman y Wells (2015) “*por encima de 2,500 muestra un oligopolio*” o un mercado altamente concentrado (pág. 409). Podemos expresar este indicador de la siguiente forma:

$$HHI = \sum_{i=1}^k S_i^2$$

83. Para el caso concreto del mercado pertinente, este ratio pasa de 5103 en el año 2015 a 6513 en el año 2019.

	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
HHI	5408	5016	5054	5103	5142	5002	5077	5566	6513

Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

Elaboración: Propia

84. Esto evidencia que el mercado en el que Tapestry ejerce su posición de dominio es uno altamente concentrado, en donde, por el actuar ilícito de esta, Zeppelin perdió una **significativa cantidad de porcentaje de participación**. Habiendo observado que el mercado en el que Tapestry ejerce su posición de dominio es uno altamente concentrado, en el que ostenta el 78% del mismo (además de ostentar **la titularidad exclusiva de factores esenciales para la competencia**), queda únicamente pendiente hacer mención específica al poder de mercado de este agente integrado. Al respecto, nuevamente Case y Fair (2008) refieren que en:

Un mercado o una industria, en el que cada empresa tiene cierto control sobre el precio de su producto, es **imperfectamente competitivo**. Todas las empresas de un mercado imperfectamente competitivo tienen algo en común: **ejercen poder de mercado**, es decir la capacidad de elevar el precio sin perder toda la cantidad demandada de su producto. La competencia imperfecta y el poder de mercado **son causas importantes de ineficiencia** (pág. 271) (el énfasis es agregado).

85. Si bien es normal que en mercados que no son perfectamente competitivos existan precios por encima del coste marginal, esta situación se agrava a medida que hay menos competidores en la línea de comercio, porque de quedarse un solo “competidor”, este tendrá **claros incentivos para cobrar precios monopolícos**, disminuir la producción o la calidad. Esto demuestra el poder de mercado que ostenta Tapestry; poder que se ha visto **injustificadamente incrementado por el abuso de su posición dominante**, poder que, de no actuar este Tribunal, llevará inexorablemente a que el mercado de referencia se convierta en un monopolio (con altos costes de permanencia y obtención de cuota de mercado, en atención a su característica de plataforma sujeta a externalidades de red).

86. En los siguientes numerales, habiendo desarrollado ya el mercado pertinente y habiendo demostrado la posición de dominio de Tapestry, **nos avocaremos a demostrar el abuso de su posición dominante en la modalidad de estrechamiento de márgenes**.

DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE

87. De acuerdo a Bullard (1997), “una práctica abusiva es aquella que no sería posible en condiciones de competencia normal, en la que los competidores son tomadores de precios y condiciones del mercado, y que la empresa con posición de dominio desarrolla para

reducir o evitar el incremento de la competencia existente (el énfasis es agregado) (pág. 73)”. Así pues, la Ley de Competencia establece expresamente que las conductas que atenten contra la libre competencia se encuentran prohibidas. Así pues, el numeral 1 de su artículo 8 señala la “*Prohibición de los actos o conductas constitutivos de abuso de una posición dominante en el mercado. Son considerados actos o conductas abusivos: (...) b) La fijación discriminatoria (es decir, injustificadamente diferenciada) de los precios o de las modalidades o condiciones para el suministro o la compra de bienes o servicios* (el énfasis es agregado)”.

88. En dicho orden de ideas, tanto la doctrina como la normativa califican de anticompetitivo el empleo de una posición dominante en el mercado para fijar precios, modalidades o condiciones en el suministro de bienes con carácter discriminatorio. Así las cosas, conforme hemos sostenido a lo largo del presente escrito, la conducta de Tapestry resulta contraria a la competencia, conforme demostraremos en los siguientes párrafos. A mayor abundamiento, en el Asunto Michelin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló que el abuso de una posición dominante posee dos vertientes; a saber i) un mercado con competencia debilitada dada la existencia de una empresa dominante; y, ii) que dicha empresa realice conductas que limiten la existencia o el desarrollo de competencia.

89. Respecto al primer elemento, conforme hemos expuesto en los apartados anteriores, Tapestry ostenta una posición de dominio tanto en el mercado “aguas arriba” como en el mercado “aguas abajo”; por lo cual, la primera característica es satisfecha. Sin perjuicio de ello, la misma sentencia indica que:

[L]a acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, suponiendo tan solo que incumbe a esta, independientemente de las causas que expliquen dicha posición, una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común (pág. 922, énfasis agregado)”.

90. Así pues, la “responsabilidad especial” a la que se hace referencia es el no impedir el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada. Asimismo, conforme se señala en el asunto Telefónica, la competencia “no falseada” solo será posible cuando haya igualdad de oportunidades en el mercado minorista entre los competidores al menos igual de eficientes. Así las cosas, cabe cuestionarnos ¿Cómo podría mediar una competencia efectiva sí, para

permanecer en el mercado, Zep Music debe pagar una contraprestación excesivamente elevada que, además, no aceptó al momento de suscribir el contrato? ¿cómo podría existir igualdad de oportunidades si, lejos de permitir el desarrollo de la competencia en el mercado, Tapestry se empeña en restringirla?

91. Sobre el particular, es evidente que esta responsabilidad especial a cargo de Tapestry fue **incumplida**; en tanto, su comportamiento, más allá de permitir una competencia efectiva y real, la limita y distorsiona a costa de los competidores y los usuarios finales, conforme exponremos en los siguientes párrafos. Adicionalmente, en el Asunto Telefónica se señala que esto no será posible *“si, por una parte, los precios de los productos mayoristas (...) pagados por los operadores alternativos a Telefónica pueden repercutirse en los precios de sus productos minoristas y si, por otra, los operadores alternativos, en vista de los precios de los productos mayoristas nacional y regional de Telefónica, sólo pueden ofrecer dichos productos incurriendo en pérdidas”* (el énfasis es agregado).

92. En dicho orden de ideas, la modificación en la forma de cálculo del volumen de usuarios mediante la cual se determinaba la tarifa repercutió severamente en los precios de Zep Music, ya que, con cargo a regresar sobre este punto, Tapestry no se conformó con reducir el margen de ganancias de nuestra representada hasta un nivel casi insostenible, sino que, además, redujo los precios de acceso a su plataforma de tal manera que nos fue imposible competir sin afectar la sostenibilidad financiera a futuro de nuestra empresa. Sin perjuicio de que la conducta descrita contraviene claramente la normativa del sector y, de acuerdo a la jurisprudencia y la doctrina es a todas luces abusiva, las peculiaridades en la misma nos llevan a delimitarla con mayor precisión. Esta clase de conducta ha sido definida en la Sentencia del asunto Deutsche Telekom, en la cual el Tribunal de Justicia empleó la definición establecida por la Comisión Europea, la cual señala que:

Se habla de compresión de márgenes [...] cuando el conjunto de las tarifas mensuales y fijas pagaderas a [la recurrente] en concepto de acceso mayorista [al bucle local] obliga a los competidores a facturar a sus clientes finales unos precios superiores a los que [la recurrente] cobra a sus propios clientes finales por los mismos servicios. Si las tarifas mayoristas [de acceso al bucle local] son superiores a las tarifas minoristas [por los servicios de acceso para abonados], los competidores de [la recurrente] en ningún caso pueden realizar beneficios, aunque sean igual de eficientes que [la recurrente], puesto que además de las tarifas mayoristas [de acceso al bucle local] tienen que soportar otros costes adicionales en concepto de marketing, facturación, cobro, etc. (el énfasis es agregado).

93. Sobre el particular, como ya hemos mencionado, cuando Tapestry modificó injustificadamente el esquema tarifario por el empleo del Sistema de Seguridad Carole, generó un incremento significativo en los precios que nuestra representada debía pagar a la demandada; lo cual, a su vez, representó de manera implícita un aumento en los precios ofrecidos al público. Sin perjuicio de ello, en el Asunto Telia Sonera se señala que, para determinar la existencia del fenómeno antes descrito, es necesario que en la conducta de la demandada concurren tres circunstancias: i) Intensión de privar al comprador de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento, o al menos limitar dicha posibilidad; ii) Impedir que sus competidores puedan acceder al mercado; y, iii) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva o reforzar su posición dominante mediante la distorsión de la competencia. Por tanto, en los siguientes párrafos demostraremos la concurrencia de dichas circunstancias para acreditar fehacientemente el abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes.

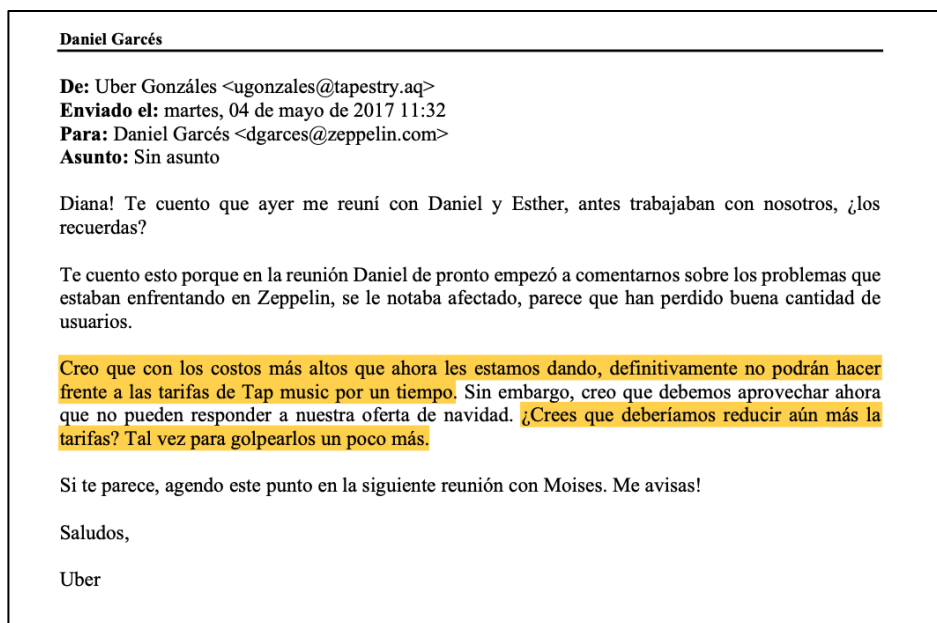
Sobre la intención de Tapestry

94. De acuerdo al criterio empleado, es necesario que medie una intención de privar a los consumidores de la posibilidad de elegir qué proveedor suministrará el bien o producto deseados. Sobre el particular, como expusimos en apartados anteriores, las plataformas de streaming musical unen la demanda de: i) los consumidores o usuarios; y, ii) los músicos e intérpretes. Así pues, esta doble demanda generó incentivos a la demandada de abusar de su posición de dominio. Al respecto, teniendo en cuenta que el mercado está acotado únicamente a dos competidores entre los cuales mediaba una fuerte y agresiva competencia, lo cual demuestra que eran igual de eficientes, resulta evidente que el único beneficiado de la expulsión de Zep Music del mercado sería Tap Music y, por ende, Tapestry.

95. Sobre el particular, de acuerdo al Asunto Michelin, la elección de fuentes de abastecimiento debe darse *“libremente y en función de la situación del mercado, la oferta más favorable entre las que les hagan los diferentes competidores”*. Al respecto, deberá entenderse por *“situación del mercado”* la competencia efectiva desarrollada únicamente en función a oferta y demanda. En dicho orden de ideas, la conducta anticompetitiva de Tapestry limita

dicha elección; en tanto, la elección de los consumidores se realizaría en el marco de un mercado que ha sido manipulado por la demandada en pro de sus intereses particulares.

96. Adicionalmente, en el supuesto de que Tapestry lograra expulsarnos del mercado acotado, se vería beneficiado por ambas demandas; además de establecerse un monopolio, lo cual representaría una total privación a los usuarios de la posibilidad de elegir sus fuentes de abastecimiento. Por otra parte, como si ello no fuera suficiente para demostrar la intención de Tapestry, recibimos un correo electrónico de parte de un trabajador de la demandada, dirigido a otro miembro de la empresa, en el cual se aseguraba que la modificación al esquema tarifario, más allá de obedecer una simple actualización como Tapestry ha sostenido sistemáticamente, se habría realizado con la intención de expulsarnos del mercado, conforme puede apreciarse en la siguiente captura de pantalla:



97. Como puede apreciarse en el fragmento, el trabajador de Tapestry indica que “*Con los costos más altos que ahora les estamos dando, definitivamente no podrán hacer frente a las tarifas de Tap Music*”. Evidenciando así una clara intención de excluir a Zep Music del mercado acotado, conducta que debe ser calificada como abuso de posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes. Así pues, queda demostrado que Tapestry actuó motivada por los beneficios que obtendría de lograr expulsarnos del mercado, lo cual nos lleva a una conclusión insoslayable: la demandada buscó favorecerse económicamente y con ello, consecuentemente, privar a sus consumidores de la posibilidad de elegir libremente con qué proveedor desean contratar.

Sobre el impedimento de acceso al mercado

98. Ha quedado acreditado que Tapestry es titular de un recurso necesario para la provisión del servicio de streaming musical: Tap Store. En dicho orden de ideas, cualquier insurgente que desee incursionar en el mercado acotado, se verá obligado a negociar con Tapestry para tener acceso a dicha facilidad. Conforme hemos expuesto sistemáticamente en el presente escrito, la demandada modificó unilateralmente el contrato suscrito para la provisión de la facilidad antes mencionada. Dicha modificación la modificación versó sobre la forma de calcular la contraprestación que Zep Music pagaría por el empleo del Sistema de Seguridad “Carole”, elevando considerablemente el monto de dicha tarifa.
99. Sobre el particular, nos encontramos ante una barrera de acceso “estratégica”. Al respecto, la conducta de Tapestry representa un impedimento de ingreso al mercado hacia cualquier competidor potencial que deseara acceder, puesto que la posible expulsión de Zep Music, la cual indiscutiblemente es la única empresa que ha podido competir efectivamente con la demanda, es un incentivo muy fuerte para que las empresas busquen incursionar en otros mercados. Sin perjuicio de ello, en el supuesto de que esto no disuadiera a las empresas, su altísima cuota de mercado y sus excesivos precios de acceso al servicio mayorista, hacen inviable cualquier clase de inversión.
100. En dicho orden de ideas, la conducta le representa a la demandada un supuesto de “ganar-ganar”, ya que, de una u otra forma, al ponderar sus ganancias y pérdidas, estaría maximizando el beneficio económico percibido. Ello puesto que, por una parte, expulsa al mayor competidor que ha tenido a lo largo de su trayectoria en el mercado de streaming musical; y, al mismo tiempo, impide el acceso de competidores potenciales, puesto que a estos les resultaría imposible afrontar los costos de acceso al mercado sin incurrir en grandes pérdidas.

Sobre las condiciones desiguales para prestaciones equivalentes

101. El criterio empleado posee exige que se establezcan condiciones desiguales para prestaciones equivalentes con la finalidad de generar una desventaja competitiva o reforzar la posición de la empresa dominante en el mercado. Así las cosas, conforme hemos demostrado en párrafos anteriores, las aplicaciones analizadas son bienes sustitutos. Ello en

tanto el resultado de la elasticidad precio cruzada lo demuestra y los consumidores del mercado de Aquemini así los consideran.

102. Sobre el particular debemos recordar que la jurisprudencia del Tribunal exige que, en el mercado relevante, medie la igualdad de oportunidades entre los competidores. Al respecto, en el Asunto Deutsche Telekom se señala que solo existirá igualdad de oportunidades si un operador propietario de un recurso esencial fija los precios de acceso a dicho recurso a un nivel tal que coloque a los competidores en pie de igualdad para la prestación del servicio; en otras palabras, solo existirá igualdad de oportunidades si la empresa dominante cobra como tarifa de acceso lo que realmente le cuesta brindarlo.

103. En dicho orden de ideas, si bien ha quedado acreditado que los bienes son sustitutos, resulta evidente que no poseen condiciones paritarias. Teniendo en consideración que Tapestry es una compañía verticalmente integrada, titular de Carole, la Tap Store y Tap Music, todo gasto de acceso en el que incurra Tap Music para brindar el servicio de streaming musical se traducirá en ganancia para la Tap Store y, por tanto, para Tapestry. Así las cosas, el incremento en las tarifas de acceso al recurso esencial no le afectan. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que Zep Music no es una plataforma creada en el marco de una compañía ya consolidada en el mercado ni con el respaldo financiero que ello implica. Por tanto, sus tarifas y su permanencia en el mercado claramente se verían afectadas por un incremento significativo en los precios de acceso al recurso esencial. Entonces, a la luz de dichas consideraciones, cabe cuestionarnos ¿Qué se entiende por condiciones desiguales? La respuesta es muy simple: cobrar precios excesivamente elevados que ni siquiera la propia demandada podría pagar para mantenerse en el mercado si no fuera titular del recurso esencial. Por ello, el comportamiento de Tapestry coloca intencionalmente a Zep Music en una condición claramente no paritaria.

104. Así pues, en concordancia con los criterios previamente analizados, el comportamiento de Tapestry le generó una ventaja indebida en detrimento de Zep Music, distorsionando el mercado y reforzando su posición de dominio. Habiendo quedado demostrada la concurrencia de las tres circunstancias determinantes en el estrechamiento de márgenes, dedicaremos los siguientes párrafos a justificar la existencia de este fenómeno mediante un modelo económico, a saber: el modelo de ciudad lineal de Hotelling, basado en competencia de precios.

Modelo de hotelling

105. Dada la información extraída del Observatorio Tecnológico de Aquemini acerca de las tarifas vigentes y cantidad de usuarios por aplicativo, adaptamos el modelo de la ciudad lineal de Hotelling, basado en competencia de precios, a este caso para corroborar la ocurrencia de un *margin squeeze*. Los datos explicitados en la siguiente tabla permiten construir una función de utilidad para cada aplicativo, expresada en función de sus precios.

Año	Q (M)		Precio (A\$)	
	qz	qt	pz	pt
2011	5.51	9.92	5.45	5.50
2012	8.60	9.64	5.45	5.50
2013	7.66	9.43	5.45	5.50
2014	6.83	9.12	5.45	5.00
2015	6.00	8.43	5.00	5.00
2016	6.94	7.21	5.00	4.50
2017	6.20	7.96	4.95	4.50
2018	4.33	8.72	4.95	4.50
2019	2.97	10.23	4.95	4.45

Además, asumimos un costo marginal igual a cero ($C_{Mg} = 0$) (Holzweber, 2018).

106. Las funciones de demanda son las siguientes:

$$qz = 4.5 - pz + pt + t \dots (1)$$

$$qt = 5.5 - pt + pz + (1-t) \dots (2)$$

Donde qz es igual a la cantidad demandada de Zep – Music y qt a la de Tap – Music. pz y pt hacen referencia a los precios de Zep – Music y Tap – Music, respectivamente.

La variable t es igual a un número entre 0 y 1 que representa el costo en el que incurre el consumidor de moverse entre aplicativos (migración de usuarios). Este cálculo proviene de la misma diferencia de precios dado que es un proxy del costo monetario de migrar de un aplicativo a otro.

107. Es así como las funciones de utilidad se expresan como:

$$U_z(p_z, p_t) = q_z * [p_z - cmg] = [4.5 + (p_t - p_z) + t] * p_z \dots (4)$$

$$U_t(p_z, p_t) = q_t * [p_t - cmg] = [5.5 - (p_t - p_z) + (1-t)] * p_t \dots (5)$$

Las condiciones de primer orden de estas funciones se expresan como $p_z = (4.5 + p_t + t) / 2$ y $p_t = (5.5 + p_z + 1 - t) / 2$, para Zep – Music y Tap – Music respectivamente. Estas son las expresiones con las que se obtendrán las curvas de reacción entre ambos precios que se detallan más adelante.

108. Dividimos el análisis en dos fases. La primera comprende el periodo de 2011 – 2015 y la segunda el periodo de 2016 – 2019. En la primera fase los aplicativos se encuentran en los extremos de la ciudad lineal. El costo t se aproxima a cero por lo que las empresas se reparten el mercado casi equitativamente (45,55). Esto se comprueba en la tabla siguiente:

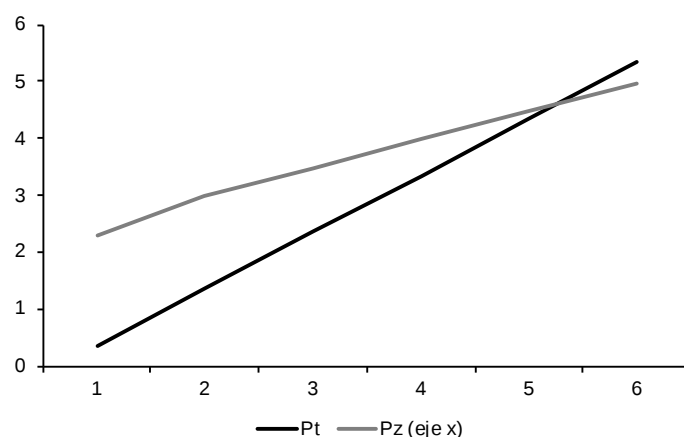
Año	Market Share	
	Zep - Music	Tap - Music
2011	36%	64%
2012	47%	53%
2013	45%	55%
2014	43%	57%
2015	42%	58%

Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

Elaboración: Propia

109. Dadas las curvas de reacción para este periodo explicitadas en el siguiente gráfico se obtiene un precio de equilibrio de 5.30 A\$.

Gráfico N x. Curvas de Reacción 2011 – 2015



Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

Elaboración: Propia

110. En la segunda fase, la cual evalúa el periodo 2016 – 2019, ocurre un desplazamiento de Tap Music a la mitad de la ciudad lineal. Es así como esta aplicación llega a absorber el 75% del mercado aproximadamente. Esto se confirma en la tabla siguiente:

Tabla N X. Cuotas de Mercado 2016 – 2019

Año	Market Share	
	Zep - Music	Tap - Music
2016	49%	51%
2017	44%	56%
2018	33%	67%
2019	23%	78%

Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

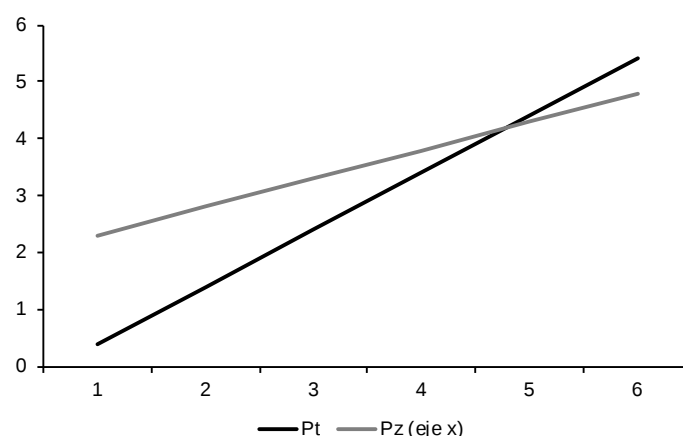
Elaboración: Propia

Lo que involucra este desplazamiento es la existencia del costo t , el cual hemos asumido como 0.5 ($t = 0.5$), dado que es, en promedio, lo que varían los precios de los aplicativos.

Así es que se refleja una mayor concentración de mercado para Tap – Music. Los usuarios están migrando a su aplicación dado sus menores precios. Los clientes se encuentran a gusto en Tap – Music pues los costos de moverse a Zep – Music son cada vez más altos. Es así que la cantidad demandada del aplicativo Zep – Music disminuye.

111. Dadas las curvas de reacción para este periodo explicitadas en el siguiente gráfico, se visualiza que el precio de equilibrio disminuye a 4.5 A\$. Esto ocurre porque la curva de Pt se desplaza hacia la derecha, mientras la de Pz se mantiene constante.

Gráfico N x. Curvas de Reacción 2016 – 2019



Fuente: Observatorio Tecnológico de Aquemini

Elaboración: Propia

112. Dada esta situación es que el equilibrio de los precios se ve desplazado hacia abajo, de 5.2 en la primera fase a 4.5 en la segunda. Lo cual beneficia a Tap – Music pues hace posible pasar de una cuota de mercado inicial de 55% en promedio a una de 75% aproximadamente al final del periodo de análisis.

Tabla N X. Relación entre Cantidades, Precios y Cuotas de Mercados.

Año	Q (M)		Precio (A\$)		Market Share	
	qz	qt	pz	pt	Zep - Music	Tap - Music
2011	5.51	9.92	5.45	5.50	36%	64%
2012	8.60	9.64	5.45	5.50	47%	53%
2013	7.66	9.43	5.45	5.50	45%	55%
2014	6.83	9.12	5.45	5.00	43%	57%
2015	6.00	8.43	5.00	5.00	42%	58%
2016	6.94	7.21	5.00	4.50	49%	51%
2017	6.20	7.96	4.95	4.50	44%	56%
2018	4.33	8.72	4.95	4.50	33%	67%
2019	2.97	10.23	4.95	4.45	23%	78%

113. En conclusión, hemos demostrado como Tapestry, la empresa integrada, es capaz de rebajar sus precios, mientras Zeppelin no puede seguirla por no contar con esa estructura. Existe una interacción estratégica entre las empresas/marcas de Tapestry, que son las que controlan el mercado, para que la empresa con la cual compite aguas abajo no pueda seguir más en su juego y tienda a salir del mercado en el mediano plazo.

La modificación de Tapestry es inaplicable pues contraviene normas imperativas

114. Señores miembros del Tribunal, la modificación realizada por Tapestry por medio de la Carta 6 es ineficaz, puesto que vulnera normas imperativas de la libre competencia. Por ello, la modificación debe ser nula. En efecto, la confirmación de la modificación contractual por parte del Tribunal genera dos verdades ineludibles: (i) la modificación tendría la apariencia de ser un contrato modificativo; y (ii) la modificación sería nula pues contraviene a la Ley de Competencia.

115. Como establece el artículo 1351 del Código Civil, el Contrato se modifica por acuerdo entre las partes. Por medio del *ius variandi* se crea un contrato modificativo. Así, la voluntad declarada de manera anticipada se encuentra con la voluntad de gatillar el *ius variandi*, celebrando así, un acto jurídico. No se necesita el consentimiento de una de las partes, pues esta ya ha sido otorgada de manera anticipada.

116. En el presente caso, por medio de la Carta 6, Tapestry y Zeppelin han celebrado un contrato modificativo, modificando el Contrato en los términos señalados en la Carta 6. Sin embargo, a toda luz, dicho contrato modificativo es ineficaz. En efecto, como señalan el artículo 1354 del Código Civil, el artículo 219 inciso 8 y el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, los contratos son nulos si atentan contra normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. A mayores, la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el V Pleno Casatorio en lo Civil, señaló que:

En ese sentido “(...) Se define el acto nulo como aquel que carece de algún elemento, presupuesto o requisito, o como aquel cuyo contenido es ilícito por atentar contra los principios de orden público, las buenas costumbres, o una o varias normas imperativas (...)”

117. De igual forma, en la Casación. No. 3418-2000 Ica de la República del Perú se indica que:
- “(…)”son normas legales (leyes en sentido lato) imperativas aquellas que se imponen a la voluntad de las partes, de tal manera que deben ser necesariamente acatadas por los particulares, lo cual excluye, desde luego, la posibilidad de pacto en contrario o en sentido distinto.
118. En el caso en concreto, tenemos que la norma infringida de la Ley de Competencia, constituye una norma imperativa dado que es de obligatorio e ineludible cumplimiento; siendo además que esta se encuentra dentro del marco del orden publico económico y social. En efecto, el ordenamiento jurídico de Aquemini repulsa dichos comportamientos y sanciona el abuso de posición dominante.
119. En ese sentido, Señores miembros del Tribunal, la sanción jurídica no es otra que la nulidad, la cual, según Ortega (2014), *“significa entonces que el negocio jurídico (existente) es finalmente ineficaz, esto es, que no desplegó ni podrá desplegar efecto jurídico alguno porque al ordenamiento le repugna su celebración”* (pág. 92); restaurando así un equilibrio en la fuerza.

Tapestry debe indemnizar a Zeppelin por todos los daños y perjuicios

120. El artículo 21 de la Ley de Competencia, establece que *“Toda persona, o grupo de personas, que haya sufrido daños como consecuencia de conductas anticompetitivas, 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”*.
121. Como pasaremos a desarrollar, la conducta anticompetitiva de Zeppelin consistente en **el abuso de su posición dominante en la modalidad de estrechamiento de márgenes ha generado que Zeppelin: (i)** incurra en mayores gastos por el pago de los Servicios; y (ii) haya perdido usuarios en su aplicativo Zep-Music.
122. Sobre el particular conviene analizar que si bien existe una relación contractual entre Zeppelin y Tap Music nos encontramos frente a una responsabilidad civil extracontractual. En efecto, el daño causado proviene de la infracción a la normativa de la Ley de Competencia. Así las cosas, la fuente de la obligación de resarcimiento proviene de la ley.

Como explica X: “si el sujeto perjudicado alega la infracción de las normas de libre competencia y esto le ha ocasionado perjuicios, la responsabilidad será extracontractual al tener un fundamento *ex lege* y no derivado del contrato”.

SOBRE LA ANTIJURIDICIDAD:

123. En cuanto a la antijuridicidad, podemos señalar que esta es la conducta anticompetitiva efectuada por Tapestry al abusar de su posición de dominio en la modalidad de estrechamiento de márgenes, incumpliendo así el deber jurídico a no causar un daño, lo cual ha sido comprobado.

SOBRE EL DAÑO:

124. En cuanto al daño, nos remitimos a la sección X, ya que vienen a ser los mismos, pero generados como consecuencia de la conducta anticompetitiva de Tapestry.
125. De igual forma cabe precisar que –con respecto a la Pérdida de Usuarios– en el supuesto que el Tribunal considere que la posición en el mercado acotado de streaming musical no hubiese sido la indicada en la Pericia de Daños, ya que esta es un escenario hipotético, la pretensión de daños y perjuicios no puede ser desestimada. Y es que, justamente, el daño se encuentra acreditado por medio de la Pericia de Daños; siendo que, además, pedimos al Tribunal tome como referencia el artículo 17 de la Directiva 2014/104/UE, “*Los Estados miembros velarán por que ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios(...)*”, puesto que como se indica en la referida Directiva, esta tiene como propósito garantizar la eficaz indemnización de daños y perjuicios ante la conducta anticompetitiva.

NEXO CAUSAL:

126. El nexo causal aplicable es el estipulado en el artículo 1985 del Código Civil que estipula una relación de causa adecuada entre el hecho y el daño producido.

127. Señores miembros del Tribunal resulta evidente que la conducta anticompetitiva de Tapestry es el hecho que explica y ocasiona normalmente los daños causados. Es normal y usual que una conducta anticompetitiva genere daños. Así, por medio de la modificación de Tapestry –a través de la Carta 6– (que sigue rigiendo para las Partes) se abusó y se viene abusando de la posición de dominio bajo la modalidad de estrechamiento de márgenes.

FACTOR DE ATRIBUCIÓN:

128. Al encontrarnos en un régimen general de responsabilidad civil extracontractual. Es de aplicación el artículo 1969 del Código Civil. En ese sentido, el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor.

129. Sin perjuicio de ello, como explica De Trazegnies (2016) al referirse a los daños intolerables *“la infracción de las normas legales es considerada como una suerte de “culpa objetiva”: si ha habido infracción de una norma legal, no cabe duda de que ha habido negligencia”* (pág. 322). Y además, por medio del abuso de posición de dominio bajo la modalidad de estrechamiento de márgenes Tapestry tenía como único y exclusivo propósito el de perjudicar a Zeppelin al eliminarlo del mercado acotado de streaming musical, lo que manifiestamente representa el dolo.

POR TANTO:

Solicitamos al Tribunal que:

- a) Se declare competente para dirimir la presente controversia.
- b) Como primera Pretensión Principal, declare ineficaz la modificación unilateral del Contrato realizada por Tapestry, pues Zeppelin nunca manifestó su consentimiento para dicha modificación; y en consecuencia, obligue a Tapestry para que responda por la totalidad de daños ocasionados a Zeppelin.
- c) En el supuesto que nuestra Primera Pretensión Principal no sea amparada, como Primera Pretensión Subordinada, solicitamos que en caso la modificación contractual realizada por Tapestry sea confirmada por el Tribunal, dicha modificación es ineficaz pues

vulnera normas imperativas relativas a la libre competencia. En ese sentido, solicitamos al Tribunal que declare que Tapestry ha abusado de su posición de dominio y, en consecuencia, responda por la totalidad de daños producto de la vulneración a las normas imperativas relativas a la libre competencia.

Barataria, 8 de marzo de 2020