



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **23890** DE 2011
29 ABR 2011

Radicación: 09-122453

Versión Pública

Por la cual se imponen unas sanciones

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas
en la Ley 1340 de 2009, en el Decreto 3523 de 2009, 1687 de 2010,
en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 20065 del 19 de abril de 2010, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante el "Delegado") ordenó abrir investigación para determinar si las sociedades RCN TELEVISIÓN S.A., (en adelante "RCN"), CARACOL TELEVISIÓN S.A., (en adelante "CARACOL"), la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS (en adelante "UCEP"), e IBOPE COLOMBIA S.A.S., (en adelante "IBOPE") contravinieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si los señores PAULO GUSTAVO LASERNA PHILLIPS y JORGE MARTÍNEZ DE LEÓN, representantes legales de CARACOL, los señores GABRIEL MARTÍN REYES COPELLO y JUAN FERNANDO UJUETA LÓPEZ, representantes legales de RCN, la señora XIMENA TAPIAS DELPORTE, representante legal de la UCEP, el señor RICARDO ANTONIO MARIÑO PALACIO, ex gerente general de IBOPE¹ y la señora CAROLINA MENDOZA VILLANUEVA, representante legal de la sociedad IBOPE COLOMBIA S.A.S., incurrieron en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber autorizado, ejecutado o tolerado las conductas a las que se refiere el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Los hechos que dieron origen a la apertura de investigación, fueron resumidos en el Informe Motivado en los siguientes términos:

"1. La suscripción del contrato para la medición de audiencia de televisión -INFOMETER- y el servicio de competencia publicitaria -INFOPAUTA- entre los canales privados de televisión nacional, CARACOL y RCN, la UCEP, y la empresa de medición de audiencia IBOPE en el mes de marzo de 2009;

2. Las condiciones estipuladas en dicho contrato, aplicadas a terceros que participan de los mercados de comercialización de estudios de medición de audiencia para televisión y de la industria de pauta publicitaria en televisión;

¹ Según Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante Acta No. 26 de la Asamblea de Accionistas, del 22 de febrero de 2010, inscrita el 1 de marzo de 2010 con el número 01365274 del libro IX, la sociedad cambió su nombre de IBOPE COLOMBIA S.A., por IBOPE COLOMBIA S.A.S.

RESOLUCIÓN NÚMERO 09. 23890 DE 2011 Hoja N°. 2

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

3. *Las restricciones a algunos agentes de la industria para acceder a los estudios de medición de audiencia y;*

4. *El incremento en las tarifas de los estudios de medición impuestas a terceros por parte de LOS CONTRATANTES del estudio.*

Los anteriores hechos indicaron que, presuntamente, las empresas CARACOL TELEVISIÓN S.A., RCN TELEVISIÓN S.A., UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS - UCEP, IBOPE COLOMBIA S.A.S dieron origen a la posible existencia de un acuerdo vertical con presuntos efectos horizontales y verticales restrictivos de la competencia en los mercados de comercialización de estudios de medios para televisión y de pauta publicitaria en televisión."²

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de apertura a los investigados y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 50616 del 23 de septiembre de 2010³ y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Delegado ordenó practicar parte de las pruebas solicitadas y tener como tales otras de las aportadas por los investigados. Igualmente, en dicho acto se decretaron pruebas de oficio y se rechazaron algunas de las solicitadas por los Apoderados.

La Resolución arriba señalada fue recurrida por el Apoderado especial de IBOPE COLOMBIA S.A.S, y de su respectiva representante legal, la señora CAROLINA MENDOZA VILLANUEVA⁴, recurso que fue resuelto a través de la Resolución No. 63651 del 19 de noviembre de 2010⁵, confirmando en todas sus partes el acto administrativo atacado.

TERCERO: Que culminada la etapa probatoria, la Delegatura de Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") presentó al Superintendente de Industria y Comercio (en adelante el "Superintendente") el Informe de Investigación correspondiente debidamente motivado⁶, en el cual recomendó aplicar la sanción máxima a las personas jurídicas investigadas por considerar que infringieron lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. De igual forma, se recomendó aplicar la sanción máxima a las personas naturales involucradas por la infracción al numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. A continuación, se hará una breve descripción de los principales argumentos contenidos en el citado Informe:

Que en el mercado de producción de información de estudios de medición de audiencia en televisión existe actualmente un solo proveedor, IBOPE, quien ofrece en Colombia los estudios de INFOMETER e INFOPAUTA y que los mismos constituyen un insumo necesario para el funcionamiento de la industria de pauta publicitaria en televisión en Colombia. Que como consecuencia de lo anterior, la condición de IBOPE le entrega poder dentro del mercado de estudios de audiencia en el sector de la televisión.

² Ver folios 18483 y 18484 del Cuaderno Público 67.

³ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 14, folios 3874-3896.

⁴ Comunicación No. 09-122453-00186 del 13 de octubre de 2010, obrante en el Cuaderno Público No. 10, folios 2687-2690.

⁵ Documento obrante en el Cuaderno Público No. 28, folios 7700-7707.

⁶ Obrante en su versión pública entre folios 18461 y 18633 del cuaderno público No. 67.

RESOLUCIÓN NÚMERO 01 23890 DE 2011 Hoja N°. 3

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Que en la industria de pauta publicitaria en televisión en Colombia, participan como oferentes de *spots* los canales nacionales e internacionales de televisión y como demandantes de dichos espacios los anunciantes directamente, las centrales de medios y/o las agencias de publicidad. Así mismo, los canales CARACOL y RCN son los dos únicos canales nacionales de operación privada en Colombia, que para el primer semestre de 2009 participaban en un 81% de la inversión en pauta publicitaria que realizan los anunciantes, las agencias de publicidad y las centrales de medios en televisión.

Que la UCEP, como agremiación de agencias publicitarias y centrales de medios del país, reúne 15 agencias y 9 centrales de medios, que conforme a la información que obra en el expediente, adquirieron alrededor del 80% de la pauta publicitaria en televisión nacional, regional e internacional en promedio.

Que en virtud del proceso de licitación privado adelantado por CARACOL, RCN y la UCEP (en adelante los "CONTRATANTES") para la contratación de los estudios de INFOMETER e INFOPAUTA, se suscribió un contrato con la empresa IBOPE, según el cual ésta última realiza los estudios de INFOMETER e INFOPAUTA, y CARACOL, RCN y la UCEP se constituyeron como propietarios del insumo y los productos derivados de la medición de audiencia en televisión.

Que el clausulado del contrato celebrado por las personas jurídicas mencionadas evidencia que el objeto del mismo se erige como restrictivo de la competencia en tanto que:

- Consagra exclusiones de terceros al acceso a los estudios, de forma expresa para los canales internacionales y a través de la autorización previa de los CONTRATANTES que requiere IBOPE para suministrar el estudio a otros interesados.
- Faculta a los CONTRATANTES a arbitrar los costos de los estudios a sus competidores, a través de la imposición de las tarifas que debe cobrar IBOPE por los mismos y a través de los reembolsos, que constituyen un 80% de los valores cobrados, que reciben en el momento en que un tercero adquiere el estudio.

Que de las pruebas recaudadas en el expediente, tales como testimonios, interrogatorios, visitas administrativas, entre otros, se pudieron verificar los efectos anticompetitivos verticales que tuvo el acuerdo anticompetitivo realizado por los CONTRATANTES, en el mercado de producción de información de INFOMETER e INFOPAUTA, y horizontales para la industria en el mercado de compra y venta de pauta publicitaria en televisión, así:

- Los terceros que tuvieron interés en adquirir los estudios realizados por IBOPE, se vieron sometidos a la autorización previa que LOS CONTRATANTES tenían que darle a la empresa medidora.
- Los canales internacionales no tuvieron acceso al estudio por un periodo de casi 8 meses, a pesar de que dicha información se erige como un insumo necesario para la toma de decisiones dentro del mercado de compra y venta de pauta publicitaria.
- LOS CONTRATANTES arbitraron los costos de los estudios a sus competidores del mercado de pauta publicitaria en televisión, a través de la imposición y aumento de

las tarifas que se hicieron efectivas desde septiembre de 2009, y cuyos aumentos oscilaban en el rango de 20%-120%. Que como resultado del aumento de tarifas se generó el retiro de varios clientes de IBOPE.

- Que LOS CONTRATANTES e IBOPE, al ostentar una posición privilegiada o representativa dentro de los dos mercados antes mencionados, obtuvieron frente a sus competidores una ventaja competitiva ilícita derivada de la suscripción del contrato, haciendo que los efectos anticompetitivos que generaron con sus conductas tengan mayor impacto en los mercados mencionados al mantener sus posiciones dentro de los mismos.

CUARTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, se dio traslado a los investigados del Informe Motivado, quienes el 10 de febrero de 2011 presentaron sus escritos con las observaciones al mismo⁷, cuyos resúmenes se incluyen a continuación:

4.1. Argumentos del Apoderado de RCN, CARACOL y UCEP y sus representantes legales

De acuerdo con el escrito presentado por el Apoderado de los CONTRATANTES, en virtud del contrato suscrito sólo pueden negar la venta del estudio cuando el oferente se encuentre operando ilegalmente o cuando el comprador tenga una pauta total o parcialmente no autorizada por las normas colombianas. Igualmente, señaló que la estipulación contractual ha permitido que los competidores de los CONTRATANTES obtengan acceso al estudio a un precio siempre inferior.

El acceso al estudio para los canales internacionales sólo fue negado en una ocasión y por un tiempo determinado. La razón para la negativa fue el carácter de ilegales de dichos canales, el cual fue determinado por un concepto técnico emitido por una firma de abogados especializada. Respecto a la situación anterior al contrato, es claro que los CONTRATANTES también financiaban el estudio; sin embargo, IBOPE tenía la libertad de distribuirlo a terceros.

Afirmó que, contrario a la posición de la Delegatura, el derecho sobre el estudio es de carácter patrimonial y le permite al titular excluir del acceso a terceros, incluso cuando estén dispuestos a pagar por dicho acceso. Agregó que antes del contrato no había criterios objetivos para determinar al precio a cobrar e incluso hubo terceros que tuvieron acceso sin pagar por él. Este aprovechamiento, llevó a los CONTRATANTES ante dos posibles opciones: a) dejar de financiar el estudio; o b) imponer condiciones para el aprovechamiento del resultado de su inversión. Tampoco existía una auditoría permanente sobre la elaboración del estudio, cuya estructura de negocio en términos generales no era eficiente. El país no tenía buena medición de audiencia de televisión, entre otras cosas, porque no existía ninguna disposición contractual que permitiera a los usuarios auditar el trabajo de IBOPE.

Puso de presente que a pesar de que en el corto plazo, el efecto inmediato del contrato puede ser el de la restricción de la oferta, a largo plazo el efecto es el de un aumento en la

⁷ Obrantes entre folios 18832 y 18908 del cuaderno público No. 68.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 5

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

misma ya que ante la ausencia de un acuerdo, el mercado se quedaría sin el estudio financiado por las investigadas. En consonancia con lo anterior, expuso que el hecho de que se haya aumentado el precio del estudio, no es sino una consecuencia de su mejoramiento, siendo errado afirmar, en su criterio, que dicho aumento es una de las consecuencias anticompetitivas del acuerdo realizado por las investigadas. No todo aumento de precio es anticompetitivo.

Señaló que el objeto del contrato no fue el de excluir competidores como lo ha interpretado la Delegatura, sino que se trata de una legítima explotación de los derechos de autor que sobre el estudio elaborado por IBOPE se encuentran en cabeza de los CONTRATANTES y que provienen de la modalidad de obra por encargo. Así, IBOPE conserva los derechos morales, mientras los CONTRATANTES los patrimoniales. De acuerdo con lo anterior, concluyó que no se entiende el por qué de la obligación que se le quiere imponer a las investigadas de ceder la exclusividad de sus derechos.

Dijo que en un sistema de libre mercado, las compañías tienen la libertad para decidir con quién contratan, y una autoridad de competencia, salvo en contadas excepciones, no está facultada para obligar a una empresa a contratar con otra, menos si son competidores y tienen diferencias legales en otros ámbitos. De aceptarse lo contrario, se entraría frente a un rol de "regulación" que no le corresponde a dicha autoridad. De acuerdo con lo expuesto, a su juicio, la Superintendencia deberá resolver las siguientes preguntas al momento de decidir:

- Existe la obligación a cargo de una empresa de subsidiar a sus competidores?
- Una empresa titular de un derecho de autor está obligada a compartirlo de manera gratuita u onerosa?
- En caso de ser cierto lo anterior, cuál es el fundamento para despojar a la empresa del derecho de propiedad intelectual?
- El Superintendente tiene la facultad de regular términos de contratación? Con base en qué norma podría el Delegado regular de manera directa o indirecta los precios y otros términos del contrato?
- Todo incremento de un precio es anticompetitivo?
- Toda conducta que tenga como consecuencia restringir la oferta a corto plazo es anticompetitiva?

Respecto al análisis sustantivo de las conductas, se argumentó lo siguiente:

El Informe Motivado no explica los presupuestos que deben concurrir para que cada una de las normas citadas por el Superintendente Delegado se entienda violada. Por lo anterior, el Apoderado consideró necesario explicar la forma en que debe abordarse el análisis de los acuerdos que pueden ser restrictivos de la competencia, para luego analizar los presupuestos que deben concurrir para que se configure una violación a la normas base del caso y finalmente explicar la razón por la cual las conductas de las investigadas no cumplen con los presupuestos de dichas normas.

4.1.1. Forma de analizar los "acuerdos contrarios a la libre competencia"

De acuerdo con lo expuesto en las observaciones presentadas, no todo acuerdo que formalmente limite la competencia es anticompetitivo. En palabras del Apoderado, "algunas

RESOLUCIÓN NÚMERO 09-23890 DE 2011 Hoja N°. 6

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

conductas empresariales se adecúan formalmente a la descripción de los acuerdos prohibidos por el derecho de la competencia, sin embargo, su realización puede ser pro-competitiva". Así, si la conducta de una empresa promueve la eficiencia en un mercado no deberá ser condenada, aun cuando restrinja la oferta de otro a corto plazo.

En este punto, a su juicio, vale mencionar que las autoridades de competencia en Estados Unidos hacen un balance entre la anticompetitividad y la pro-competitividad de la conducta investigada, razón por la cual, no todos los acuerdos con su sola existencia conllevan represión. Es decir, señala, se realiza una aplicación de la *regla de la razón*. Igualmente, la autoridad europea de la competencia reconoce que un acuerdo puede ser anticompetitivo pero a la vez exento de sanción debido a las eficiencias que produce.

En relación con la no violación de las normas acusadas a través de la conducta objeto de investigación, el Apoderado de las investigadas se pronunció como se señala a continuación.

4.1.2 La conducta no es violatoria del numeral 5 artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

En criterio de las investigadas, el efecto del acuerdo es en general pro-competitivo toda vez que, además de permitir el mantenimiento de la oferta de estudios de medición en el país, también mejora su calidad, lo cual se traduce en beneficios para los consumidores y para el mercado.

En cuanto a la interpretación de la norma específica, manifestó que las palabras "por objeto o como efecto" deben ser leídas en forma alternativa y no acumulativa; así, un acuerdo es anticompetitivo si tiene por objeto limitar la oferta de un insumo productivo, sin demostrar el efecto de la conducta y viceversa.

En el mismo sentido, continuó señalando que para establecer el objeto de un acuerdo es necesario revisar los términos del mismo para lo cual debe aplicarse el criterio plasmado por la Comisión Europea, según el cual "*el propósito perseguido por el acuerdo...a la luz del contexto económico en el cual el contrato se deberá aplicar*"⁸. Así, señaló:

"Si un acuerdo tiende a producir efectos perniciosos sobre la competencia, deberá caracterizarse como un acuerdo que tiene "por objeto" alguna de las conductas que prohíbe el derecho de la competencia.

(...)

Los acuerdos de precios, (...), son la conducta que por excelencia se encuadra dentro aquellos acuerdos que tienen por objeto la restricción de la competencia. Es una conducta que nunca o casi nunca tiene efectos positivos en el mercado. Por su parte, aquellos acuerdos que pueden generar efectos positivos en el mercado, deben ser analizados dentro de la categoría "como efecto"

⁸ Específicamente se hace referencia al caso C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co KG Mediaprint de la Comisión Europea.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 7

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Concluyó que es necesario enfrentar los posibles efectos negativos sobre el mercado con los positivos, con lo que se determinará si un acuerdo tiene como efecto una restricción de la competencia.

En el caso específico, señaló que el propósito del contrato era: (i) el encargo de la realización del estudio; (ii) el pago de un precio como contraprestación; (iii) la venta a terceros competidores que solicitaran el estudio, siempre y cuando estuviera autorizada por las Leyes colombianas y; (iv) mejorar la calidad del estudio a través de las auditorías técnicas. De tal suerte, concluyó, no se trata de un acuerdo que pueda incluirse en los denominados "*hard core cartels*", entendidos estos como carteles de alto impacto en el mercado.

Por el contrario, a juicio del Apoderado, el documento suscrito constituye un acuerdo vertical que generalmente es considerado como pro-competitivo el cual tenía como objetivo, además de mantener en el mercado la existencia de un estudio como el contratado, que los *free riders* (agentes que se beneficiaban sin costo del estudio) empezaran a pagar o pagaran el precio justo por el servicio.

Así, señaló que la afirmación de la Delegatura sobre el objeto exclusorio del contrato resulta antitécnica. Al respecto, manifestó:

"En Colombia, al igual que en Europa, la expresión *por objeto* en materia de derecho de la competencia tiene un alcance específico y limitado, sin que pueda confundirse con otros. Sólo los contratos que tengan obligaciones exclusivamente dirigidas a subir precios, reducir oferta o la calidad, sin ninguna consideración adicional, pueden ser considerados dentro de la categoría por objeto.

Adicionalmente, sería ilógico que el contrato tuviese un objeto exclusionario si se tiene en cuenta que una de las partes contratantes, como lo es la UCEP, no es competidora de los canales y, por consiguiente, le es irrelevante la exclusión de los mismos o el favorecimiento de algunos (...)"

Adicionalmente, indicó que antes de la celebración del contrato había agentes que se beneficiaban sin costo del estudio, mientras que los canales asumían la inversión. En criterio del Apoderado, dichos *free riders* constituyen un problema para el derecho de la competencia ya que desincentiva la inversión, la creación de nuevos productos y la oferta en general. Así, "*las ineficiencias derivadas del free riding son nocivas para el mercado*", razón por la que las autoridades de competencia desincentivan su ocurrencia.

En el caso de canales, de acuerdo con el Apoderado, permitir el acceso irrestricto a terceros que no pagaban, o no sufragaban lo justo, restringiría la oferta a largo plazo debido a que ninguna compañía como CARACOL, RCN o las agencias de la UCEP invertirían nuevos recursos y dicha decisión tendría efectos en todo el mercado. Así, "*una pequeña restricción de la oferta inmediata garantiza la total existencia de la oferta en el futuro*".

Señala que una situación análoga ocurre en el mercado farmacéutico, en donde una vez se obtiene el resultado de su investigación y la patente, se empieza vender el medicamento en el mercado. La compañía inventora restringe el acceso a la fórmula sin autorización y los competidores van a alegar que se trata de una conducta anticompetitiva

RESOLUCIÓN NÚMERO 091 23890 DE 2011 Hoja N°. 8

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Permitir el acceso irrestricto de los competidores a un insumo que ha sido financiado principalmente por algunas compañías no tiene sentido económico ni jurídico.

Expuso que en el caso específico, el contrato suscrito garantiza a todos los competidores el acceso, siempre y cuando se pague un precio, el cual se determinará mediante criterios objetivos y elimina la posibilidad de que se acceda de manera gratuita al estudio, que terceros en condiciones análogas paguen precios distintos y que algunos paguen sumas irrisorias por los estudios. Es decir, se corrigen las fallas del mercado. Ahora bien, la recuperación de parte de la inversión incentiva el posterior encargo del estudio y por ende incentiva la oferta. Sin embargo, llama la atención sobre el hecho de que no todos los recursos recaudados son para los CONTRATANTES, pues en el acuerdo se plasmó que parte de éstos serían destinados al mejoramiento de la calidad del estudio, lo que contribuye al beneficio del mercado, consumidores y usuarios.

Concluyó que con el contrato se solucionaron los inconvenientes de competencia previos a su suscripción, pues si no hubiera un agente del mercado que financie principalmente el estudio el resultado sería la ausencia de estudio o contratación individual, es decir, que cada empresa paga la totalidad del costo de realización y que cada una contrate su propia empresa de medición, lo cual no es posible debido a las restricciones presupuestales de dichos competidores.

Vale decir que en la actualidad el estudio está acorde con las recomendaciones internacionales relacionadas con la materia y entrega a quienes lo consultan información exacta sobre la audiencia de televisión en el país, cuestión que no ocurría con anterioridad.

En conclusión, no puede afirmarse que el contrato tuvo como efecto la limitación de las fuentes de abastecimiento, sino que por el contrario, gracias a los inversores tuvo los siguientes efectos beneficiosos: (i) se mantuvo la oferta del estudio en el mercado; (ii) se garantizó el acceso al estudio bajo condiciones objetivas; (iii) se mejoró la calidad del estudio; y (iv) los competidores en condiciones análogas tuvieron acceso al estudio al mismo precio.

4.1.3. La conducta no es violatoria del numeral 10 artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

De acuerdo con las observaciones presentadas, la Delegatura analizó el numeral 5 en el 10 del artículo 47 de manera conjunta, sin hacer distinción a los presupuestos propios de cada una de las conductas. La razón es porque todos los acuerdos que tienen por objeto u efecto restringir el acceso a fuentes de abastecimiento (numeral 5), impiden a terceros el acceso a los mercados (numeral 10). Manifestó:

"Esto no implica que no existan conductas que limitando el acceso a terceros al mercado no limiten las fuentes de insumos productivos. Lo que ocurre es que cuando la violación del numeral 10 se fundamenta en la limitación de acceso a los insumos productivos (Violación del numeral 5), la demostración de este último redundará en la demostración de no violación del numeral 10".

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 9

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

4.1.4. La conducta no es violatoria del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Según los argumentos presentados por el Apoderado, en virtud del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la comprobación de la existencia de acuerdos anticompetitivos es necesaria pero no suficiente para configurar una violación de la Ley, toda vez que, también debe acreditarse que las conductas tengan como propósito determinar o mantener precios inequitativos, circunstancia a la que no se hizo referencia en el Informe Motivado, donde ni siquiera se definió qué son precios inequitativos.

Teniendo en cuenta lo anterior, la violación al artículo 47 del Decreto 2153 no es sino el primer requisito de para configurar la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Además, la demostración de que el propósito de la conducta es establecer o determinar precios inequitativos sería necesaria para aplicar la sanción. De tal forma, al haberse demostrado en el literal b) anterior que el contrato es pro-competitivo, ello implica que tampoco existe violación alguna a la mencionada Ley.

Respecto a la obligación de las investigadas de contratar con terceros competidores, el Apoderado realizó las siguientes consideraciones:

Los CONTRATANTES adquirieron los derechos patrimoniales de autor sobre el estudio de medición, el cual otorga un derecho exclusivo y excluyente que las faculta para reservarse la explotación económica de la obra y, por consiguiente, a negarse a la distribución gratuita u onerosa de la misma o a la contratación con terceros. Así, se pregunta si la autoridad de competencia puede sancionar por el ejercicio de una de las facultades que otorga el derecho de autor, como es la de negarse a contratar con terceros o imponer condiciones para la contratación? Puede la Superintendencia obligar a una empresa a contratar con otra? Si la respuesta es afirmativa, en qué casos? Qué es una facilidad esencial? Quien controla una facilidad esencial está obligada a contratar con competidores? Cuáles son las consecuencias de disfrutar de una facilidad esencial?

Señala que al no haber pronunciamientos sobre estos interrogantes por parte de la Superintendencia, es necesario acudir a los antecedentes de Europa y Norteamérica en donde se reconoce como regla general que las empresas tienen la libertad de negarse a contratar con sus competidores, y las excepciones a esta regla son muy restringidas y mucho más cuando se trata de derechos de propiedad intelectual⁹, como es el de exclusión de terceros.

Específicamente se hace referencia al caso C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co KG Mediaprint* de la Comisión Europea, en donde se plasmaron los siguientes cuatro requisitos que deben confluir para que se castigue la negativa a contratar: (i) la negativa debe tener como consecuencia eliminar toda la competencia en el mercado descendente; (ii) no hay justificación objetiva para la negativa a contratar; (iii) el acceso a la facilidad esencial debe ser indispensable y (iv) no puede haber sustitutos actuales o potenciales de la facilidad. Ninguno de estos requisitos se presenta en el caso aquí discutido.

Por el contrario, se presentan dos justificaciones objetivas para negarse a distribuir el estudio contratado: "(i) nadie está obligado a proveer un producto gratuitamente y (ii) nadie

⁹ Ibidem.

RESOLUCIÓN NÚMERO 001 23890 DE 2011 Hoja N°. 10

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

está obligado a contratar con quien esté operando sin autorización legal en Colombia, o cuya venta de publicidad no está autorizada por las normas legales colombianas".

Por otra parte, de acuerdo con lo expuesto en las observaciones, no se explica la afirmación de que los estudios de medición son un insumo esencial, cuando existen competidores que no lo adquieren ni lo usan, pero compiten efectivamente en el mercado de venta de publicidad, tal y como ocurre con algunos canales internacionales.

"Si los estudios de medición fueran realmente indispensables, el no acceso a los mismos implicaría la salida casi inmediata del mercado (...). Es antitécnico realizar tal afirmación, ya que el término "facilidad esencial" tiene unas connotaciones especiales en el derecho de la competencia, entre ellas la de ser indispensable para competir y no meramente deseable".

Argumenta que a pesar que la Delegatura afirma en el informe que IBOPE con sus productos INFOMETER e INFOANÁLISIS, no tiene competidores, se desconoció en dicho informe lo manifestado por el señor EDISON YESID ZÁRATE, de la empresa Mediciones y Medios en el sentido de aceptar que dicha empresa podría prestar el servicio de estudios de medición tal como lo presta IBOPE y que además, se consideraba competidor de ésta última. Es entonces inentendible la afirmación de que no existen sustitutos realizada por la Delegatura. Mediciones y Medios no es entonces un competidor potencial, sino un competidor actual como lo señaló su representante legal.

Indica que NIELSEN debe considerarse un competidor potencial ya que en caso de ser requerido, estaría en la capacidad de elaborar un estudio como el de IBOPE, obviamente teniendo de por medio el pago de quien lo encargue y poco tiempo para adaptar sus equipos. Así mismo, debe decirse que la incapacidad financiera de los competidores potenciales, no implica la inexistencia de sustituibilidad de la demanda.

En conclusión, la negación a los canales internacionales, durante un lapso de tiempo, de los estudios de medición, tenía una justificación objetiva lo que hace que tal conducta no constituya una práctica anticompetitiva. Pero aun si no se presentara una justificación objetiva, la negación del estudio a los canales no es anticompetitiva porque no se cumplen los requisitos de la Corte Europea de Justicia, mucho más cuando se trata de derechos de propiedad intelectual. Por otra parte, frente a los aspectos procesales del trámite, el Apoderado señaló:

Que el análisis probatorio realizado en el Informe Motivado desconoce el deber de la Superintendencia de analizar en su integridad las pruebas obrantes en el expediente bajo los principios generales del derecho probatorio contenidos en el Código de Procedimiento Civil. Específicamente, el artículo 174 de dicho código establece que *"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso"* y el artículo 187 señala: *"Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica"*

Que en el Informe Motivado no se indica el mérito que le asigna la Delegatura a cada una de las pruebas que obran en el expediente y el documento se basa exclusivamente en las declaraciones de las personas que de una u otra manera propiciaron el inicio de la investigación. El documento no sólo presenta defectos fácticos como consecuencia de la omisión de la valoración de pruebas determinantes, sino por valoración equivocada de algunas. Adicionalmente, expuso:

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 11

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

"Aunque los defectos fácticos de que adolece el informe motivado no inciden en la demostración de la pro competitividad del contrato (...) quiero dejar en claro, por solicitud de mis clientes, el defecto fáctico por valoración equivocada de la prueba, cuando se afirma en la página 94 que esa Delegatura verificó que los CONTRATANTES solicitaron la creación de una estrategia para negar las solicitudes de CITY TV y LAMAC, incurriendo en una generalización totalmente carente de fundamento probatorio.

(...)

No existe evidencia alguna en el expediente que los contratantes hayan solicitado la creación de la estrategia imaginada por la Delegatura, pues se trata de un correo electrónico que una persona natural le remite a la Vicepresidencia Comercial de una de las partes. Cabe preguntarse si del señalado documento, aplicando las reglas de la sana crítica, puede inferirse que las partes estuvieran solicitando la creación de la estrategia en los términos cuestionados.

(...)

La Superintendencia ha pasado por alto el hecho de que la información contenida en ese correo jamás fue consultada ni informada a los representantes legales (...)."

Por último, señaló que tampoco se practicaron algunas pruebas que fueron oportunamente solicitadas por las investigadas y decretadas por la Superintendencia, situación que es base para la solicitud de nulidad radicada el pasado 27 de enero de 2011.

El trámite que realiza la Superintendencia en este caso no puede ser considerado como un proceso judicial, sino como un procedimiento administrativo sancionatorio, por lo que de manera alguna puede hablarse de una "declaración de parte" en los términos del Código de Procedimiento Civil. Es así como en el proceso administrativo no hay partes en el sentido procesal, toda vez que, todo proceso se estructura sobre la base de dos posturas encontradas y un órgano jurisdiccional. La definición de parte procesal supone la existencia de un sujeto o persona que ejercita la pretensión ante el órgano estatal jurisdiccional imparcial e independiente.

Así, en este procedimiento no puede hablarse de parte como tal en los términos del Código de Procedimiento Civil y, por ende, no procede la práctica de la prueba de declaración de parte en los términos de C de P.C. Además, al tratarse de una investigación administrativa de carácter sancionatorio, es aplicable lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Nacional en el sentido que *"nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo..."*

Así, en el este procedimiento no puede hablarse de parte como tal en los términos del Código de Procedimiento Civil, y por ende, no procede la práctica de la prueba de declaración de parte en los términos de C de P.C. Además, al tratarse de una investigación administrativa de carácter sancionatorio, es aplicable lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Nacional en el sentido de que *"nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo..."*

En el Informe Motivado, por el contrario, se toma como prueba fundamental de la presunta responsabilidad personal de los implicados la declaración de ellos mismos, denominada "declaración de parte" y que fue tomada sin la advertencia para ellos de que no estaban obligados a declarar contra sí mismos.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23930 DE 2011 Hoja N°. 12

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Finalmente, frente a la graduación de la sanción, se argumentó lo siguiente:

En el Informe Motivado no se hace referencia a los elementos de graduación de la sanción previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Por el contrario, para la Delegatura son dos las razones para recomendar la sanción máxima: (i) la naturaleza concertada de la conducta y (ii) la gravedad de sus implicaciones económicas. Al respecto debe decirse que la conducta anticompetitiva, sin mirar su naturaleza, es presupuesto para la sanción mas no para su graduación. Es decir, la gravedad de una práctica anticompetitiva no radica en su naturaleza concertada.

"Aceptando en gracia de discusión que el contrato que dio origen a la presente investigación constituye una práctica anticompetitiva, que no lo es, el mismo no corresponde a un hard core cartel, es decir aquellas prácticas concertadas cuyo objeto exclusivo es el de restringir la competencia."

Además, señala que tampoco se explica en el informe motivado cuáles son las mencionadas implicaciones económicas, así como tampoco las pruebas en que se fundamentan.

Por último afirma que a pesar de la Superintendencia está facultada para graduar la pena, dicha facultad no se extiende a que dicha graduación no deba hacerse con base en la valoración y apreciación que haga de los hechos y pruebas ante los que se encuentra, con el fin de realizar un juicio de oportunidad en relación con la norma o criterios aplicables para graduar la sanción. Finalmente, recuerda que la multa no puede ser confiscatoria ya que ese sería el efecto de aplicarse la sanción máxima, por ejemplo, a UCEP cuyo patrimonio es de \$1.540.428.977.

Como conclusiones a todo lo expuesto en su escrito, el Apoderado de las CONTRATANTES puntualizó las siguientes:

- a) La conducta de las investigadas no es violatoria de las normas a las que se hace referencia en el informe motivado.
- b) El contrato suscrito permitió el mantenimiento de la oferta de estudios de medición en el mercado.
- c) El contrato permitió el mejoramiento de la calidad de los estudios de medición en Colombia y el incremento del precio es el resultado de dicho mejoramiento.
- d) El contrato puso fin a la discriminación de precios que existía con anterioridad al mismo.
- e) La negación al acceso estuvo justificada por razones objetivas como la eficiencia y legalidad. Incluso si la negativa para con los canales internacionales no estuviese justificada por razones objetivas, esto no es óbice para considerar la conducta de las investigadas como ilegal.

- f) La intervención de la agencia de competencia generaría ineficiencias para el mercado y derivaría en una restricción de la oferta. El efecto sería el fin de la realización de estudios de medición y/o el encargo de varios estudios diferentes.

La intervención mediante sanción sería ineficiente y nociva para el mercado entendida como un "falso positivo" como es conocido en la doctrina internacional del *Antitrust*. Además implicaría la negación de la protección de derechos de propiedad intelectual, requisito para promover

4.2. Argumentos del Apoderado de IBOPE y de su Representante Legal

En el escrito de observaciones, la empresa investigada solicita, en primer lugar, que se desestime la recomendación formulada por la Delegatura en virtud de que sus poderdantes no han incurrido en prácticas restrictivas. En segundo lugar, se llama la atención en el hecho de que el Delegado, al solicitar sancionar de igual manera a todas las partes del contrato suscrito, pasa por alto principios esenciales de derecho sancionatorio, como lo son el de la razonabilidad y graduación de la sanción.

De tal suerte, de acuerdo con el Apoderado así se encuentre por parte del Despacho razones suficientes para sancionar a alguno de los investigados, ni IBOPE ni Carolina Mendoza Villanueva pueden ser parte de dicha sanción pues ninguna de las actuaciones cuestionadas fueron ejercidas ni provocados por ellos.

El Apoderado indica que de conformidad con los diferentes testimonios que obran en el proceso, es posible concluir que el estudio de IBOPE es considerado como la "información común" de toda la industria publicitaria.

En efecto, señala que esta situación fue reconocida por Lorencita Gamboa y Jorge Percovich, quienes coincidieron en afirmar que debido a las características del estudio de medición y al ser considerado como la moneda de cambio en el mercado, normalmente es ofrecido por un solo agente en el mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Apoderado concluye que las conductas de IBOPE y Carolina Mendoza Villanueva están incluidas dentro de la excepción prevista en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.

Como consecuencia de lo anterior, sostiene que el acuerdo no puede considerarse ilegal *per se* ni que representó en modo alguno un cambio en el mercado de medición de audiencia, toda vez que IBOPE es el único oferente antes y después de la respectiva suscripción contractual. Adicionalmente, indica que en estos casos, de acuerdo con la doctrina, es necesario aplicar la *regla de la razón* con el fin de ponderar sus pros y contras y así identificar su efecto general sobre la competencia.

Frente al caso concreto, expone que en el expediente no se probó que el acuerdo hubiera generado un efecto negativo en el mercado. Es más, señala, terceros ajenos al contrato tuvieron acceso directo o indirecto al estudio, como es el caso de City TV. En el mismo sentido, reitera que frente a los canales internacionales no existen pruebas sobre el hecho de que éstos hayan dejado de vender pauta publicitaria. Si bien la información de *rating* es importante, para dichos canales no es esencial y no hay prueba alguna de la afectación señalada en el informe motivado.

RESOLUCIÓN NÚMERO 001 23890 DE 2011 Hoja N°. 14

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Aparte de las consideraciones sobre el contrato, el Apoderado indica que en el Informe Motivado no se analiza de manera individual la responsabilidad de cada uno de los investigados. Esto teniendo en cuenta que las actuaciones de cada uno de ellos es distinta y en consecuencia las conductas varían, debiéndose aplicar los principios de razonabilidad y proporcionalidad al momento de imponer las respectivas sanciones.

Así, en su criterio, de las pruebas recaudadas se extrae que IBOPE "*participó como un actor más del mercado en un proceso licitatorio abierto sin intervención alguna de mi representada*" quien actuó conforme a la buena fe contractual y en respeto del principio de transparencia.

En cualquier caso, señala que la Entidad se encuentra en la obligación de considerar la proporcionalidad de la sanción y la adecuada graduación de la misma.

Adicionalmente, señaló que se deben aplicar los criterios plasmados en la Ley 1340 de 2009, por lo que no hay lugar a imponer la sanción máxima

No obstante, reiteraron que en el expediente se demostraron las razones que tuvieron los investigados para celebrar el acuerdo mencionado y negar temporalmente la autorización para el acceso al estudio a terceros, así como el incremento de precios. Al respecto, vale mencionar que para estas decisiones los CONTRATANTES se asesoraron de la firma Cremades & Calvo Sotelo y solo hasta el año 2009, la Comisión Nacional de Televisión aclaró el tema y a partir de ese momento no se volvió a negar el acceso a la información.

Como criterios para tener en cuenta al momento de tasar la sanción a imponer, en caso de que así se decida, el Apoderado señaló los siguientes:

- No puede valorarse únicamente el elemento objetivo, sino el subjetivo de la conducta investigada¹⁰. Adicionalmente, el beneficio de la conducta no sería para IBOPE. Si bien bajo el contrato objeto de la investigación se obtendría una utilidad, esa misma utilidad la hubiera obtenido de no existir el contrato, ya que los estudios de medición de audiencia serían vendidos de manera independiente a todos los interesados, como operaba el mercado antes de su suscripción.
- No hay relación alguna entre la conducta que se le imputa como anticompetitiva en el informe y aquella que está siendo objeto de la investigación.
- Se debe tener en cuenta el patrimonio de los investigados. Así, si se tiene en cuenta que conforme a la información contenida en la página web de la Superintendencia de Sociedades, IBOPE cuenta con un patrimonio de [REDACTED], lo que quiere decir que la sanción recomendada por la Delegatura asciende al [REDACTED] del patrimonio de la empresa, entrando en una situación de insolvencia que pone en peligro su permanencia en el mercado.

4.3. Argumentos de la Apoderada de Ricardo Antonio Mariño

¹⁰ Se cita Sentencia del 27 de noviembre de 2003 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca sobre el régimen objetivo de responsabilidad.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 15

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

En el escrito de observaciones, la Apoderada solicita que no se sancione a su representado en la medida en que no participó en la conducta cuestionada. De manera subsidiaria, solicita que se tengan en cuenta las disposiciones legales sobre graduación de la pena.

En relación con la primera petición afirmó:

"Es el mismo informe motivado (página 153) en donde se reconoce que mi representado no hizo parte de las negociaciones del contrato objeto de la sanción, a pesar de que en la fecha de su suscripción era el representante legal de IBOPE. Además, también está demostrado que el señor Mariño no participó en el proceso de licitación o de preparación de los documentos que dieron lugar al contrato, como lo manifestó en su testimonio el señor Carlos Alberto Ospina de la UCEP, quien ante la pregunta: "¿Sabe si Ibope participó en la elaboración de los términos de referencia?" contestó: "No, en absoluto".

En relación con los criterios a aplicar con el fin de graduar la pena, se pidió tener en cuenta lo estipulado en el artículo 26 de la Ley 1340, indicando para tales efectos que el señor Mariño no es representante legal ni directivo de IBOPE desde el pasado 01 de marzo de 2010 y que durante su participación en la empresa se limitó a cumplir las obligaciones contractuales de IBOPE bajo el mismo y únicamente hasta la fecha de retiro de su cargo como gerente de la sociedad.

Por último, pidió tener en cuenta la colaboración que brindó el señor Mariño durante la investigación a través de sus testimonios rendidos tanto en la etapa de averiguación preliminar, como dentro de la etapa instructiva. Esto evidencia la transparencia con que ha participado en el trámite.

QUINTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 2153 de 1992, concordante con el artículo 7 del Decreto 1687 de 2010, el día 23 de marzo de 2011 se escuchó al Consejo Asesor que recomendó al Superintendente sancionar a los investigados, pero aplicando criterios de graduación de la multa de acuerdo con las circunstancias particulares de cada uno de ellos. Habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho procede a resolver el presente caso en los siguientes términos:

5.1. Competencia

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la Ley a esta Superintendencia, en los términos de los numerales 1 y 2 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad "Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica."

El numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 8 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010 señala que el Superintendente de Industria y Comercio

RESOLUCIÓN NÚMERO 23990 DE 2011 Hoja N°. 16

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

tiene como función "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica."

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que "[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas."

Así mismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 1687 de 2010, en concordancia con los numerales 10, 13 y 14 del artículo 3 del Decreto 1687 y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

5.2. Marco normativo

De conformidad con la Resolución No. 20065 del 19 de abril de 2010, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, en este caso se examinó la presunta infracción a las siguientes normas:

5.2.1. Prohibición general

Señala el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: "*Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos*".

5.2.2. Acuerdo de repartición de fuentes de abastecimiento

Señala el numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que se consideran acuerdos contrarios a la libre competencia, entre otros, los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

5.2.3. Acuerdo de obstrucción a terceros

De acuerdo con el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se consideran acuerdos contrarios a la libre competencia, entre otros, los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

5.3. De la conducta investigada

5.3.1. Industrias de las mediciones de medios y de la pauta publicitaria y los mercados afectados

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 17

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Para entender el alcance de la conducta que se reprocha en la presente investigación, resulta fundamental identificar los mercados afectados por el acuerdo vertical llevado a cabo entre CARACOL, RCN, la UCEP e IBOPE.

De conformidad con el Informe Motivado, los mercados afectados son dos, a saber, (i) el mercado de compra-venta de información resultante de los estudios de medición de audiencia en televisión y (ii) el mercado de compra-venta de pauta publicitaria en televisión, los cuales se encuentran fuertemente vinculados. Teniendo en cuenta que los investigados no cuestionan la definición de mercado hecha por la Delegatura, salvo en el aspecto referente a la sustituibilidad por el lado de la oferta de los estudios INFOMETER e INFOANÁLISIS elaborados por IBOPE, que se explicará abajo, a continuación este Despacho expone los principales elementos que caracterizan el funcionamiento de las industrias, así como su interacción dinámica, todo lo cual permite evaluar los efectos que sobre los mercados afectados ha tenido el acuerdo objeto de la presente investigación.

5.3.1.1. Industria de la medición de audiencia y el mercado de la medición de ratings de televisión en Colombia

Existen múltiples productos y servicios en los que tanto consumidores como productores utilizan valoraciones y mediciones de terceros, tanto cualitativas como cuantitativas, como mecanismos que señalan factores endógenos o exógenos al servicio o producto y que permiten determinar su calidad, valor o cualquier otra característica sustantivamente significativa en el proceso de producción, distribución, comercialización o consumo final. Son ejemplos la calificación de restaurantes por gastronomos expertos,¹¹ la calificación de riesgo de contraparte de clientes del sistema financiero y de riesgo de ciertos papeles comerciales y financieros,¹² los rankings de universidades,¹³ la calificación de cintas cinematográficas en razón al número de espectadores,¹⁴ etcétera.

La literatura ha sido minuciosa al examinar el papel de los ratings y las mediciones de percepción y preferencia. En particular se ha estudiado cómo dichas mediciones, sumado

¹¹ Gregory, Susan and Kim Joohyang (2004). *Restaurant choice: the role of information*. En: <http://www.aseanfood.info/Articles/11016630.pdf>. También véase: Susan, Auty (1992). *Consumer Choice and Segmentation in the Restaurant Industry*. En: *The Service Industries Journal*. Volume 12, Issue 3, 1992, Pages 324 – 339.

¹² Treacy, William and Carey, Mark (1998). *Credit Risk Rating at Large U.S. Banks*, En: *Federal Reserve Bulletin*, Nov. de 1998. 897-921. También véase: Lopez, Jose and Saldenberg Marc. *Evaluating credit risk models*. *Working Papers in Applied Economic Theory*, Number 99 de 2006. y Jacobson, et al. (2006). *Internal ratings systems, implied credit risk and the consistency of banks' risk classification policies*. En: *Journal of Banking & Finance* Volume 30, Issue 7, July 2006, Pages 1899-1926.

¹³ UNESCO Institute for Statistics. Global Ranking en: http://stats.uis.unesco.org/unesco/TableViewer/document.aspx?ReportId=125&IF_Language=eng&BR_Fact=GPNEP&BR_Region=40525. También véase: Dill, David and Soo, Maarja (2005). *Academic quality, league tables, and public policy: A cross-national analysis of university ranking systems*. *Higher Education Journal*. Volume 49, Number 4, 495-533 Springer 2005.

¹⁴ Giles, et al. (2000). *Social Choice Theory and Recommender Systems: Analysis of the Axiomatic Foundations of Collaborative Filtering*. En: American Association for Artificial Intelligence, visible en: <https://www.aaai.org/Papers/AAAI/2000/AAAI00-112.pdf>. También véase: Garlin, Francine and McGuiggan, Robyn. *The Relationship Between Consumer Preference And Choice Of Movie Content Attributes And The Impact Of Different Viewing Mediums*. visible en: <http://smib.vuw.ac.nz:8081/www/ANZMAC2000/CDsite/papers/g/Garlin1.PDF>

RESOLUCIÓN NÚMERO 23800 DE 2011 Hoja N°. 18

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

a las normales asimetrías en la información, afectan los precios de los productos y servicios¹⁵.

La medición de audiencia en medios de comunicación no ha sido una excepción. Los ratings en medios de comunicación son de gran interés para la industria de pauta publicitaria pues dichas calificaciones y mediciones tienen un impacto significativo en las decisiones de inversión y compra. En efecto, la cobertura o extensión de un medio es un indicador de la calidad de sus contenidos, medida en términos de las preferencias de quienes acceden al mismo, e indica a quien demanda "espacios" o "tiempo" de pauta publicitaria, el potencial alcance de la misma¹⁶.

Tal como lo indica el Informe Motivado, la literatura asevera que las calificaciones y los ratings son la "moneda" utilizada en la industria de pauta publicitaria. Tales mediciones, son la base para negociar el precio del tiempo o del espacio publicitario¹⁷.

Así funcionan dos tipos de industrias en materia de televisión; una, dedicada a la producción de información en materia de audiencia de medios de comunicación, y otra, la industria de tiempo y espacios de pauta publicitaria en diferentes medios de comunicación. Dentro de la primera, como se dijo al iniciar este aparte, existen productos que miden la audiencia en cada uno de los medios, no comparables entre sí, pues miden diversos tipos de hábitos de consumo de información. Del mismo modo, dentro de la segunda, existen otros tipos de productos y servicios, en algunos casos sustituibles entre sí, en tanto se consideran como alternativas para alcanzar y desarrollar estrategias de publicidad.

De acuerdo con el Informe Motivado, en Colombia existen diversos agentes que realizan estudios de medición de audiencia en los medios de comunicación. Tales estudios difieren respecto de sus características y metodología y, en su mayoría, son demandados por los agentes que compran y venden espacios de pauta publicitaria¹⁸ en medios de comunicación. Para estos agentes, las mediciones de audiencia son una herramienta necesaria para la optimización en la asignación de recursos y la definición de políticas de precios, en la medida que dichos estudios tienen como propósito ofrecer indicadores cuantitativos de audiencia, o ratings, de una determinada población respecto de la intensidad de la exposición que ésta tiene frente a cada uno de los medios de comunicación¹⁹.

¹⁵ Spence (1973), . Job market signalling. *Quarterly journal of Economics* 87(3). – Akerlof (1970), market for lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, 84(3), ... También véase: Harold Furchtgott-Roth, Robert W. Hahn, & Anne Layne-Farrar, *The Law and Economics of Regulating Ratings Firms*. 15 *Journal of Competition Law and Economics*, 1–48 (2009).

¹⁶ Véase: Goettler, Ronald, *Advertising Rates, Audience Composition, and Competition in the Network Television Industry* (1999) (Documento de Trabajo No. 199-E28. En: Mimeo, Carnegie Mellon University GSIA) (Explicando el modo como las empresas de medios usan los ratings para el desarrollo de sus políticas de contenido y decisiones de precios).

¹⁷ Furchtgott-Roth, Harold et. al., *The Law and Economics of Regulating Ratings Firms*, 15 *Journal of Competition Law and Economics*, 1–48 (2009), p. 4; Cfr. Webster, James G., *The Role of Audience Ratings in Communications Policy*, 59 *Journal of Federal Communications & Law*. 263 (1991).

¹⁸ La pauta publicitaria corresponde al conjunto de espacios de publicidad, disponibles en los diferentes medios de comunicación, que son seleccionados por un anunciante, agencia de publicidad o central de medios, con base en los estudios de medios, para comunicar un anuncio en un momento determinado o determinable. Página 28 del Informe Motivado.

¹⁹ Informe Motivado, p. 15. Véase: Richard West, *Bond Ratings, Bond Yields and Financial Regulation: Some Findings*, 16 *J.L. & ECON.* 159 (1973); Hans K. Hvide & Aviad Heifetz, *Free Entry Equilibrium in a Market for*

“Por la cual se imponen unas sanciones”

Versión Pública

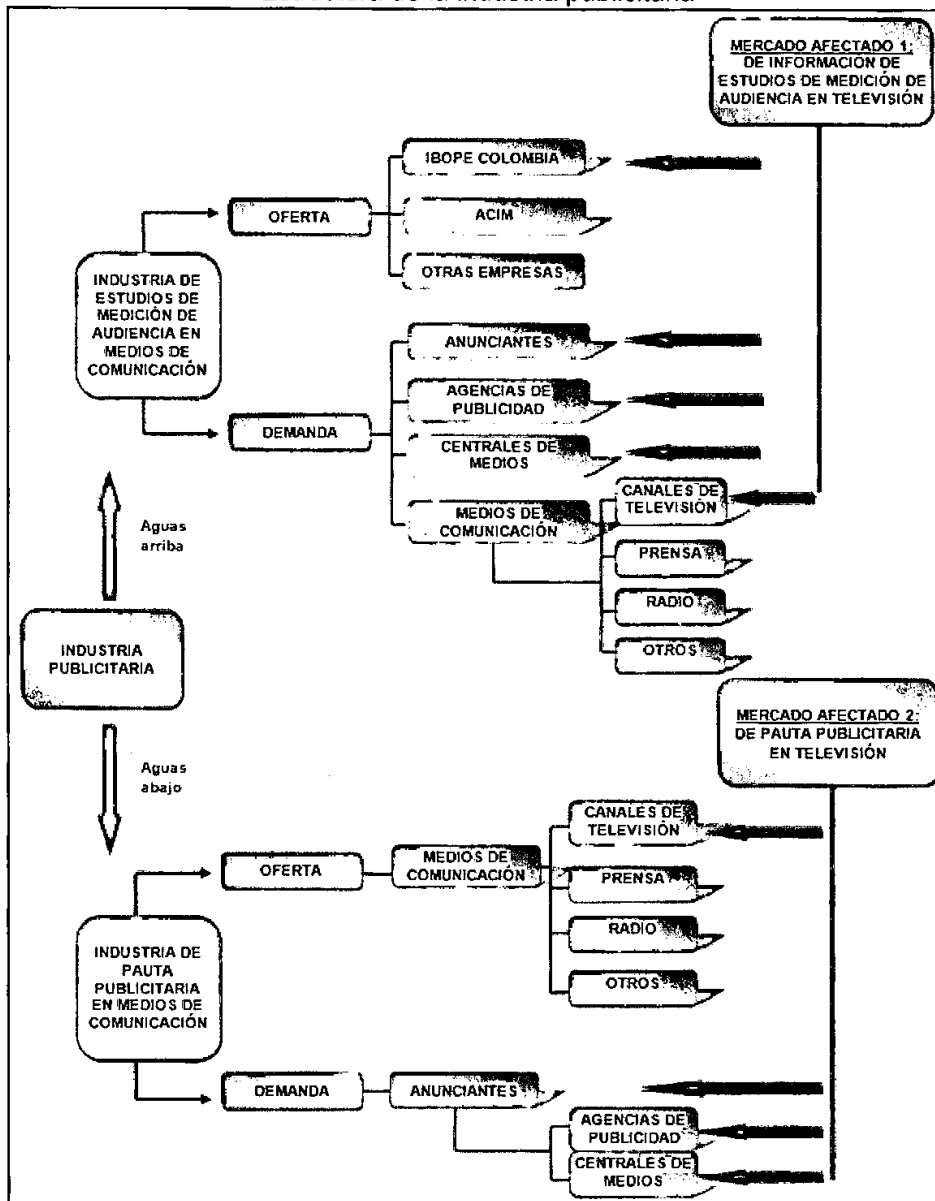
La industria de medición de audiencia, incluye un conjunto de productos que, conforme con lo establecido en el Informe Motivado, se constituyen en mercados particulares en tanto miden los “ratings” de diferentes medios de comunicación. De ahí surge un mercado particular, denominado el mercado de compra y venta de información resultante de los estudios de medición de audiencia en televisión. Los *demandantes* de estos estudios son, a saber, canales de televisión, anunciantes, agencias de publicidad y centrales de medios. Todos estos agentes participan, por el lado de la oferta o la demanda, en el mercado de pauta publicitaria en televisión y tienen dicha información como un insumo básico para la toma de decisiones, en términos de programación de espacios, contenidos y tarifas respecto de emisores de televisión, y, por otra parte, respecto de la inversión publicitaria en tiempo televisivo que genere los mayores retornos financieros y reconocimiento de marca para los anunciantes²⁰.

El Diagrama a continuación resume la dinámica presente entre las industrias de información de audiencia en medios de comunicación y de pauta publicitaria, como parte integrante de la industria publicitaria, destacando los dos mercados afectados y sus participantes:

Certifiers, Working Paper, Mimeo, (25 May 2001); Alessandro Lizzeri, *Information Revelation and Certification Intermediaries*, 30 RAND J. ECON. 214, (1999); Gian Luigi Albano & Alessandro Lizzeri, *Strategic Certification and Provision of Quality*, 42 INT'L ECON. REV. 267 (2001). Kevin Downey, Boston Stink Bomb Over People Meter, *MEDIA LIFE*, 7 February, 2002, available at http://www.medialifemagazine.com/news2002/feb02/feb04/4_thurs/news2thursday.html

²⁰ Como se mencionó, los mercados afectados se encuentran fuertemente vinculados, y el uso que se da a los estudios por parte de los agentes que participan en el mercado de pauta publicitaria en televisión y la importancia que revisten para éstos, se expondrá ampliamente en la sección dedicada a este mercado.

Diagrama No. 1.
Estructura de la industria publicitaria



Fuente: Elaboración SIC

Ahora bien, desde el punto de vista de la oferta, y de acuerdo con la información que reposa en el expediente, en la actualidad en Colombia existen sólo dos agentes que ofrecen información de estudios de medición de audiencia en televisión, IBOPE con los estudios INFOMETER²¹ y TGI²² y la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE ESTUDIOS DE

²¹ A través de este estudio se efectúa la medición electrónica de índices de sintonía en la televisión nacional, esto es, del rating en televisión a nivel regional, local o internacional, así como de medir la participación

RESOLUCIÓN NÚMERO **23890** DE 2011 Hoja N°. 21

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

MEDIOS –ACIM–, con el EGM²³, y sólo uno de ellos, IBOPE, monitorea detalladamente la inversión publicitaria en este medio, mediante su estudio INFOANÁLISIS²⁴.

Sin embargo, respecto de la sustituibilidad por el lado de la demanda, en el Informe Motivado, la Delegatura, al realizar un análisis de características, usos y precios de los estudios que miden la audiencia en televisión, encuentra que INFOMETER e INFOANÁLISIS tienen unas propiedades tan específicas que los agentes que participan en el mercado de pauta publicitaria en televisión, pese a demandar estudios como EGM o TGI, los consideran estudios complementarios mas no sustitutos., teniendo en cuenta, entre otras cosas, que estos dos últimos estudios corresponden a análisis de tipo cualitativo y no cuantitativo como INFOMETER e INFOANÁLISIS²⁵.

En línea con lo anterior, y de acuerdo con la información que reposa en el expediente, es posible afirmar que IBOPE es la única empresa que, por su conocimiento en el tema y la disponibilidad de software y hardware especializado, cuenta con la infraestructura necesaria para proveer al mercado de forma inmediata y detallada, la medición de sintonía y de inversión publicitaria en televisión. No obstante, este Despacho no desconoce a NIELSEN y MEDICIONES y MEDIOS como potenciales competidores de IBOPE en la elaboración de estudios²⁶ y por ello considera que el Informe Motivado desconoce estos potenciales competidores. Con todo, hay que aclarar que, dada la estructura de costos de la industria y del mercado de medición de pauta publicitaria en televisión, posiblemente la industria no pueda demandar más de una medición, en razón a los importantes costos

porcentual de audiencias con respecto a la teleaudiencia total, denominado *Share*. Dicha información es obtenida mediante la utilización de un dispositivo electrónico denominado *People Meter*, el cual se encuentra ubicado en un panel de hogares que forman parte de una "muestra operativa" compuesta por 1.100 hogares en todo el país, en los que se registra minuto a minuto la sintonía de 4.600 personas.

Dicha medición es apoyada por software especializados como IWKS, MMW y Planview, que permiten la consulta, por parte de los destinatarios del estudio, de: 'Ratings' minuto a minuto, audiencia, 'share', 'reach', permanencia, encendido; informes de programación y programas; determinación de pérdidas y ganancias de audiencia; flujo de audiencias; alcance y frecuencia, curvas de audiencia por minuto, rating real time, entre otros, se desarrollan de forma permanente, brindan información completa y detallada. Páginas 31-38 del Informe Motivado.

²² Target Gropup Index –TGI. Es un estudio cualitativo que analiza el comportamiento del consumidor colombiano en el mercado frente a medios de comunicación. Obtiene la información mediante encuestas realizadas de forma individual a personas entre los 12 y 69 años, de los estratos 2 a 6 ubicados en las 17 principales ciudades del país. Los reportes que arroja dicho estudio suministran información sobre los hábitos de consumo de medios de comunicación, de productos y marcas, estilos de vida, opiniones y actitudes, a través de más de 10.000 encuestas a personas y hogares, realizadas anualmente.

²³ El Estudio General de Medios - EGM. tiene como objeto evaluar, de manera simultánea, el consumo y hábitos de consumo de los principales medios de comunicación, identificando la relación entre el consumo de medios y las características demográficas, de consumo de productos y de estilos de vida de la población objeto de la investigación, el universo del estudio está constituido por todos los hombres y mujeres entre 12 y 69 años, de estratos 2 al 6 y residentes de las 17 principales ciudades del país con sus respectivas áreas metropolitanas.

Se realiza bajo la metodología de recordación, en cuyo proceso se indaga a través de entrevista, por el consumo de medios en un periodo. Para el caso de radio, televisión y prensa se habla del consumo en el día inmediatamente anterior al de la entrevista, es realizado anualmente mediante tres etapas u olas.

²⁴ Es el monitoreo múltiple de la inversión publicitaria en los medios de comunicación de televisión, radio, prensa, revistas y publicidad exterior. Mediante este estudio se puede efectuar el seguimiento, registro y análisis de la inversión publicitaria en los canales de televisión nacionales, regionales, locales e internacionales que contraten la medición.

²⁵ Páginas 45-48 del Informe Motivado.

²⁶ Páginas 48-51 del Informe Motivado.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 22

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

hundidos en los que habría de incurrir la empresa entrante, y las posibles ineficiencias de asignación que generaría la existencia de múltiples mediciones.

Al respecto, algunos de los investigados, GABRIEL REYES COPELLO, JUAN FERNANDO UJUETA y ANTONIO JOSÉ GÓMEZ, Representante Legal, Secretario General y Vicepresidente Comercial de RCN, respectivamente; PAULO LASERNA PHILLIPS y ROSA EMILIA FONSECA, Representante Legal y Vicepresidente Comercial de CARACOL, respectivamente; CARLOS OSPINA y PAULINA PARRA, representantes de la UCEP, en fragmento del Acta No. 001 del Comité Directivo, del contrato para la medición de audiencia de televisión e INFOPAUTA manifestaron:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

También PAULO LASERNA PHILLIPS²⁸, una de las personas naturales investigadas, y otros participantes de la industria, entre ellos **canales de televisión, agencias de publicidad y centrales de medios** reconocen la importancia de los estudios efectuados por IBOPE, y consideran que los resultados arrojados por éstos, constituyen la "moneda de cambio" o patrón común de toda la industria publicitaria para participar en el mercado²⁹.

Ahora bien, desde el punto de vista de la industria de pauta publicitaria, y respecto del mercado de pauta publicitaria en televisión, tanto la industria nacional como la industria transnacional consideran los estudios de medición del rating y de inversión publicitaria en televisión como el insumo necesario para la asignación de sus recursos y decisiones de consumo e inversión³⁰.

²⁷ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No. 7, folio 2550.

²⁸ CD obrante en el Cuaderno Reservado No. 26, folio 7731.

²⁹ Según lo manifestado en diligencia de testimonio o declaración de parte por las siguientes personas: ALVARO ARANGO (Cuaderno Reservado 20, folio 6208), CARLOS ALBERTO OSPINA (Cuaderno Reservado 20, folio 6214), ANDRES MESA (Cuaderno Reservado 22, folio 6763), EDISON ZARATE (Cuaderno Reservado 24, folio 7280), LORENCITA SANTAMARIA (Cuaderno Reservado 24, folio 7289), GARY MACBRIDE (Cuaderno Reservado 25, folio 7542), MARGARITA GIRALDO (Cuaderno Reservado 25, folio 7545), JORGE PERCOVICH (Cuaderno Reservado 26, folio 7696) y RICARDO MARIÑO (Cuaderno Reservado 25, folio 7437).

³⁰ Al respecto ver Kaul y Wittink (1995) Empirical Generalizations about the impact of Advertising on Price Sensitivity and Price. Marketing Science Vol. 14 No. 3., Tellis, Chandy MacInnis y Thaivanic (2005) Modeling the Microeffects of Television Advertising: Which Ad works, when, where, for how long and why. Marketing Science Vol 24 No. 3.

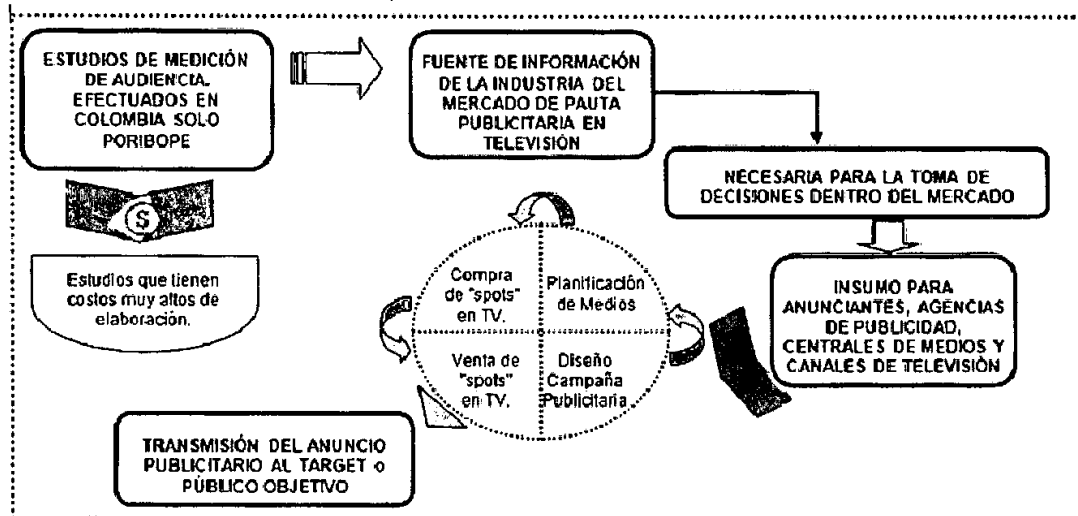
"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Así, la industria se ha orientado a que la información debe ser común a todos los agentes que participan en ella y en tal virtud, han concentrado sus recursos en la financiación de un solo estudio, en orden a establecer un parámetro común o "moneda de cambio" para el desarrollo de sus negociaciones. En este orden de ideas, la potencial empresa competidora debe garantizar la efectiva financiación de sus estudios previo al montaje y puesta en marcha de los mismos³¹.

La dinámica del estudio de medición de audiencia, sus características y carácter de insumo básico para el mercado de pauta publicitaria en televisión se resume de la siguiente forma:

Diagrama No. 2
Estudio de medios insumo para los agentes que participan del mercado de pauta publicitaria en Televisión³²



Fuente: SIC a partir de la información contenida en el expediente No. 09-122453

En ese sentido, por ser ésta la única fuente de información y el insumo básico para los agentes que operan en el mercado de pauta publicitaria en televisión, si el acceso a aquella discrimina, restringe o excluye a algunos de los agentes del mercado podría resultar un esquema restrictivo.

En razón a lo anteriormente expuesto, este Despacho concluye que el funcionamiento del mercado de información de estudios de medición de audiencia en televisión determina el funcionamiento del mercado de pauta publicitaria en televisión, en la medida que el insumo básico a partir del cual definen sus políticas comerciales todos los agentes que participan en el mercado de pauta publicitaria en televisión, oferentes (canales de televisión) y demandantes (anunciantes, agencias de publicidad y centrales de medios), son los estudios INFOMETER e INFOANÁLISIS desarrollados por IBOPE, que constituyen el patrón común o "moneda de cambio" para el desarrollo de sus transacciones.

³¹ Páginas 54-55 del Informe Motivado.

³² Tomado del Informe Motivado pág. 55.

5.3.1.2. La industria de la pauta publicitaria y el mercado de pauta publicitaria en televisión en Colombia

De la sección anterior se deriva que los estudios de medición de sintonía en televisión son una materia prima o insumo que directamente incide en el mercado de pauta publicitaria, toda vez que se le reconoce como un parámetro común para definir la estrategia y políticas comerciales que utilizan las empresas que participan en el mercado de pauta publicitaria en televisión, esto es, los anunciantes, agencias de publicidad, centrales de medios y canales de televisión. En este sentido, resulta necesario para entender la industria de la pauta publicitaria y el mercado de pauta publicitaria en televisión, definir cada uno de los actores que conforman este mercado afectado y la importancia de los estudios de medición de audiencia en la asignación de sus recursos.

En general, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, en la industria de pauta publicitaria en medios de comunicación, la información sobre audiencia producto de las investigaciones de medios, es necesaria para la toma de decisiones de todos los agentes que participan en ésta. Así, para los *anunciantes*, es indispensable en tanto dicha información les permite establecer cuál es el medio más idóneo para publicitar su bien o servicio; para las *agencias y centrales de medios*, porque constituye la herramienta básica para diseñar los planes de medios a ofrecer a los anunciantes; y para *los medios de comunicación* pues con fundamento en la misma definen tanto los contenidos a ofertar como los valores a cobrar por la venta de sus espacios publicitarios a los *anunciantes, agencias de publicidad y centrales de medios*.

Ahora bien, en particular, en el mercado de pauta publicitaria en televisión, por el lado de la oferta se encuentran los canales nacionales³³ e internacionales cuya principal actividad económica corresponde a la venta de *spots* publicitarios. En cuanto a las consideraciones de la demanda, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, es posible establecer que los agentes que demandan la compra de espacios en televisión son los anunciantes pertenecientes a todos los sectores de la economía colombiana, quienes compran dichos espacios directamente o a través de las agencias de publicidad y las centrales de medios, quienes actúan como intermediarios dentro del mercado de pauta publicitaria en televisión. En este sentido, tanto oferentes como demandantes del mercado de pauta publicitaria en televisión utilizan los estudios de medición de audiencia en televisión como insumo básico para la definición de sus políticas comerciales.

Por el lado de la oferta, criterios como el rating, el cual reporta el nivel de audiencia de un programa, el perfil de la audiencia de los programas y el nivel de ocupación de los canales, son elementales para establecer el precio de venta de sus espacios publicitarios. Adicionalmente, dicho estudio es necesario para tomar las decisiones de programación de sus franjas, medir y evidenciar la afinidad del canal con la audiencia y para entender y reaccionar adecuadamente frente a los intereses de los anunciantes y las centrales de medios³⁴.

³³ Entiéndase por canales nacionales a los canales nacionales privados, los canales de operación pública regional y local con y sin ánimo de lucro.

³⁴ Páginas 65-66 del Informe Motivado.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 25

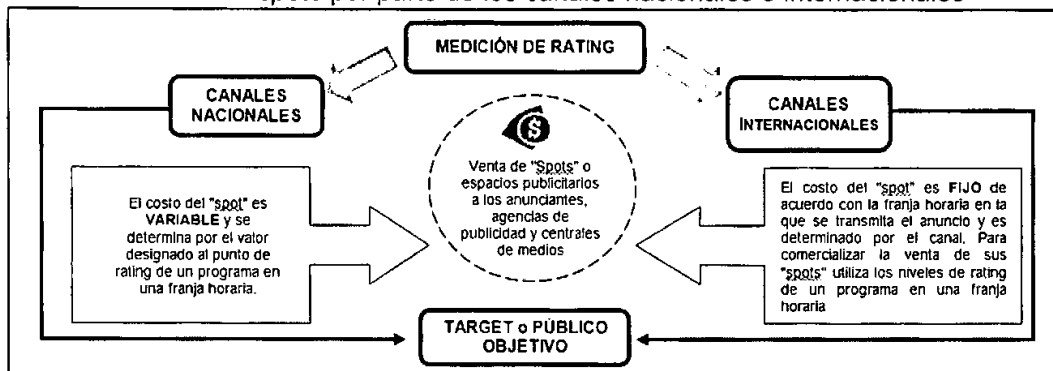
"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Como se indicó en el informe motivado, mientras los canales nacionales privados definen sus tarifas en función del rating de sus programas y la franja horaria en la que éstos se transmiten, estableciendo un Costo por Punto Rating (CPR), los canales regionales, local e internacionales para determinar el costo de sus espacios, si bien no recurren a la modalidad de CPR, utilizan los estudios de medición de audiencia en televisión para fijar las tarifas de sus espacios publicitarios, a partir de sus niveles de audiencia, el perfil de su audiencia y el nivel de ocupación de sus espacios³⁵.

La dinámica de la oferta en este mercado, detallando la forma como los oferentes (canales de televisión en Colombia) definen las tarifas a cobrar por franja horaria con base en el insumo básico (INFOMETER), se resume a continuación:

Diagrama No. 3
Venta de spots por parte de los canales nacionales e internacionales³⁶



Fuente: SIC a partir de la información contenida en el expediente No. 09-122453

En cuanto a las consideraciones de demanda, se determinó que los anunciantes compran los espacios publicitarios directamente o a través de las agencias de publicidad y las centrales de medios, quienes actúan como intermediarios dentro del mercado de pauta publicitaria en televisión. De esta manera, los anunciantes que buscan ofertar sus productos mediante la compra de spots en el canal televisivo que les permita alcanzar el público objetivo específico a quien va dirigida su campaña publicitaria, directamente o a través de las agencias de publicidad o centrales de medios, al momento de seleccionar el espacio publicitario en un canal de televisión, consideran factores como el área de cobertura y la audiencia del canal y el rating del programa. Para conocer los factores referidos, los anunciantes, agencias de publicidad o las centrales de medios se apoyan en los estudios INFOMETER e INFOANÁLISIS desarrollados por IBOPE³⁷.

En efecto, el proceso de intermediación realizado por las agencias de publicidad y las centrales de medios inicia con el estudio del bien o servicio que el anunciante va a promocionar a través de un canal de televisión, para lo cual definen el público objetivo al que va dirigido el mensaje publicitario.

³⁵ Páginas 66-67 del Informe Motivado.

³⁶ Tomado del Informe Motivado pag. 65.

³⁷ Página 69 del Informe Motivado.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23899 DE 2011 Hoja N°. 26

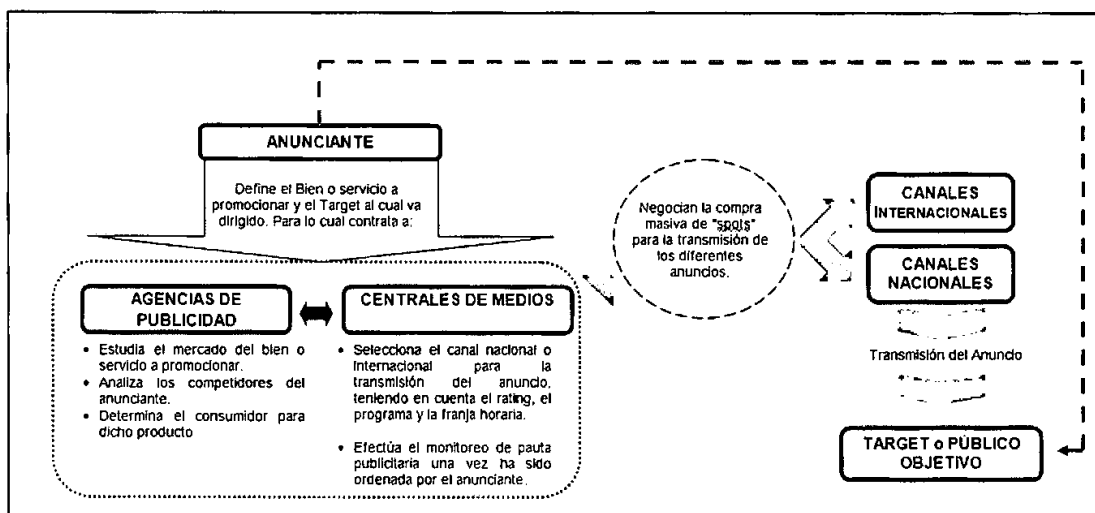
"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Para la identificación del *target*, las agencias y centrales desarrollan la planificación de medios mediante la utilización de los estudios de medición de audiencias, de competencia publicitaria y de comportamiento del consumidor en televisión, con los que seleccionan el canal nacional o internacional, la franja horaria y el programa para la transmisión del anuncio, a efectos de establecer el punto de contacto más eficaz para alcanzar al público objetivo buscado por el anunciante³⁸. Esta planificación de medios se pone a consideración del anunciante, una vez aprobada, las agencias y centrales proceden a negociar con los canales de televisión el costo del *spot* o espacio publicitario seleccionado. Después de ordenada y emitida la pauta publicitaria, la central de medios efectúa el monitoreo de la misma para verificar que se haya transmitido en los espacios contratados y que haya tenido la visibilidad y exposición proyectada en el plan de medios³⁹.

La dinámica de la demanda en este mercado se resume de la siguiente manera:

Diagrama No. 4:
Compra de *spots* por parte de las Agencias Publicitarias y Centrales de Medios⁴⁰



Fuente SIC a partir de la información contenida en el expediente No. 09-122453.

En línea con lo anterior, y conforme con el Diagrama No. 4, las agencias de publicidad ofrecen a los anunciantes la creación, diseño y producción de piezas y campañas publicitarias. Por su parte, las centrales de medios suministran un paquete completo de servicios de investigación de mercados, análisis y recomendación de planes de medios y la ordenación y chequeo de pauta publicitaria a nombre del anunciante, el cual desarrollan con fundamento en los estudios de medición de audiencia y de inversión publicitaria en televisión efectuados por IBOPE.

En ese sentido, se concluye que para anunciantes, agencias de publicidad y centrales de medios, la información de rating y de inversión publicitaria en televisión constituye un insumo básico, toda vez que corresponde al medio que les permite seleccionar el canal de

³⁸ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No. 2, folios 544-553.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Tomado de Informe Motivado pag. 69.

Versión Pública

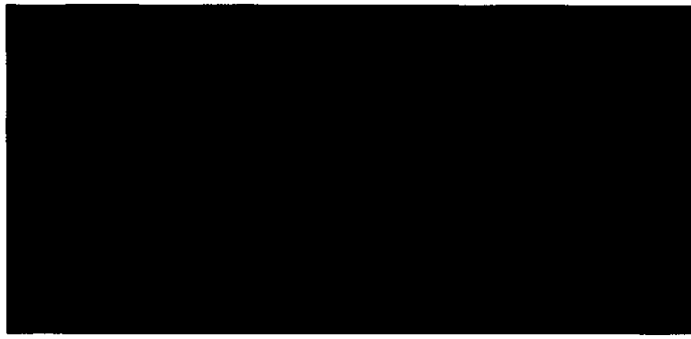
televisión y los espacios publicitarios que logren que sus inversiones sean las más efectivas y generen los mayores retornos financieros. En consecuencia, los estudios INFOMETER e INFOANÁLISIS cobran gran importancia toda vez que se constituyen como el insumo necesario que requieren todos los agentes que participan en el mercado de pauta publicitaria en televisión para asignar eficientemente sus recursos.

Finalmente, resulta importante destacar la posición privilegiada que ostentan los investigados en el mercado de pauta publicitaria en televisión, analizando, por una parte, los ingresos que reciben los canales nacionales privados (CARACOL y RCN) con respecto a los demás canales, por concepto de ventas de los *spots* publicitarios, y de otra parte, la inversión en espacios publicitarios en canales de televisión que las agencias de publicidad y centrales de medios pertenecientes a la UCEP efectúan, con respecto a sus competidores. A continuación se expone la participación, ya sea reflejada en ingresos o en inversión de los investigados en el mercado de pauta publicitaria en televisión.

5.3.1.3 Venta de espacios de pauta publicitaria en televisión

CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., son los dos únicos canales nacionales de operación privada en Colombia, que para el primer semestre de 2009 participaban en conjunto con un 81% de la inversión en pauta publicitaria que realizan los anunciantes, las agencias de publicidad y las centrales de medios en televisión.

Gráfica No. 1.
Inversión en Pauta Publicitaria por Categoría
de Canal de Televisión (I Semestre 2007 - I Semestre 2009)⁴¹



Fuente: Cálculos SIC con base en "Resultados del estudio INFOANÁLISIS", información de CD remitido por IBOPE obrante en el Cuaderno Reservado No. 20, folio 6202. ** Por Tv Nal: Entiéndase televisión nacional privada.

5.3.1.4. Compra de espacios de pauta publicitaria en televisión

La compra de espacios publicitarios en televisión se realiza, en su mayoría, a través de las agencias de publicidad y las centrales de medios.

Previo al análisis de las cifras, este Despacho considera pertinente mencionar que la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS – UCEP – que corresponde a

⁴¹ Tomado del Informe Motivado pág. 71.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 28

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

uno de los investigados que celebró el contrato estudiado, como agremiación de agencias publicitarias y centrales de medios del país, reúne 15 agencias y 9 centrales de medios, las cuales se relacionan en el siguiente Cuadro:

Cuadro No. 1. Afiliados a la UCEP⁴²

AGENCIAS DE PUBLICIDAD	CENTRALES DE MEDIOS
CORPORACION PUBLICITARIA DE COLOMBIA S.A.	BEAT
DDB WORLDWIDE COLOMBIA S.A.	INITIATIVE
J. WALTER THOMPSON COLOMBIA LTDA.	J.H HOYOS & ASOCIADOS S.A.
LEO BURNETT COLOMBIANA S.A.	MASSIVE S.A.
LOWE/SSP3	MEDIA EDGE CIA
MCCANN ERICKSON CORPORATION S.A.	MIND SHARE DE COLOMBIA LTDA.
OGILVY & MATHER S.A.	OMD
PUBLICIS COLOMBIA S.A.	STARCOM
REP GREY WORLDWIDE S.A.	UNIVERSAL-McCANN ERICKSON CORPORATION S.A.
SANCHO/BBDO	
TBWA COLOMBIA S.A.	
YOUNG & RUBICAM COLOMBIA LTDA.	
MAYO PUBLICIDAD COLOMBIA S.A.	
EURO RSCG COLOMBIA S.A.	
MAYO PUBLICIDAD COLOMBIA S.A.	

Fuente: Unión Colombiana de Empresas Publicitarias. Página Web. En: <http://www.ucepcol.com/afiliados.php>. Fecha de consulta: 7 de enero de 2011.

Como se puede apreciar en las Gráficas 2(a) y 2(b), acumulado a octubre de 2010, las agencias de publicidad pertenecientes a la UCEP participaron con un ■% del total de la inversión publicitaria de las agencias de publicidad en canales de televisión en Colombia, y las centrales de medios pertenecientes a la UCEP lo hicieron con ■% del total de la inversión de las centrales de medios en pauta publicitaria en televisión.

⁴² Tomado del Informe Motivado pág. 27.

Gráfica No. 2.

Inversión en Pauta Publicitaria en Televisión: (a) Agencias de Publicidad (b) Centrales de Medios (Acumulado a octubre de 2010)⁴³



Por todo lo anterior, se concluye que quienes conforman el acuerdo que acá se reprocha son agentes que en conjunto ostentan una participación importante en el mercado de pauta publicitaria en televisión. Este poder de mercado conjunto igualmente se traslada al mercado de información de medición de audiencia en televisión, en la medida que el valor a cancelar por el estudio está en función de la participación que el agente demandante tenga en el mercado de pauta publicitaria en televisión, y en tal virtud, los canales nacionales privados (CARACOL y RCN) y las agencias de publicidad y centrales pertenecientes a la UCEP son los que financian los estudios de IBOPE en su mayor parte y de allí su gran poder de negociación e influencia en los dos mercados afectados.

5.3.2. Las conductas anticompetitivas investigadas

Conforme con la Resolución de apertura y el Informe Motivado, las Empresas investigadas fueron acusadas de restringir la libre competencia, por violar los artículos 1 de la Ley 155 de 1959, y los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Todas estas normas están dirigidas a la represión de acuerdos que se consideran restrictivos de la competencia, por objeto o por su efecto.

De los acuerdos anticompetitivos

La Ley 155 de 1959, por medio de la cual se dictaron algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas, en su artículo 1 (modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963) establece que:

"ARTÍCULO 1. Modificado. Decreto Especial 3307 de 1963, Art. 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos"

⁴³ Tomado del Informe Motivado págs. 72 y 73.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 30

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".

El Apoderado de los investigados CARACOL, RCN y la UCEP, de manera sesgada, pues sólo ve una parte de la imputación, interpreta el anterior artículo diciendo:

"A pesar de que no se señaló en el informe motivado cuáles son los presupuestos de la violación al artículo 1 de la Ley, de la redacción de la norma se extrae que su infracción la constituye toda práctica o acuerdo que: (i) tienda a limitar la libre competencia y (ii) tenga como propósito determinar o mantener precios inequitativos en perjuicio de los consumidores".

"De la norma se extrae que la comprobación de la existencia de acuerdos anticompetitivos es necesaria pero no suficiente para configurar una violación a la Ley 155 de 1959, toda vez que, es necesario que las conductas tengan como propósito determinar o mantener precios inequitativos. Al respecto, debe decirse que el informe no hace referencia a cómo la conducta en el caso tiene como propósito determinar precios inequitativos, así como tampoco define siquiera qué son precios inequitativos".

La norma, a diferencia de lo arriba dicho por los Investigados, reprocha tres tipos de actos. En primer lugar, prohíbe los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros. En segundo lugar, y en consonancia con la prohibición anterior, prohíbe en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y⁴⁴ aquellas prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

En relación con la primera parte del artículo, es pertinente traer a colación que la norma busca que las materias primas, los productos o servicios nacionales o extranjeros no se vean restringidos por un acuerdo o convenio⁴⁵ que tenga por objeto limitar su producción, abastecimiento, distribución o consumo. El fin de la norma no es otro que evitar que, por intermedio de acuerdos restrictivos de la competencia, se reduzca la oferta y, por ende, haya un consecuente incremento de precios. Al ser una prohibición por objeto, la norma, no sólo indica el estándar de prueba que pretende necesitar para definir a la conducta como restrictiva, sino que también determina que tales actos tienen una peligrosidad tal que, el mero acuerdo, es por él mismo restrictivo.

Frente al segundo supuesto, doctrina de esta Superintendencia, anterior a la expedición de la Constitución Política de 1991 y del Decreto 2153 de 1992, había considerado que la segunda prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se ha de interpretar teniendo en cuenta que para que una práctica sea restrictiva de la competencia debe, en primer término, tender a limitar la libre competencia, y, en segundo término y de manera simultánea, debe mantener o determinar precios inequitativos. En ese sentido se

⁴⁴ Real Academia de la Lengua Española.- Consulta elevada en el mes de noviembre de 2004, en el desarrollo del expediente No 04-047600. El departamento de español al día, responde: "Según lo entendemos, quedan prohibidas las prácticas, etc., que tiendan a limitar la libre competencia y las medidas que tiendan a mantener o determinar precios inequitativos".

⁴⁵ Véase: Numeral 1, artículo 45, Decreto 2153 de 1992. Dice el numeral citado: "Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas".

resolvieron los primeros casos por prácticas comerciales restrictivas⁴⁶ y se manifestó la jurisprudencia contenciosa administrativa inmediatamente posterior a la promulgación de la Ley 155 de 1959⁴⁷.

No obstante este Despacho se aparta de la anterior interpretación y considera que las prohibiciones derivadas del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 son tres:

- 1) Los acuerdos "*que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros*".
- 2) "*Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*"
- 3) "*Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a*" "*mantener o determinar precios inequitativos*"

Para el caso que nos ocupa, se estudia si las Empresas investigadas desarrollaron uno de aquellos acuerdos "*que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros*". El presente texto no requiere mayor interpretación, ya que el mismo es suficientemente claro. Se prohíben, por objeto, los acuerdos que limiten, esto es, restrinjan de cualquier manera, la producción, el abastecimiento, la distribución o el consumo, de materias primas, esto es insumos necesarios en el proceso de producción.

Esta prohibición, es correlativa con la prohibición del numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Conforme a la misma, están prohibidos los acuerdos que:

"tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos".

Conforme con la lectura que hacen los investigados, esta norma se ha de interpretar así:

"las palabras "por objeto o como efecto" deben ser leídas en forma alternativa y no acumulativa. Un acuerdo es anticompetitivo si tiene por objeto limitar la oferta de un insumo productivo, sin demostrar el efecto de la conducta y viceversa.

⁴⁶ Véase: Resolución No. 005 de 31 de agosto de 1961, del Consejo Directivo de la Superintendencia de Regulación Económica. Se decide sancionar a empresas curtidoras por un acuerdo, siendo la consideración central para justificar la sanción el estudio de la evolución de los precios en el mercado: "*la mayor parte de las empresas curtidoras (el 90% aproximadamente) se agruparon en una organización. Esta entró en acuerdos o convenios con cinco firmas compradoras del cuero crudo en el país las cuales absorben más o menos el 86% de la producción total. La serie estadística anterior muestra los efectos de este acuerdo, en relación con los precios de las pieles crudas*" (Negrilla añadida).

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo; 27 de mayo de 1963; CP: Ricardo Bonilla Gutiérrez. "*las disposiciones del artículo primero de la ley y su parágrafo no establecen limitaciones cuantitativas y se refieren a cualquier clase de acuerdos o convenios (expresión mucho más amplia que las de fusión, consolidación o integración) y tampoco hace distinciones sobre si se trata de morosas que se dedican a una misma actividad productora, abastecedora, distribuidora o consumidora (como se hace en el artículo cuarto), sino que prohíbe esos convenios en cuanto tiendan a determinar precios inequitativos en perjuicio de consumidores o de productores de materias primas*" (Negrilla añadida).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

"Para establecer el objeto de un acuerdo es necesario revisar los términos del mismo para lo cual debe aplicarse el criterio plasmado por la Comisión Europea, según el cual "el propósito perseguido por el acuerdo a la luz del contexto económico en el cual el contrato se deberá aplicar"⁴⁸. Si un acuerdo tiende a producir efectos perniciosos sobre la competencia, deberá caracterizarse como un acuerdo que tiene "por objeto" alguna de las conductas que prohíbe el derecho de la competencia. El acuerdo por objeto por excelencia lo constituye aquel que se basa en el pacto entre competidores para elevar precios ya que es una conducta que nunca o casi nunca tiene efectos positivos en el mercado. Por su parte, aquellos acuerdos que pueden generar efectos positivos en el mercado, deben ser analizados dentro de la categoría "como efecto".

"El quid (sic) del asunto (sic) es balancear los posibles efectos negativos sobre el mercado con los positivos, con lo que se determinará si un acuerdo tiene como efecto una restricción de la competencia".

No es cierto, como dicen los investigadores, que tan solo el pacto para elevar precios sea por excelencia el acuerdo que por objeto es considerado anticompetitivo. Conforme con la misma doctrina de la Unión Europea, muchos otros acuerdos diferentes a la fijación de precios, tales como el control de la producción y la repartición de mercados, son por su objeto anticompetitivos⁴⁹.

Con todo, aunque la interpretación de las normas de competencia efectuada por otras autoridades, como la de Unión Europea o la de Estados Unidos puede ser un adecuado parámetro para interpretar nuestras normas, debido a su similitud en el lenguaje y objetivo común, en el caso de las restricciones mencionadas, aparece claro que la norma colombiana considera que existe una peligrosidad intrínseca en los acuerdos que tienen por objeto la limitación de fuentes de abastecimiento e insumos. En efecto, nuestra norma, a diferencia de la normatividad Europea, define directamente como anticompetitivos por

⁴⁸ Específicamente se hace referencia al caso C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co KG Mediaprint de la Comisión Europea.

⁴⁹ Véase como ejemplo: C-306/96 Javico v Yves St Laurent, [1998] ECR I-1983; Case COMP/29.373 Visa International, European Commission, [2002] OJ L318/17. También véase: Commission Guidelines on the Application of [Article 101 TFEU] [2004] OJ C101/97, §21-22 El texto dice: "21. Se entiende por restricciones de la competencia por objeto aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia. Las restricciones por objeto, tales como la fijación de precios y el reparto de mercados, reducen la producción y aumentan los precios, lo que redundaría en una mala asignación de recursos, pues no se producen los bienes y servicios que demandan los clientes. Suponen asimismo una reducción del bienestar de los consumidores, quienes se ven obligados a pagar precios más elevados por dichos bienes y servicios.

"22. La evaluación de si un acuerdo tiene o no por objeto restringir la competencia se basa en una serie de factores. Entre éstos cabe citar, en particular, el contenido del acuerdo y la finalidad que objetivamente persigue. También puede ser necesario examinar el contexto en el cual se aplica (o se aplicará) y la conducta y comportamiento efectivos de las partes en el mercado (27). Es decir, puede ser preciso estudiar los hechos que subyacen al acuerdo y las circunstancias específicas en que se aplica antes de poder concluirse que una restricción particular constituye o no una restricción de la competencia por objeto. El modo en que un acuerdo se aplica en la práctica puede poner de manifiesto una restricción por objeto aun cuando el acuerdo no contemple expresamente disposiciones a tal fin. Las pruebas de que las partes albergan la intención subjetiva de limitar la competencia constituyen un factor importante, pero no son condición necesaria."

RESOLUCIÓN NÚMERO 07 23890 DE 2011 Hoja N°. 33

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

objeto los acuerdos que taxativamente están señalados en los numerales 1 a 10 del artículo 47 ibídem, así como algunas conductas de abuso de la posición de dominio y los acuerdos referidos a materias primas e insumos establecidos en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En múltiples ocasiones se ha pronunciado esta Entidad en el pasado sobre las conductas por objeto anticompetitivas. Así, por ejemplo, en el caso *Derilac* (1999)⁵⁰ sostuvo la SIC que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 prohíbe tanto los acuerdos que tengan por objeto, como los que tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios, es decir, contempla dos supuestos fácticos distintos e independientes, los cuales comportan un carácter restrictivo de la competencia, sin que sea necesario que se acrediten en forma conjunta o concomitante, bastando simplemente que cualquiera tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad.

Del mismo modo, en el *Caso ANDEVIP*⁵¹ esta Entidad señaló que dentro del contenido del acta correspondiente a la reunión celebrada por los investigados, se apreciaba que las empresas participantes fijaron de manera directa los precios a cobrar por sus servicios. La conclusión se desprendía inequívocamente del texto del documento señalado y del entendimiento que los partícipes tuvieron del alcance del mismo. Las entidades investigadas expresaron el entendimiento de su acuerdo, del cual era claro el objeto de fijar los precios. Por lo cual se configuraba un acuerdo de precios. Igualmente, en el caso *ANATO*⁵², al referirse al objeto de las normas de competencia y su aplicación, la SIC indicó que la norma analizada proscribía tanto el objeto como el efecto de la conducta, de manera que la simple configuración de cualquiera de estos aspectos es suficiente para considerar la existencia de una práctica restrictiva de la competencia. Siendo así, encontramos que el *objeto* se define como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado o el fin con que se produce una acción u operación, sin que sea necesario que el resultado esperado se produzca. En el año 2002, en el caso *ASONAV*,⁵³ la SIC al imponer sanciones a algunos agentes navieros sostuvo que:

"...el objeto en la norma es entendido como la potencialidad de una conducta para causar daño a un mercado, sin que sea menester que el resultado anticompetitivo se produzca, tenemos entonces que este elemento se hace plausible con el comportamiento realizado, pues sin más miramientos, surge de bulto un acuerdo por parte de los distintos agentes marítimos investigados para fijar un valor único a la divisa que es utilizada para la cancelación de fletes".

No fueron ajenos a la posición doctrinal descrita en los casos citados anteriormente, los casos de acuerdos anticompetitivos en los cuales se investigaron distintos distribuidores minoristas de combustibles en el año 2002, pues la SIC, al referirse a la diferencia entre el objeto y el efecto de las normas de competencia sostuvo que:

"La preposición citada encierra dos supuestos fácticos distintos e independientes, cada uno susceptible de configuración propia. Se trata del objeto y el efecto, en este caso atinentes a

⁵⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 27762 de 1999, en contra de DERILAC.

⁵¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 20302 de 2000, en contra de ANDEVIP.

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 39397 de del 25 de Octubre de 2001, en contra de ANATO.

⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 7969 de 2001 adicionada y corregida por la Resolución No. 13328 de 2001, en contra de ASONAV.

la fijación de precios. Estamos frente a una misma preposición jurídica que contiene dos supuestos fácticos distintos e independientes, "...que tengan por objeto o tengan como efecto...", donde cada uno tiene vida y efectos propios, siendo disyuntiva la "o" que los separa. De suerte que la prohibición podrá estructurarse bien sea a partir de su objeto, ya por virtud de su efecto, como sucedió en el presente caso... Por su parte y como se expresara en la resolución impugnada, el efecto se traduce en el resultado que tenga la actividad desplegada dentro de un mercado, con lo cual se produce una modificación o alteración en el mundo exterior".

Así las cosas, la normatividad aplicable a casos como el que nos ocupa, indica que por objeto un acuerdo es anticompetitivo si la norma que lo prohíbe considera que el mismo tiene la potencialidad de causar un daño, siendo su naturaleza potencial de ser restrictiva de la competencia definida mediante la misma norma. Así, tanto el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como el numeral 5 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, consideran que los acuerdos dirigidos a *limitar* la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas o tengan por objeto la *asignación, repartición o limitación* de fuentes de abastecimiento de insumos productivos son acuerdos que, por su objeto, son anticompetitivos.

5.4. Caso Concreto

En lo que hace referencia a la investigación que motiva esta Resolución, este Despacho comparte la conclusión a la que llega el Informe Motivado, según la cual, la existencia de restricciones en el mercado de compra y venta de información de estudios de medición de sintonía en el sector de la televisión, derivadas del acuerdo vertical entre los canales privados nacionales de televisión, RCN TELEVISIÓN S.A. y CARACOL TELEVISIÓN S.A., la Unión Colombiana de Empresas Publicitarias -LA UCEP- y la empresa de mediciones IBOPE COLOMBIA S.A.S., tendría efectos verticales y horizontales restrictivos entre competidores dentro de la cadena de comercialización de pauta publicitaria en televisión.

El contrato revela que, al hacerse dueños del estudio efectuado por IBOPE, los CONTRATANTES se convierten en los únicos proveedores del mismo, lo que podría provocar restricciones verticales y horizontales que se enmarcan en las conductas descritas en los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Respecto de lo dispuesto en el numeral 5, del citado artículo la información resulta ser en este sector un insumo necesario al interior del mercado de compra y venta de pauta publicitaria. Con relación al numeral 10, de la misma norma la información resulta ser indispensable en tanto que, con el acuerdo investigado, se generan barreras que obstruyen la participación en el mercado frente a agencias de publicidad y centrales de medios, por un lado, y canales de televisión, por el otro, quienes, no haciendo parte del acuerdo ven limitada la disponibilidad de información que permita de manera racional y razonada definir políticas individuales de precios y de asignaciones de *spots* de pauta publicitaria.

En ese sentido, uno de los efectos horizontales del acuerdo vertical se deriva de limitar o eliminar competencia de cualquier otro agente participante en los mercados afectados. En el caso concreto, CARACOL y RCN por cuenta del contrato, estarían en la capacidad de evitar competir por la venta de sus espacios, y la UCEP, que agremia agencias de publicidad y centrales de medios estarían en capacidad de evitar competir por la compra de espacios publicitarios. Esta conducta fortalecería las posiciones privilegiadas que los CONTRATANTES tienen en el mercado de compra y venta de pauta publicitaria respecto

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 35

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

de sus competidores, lo cual tendría efectos restrictivos de la competencia si llegasen a limitar el acceso a un insumo o a imponer restricciones a terceros para participar en el mercado, en consideración además de su participación representativa en el mismo.

En concordancia con lo anterior, los posibles efectos colusorios entre los competidores tendrían el mismo origen, cual es la celebración del contrato antes mencionado. En primer término, existiría una limitación a la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas y una asignación y repartición de fuentes de abastecimiento de insumos productivos (Estudios de INFOPAUTA e INFOMETER), que se derivaría de lo dispuesto en las cláusulas 2 y 8 del contrato que perfecciona el acuerdo que acá se reprocha, en las que se establece que CARACOL, RCN y la UCEP son quienes, en su calidad de propietarios del estudio de medios, determinan a quiénes será suministrado el estudio realizado por IBOPE, lo que impediría a su vez el acceso al estudio a cualquier agente del mercado según lo decidan los CONTRATANTES.

Particularmente, los elementos que este Despacho reprocha son:

- (i) Previa autorización por parte de LOS CONTRATANTES y exclusión de CANALES INTERNACIONALES al suministro del estudio de medición de audiencia en televisión.
- (ii) Fijación de tarifas del estudio de INFOMETER e INFOPAUTA por parte de LOS CONTRATANTES a sus competidores.

Conforme con el parágrafo 1 de la cláusula segunda y la cláusula octava del contrato, IBOPE, en su calidad de nudo propietario del estudio, sólo puede vender y comercializar su estudio a aquellos agentes del mercado que los CONTRATANTES autoricen previamente para estos efectos y, en todo caso, no podrán suministrarlo a los canales internacionales, aduciendo que no pueden operar legalmente en Colombia y tienen restringida la contratación de pauta en el país. De igual forma, los CONTRATANTES dieron un plazo de noventa (90) días⁵⁴ a la empresa IBOPE para que diera por terminados los contratos con los citados canales internacionales, excluyéndolos del suministro del estudio.

Dice la cláusula:

"CLÁUSULA SEGUNDA: VENTA A TERCEROS:

PARÁGRAFO 1: La venta a terceros sólo podrá ser negada en los siguientes casos: a) Cuando el comprador sea una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que no opere legalmente en Colombia y/o b) Cuando el comprador sea un medio de comunicación cuya pauta total o parcialmente no esté autorizada por las normas colombianas. En todo caso IBOPE COLOMBIA S.A. tiene hasta noventa (90) días calendario, contados a partir de la firma del presente documento para cancelar y honrar los contratos con los programadores internacionales. Queda claro que los resultados de las mediciones serán

⁵⁴ Mediante otrosí del 28 de mayo de 2009, del contrato para la medición de audiencia de televisión y el servicio de INFOPAUTA, suscrito entre CARACOL, RCN, LA UCEP e IBOPE, se dispuso en su cláusula primera: " el plazo previsto en la CLÁUSULA TRANSITORIA del contrato suscrito el 31 de marzo de 2009, para determinar la continuidad y las condiciones de la venta a terceros y para la suscripción del Anexo 2, se amplía en 30 días más a partir del 1 de junio de 2009." Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 7, folio 2395.

suministrados a estos programadores durante noventa (90) días, al cabo de los cuales se cancelará el servicio en forma definitiva.

[...]

CLÁUSULA OCTAVA: VENTA A TERCEROS: LOS CONTRATANTES en su calidad de usuarios y usufructuarios autorizarán previamente y en cada caso a LA EMPRESA DE MEDICIÓN para el suministro a terceros, de las mediciones, a título oneroso y mediante contrato por escrito, bajo condiciones específicas que serán establecidas por LOS CONTRATANTES. El valor que se cobre a terceros por concepto de los servicios que se suministren deberá establecerse atendiendo parámetros establecidos en el presente contrato y sus Anexos.

PARAGRAFO 1: IBOPE COLOMBIA S.A. entregará a LOS CONTRATANTES, o a quien éstos designen, la información completa sobre las personas naturales o jurídicas distintas de LOS CONTRATANTES a las cuales les está prestando los servicios objeto de este contrato, o cualquier otro servicio que utilice las bases de datos o la información que se produzca en desarrollo de estas actividades, para que LOS CONTRATANTES evalúen la situación y determinen si IBOPE COLOMBIA S.A. puede continuar prestando los servicios, establezcan las tarifas correspondientes, e impartan las instrucciones a IBOPE COLOMBIA S.A. para su correspondiente facturación. [...] ¹⁶⁵

Ahora bien, frente al particular, los Apoderados de los investigados plantean un conjunto de preguntas con el fin de cuestionar el Informe Motivado. En primer lugar, critican la definición que hace el Informe Motivado del estudio de IBOPE como facilidad esencial.

Sugiere el Informe Motivado lo siguiente:

"Como se mencionó, por razones de eficiencia económica el mercado de pauta publicitaria en televisión funciona con la información que solo una empresa efectúa, la cual resulta común a los agentes. En ese sentido, por ser esta la única fuente de información, tiende a resultar indispensable para la industria publicitaria por cuanto se trata de un mercado que funciona primordialmente con la información de medios de televisión a la que los diversos agentes pueden acceder, razón por la cual si el acceso a ella discrimina, restringe o excluye a algunos de los agentes del mercado podría resultar un esquema restrictivo.

"Distintas industrias enlazadas en sus transacciones por un insumo común, genera la esencialidad del mismo. Adicionalmente a la esencialidad, para que la información pueda generar parámetros de comparación, esta debe ser común a todo el mercado, lo que hace que este insumo no sea duplicable, por lo que el mercado tenderá a no tener más de una misma fuente, y sólo en situaciones críticas concurrirá más de una fuente. No es razonable que existan dos estudios, con resultados no siempre análogos, definiendo las interacciones entre los distintos agentes en el mercado, pues, como lo constatan algunos de los testimonios precitados, no sería eficiente para la industria.

"Estas características hacen del estudio de medición de audiencias en televisión una facilidad esencial para el mercado, no sólo para los canales nacionales privados o los canales internacionales, sino para que los anunciantes puedan planear su inversión en publicidad, ya sea directamente o a través de las agencias de publicidad o centrales de

⁵⁵ Comunicación No. 09-122453-00002 del 11 de noviembre de 2009 remitida por la sociedad IBOPE COLOMBIA S.A. obrante en CD ubicado en el Cuaderno Público No. 1, folio 6.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2023890 DE 2011 Hoja N°. 37

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

medios, por lo que los acuerdos que afecten su uso o que generen restricciones anticompetitivas producirán ineficiencias económicas significativas." (Subrayado).

Al respecto, este Despacho se aparta de la aproximación que la Delegatura realiza frente a la caracterización del estudio, definiéndola como facilidad esencial del sector. Si bien existe información suficiente en el expediente que permite concluir que el estudio de medición de audiencia de televisión en Colombia que fue objeto del acuerdo entre los canales nacionales privados CARACOL y RCN, la UCEP e IBOPE es un insumo de información fundamental en la industria, esta circunstancia no implica que deba ser reconocido como una facilidad esencial. Lo anterior, teniendo en cuenta que la doctrina sobre facilidades esenciales llevaría a esta Superintendencia a reconocer de manera inmediata como legítima la celebración del acuerdo y que lo único reprochable hubiese sido la negativa de quienes hacen parte del mismo a dar acceso al estudio a terceros.

En ese sentido, es importante reconocer que esta Superintendencia, mediante la Resolución No. 20065 del 19 de abril de 2010, ordenó abrir la investigación con el fin de determinar si las empresas CARACOL TELEVISIÓN S.A. y RCN TELEVISIÓN S.A., la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS -UCEP-, e IBOPE COLOMBIA S.A.S., actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959 y los numerales 5° y 10° del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y es frente a estas normas que se debe analizar la conducta investigada.

Como quedó expuesto en el Informe Motivado y se desarrolla en la presente Resolución, lo que esta Superintendencia reprocha es la realización de un acuerdo al interior del mercado que restringe el acceso a un insumo fundamental para el sector y los agentes que participan en él.

Es importante además, señalar que en los casos clásicos que desde la teoría económica y la jurisprudencia han sido citados como facilidades esenciales en otras latitudes parten de un punto fundamental y éste es reconocer que quien genera negativa a facilitar el acceso a un bien esencial que se produce es precisamente una empresa o una firma con posición de dominio⁵⁶ en el intento de extender su poder de monopolio desde el segmento del mercado en el cuál es dominante, lo que podría denotarse como la generación artificial de un cuello de botella generado hacia un segmento adyacente que potencialmente resulta competitivo.

La interpretación realizada por la Delegatura, según la cual el estudio es considerado como una facilidad esencial, se fundamenta en que con la realización del acuerdo se dejó de competir y se constituyó una unidad de control y propósito del estudio elaborado por IBOPE otorgándole artificialmente una posición privilegiada dentro del mercado a las empresas participantes del contrato.

Frente a este punto no puede desconocerse que la transacción realizada es una colaboración entre competidores que eventualmente podría considerarse como una integración empresarial al interior de la industria de pauta publicitaria. Sin embargo, no se

⁵⁶ Rey, P. y J. Tirole (2003), A primer on Foreclosure, en Handbook of Industrial Organization, Vol. III, M. Armstrong y R. Porter (eds.), North Holland, New York.

RESOLUCIÓN NÚMERO 11023299 DE 2011 Hoja N°. 38

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

considera procedente profundizar en este punto, dado que no es objeto de investigación y en caso de serlo, sería necesario estudiar la aplicación del principio de *non bis in ídem*.

Ahora bien, en la presente investigación no estamos frente a un caso de abuso de la posición de dominio aun cuando fruto del acuerdo surge una especie de posición de dominio en el mercado de información de medición de audiencia a favor de los canales CARACOL, RCN, y la UCEP e IBOPE. Así, tampoco se observa que la naturaleza y características del estudio contratado, recorra los requisitos que han sido reconocidos como necesarios para determinar la existencia de una facilidad esencial, como son la no sustituibilidad actual o potencial o la imposibilidad para los competidores de seguir ofreciendo sus servicios ante la ausencia de la misma⁵⁷.

Por lo anterior, mal haría esta Entidad en vislumbrar el acuerdo que acá se reprocha a la luz de la doctrina de facilidad esencial y catalogar al estudio de sintonía de televisión en Colombia como tal⁵⁸.

Ahora bien, resulta, por decir lo menos contradictorio, que el Apoderado de CARACOL, RCN y la UCEP desestime el argumento de la facilidad esencial acudiendo a la protección de la propiedad intelectual. La doctrina y jurisprudencia internacional ha coincidido en que, respecto de facilidades esenciales, los derechos de la propiedad intelectual son una de esas facilidades esenciales no tangibles⁵⁹. Con todo, más extraño a la doctrina internacional, es que se considere que existe un derecho absoluto a las negativas a contratar y sobre todo, un derecho absoluto a asociarse con el fin de concertar una negativa a contratar.

En efecto, respecto al derecho a contratar libremente, a lo largo del escrito presentado por el Apoderado de CARACOL, RCN y la UCEP se reitera que la conducta investigada y cuya sanción se recomienda, está justificada en el derecho a libre contratación y asociación, en virtud del cual las personas pueden elegir con quién y bajo qué presupuestos contratan.

Según lo expuesto por el Apoderado, solicitar el pago de un precio que se determina objetivamente por el acceso a un producto o servicio es de la naturaleza de toda transacción comercial. Según el Apoderado, se justifican las conductas objeto de investigación en la existencia de razones objetivas para negarse a distribuir el estudio contratado. En primer lugar, observa que nadie está obligado a proveer un servicio gratuitamente, y, como segunda medida, afirma que nadie está obligado a contratar con quien esté operando sin autorización legal en el país.

No comparte este Despacho la posición arriba expuesta, la cual a pesar de partir de un presupuesto acertado, como lo es el de la existencia y deber de protección de la libertad de contratación, desconoce que dicha libertad encuentra sus límites en la misma Constitución y, por supuesto, en la Ley. De aceptarse la tesis planteada, cualquier conducta

⁵⁷ Caso de la Comisión Europea Port of Rodby. OJ [1994] L155/52, [1994].

⁵⁸ Para una revisión de la historia de la doctrina de facilidades esenciales ver Lipsky y Sidak (1999). Essential Facilities. Stanford Law Review Vol 51 No. 5 pag. 1187-1248,

⁵⁹ Véase EU: COMP/37.792, Microsoft [2004]; Caso C-241, 242/91P ECJ, Magill [1995] ECR I-743. Comisión Europea de la Competencia. OJ [1989] L-78/43 ; Caso C 418-01 del 2001 ECRI-5039 IMS Health [2004]; C-7/97 [1998] ECR I-7791, 4 CMLR 112 Oscar Bonner v Mediaprint.[1999].

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

anticompetitiva sería justificable con el hecho de estar plasmada como una estipulación contractual y respaldada por razones que para los contratantes son objetivas.

5.4.1. Marco Constitucional del derecho a contratar libremente

El artículo 38 de la Constitución Nacional consagra el derecho a la libre asociación en los siguientes términos:

"Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad."

Así mismo, sobre la autonomía de la voluntad privada, la Corte Constitucional se ha pronunciado como a continuación se muestra:

"La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad"⁶⁰. (Subrayado)

Conforme a lo anterior, si bien existe un reconocimiento constitucional a la libre asociación y la autonomía de la voluntad es considerada como la libertad con que cuentan los contratantes para realizar negocios conforme a su conveniencia, dicha libertad no es ilimitada y encuentra como una de sus talanqueras la de la protección del interés general. Es decir, a través de convenciones particulares no pueden pactarse obligaciones o estipulaciones que afecten o puedan afectar el interés general.

Por su parte, el derecho a la libre competencia económica es considerado por la misma Constitución como de interés general,⁶¹ y constitutivo de responsabilidades para los administrados. Al respecto, en la Sentencia C- 228 de 2010⁶², la Corte Constitucional consideró que:

"(...) existe competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la libre

⁶⁰ Sentencia T-338 de 1993. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

⁶¹ ARTICULO 333. "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la Ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La Ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación." (Subrayado)

⁶² Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas.

competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas". (Subrayado)

La misma Corte también ha señalado que:

"Se reconoce y garantiza la libre competencia económica como expresión de la libre iniciativa privada en aras de obtener un beneficio o ganancia por el desarrollo y explotación de una actividad económica. No obstante, los cánones y mandatos del Estado Social imponen la obligación de armonizar dicha libertad con la función social que le es propia, es decir, es obligación de los empresarios estarse al fin social y a los límites del bien común que acompañan el ejercicio de la citada libertad. Bajo estas consideraciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades"⁶³. (Subrayado)

De acuerdo con lo anterior, considera este Despacho que las conductas endilgadas no pueden ser justificadas en virtud del derecho a la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad de las partes involucradas. Es clara la imposibilidad de ejercer este tipo de derechos cuando a través de los mismos se infringe o amenaza un interés de tipo colectivo y que puede afectar el correcto funcionamiento de un mercado específico. No existe por lo tanto, una facultad de abstenerse de contratar cuando a través de su ejercicio se restringe u obstruye el acceso a los mercados.

No desconoce esta Superintendencia la posible existencia de restricciones contractuales no anticompetitivas; sin embargo, para su identificación es necesario un análisis caso por caso que cobije las condiciones específicas del mercado sobre el cual se presentan. A continuación, procederá el Despacho a revisar los argumentos por los cuales se considera en el escrito de opiniones al Informe Motivado que el contrato suscrito no constituye una infracción al régimen de protección de la competencia.

5.4.2. Precedentes internacionales

En razón a que el caso bajo estudio, dice el Apoderado de CARACOL, RCN y la UCEP, es un caso de primera impresión, su escrito cita los requisitos planteados por la Corte Europea de Justicia en el caso *Bronner*⁶⁴ para determinar cuándo es una negativa a contratar anticompetitiva, luego de lo cual concluye que la situación actualmente estudiada no recorre dichos elementos y por lo tanto, no puede considerarse restrictiva de la competencia.

De acuerdo con el mencionado precedente, se considera que la negativa a contratar puede constituir un abuso de posición dominante cuando: (i) tenga como consecuencia probable la eliminación de la competencia en el mercado "aguas abajo"; (ii) no exista una justificación objetiva para la restricción; (iii) el acceso debe ser indispensable para el funcionamiento del negocio de otras personas y (iv) no puede haber sustitutos actuales.

⁶³ Sentencia C-815 de 2001. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁴ Caso Oscar Bonner v Mediaprint. C-7/97 [1998] ECR I-7791, [1999] 4 CMLR 112.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 41

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

potenciales. Específicamente, el Caso *Bronner* trae a colación los preceptos aplicados en el Caso *Magill*⁶⁵ de la siguiente manera:

*"40. En la sentencia Magill, el Tribunal de Justicia consideró que dichas circunstancias excepcionales estaban constituidas por el hecho de que la negativa controvertida afectaba a un producto (información acerca de los programas semanales de algunas cadenas de televisión) cuya entrega resultaba indispensable para el ejercicio de la actividad en cuestión (edición de una guía general de televisión), ya que, sin la citada entrega, la persona que deseara ofrecer tal guía se hallaba en la imposibilidad de editarla y de ofrecerla en el mercado (apartado 53), que la citada negativa obstaculizaba la aparición de un producto nuevo para el cual había una demanda potencial por parte de los consumidores (apartado 54), que no estaba justificada por consideraciones objetivas (apartado 55) y que podía excluir cualquier competencia en el mercado derivado (apartado 56)"*⁶⁶.

A pesar de que a través de los casos citados, se busca demostrar que autoridades de competencia internacionales han reconocido la posibilidad de restringir o negarse a contratar en ejercicio de la libertad de las personas para negociar libremente bienes y servicios, es relevante mencionar que los casos *Bronner* y *Magill* son sustancialmente diferentes al caso analizado y por ello, su comparación resulta anti-técnica, pues no comparten ni los supuestos de hecho ni de derecho que permitirían llegar a las mismas consecuencias jurídicas en diferentes jurisdicciones

En efecto, conforme con los requisitos plasmados por la Corte de Justicia Europea en materia de negativa a contratar, éstos se aplicaron respecto de circunstancias de hecho que apuntaron al ejercicio de la posición de dominio en un mercado, situación en donde, desde el punto de vista jurídico, se investigaba una infracción basada en abusos de posición dominante y no en un acuerdo anticompetitivo⁶⁷ como al que se refiere la presente actuación. Si bien la intención del Apoderado es escindir la conducta del análisis de los argumentos sobre libertad contractual, es claro que no se trata de supuestos de hecho ni de derecho a partir de los cuales se pueda llegar a una misma regla jurídica como es pretendido.

En la misma línea, debe diferenciarse una negativa a contratar realizada por un agente o incumbente en un mercado específico con posición de dominio sobre un insumo, de aquella acordada por dos o más competidores o participantes en alguno de los eslabones de la cadena de valor, a través de un instrumento contractual. En el primer caso, la empresa que ejerce el control sobre el insumo ya lo ha adquirido o creado previamente y actúa de manera autónoma en el libre juego del mercado, con el riesgo que conlleva eventualmente incurrir en un abuso de su posición. Por su parte, en el segundo caso, varios agentes confluyen y unen sus voluntades para implementar la restricción exclusiva, lo que en principio constituye una conducta reprochable, independientemente de si la afectación se presenta en el mercado descendente o ascendente o si el insumo es indispensable o sustituible.

⁶⁵ Véase: Casos C-241, 242/91P ECJ, [1995] ECR I-743. Comisión Europea de la Competencia. OJ [1989] L-78/43

⁶⁶ Véase <http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust/iju61990.html>

⁶⁷ Véase: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0007:ES:HTML>

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 42

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

En el presente caso, la conducta investigada gira alrededor de un contrato en el que participaron los dos principales agentes competidores en el mercado de pauta publicitaria en televisión y en virtud de cual, se somete el acceso a un insumo a la voluntad de dichos competidores. En este punto, vale la pena remontarse a la doctrina norteamericana, también ampliamente citada por el Apoderado de CARACOL, RCN y la UCEP, y recordar el caso *Eastern States Retail Lumber Dealers' Ass'n v. United States*⁶⁸, donde un acuerdo concertado trató de ser justificado por las empresas investigadas a través de la existencia de un derecho exclusivo a contratar. Sin embargo, la Corte señaló que un acto individual puede ser inofensivo, pero cuando es realizado por varios puede constituir una conducta sancionable. El principio creado a partir de este caso, ha sido sintetizado por la doctrina en los siguientes términos:

*"A pesar de que cualquier comerciante individualmente considerado puede negarse a negociar con cualquier otro agente del mercado por cualquier razón, los competidores en el plano horizontal, no pueden actuar concertadamente para inhibir el acceso al mercado a cualquier otro agente económico, únicamente con el fin de evitar la competencia entre ellos. (...)"*⁶⁹.

Adicionalmente, en el caso *Associated Press v United States*⁷⁰, la empresa investigada expuso el argumento según el cual, por ejercer un derecho de propiedad sobre la información cuyo recaudo provenía de sus propios esfuerzos y sagacidad, tenía la posibilidad de disponer de ella y contratar a su arbitrio. Al respecto, la Corte fue clara en señalar que

*"si bien es cierto en un sentido muy general cualquier persona puede disponer de sus bienes, no puede ir más allá del ejercicio de este derecho y por contratos, de manera expresa o implícita indebidamente obstaculizar o impedir el libre flujo de comercio"*⁷¹.

Así las cosas, contrario a lo expuesto en el escrito de opiniones al Informe Motivado, la libertad contractual de los investigados no puede ser interpretada como la justificación a las restricciones plasmadas en el contrato suscrito entre ellas. De igual manera, no puede extenderse la regla aplicada en los casos *Magill* y *Bronner*, a investigaciones relacionadas con acuerdos anticompetitivos, en donde como en este caso, es la misma estipulación la que le otorga a los contratantes el control sobre el insumo cuyo acceso se restringe.

5.4.3. Legitimidad de la restricción

El Apoderado de CARACOL, RCN y la UCEP, tal como se indicó atrás, considera que, además de la legalidad de la conducta de las investigadas fundada en la libertad contractual y de asociación, la razón por la cual se **justifica la negativa concertada a contratar está fundada en elementos objetivos**, así:

⁶⁸ 243 U.S. 600, 34 S Ct. 951, 58 L. Ed.1490 (1914). Lawrence A. Sullivan. The Law of Antitrust an Integrated Handbook. (2000). pg 266 y ss.

⁶⁹ Lawrence A. Sullivan. The Law of Antitrust an Integrated Handbook. (2000). pg 267. Traducción libre.

⁷⁰ 326 US 1 (1945). Elhaug and Geradin. Global Competition Law and Economics. pg 138 – 140.

⁷¹ Ibidem.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

"(i) nadie está obligado a proveer un producto gratuitamente y (ii) nadie está obligado a contratar con quien esté operando sin autorización legal en Colombia, o cuya venta de publicidad no está autorizada por las normas legales colombianas".

Tal como lo indica una de las cláusulas consideradas por el Informe Motivado como restrictiva de la competencia, la venta a terceros podría ser negada cuando el comprador fuera una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que no operara legalmente en Colombia y/o cuando el comprador fuera un medio de comunicación cuya pauta total o parcialmente no estuviera autorizada por las normas colombianas⁷².

Del mismo modo, el Apoderado rechaza la interpretación dada en el Informe Motivado y la considera antitécnica pues dice que, conforme con la doctrina y jurisprudencia Europea, cita el Caso 7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co KG Mediaprint* de la Comisión Europea, con el fin de que se castigue la negativa a contratar, deben confluir cuatro requisitos, de los cuales, uno de ellos indica que no hay justificación objetiva para la negativa a contratar. No obstante, en criterio de este Despacho, los argumentos esgrimidos por los Apoderados no son de recibo, como se expone a continuación.

En primer lugar, para dejar claro el objeto de la conducta, hay que distinguir los mercados en que la misma se ejecuta. Conforme con el objeto del contrato, IBOPE se obligaría a desarrollar un conjunto de estudios de medición de audiencia en televisión. Dichos estudios, conforme con el pasado de IBOPE, se solían vender principalmente a participantes en el mercado de pauta publicitaria, pero también a participantes de otros mercados que requerían de la información producida por IBOPE.

En el escrito de opiniones al Informe Motivado, se afirma por parte del Apoderado de CARACOL, RCN y la UCEP lo siguiente respecto a la posición asumida frente a los canales internacionales:

*"El acceso al estudio solo se negó una vez a los canales internacionales y por un tiempo determinado. La negación se fundamentó en un concepto técnico jurídico proferido por un tercero independiente de las investigadas, en el cual constaba que la venta de pauta publicitaria por parte de los canales internacionales en Colombia era ilegal. La negación temporal, según algunos canales internacionales, no afectó la operación de los canales internacionales en el mercado"*⁷³.

Para este Despacho, el argumento expuesto no es suficiente para desvirtuar la conducta acusada, pues como se pudo constatar con la información recaudada por la Delegatura, los investigados realizaron una secuencia de actividades encaminadas a bloquear el acceso al estudio de medición a los canales internacionales. La primera de tales conductas fue precisamente la inclusión del parágrafo según el cual la venta a terceros podría ser negada cuando dicho tercero fuera una persona natural o jurídica, nacional o extranjera que no operara legalmente en Colombia⁷⁴.

⁷² Parágrafo 1 de la cláusula segunda del Contrato para la Medición de Audiencia de Televisión y el Servicio de Infopauta. Obrante entre folios 1437 y 1442 del Cuaderno Reservado 3.

⁷³ Pg 3 y 4 del documento de opiniones al informe motivado obrante en el Cuaderno Público 68.

⁷⁴ PARÁGRAFO 1: La venta a terceros sólo podrá ser negada en los siguientes casos: a) Cuando el comprador sea una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que no opere legalmente en Colombia y/o b) Cuando el comprador sea un medio de comunicación cuya pauta total o parcialmente no esté autorizada por las normas colombianas.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 44

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Varios casos relacionados con la negativa concertada a contratar permiten indicar que, en otras jurisdicciones, negativas a contratar concertadas entre competidores como la planteada por el Apoderado, son consideradas por objeto anticompetitivas. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *FOGA*⁷⁵, condenó como ilegal e injustificada la negativa a contratar que desarrollaron los diseñadores de moda a aquellos distribuidores que también adquirirían y vendían ilegalmente diseños de moda provenientes de diseñadores "piratas", esto es, quienes copiaban los modelos desarrollados por los diseñadores miembros de *FOGA*.⁷⁶ Sobre el particular dijo la Corte:

*"La Comisión se negó a escuchar la mayoría de las pruebas que los peticionarios deseaban ofrecer sobre este tema. Como hemos señalado, sin embargo, el objetivo de la concertación de los peticionarios fue la destrucción intencional de un tipo de fabricación y venta que competía con los miembros del gremio. El propósito y el objeto de esta combinación, su potencia, su tendencia al monopolio, la coerción que quisieron y pusieron en práctica sobre un modo de rival de competencia, todos llevados a cabo dentro de la política de las prohibiciones declaradas por el Sherman Act y el Clayton Act... En estas circunstancias, no fue un error negarse a escuchar la evidencia ofrecida, la razonabilidad de los métodos llevados a cabo por la concertación para lograr su objeto ilegal es no más material del que sería razonable de los precios fijados por una concertación ilegal. Cf. *Thomsen v. Cayser*, 243 U. S. 66, 243 U. S. 85; *United States v. Trenton Potteries Co.*, 273 U. S. 392, 273 U. S. 398; *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U. S. 150, 310 U. S. 212-224. Tampoco puede justificarse la combinación ilegal con el argumento de que la copia sistemática de diseños de vestido es un agravio, o debe ahora ser declarada así por nosotros. En primer lugar, si la conducta es o no dañina es una cuestión de derecho Estatal, bajo nuestra decisión en *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U. S. 64. En segundo lugar, incluso si copiar diseños fuera un agravio reconocido en virtud de la legislación de cada Estado, esa situación no justificaría que los peticionarios concertadamente regulen y restrinjan el comercio interestatal en violación de la ley federal. Por estas razones, los principios declarados en *International News Service v. Associated Press*, 248 U. S. 215, no pueden servir para legalizar la concertación ilegal de los peticionarios..."⁷⁷*

En el presente caso, como ocurrió en el caso citado, la obstrucción se concretó con la interpretación unilateral realizada sobre el cumplimiento de las normas por parte de los canales internacionales. Efectivamente, al momento de la suscripción del contrato no existía un pronunciamiento expreso por parte de la autoridad competente, la Comisión Nacional de Televisión⁷⁸, sobre la legalidad o ilegalidad de la actividad de dichos canales, razón por la cual, no estaba en cabeza de las investigadas su definición y mucho menos justificar la restricción en una ilegalidad que no había sido declarada, más aun cuando el estudio venía siendo ofrecido y vendido a dichos canales, y sólo hasta la suscripción del contrato se interrumpió su suministro.

En lo que respecta a la existencia de un concepto jurídico solicitado a un tercero, en virtud del cual se busca soportar la posición asumida, debe tenerse en cuenta que dicho concepto representa una interpretación particular de un experto, que si bien probablemente

⁷⁵ *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 US 457 (1941)

⁷⁶ *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 US 457 (1941)

⁷⁷ *Fashion Originators' Guild of America v. FTC*, 312 US 457, 467-468 (1941)

⁷⁸ A través del Acuerdo No. 005 del 1 de octubre de 2009, la Comisión Nacional estableció que los canales internacionales no debían cumplir con lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 182 de 1995, relacionados con el requisito de porcentajes mínimos de programación.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23880 DE 2011 Hoja N°. 45

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

denota un interés de las empresas en entender a fondo el tema, no puede considerarse como el elemento que exime cualquier tipo de conducta anticompetitiva basada en tal interpretación.

En segundo lugar, tal y como lo expone la Delegatura en su Informe, luego de la decisión tomada por parte de la Comisión Nacional de Televisión en el Acuerdo No. 005 del 1 de octubre de 2009, las autorizaciones para la venta del estudio fueron otorgadas de forma retardada. Prueba de lo anterior, lo constituye el cruce de comunicaciones entre IBOPE y los representantes de RCN, CARACOL y la UCEP obrantes en el expediente e incluidas en el respectivo Informe Motivado⁷⁹.

Es así como, luego de ser enviada una comunicación el día 7 de octubre de 2009⁸⁰ por parte de IBOPE en donde se le solicita a CARACOL, RCN y la UCEP que se autorizara la venta del estudio a los canales internacionales⁸¹, sólo se recibió respuesta a dicha solicitud hasta el día 05 de noviembre de dicho año, a través de la siguiente comunicación:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

En la respuesta transcrita no sólo se hace un reconocimiento expreso de la supuesta ilegalidad anterior al pronunciamiento de la Comisión Nacional de Televisión, sino que se plantea, de forma directa, una nueva barrera al señalar que tanto las condiciones como las tarifas para la venta a estos canales debían ser establecidas por el Comité de Tarifas, elementos que este Despacho estudiará más adelante.

⁷⁹ Ver Informe Motivado páginas 110-115.

⁸⁰ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No. 7 a folios 2363-2369.

⁸¹ En la mencionada comunicación expresamente se señala entre otras cosas, la siguiente: "Como quiera que las circunstancias jurídicas han cambiado fundamentalmente en virtud de la expedición de Acuerdo No. 005 del 1 de octubre de 2009 emanado de la junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión por medio de la cual se modificó el artículo 14 del Acuerdo 01 de 20056 y que a raíz del mismo IBOPE ha recibido un cúmulo de nuevas solicitudes de prestación del servicio, que hoy no están cubiertas por las supuestas inhabilidades manifestadas por ustedes, nos permitimos manifestar a ustedes que IBOPE Colombia se dispone a hacer el mencionado acuerdo –que hoy goza de presunción de legalidad- regula funcionamiento de los canales mencionados. Así lo entendieron LO CONTRATANTES en su comunicación CRU-009-21-10-09 de fecha 21 de octubre de 2009, al responder la solicitud de IBOPE ante una petición de Fox Channels Colombia Limitada en la cual reitera el interés de esta compañía en la adquisición de la información de ratings para el territorio colombiano."

Por último, no debe dejarse de lado que la supuesta ilegalidad, tampoco podía ser la justificación para una restricción en un mercado del cual CARACOL, RCN y la UCEP tienen diferentes intereses. Es decir, si en gracia de discusión se entendiera como ilegal la actividad de los canales internacionales en el mercado de la pauta publicitaria dentro del territorio Colombiano, ésto no podía ser el motivo por el cual se negara el acceso a la compra del estudio de medición de ratings pues podía ser posible que los canales internacionales compraran el estudio con una razón o por unos fines a los de hacer parte del mercado de pauta publicitaria, fines que son del resorte interno del comprador del informe. En efecto, a manera de ejemplo, puede afirmar que el estudio podía comprarse para fines estadísticos, de prospección de mercados o incluso con el fin de tomar decisiones estratégicas de inversión.

5.4.4. Sobre la existencia de derechos de autor

También afirma el Apoderado de CARACOL, RCN y la UCEP que el estudio de medición de audiencia encaja dentro de la definición de "Derechos de Autor", por lo que el documento suscrito es un contrato de obra por encargo, en virtud del cual los derechos patrimoniales son conservados por quien realiza el encargo, en este caso, las mencionadas empresas investigadas. De acuerdo con la posición planteada, existía una facultad de explotar el estudio de manera exclusiva y excluyente que derivaba en la obligación de no distribuirlo de forma gratuita u onerosa.

Los argumentos expuestos por el mencionado Apoderado no son de recibo, pues como se expone a continuación, al igual que ocurre con el ejercicio de la libertad de contratación, los derechos de propiedad intelectual encuentran límites en la protección del bien común, representado en este caso por la libre competencia económica. En consecuencia, no es cierto que los derechos de autor anulen de manera inmediata y general la obligación de respetar las normas del derecho de la competencia.

En cualquier caso, no se comparte la afirmación del Recurrente sobre la existencia de derechos de autor, en tanto no se observan los elementos constitutivos de este tipo de derechos, como son la originalidad de la obra y los requisitos del contrato de obra por encargo. Adicionalmente, el Apoderado parte del supuesto errado de la titularidad de un derecho de autor derivado de la creación de una obra por parte de una persona jurídica, desconociendo con la posición planteada que en el régimen colombiano sólo pueden crear obras literarias o artísticas las personas naturales. Veamos:

Relación entre los derechos de propiedad intelectual y la protección de la libre competencia

La característica esencial de los derechos de propiedad intelectual está constituida por el derecho de exclusión que confiere el Estado a su titular sobre la posibilidad de explotar los bienes inmateriales objeto de tutela. Estos derechos de exclusión consisten en la facultad del titular del derecho de prohibir o impedir que los terceros aprovechen económicamente el bien respectivo. Por su parte, el derecho de la competencia tiene como objetivo mantener los mercados abiertos para un libre acceso a los mismos. A pesar de que la situación descrita puede ser considerada como el origen de tensiones entre las dos áreas del derecho, es claro que existe más una relación de complementariedad entre ellas debido al fin común que persiguen: el bienestar de los consumidores.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 47

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Para algunos autores, posición que comparte esta Entidad, los derechos que confiere la propiedad intelectual, no deben ser tratados de manera diferente a cualquier otro tipo de derecho sobre la propiedad. Es decir, la propiedad industrial y los derechos de autor no necesariamente otorgan a sus titulares una posición de dominio en un mercado específico. Así por ejemplo, un libro científico puede competir en el mercado con otros libros relacionados con el mismo tema o una patente puede encontrar sustitutos en otro tipo de patentes utilizables para un mismo fin.

De tal suerte, el análisis a realizar no se aparta del que se haría en relación con el ejercicio de derechos de propiedad físicos en donde la exclusión al acceso puede o no afectar la libre competencia. Si una patente otorga a una empresa una posición de dominio en el mercado, seguramente un abuso de la misma deberá ser sancionado por las autoridades de competencia

Es así como, a pesar de tratarse de derechos cuyo tratamiento es diferente debido a las atribuciones que se les otorga a sus titulares, dichas atribuciones no pueden representarse en un abuso del derecho que afecte la debida protección del interés social. De tal suerte, el ejercicio de este tipo de derechos puede o no afectar la libre competencia en el mercado, dependiendo de la forma como estén siendo ejercidos⁸². Muestra de lo anterior, son las investigaciones iniciadas y sanciones impuestas por diversas autoridades a nivel mundial en casos relacionados con los mercados tecnológicos⁸³.

En consecuencia, es viable sostener que los derechos de exclusión derivados de la propiedad intelectual restringen el acceso de terceros a ejercer determinadas conductas económicas respecto de las ventajas ofrecidas por dichos bienes, pero también, que los mismos no tienen por finalidad la restricción de mercados.

Además, como se verá a continuación, las consideraciones sobre la existencia de derechos de autor en el presente caso se ven desvirtuadas cuando se revisan las normas sobre la materia.

La supuesta existencia de derechos de autor no autorizaba a los investigados a celebrar un acuerdo que tenía por objeto impedir el acceso de terceros al mercado, como ocurrió en el presente caso con el contrato objeto de análisis.

De cualquier manera, en el caso específico, contrario a la posición planteada por el Apoderado de CARACOL, RCN y la UCEP, este Despacho no considera que existen derechos de autor involucrados. La Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y la Ley 23 de 1982 son las normas que rigen este tipo de derechos en Colombia. Así, la primera de ellas define "obra" en los siguientes términos:

"Obra: Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma." (Subrayado).

⁸² E. Elhaug and D. Geradin, Global Competition Law and Economics. Hart, pg. 192.

⁸³ Véase: *Microsoft v Comisión Europea T-201/04 [2007]* e *Intel COMP/C-3/37.990 - 2009/C 227/07, entre otros*. Para una presentación detallada del caso ver Whish (2009) Competition Law, Oxford University Press, Sexta Edición pg. 790.,

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 48

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Respecto a la originalidad, la Dirección Nacional de Derechos de Autor ha señalado que "*La originalidad no puede confundirse con la novedad de la obra, la originalidad se constituye en el sello personal que el autor imprime en su obra y que la hace única*"⁸⁴. (Subrayado).

En el mismo sentido, la doctrina reconoce que la misma "(...) *se referirá a la singularidad que tiene la obra por reflejar la impronta de su creador*"⁸⁵.

En el presente caso, se observa que el estudio calificado como obra por parte del Apoderado de CARACOL, RCN y la UCEP carece del requisito de originalidad, pues en el mismo escrito de opiniones al Informe Motivado se afirma que "(...) *el estudio está acorde con las recomendaciones internacionales relacionadas con la materia (...)*", razón por la cual no es posible afirmar la existencia de una injerencia o sello personal de un autor que a estas alturas se desconoce, ni se notan rasgos de su personalidad o de su personal forma de expresión según su percepción del mundo exterior para que pueda atribuírsele al documento el carácter de obra y menos original.

De cualquier manera, y en gracia de discusión, sobre lo único que podría eventualmente existir originalidad sería sobre la forma de presentación del estudio y no sobre los hechos que reflejan los contenidos del informe, los cuales son inapropiables, como quiera que obedecen a datos objetivos o mera información, que aunque útil para adelantar una estrategia, no es objeto de protección por el derecho de autor, como no lo son los datos personales, conductas de consumo o preferencias electorales, entre otros. Teniendo en cuenta lo anterior, y a pesar de que el presente no es un análisis sobre el carácter de obra que puede tener el estudio elaborado por IBOPE, no son aceptables los argumentos del Apoderado, ante la ausencia de los parámetros propios de la originalidad.

Además, para este Despacho el contrato suscrito por las investigadas tampoco cumple con los requisitos que a través de la doctrina se han desarrollado respecto a la obra por encargo. La Ley 23 de 1982 define este tipo de contratos, en los siguientes términos:

"Artículo 20.- Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, sólo percibirán, en la ejecución de ese plan los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente Ley, en sus literales a) y b)."

De la redacción del artículo transcrito, es posible extraer que este tipo de contratos deben presentar los siguientes elementos: (i) la obra debe ser encargada a uno o varios autores; (ii) debe haber un plan para la elaboración de la obra, el cual debe ser encargado por quien la encarga; (iii) los riesgos deben ser asumidos por quien encarga la obra y; (iv) deben pactarse honorarios.

En el caso aquí estudiado, los primeros dos elementos arriba enunciados no se encuentran presentes. En lo que se refiere a la consideración de IBOPE como autor del estudio de

⁸⁴ Véase: http://www.derechodeautor.gov.co/html/Legal/servicios/conceptos/encuentra_concepto.asp

⁸⁵ Márquez Robledo, Santiago. Principios del Derecho de Autor. Pontificia Universidad Javeriana (Segunda Edición), pg. 31.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 49

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

medición, es conveniente reiterar que en la legislación colombiana únicamente pueden ser autores las personas naturales. El anterior principio proviene de la misma Decisión 351 de 1993 cuando define autor como la "persona física que realiza una creación intelectual"⁸⁶, el cual ha sido ratificado por la Corte Constitucional, cuando definió como derechos de autor y conexos aquellos que "(...) surgen en virtud de la relación entre personas naturales creadoras de obras originales, sean éstas literarias, artísticas o científicas, y que recaen exclusivamente sobre las expresiones de las mismas".⁸⁷ (Subrayado)

Al revisar el texto del contrato suscrito entre las investigadas, en el mismo es claro que las partes contratantes son CARACOL, RCN, UCEP e IBOPE,⁸⁸ ésta última también persona jurídica. Por lo tanto, así se considerara eventualmente que el estudio de medición contratado es una obra, su autor no podría ser IBOPE bajo la legislación Colombiana.

Tampoco puede dejarse de lado que el contrato no contiene siquiera la denominación de obra por encargo o el plan de elaboración de la obra. Por el contrario, en su texto se incluye como una de las obligaciones a cargo de IBOPE la de "Llevar a cabo el estudio de INFOPAUTA en los diferentes medios de comunicación, en las mismas condiciones en las cuales está prestando este servicio en la actualidad".⁸⁹ (Subrayado).

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, aun si se considerara que IBOPE fuera el titular de la obra, en virtud de un posible encargo que hubiese efectuado a quienes sí serían autores, no se encuentra en el contrato la cesión expresa de los derechos patrimoniales de autor derivados de dicha titularidad y mucho menos del derecho de distribución. Al respecto, el artículo 31 de la Decisión 351 señala:

"Artículo 31.- Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo".⁹⁰ (Subrayado)

Por el contrario, el contrato en su cláusula segunda expresamente plasma lo siguiente:

"LA EMPRESA DE MEDICIÓN es titular de la nuda propiedad de los estudios que se contratan y responderá ante LOS CONTRATANTES y ante terceros por su calidad (...)"⁹¹.

En concordancia con lo anterior, la estipulación contractual de obra por encargo no requiere en sí misma transferencia expresa de la titularidad, toda vez que, dicha asignación se entiende implícita en el encargo. Sin embargo, en el presente caso al no realizarse el contrato con una persona natural como autor, debería existir una cesión expresa por parte de la persona natural titular del estudio a la empresa IBOPE y por supuesto, la

⁸⁶ Artículo 3 de la Decisión 351 de 1993.

⁸⁷ Sentencia C-1183 de 2000 Numeral 3.1 Magistrado ponente . Vladimiro Naranjo Mesa

⁸⁸ Contrato para la medición de audiencia en televisión y el servicio de INFOPAUTA obrante a folios 1437-1442 del Cuaderno Reservado No. 3

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ De manera concordante, la Ley 23 de 1982 frente a la trasmisión de los derechos de autor establece:

"Artículo 183.- Todo acto de enajenación del derecho de autor, sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la Oficina de Registros de Derechos de Autor, con las formalidades que se establecen en la presente Ley."

⁹¹ Ver folio 1437 del Cuaderno Reservado No. 3.

consecuente cesión de los derechos de propiedad intelectual por parte de ésta última a las empresas CARACOL, RCN y la UCEP.

De acuerdo con lo expuesto, no son de recibo los argumentos planteados sobre el ejercicio de derechos patrimoniales de autor como justificación de la conducta investigada.

Adicionalmente, es importante señalar que en el expediente quedaron plenamente demostradas las razones que llevaron a la inclusión de las cláusulas cuestionadas dentro del contrato celebrado por los investigados. En efecto quedó establecido que los hechos que dieron origen a la inclusión de esta restricción tuvo como fuente el crecimiento de la participación de los canales internacionales en el porcentaje de penetración medido por IBOPE. Prueba de ello, es el testimonio del señor RICARDO ANTONIO MARIÑO PALACIO, ex representante legal de IBOPE, quien manifestó en declaración de parte practicada el día 8 de noviembre de 2010 que:

"Pregunta: ¿Podría indicarle al Despacho cuál fue el conflicto del cual usted habló hace un momento, de hace dos años con los canales?"



"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

⁹²

Cita a su vez el Informe Motivado el fragmento del correo electrónico enviado por Flavio Ferrari, de IBOPE Brasil, a Ricardo Mariño, con asunto denominado "*Actualización de universos - urgente*", de fecha 20 de mayo de 2008, obtenido en la visita administrativa a IBOPE, el 13 de octubre de 2010⁹³. En este correo es posible apreciar la negativa de los canales nacionales privados a publicar los datos referentes a la penetración de los canales internacionales en el país así:

[REDACTED]

Finalmente, en declaración de parte de CAROLINA MENDOZA VILLANUEVA, actual representante legal de IBOPE, y anterior Directora del Departamento de estadística y *rating* de la misma Empresa, practicada el 8 de noviembre de 2010, se evidencian las manifestaciones hechas por CARACOL y RCN a IBOPE, referentes a las modificaciones de la muestra maestra que reflejaban el aumento en la penetración de la televisión por suscripción y, por consiguiente, de los canales internacionales de la siguiente manera:

⁹² CD obrante en el Cuaderno Reservado No. 25, folio 7437.

⁹³ CD obrante en el Cuaderno Reservado No. 8, folios 3033-3035.

Remitente: Flavio Ferrari, fferrari@ibope.com.br. servidor de correo: phoenix.ibope.com.br, dirección IP servidor de correo: 201.91.2.4.

Destinatario: Ricardo Mariño, ricardo.marino@ibope.com.co. Servidor de correo: mail.ibope.com.co, Dirección IP servidor de correo: 200.74.144.243.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

■

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

164

⁹⁴ CD obrante en el Cuaderno Reservado No. 25, folio 7446.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Este Despacho encuentra particularmente llamativo que además de haber detectado una conducta que afecta sensiblemente la competencia en los mercados, su origen está sustentado por renuencia expresa por parte de los canales privados de querer reconocer un cambio estructural en las preferencias de los televidentes colombianos, tal como lo sugieren los testimonios citados.

Por todo lo anterior, se reitera lo manifestado al inicio del presente numeral en el sentido de que la supuesta existencia de derechos de autor no autoriza a sus titulares, de manera general e irrestricta, el desconocimiento de las normas sobre protección de la libre competencia.

5.5. Efecto exclusorio de la conducta

En relación con el efecto exclusorio de la conducta, este Despacho acoge y comparte el análisis realizado por la Delegatura en el Informe Motivado cuando establece que, con la realización del acuerdo, se generó un efecto exclusorio en el mercado a través de dos mecanismos. Por una parte, se restringió directa y expresamente el acceso del estudio a los canales internacionales al negarle a ILASA la adquisición del mismo para que éste lo suministrara a los respectivos canales.

De otro lado, ante el incremento de precios, producto de las decisiones del comité de tarifas creado dentro del acuerdo, muchos de los demandantes del estudio vieron sorpresivamente ajustados al alza el precio que históricamente habían pagado por el estudio en los niveles que se describen en el Cuadro 12 del Informe Motivado tal como se transcribe a continuación:

**Cuadro 2.
Listado de clientes y variación de tarifa de acceso
a los estudios de IBOPE 2008-2009**

[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]
[REDACTED]	[REDACTED]

Fuente: Informe Motivado, p. 133. Cálculos SIC construida de la información remitida por IBOPE en el CD visible a folio 6202 del Cuaderno Reservado No. 20.

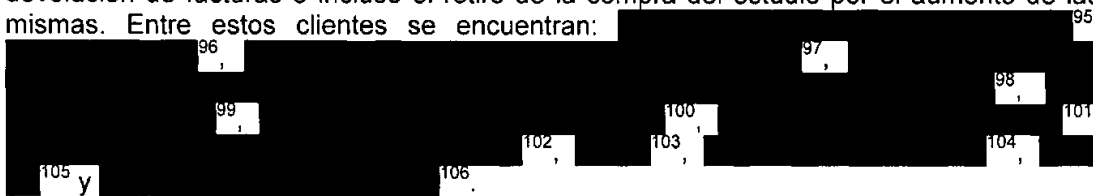
RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 54

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Como se puede apreciar, el promedio de incremento anual de la tarifa de acceso al estudio elaborado por IBOPE para las 14 empresas referidas, las cuales no hacían parte del acuerdo que en la presente Resolución se reprocha, ascendió a 47,84%, con un nivel máximo de 123,39% de incremento y un mínimo de 18,66%.

Igualmente, obra en el expediente información según la cual IBOPE recibió comunicaciones de varios de sus clientes en las cuales manifestaron su inconformidad por el aumento en las tarifas, otros, explicaciones relativas al aumento de las tarifas, devolución de facturas e incluso el retiro de la compra del estudio por el aumento de las mismas. Entre estos clientes se encuentran:



En concordancia con lo anteriormente expuesto, el Despacho encontró como un punto central para destacar en la presente Resolución, el análisis realizado por la Delegatura en cuanto al estudio de las facturas emitidas a los TERCEROS por parte de IBOPE para los años 2008 y 2009 antes y después de la suscripción del contrato.

Según se muestra en el Informe Motivado, el análisis citado permitió identificar algunos casos específicos, de clientes a los cuales se les aumentaron las tarifas significativamente, y que como consecuencia, se vieron afectados por los altos costos que LOS CONTRATANTES, impusieron para la adquisición de los estudios en mención. En el siguiente cuadro resume el ejercicio citado.

Cuadro No. 3.

Variación en las Tarifas para los clientes años 2008-2009, antes y después del contrato

⁹⁵ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 5, folio 2034.
⁹⁶ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 5, folio 2035.
⁹⁷ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 8, folio 2900.
⁹⁸ Documentos obrantes en el Cuaderno Reservado No 8, folio 2901, 2905 y 2918.
⁹⁹ Documentos obrantes en el Cuaderno Reservado No 8, folios 2902 y 2903.
¹⁰⁰ Documentos obrantes en el Cuaderno Reservado No 8, folios 2904 y 2930.
¹⁰¹ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 8, folio 2914.
¹⁰² Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 8, folio 2917.
¹⁰³ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 8, folio 2922.
¹⁰⁴ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 8, folio 2924.
¹⁰⁵ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 8, folio 2926 y 2927.
¹⁰⁶ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 8, folio 2928.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 55

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

■	■	■	■	■	■
■	■	■	■	■	■
■	■	■	■	■	■
■	■	■	■	■	■

Fuente: Construcción SIC con base en los archivos de PDF denominados "Facturas año 2008" y "Facturas año 2009", obrantes en el CD del Cuaderno Reservado No. 20, folio 6202.

Como puede observarse, en el cuadro se relacionan las tarifas mensuales facturadas por IBOPE a algunos de sus clientes para 2008, antes del contrato en 2009 y después de la firma del contrato en el mismo año. De esta forma, se observa que los incrementos aplicados por LOS CONTRATANTES a los diferentes clientes de IBOPE ascendieron en promedio a 89%, con la celebración del contrato en el 2009, frente a los precios del año 2008. Casos como los de TELESET y PUBLICACIONES SEMANA son los de incrementos más notorios, que alcanzan el ■% y ■%, respectivamente.

Llama la atención que los incrementos arriba mencionados son en promedio más de diez veces superiores a aquellos ajustes efectuados entre 2008 y 2009 antes de la realización del contrato. Para dicho período, la Delegatura encontró que éstos ascendían en promedio a un ajuste de tan solo ■%, con un ajuste mínimo de ■% y uno máximo de ■%. Los anteriores ajustes, producto de la suscripción del contrato que acá se reprocha, generaron indirectamente una conducta exclusoria. Al respecto de tal efecto, el Sr. Ricardo Antonio Mariño, ex gerente general de IBOPE, en testimonio del día 9 de noviembre de 2009 afirmó:

"Pregunta: Y hay algún antecedente en cuanto a una venta que se haya hecho?"

Respuesta: Sí claro hay muchos antecedentes, hay clientes, los clientes de IBOPE COLOMBIA hoy se llaman LOS CONTRATANTES por un lado y terceros por el otro. IBOPE COLOMBIA antes del contrato tenía 30 clientes terceros hoy no tiene sino 15, por que los aumentos de precios que les hicieron son tan grandes que la mitad ha renunciado, otros no han renovado los contratos y en otros casos de cotizaciones que se han pedido LOS CONTRATANTES no han cotizado y por lo tanto no se les ha podido prestar el servicio.

Pregunta: De qué aumento de tarifa estamos hablando, en porcentaje aproximadamente?

Respuesta: Podríamos estar hablando del 100 o del 200 por ciento.

Pregunta: A qué cree usted que se debió ese aumento en la tarifa?

Respuesta: Yo francamente no lo entiendo, no lo compartí nunca y no podría darle una razón para eso. [...]

Pregunta: Para esas personas, que no han podido contratar con IBOPE como lo venían haciendo antes, en cuanto al manejo de esa información que ustedes poseen, qué pasó con esas personas finalmente, han podido ir a otra persona para que les brinde el mismo servicio?

Respuesta: No, no hay quien les dé el mismo servicio, algunos han cambiado su trabajo, su objeto social, se han dedicado a otras cosas, y otros se estarán

defendiendo no sé cómo, pero simplemente no tienen la información, no la pueden recibir¹⁰⁷

Adicionalmente, la Delegatura en su Informe Motivado encontró que en repetidas oportunidades el canal local con ánimo de lucro CITY TV y el GRUPO HAVAS MEDIA, conformado por agencias y centrales de medios no participantes de la UCEP, manifestaron su inconformidad a IBOPE y a LOS CONTRATANTES, por el aumento en las tarifas del estudio.

La situación del grupo HAVAS MEDIA COLOMBIA del cual forman parte las sociedades ARENA COMMUNICATIONS S.A. y MEDIA PLANNING GROUP S.A., evidencia que la consecuente fijación de las tarifas para su obtención, generó como efecto una restricción a dicho grupo al momento de participar de la compra de espacios publicitarios en televisión según lo manifestó el representante legal de este grupo empresarial en testimonio, el día 15 de febrero del año 2010, así:

"Pregunta: Cuánto les cuesta este estudio?"

*Respuesta: **Desde el año pasado el costo se incrementó**, el costo de IBOPE tiene dos componentes, un componente fijo, una cuota fija mensual y tiene una cuota variable, la cuota fija si no me equivoco son quince millones ochocientos mil pesos fijos mensuales y después existe un cargo variable que es en función de la actividad que tengan los clientes de las centrales en este caso ARENA o MEDIA PLANNING GROUP, y que se mide en TRP's, que es la unidad o la moneda de cambio que es el Target Rating Point o la suma de rating o TRP's que colocan nuestros anunciantes en televisión, entonces en función de ese total de TRP's se hace una división entre las centrales de medios del mercado y se determina un costo por TRP promedio y se le asigna al porcentaje que cada agencia representa del mercado, en el caso particular de IBOPE hoy en día como se está calculando es que hay un costo, lo que nos han comunicado a nosotros, porque actualmente, IBOPE está siendo gestionada comercialmente por las agencias que pertenecen a la UCEP, nosotros no formamos parte de la UCEP, **entonces no estamos involucrados en los cálculos internos de los que hacen el estudio, pero de lo que nos han informado es que hay un costo mensual que es de quinientos millones de pesos para las centrales de UCEP a partir de allí se saca una ponderación de pesos de costos promedio por TRP entre las centrales de UCEP, se determina un costo promedio, a nosotros nos aplican ese costo promedio lo multiplican por el número de TRP's que tenemos y nos sale un costo mensual, y ese costo mensual, ese dinero entra a alguna bolsa, después de eso no sabemos qué es lo que pasa.***

Pregunta: Quién les comunicó el aumento?"

*Respuesta: IBOPE si no me equivoco,no, las centrales de UCEP, hubo una reunión el año pasado donde estaban los representantes de UCEP y ellos nos comunicaron de este incremento*¹⁰⁸.

En relación con el incremento de las tarifas para la adquisición del estudio, el Despacho acoge el análisis realizado por la Delegatura de las facturas remitidas por la empresa

¹⁰⁷ CD obrante en el Cuaderno Público No 1, folio 8.

¹⁰⁸ CD obrante en el Cuaderno Público No 3, folio 530.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 57

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

MEDIA PLANNING GROUP que permitió concluir incrementos en la tarifa del 48,36%¹⁰⁹ entre los meses de agosto y septiembre de 2009, fecha en la cual LOS CONTRATANTES comunicaron el aumento de las tarifas a través de IBOPE. Al respecto, el señor JORGE PERCOVICH CEO de HAVAS MEDIA, envió la siguiente comunicación el 8 de julio de 2009 a LOS CONTRATANTES:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]


[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] ¹¹⁰ 

¹⁰⁹ Comunicación No. 09-122453-00026 del 25 de febrero de 2010 remitida por el Grupo Empresarial HAVAS MEDIA, obrante en los folios No.532, 535. Cuaderno Reservado No. 2.

¹¹⁰ Comunicación No. 09-122453-00026 del 25 de febrero de 2010 remitida por el Grupo Empresarial HAVAS MEDIA, obrante en el folio No.537. Cuaderno Reservado No.2.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 58

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

En relación con lo argumentado por JORGE PERCOVICH respecto a la imposibilidad de competir en condiciones de igualdad con los demás miembros de la industria, consecuencia del arbitramento de los costos de los estudios por parte de los CONTRATANTES, el Despacho corroboró lo encontrado por la Delegatura, concluyendo que los reembolsos obtenidos por las centrales de medios pertenecientes a la UCEP, por concepto del 80% de facturación a terceros, representó una importante proporción de los valores facturados por parte de IBOPE a las mismas.

Así se evidencia en el cuadro que se presenta a continuación, en donde se muestra el valor facturado a las centrales de medios, por el acceso a los estudios de IBOPE, para el mes de abril de 2010, así como el valor reembolsado a cada central afiliada a la UCEP por concepto del 80% de facturación a terceros, del cual el 40% le corresponde a estas centrales.

Cuadro No. 4.
Facturación IBOPE a centrales de medios (abril de 2010) y
reembolsos centrales de medios UCEP

Central de Medios	Facturación IBOPE (abril 2010)	Reembolsos UCEP (abril 2010)
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]
[Redacted]	[Redacted]	[Redacted]

Fuente: Construcción SIC, con base en información obrante en CD ubicado en el Cuaderno Reservado No 8, folios 3023-3025

Como se puede apreciar en el cuadro anterior, para el mes de abril de 2010 IBOPE facturó al GRUPO HAVAS MEDIA \$ [Redacted] millones de pesos, por concepto del servicio integral de IBOPE y el software MMW, conforme a la liquidación para centrales de medios efectuada por LOS CONTRATANTES para ese mes. A su vez, IBOPE facturó a las centrales de medios afiliadas a la UCEP un total de \$ [Redacted] millones de pesos, correspondientes al pago estipulado como obligación del contrato. Sin embargo, por concepto de reembolsos éstas recibieron un total de \$ [Redacted] millones de pesos, que representan el [Redacted]% de lo facturado para ese mes.

Por su parte, CITY TV, según pruebas obrantes en el expediente, sufrió aumentos de la siguiente manera: para el año 2008, el canal local CITY TV, adquiría directamente con IBOPE los servicios de (i) medición electrónica de índices de sintonía en televisión; (ii) monitoreo múltiple y análisis de la inversión publicitaria en medios de comunicación; (iii)

RESOLUCIÓN NÚMERO 23899 DE 2011 Hoja N°. 59

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

licenciamiento del software, por un valor mensual a pagar de \$ [REDACTED] más IVA¹¹¹. Para el año 2009 el señor Ricardo Mariño Palacio mediante correo electrónico¹¹² informó las nuevas tarifas de adquisición del estudio (\$ [REDACTED] más IVA), establecidas por LOS CONTRATANTES. De esta manera, LOS CONTRATANTES, además de fijar las tarifas a cobrar a LOS TERCEROS, definieron los correspondientes incrementos, que para el caso de CITY TV ascendieron en un [REDACTED]%¹¹³.

En respuesta al correo electrónico del señor MARIÑO, la señora LORENCITA SANTAMARIA GAMBOA, en comunicación del 1 de julio de 2009 manifestó:

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

114

Sobre el particular, se pronunció el día 5 de febrero de 2010 la señora LORENCITA SANTAMARIA GAMBOA, representante legal de CITY TV, en el siguiente sentido:

¹¹¹ Comunicación No. 09-122453-00018 del 12 de febrero de 2010 remitida por la sociedad CITY TV, obrante en los folios No. 413- 415, Cuaderno Reservado No.2.

¹¹² Comunicación No. 09-122453-00018 del 12 de febrero de 2010 remitida por la sociedad CITY TV, obrante en el folio No. 423, Cuaderno Reservado No.2.

¹¹³ Valga llamar la atención, que la Superintendencia de Industria y Comercio no censura el mayor valor del estudio de medición de audiencia en televisión, toda vez que no busca reclamar el precio justo del mismo. La información sobre los precios en aumento, se pondera únicamente como indicativa de que los nuevos dueños del estudio podrían estar arbitrando los costos de sus competidores, en un mercado en el que la información que arroja la investigación efectuada por IBOPE es considerada un insumo.

¹¹⁴ Documento obrante en el Cuaderno Reservado No 8, folio 2926 y 2927.

"Pregunta: *Usted mencionaba hace un momento que ahora CARACOL y RCN tenían el usufructo, definen la metodología, las tarifas, a quién le venden, cómo ha afectado esto a CITY TV?*

Respuesta: Primero, seguimos registrando la preocupación mayor en el sentido de que la industria como un todo no defina la metodología del estudio, sino que sean solamente los principales canales los que están involucrados, están la mayoría de las agencias y centrales de medios, porque hay una que no está MEDIA PLANNING, pero las demás están todas ahí definiendo con CARACOL y RCN, nos preocupa mucho que los dos canales principales, digamos ese duopolio sea el que defina las condiciones de cómo se hace la medición y cómo se vende, a quiénes y cuáles son las restricciones del uso de la información, esa es la principal preocupación en términos de metodología; la segunda, pues tiene que ver en que nos mandaron una comunicación a mitad del año pasado diciendo que nos incrementaban el valor, nos lo incrementaron tres veces el valor que veníamos pagando a un valor de treinta y seis millones y nos explicaron que habían hecho un nuevo análisis de que ese era el valor que deberíamos cancelar, lo otro que hubo, hubo también ciertas restricciones, nos enviaron un contrato diciéndonos cuales eran las restricciones con el uso de la información, ese contrato inicialmente decía que los datos no se podían publicar, que los datos no se podían entregar a un tercero, que eran para uso interno solamente del canal de tal manera que no pudieran ser usados para mostrarlos a un tercero para fines comerciales o fines de promocionar cual era la audiencia del canal y finalmente nos informaron que iban a hacer unas auditorías permanentes contratando una empresa argentina, frente a lo cual, ellos también iban a definir como se hacían las auditorías, cuál era el resultado de las auditorías. [...]"¹¹⁵. (Subrayado)

Por todo lo anterior, este Despacho pudo concluir que LOS CONTRATANTES que hicieron parte del acuerdo que acá se reprocha establecieron unilateralmente restricciones importantes a terceros, reflejadas en significativos incrementos en la tarifa del acceso al estudio, lo que llevó a reclamos e incluso retiros a partir de septiembre de 2009.

También fue posible corroborar que, adicionalmente a la fijación de las tarifas por parte de LOS CONTRATANTES, se requería de una autorización previa de los mismos, a través del Comité estipulado para tal fin, para que IBOPE autorizara el ingreso de nuevos clientes a partir de la firma del contrato, por lo cual IBOPE debía enviar solicitudes de autorización, las cuales en muchas ocasiones no eran respondidas inmediatamente. Este tipo de demoras generó pérdida de oportunidad para la adquisición de los servicios por parte de dichos clientes potenciales y como consecuencia impuso restricciones en el acceso al insumo necesario para el desarrollo de la actividad de los agentes que participan en la industria de compra y venta de pauta publicitaria en televisión.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, el cambio en las condiciones tarifarias del estudio evidenció que los aumentos reportados en su valor, efectivamente restringieron el acceso a ciertos agentes de la industria no participantes en el acuerdo de adquisición, por cuanto al arbitrar los costos del estudio muchos de ellos se vieron abocados a prescindir de este insumo como resultado del acuerdo realizado entre LOS CONTRATANTES.

De la misma manera, los efectos del acuerdo de LOS CONTRATANTES se extendieron a los demás participantes del mercado que si bien continuaron con la compra de los estudios

¹¹⁵ CD obrante en el Cuaderno Público No 3, folio No. 530.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23899 DE 2011 Hoja N°. 61

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

realizados por IBOPE, vieron cómo este insumo se tornó considerablemente oneroso sin que existieran razones propias del mercado que lo justificaran, aumentando así la ventaja competitiva de LOS CONTRATANTES en el mercado.

5.5.1. Frente a las supuestas eficiencias emanadas de la conducta

El Apoderado de CARACOL, RCN, la UCEP y sus respectivos representantes legales al hacer referencia a **las ganancias de eficiencias provenientes del acuerdo, afirma** lo siguiente:

"La solución de las investigadas fue la celebración del contrato que hoy es objeto de investigación. CARACOL, RCN y algunas agencias de UCEP decidieron mantener la oferta del estudio en el mercado, pero bajo condiciones eficientes y equitativas. Si bien los terceros competidores podrían acceder al estudio, el acceso no sería gratuito, ni tampoco basado en un precio irrisorio, sino que estaría precedido de un pago que sería determinado conforme a condiciones objetivas contrario al método arbitrario de IBOPE. Este precio, por supuesto, sería fijado por las empresas investigadas, quienes financian la realización del estudio y son propietarias de los derechos patrimoniales de autor sobre el mismo. Las utilidades de la venta del estudio a terceros no serían exclusivamente aprovechadas por IBOPE, sino que las investigadas participarían de esas utilidades, de tal forma que recibirían una retribución por su inversión. Parte de las utilidades serían invertidas en el mejoramiento técnico del estudio.

"Adicionalmente se quiso evitar que terceros que operan ilegalmente en el mercado pudiesen acceder al estudio. Por esta razón se establecieron las cláusulas a que hacen referencia los numerales cinco y siete de este escrito"¹¹⁶. (Subrayado)

Llama la atención la afirmación sugerida por parte del Apoderado, cuando propone que uno de los beneficios que se deriva del acuerdo que acá se reprocha sea precisamente el haber evitado el acceso al estudio a actores que el Apoderado y sus poderdantes definen como ilegales.

No debe desconocerse que CARACOL, RCN y la UCEP en esta investigación son demandantes del estudio de sintonía producido por IBOPE, y que no existiría justificación alguna para que éstos sean los actores que tomen la decisión de mantener o no la oferta del producto en el mercado, ni mucho menos para que, a través del acuerdo con la empresa que lo elaboró, determinen y califiquen como ilegal a cierto tipo de demandantes, y con esta justificación, decidan limitar la disponibilidad del mismo a un subgrupo de potenciales compradores del mismo.

Por lo anterior, no es para este Despacho un argumento admisible que el Apoderado justifique como una ganancia de eficiencia la exclusión misma de los participantes de un mercado, bajo el argumento de que quienes suscriben el acuerdo los consideren ilegales, sin contar con un concepto de ilegalidad proveniente de la entidad competente.

A su vez, teniendo en cuenta lo afirmado por la Delegatura en su Informe Motivado, fue posible constatar que los CONTRATANTES del acuerdo que acá se reprocha manifestaron expresamente su interés de **excluir a los canales internacionales del estudio de**

¹¹⁶ Opiniones al Informe Motivado (pag. 20.). Obrantes en el Cuaderno Público 68.

medición de audiencia en televisión antes de la suscripción del contrato, interés que se verificó con lo contenido en el fragmento denominado "2. Informe Medios (Medición TV)" del Acta No. 464 del Consejo Directivo de la UCEP, de febrero 25 de 2009 contenido en el archivo en formato Word denominado "Acta 464 (25 02 2009)", obtenido en la visita administrativa realizada a las instalaciones de dicha agremiación el 8 de octubre de 2010, según el cual en los informes del proceso de negociación a los CONTRATANTES se reitera que los estudios no serán suministrados a los canales internacionales así:

"(...)

[REDACTED]

[REDACTED]

¹¹⁷. (Subrayado)

Lo anterior, muestra que la exclusión de los canales internacionales al acceso del estudio de sintonía de televisión colombiana elaborado por IBOPE bajo el supuesto beneficio del acuerdo que aduce el Apoderado, fue en realidad la realización de una estrategia previamente concebida a la fecha de suscripción del acuerdo mismo. Estrategia con la cual se buscaba, a partir de la definición de actores ilegales, limitar a los canales internacionales el acceso de la información acerca de las preferencias de los televidentes colombianos. Lo anterior, generando una clara obstrucción a la consecución de un insumo indispensable en el mercado de pauta publicitaria, tal como se mostró en el acápite de la presente Resolución en donde fue definido el mercado afectado.

A su vez, señala el mismo Apoderado que:

"En términos económicos, CARACOL, RCN y las agencias afiliadas a UCEP estaban subsidiando a terceros competidores. Mientras unos pagaban la mayor parte del costo del estudio, otros pagaban una parte menor, e incluso algunos no pagaban por él (...) en términos coloquiales, algunos agentes en el mercado estaban "gorreando" la inversión de las investigadas, ya que esperaban que éstas pagaran mucho dinero por el estudio para después adquirirlo por un precio bajo. Había entonces un problema que la economía y el derecho de la competencia denominan free riding"¹¹⁸.

Propone entonces el Apoderado que una de las eficiencias en materia de asignación de recursos derivadas de la realización del acuerdo radicó en que se corrigiera el problema de polizón o *free riding* que señala en su escrito.

¹¹⁷ CD obrante en el Cuaderno Reservado No.3, folio 1475.

¹¹⁸ Alegatos al Informe Motivado pg. 20.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 63

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Al respecto, esta Superintendencia debe señalar que dentro de los problemas de información directamente asociados a bienes no rivales¹¹⁹, como es el caso del estudio de audiencia sobre el cual versa la presente Resolución, se encuentra el problema del polizón que menciona el Apoderado. Dicho problema está directamente asociado a la naturaleza del producto que se transa, más que a las acciones que tomen oferentes o demandantes que participan al interior del mercado. Mucho se ha escrito desde la economía sobre potenciales soluciones que podrían sugerirse cuando este tipo de problemas de información ocurren¹²⁰. En cualquier caso, las soluciones que se reseñan están directamente asociadas a correcciones sobre el diseño del mecanismo que permite definir la relación transaccional.

Mal haría este Despacho en admitir que no fuera un regulador del mercado sino una o varias de los participantes del mismo, quienes a través de un acuerdo exclusorio intentarían corregir el problema de información que acá se menciona. Mucho menos podría esta Entidad admitir que la justificación del incremento en el nivel de precios consciente y explícitamente pactado mediante el acuerdo se presente como un elemento favorable y necesario para corregir estructuralmente al mercado.

En ese sentido, el argumento esgrimido por parte del Apoderado que acá se cita tendría dos problemas fundamentales asociados. Por una parte, desconoce que lo que posibilitó el ajuste al alza de precios de acceso al estudio a terceros fue precisamente la concertación llevada a cabo por parte de CARACOL, RCN la UCEP e IBOPE y, en segundo lugar, que dicha minimización del problema del polizón no fue establecida por un ente externo, tal como sería una entidad reguladora capaz de establecer algún control sobre el mecanismo de transacción propio de este mercado, que llevara a corregir dicho problema. Por el contrario, lo observado resultó ser la consecuencia de una acción de LOS CONTRATANTES que propició la exclusión y la limitación al acceso de un insumo productivo muy importante para el mercado de pauta publicitaria.

En este sentido, no resulta válida la afirmación sugerida por el Apoderado cuando señala que un aspecto positivo de la realización del acuerdo lo constituyó la solución al problema del polizón evidenciado en el mercado.

De cualquier forma, es importante señalar que la Superintendencia considera que en este caso no se presentan realmente problemas de *free riding*, en la medida en que IBOPE entrega la información a sus compradores con una serie de condiciones de seguridad, tales como claves de acceso, instalación y uso del software especializado que impiden el acceso por parte de terceros no autorizados¹²¹.

Sugiere a su vez el Apoderado de los canales CARACOL y RCN y la UCEP que

¹¹⁹ Entiéndase por bien no rival como una propiedad atribuida a aquellos bienes o servicios cuya disponibilidad resulta ser completamente inelástica al consumo realizado por uno o varios consumidores presentes en el mercado. Para ver una discusión más amplia de este concepto véase: Mas-Colell et al. *Microeconomic Theory*. Oxford University Press. 1995; Varian.

¹²⁰ Ver Shy, Oz *Industrial Organization*. MIT Press 1996. Cap. 15.

¹²¹ Documentos metodológicos aportados por IBOPE obrantes en CD, en el Cuaderno Reservado No. 1, folio 7.

"Otra cláusula que garantizaba las mejoras en eficiencia del estudio: la facultad de contratar un auditor para que evaluara la calidad técnica del estudio de IBOPE y, con base en dicha evaluación, existiera un mejoramiento continuo del estudio.

[...]

En virtud del contrato, la medición de audiencia de televisión en Colombia tuvo una mejora sustancial, que es aceptada incluso por quienes han criticado el acuerdo que dio origen a la presente investigación. Por obvias razones el costo del estudio se incrementó, ya que el aumento de la calidad implicó mayores inversiones.

Si se mira a corto plazo -lo cual es errado en materia de derecho de la competencia- el efecto inmediato del acuerdo puede ser la restricción de la oferta, ya que los canales internacionales no pudieron acceder al estudio durante un tiempo determinado y, adicionalmente, algunas compañías no pudieron pagar el nuevo precio del estudio. A largo plazo, sin embargo, el efecto del acuerdo es el de aumentar la oferta, o el de permitir que ésta se mantenga, ya que en ausencia del acuerdo, el mercado quedaría sin el estudio que han financiado las investigadas".¹²²

Al respecto, este Despacho se distancia del Apoderado en los siguientes aspectos:

- No toda mejora en calidad de un producto fruto de un acuerdo puede reconocerse como una ganancia de eficiencia.

Una ganancia de eficiencia, en sentido estricto, se reconoce siempre que sea posible producir lo mismo a menores costos o producir algo mejor a los mismos costos¹²³. En cualquier caso, la ganancia de eficiencia debería dar cuenta de un cambio en la tecnología en el que pueda ser posible reconocer que con el cambio en la escala productiva resultante exista una ganancia neta adicional en el mercado.

En el presente caso, no se encontró en el expediente argumento alguno que le permitiera reconocer la ganancia de eficiencia resultante del acuerdo.

Por el contrario, lo que se pudo establecer es que la contratación del auditor, elevó, como era de esperarse, los costos de producción del estudio. No obstante, el incremento en el precio del estudio para muchos participantes hizo incluso más que superar el valor de la contratación del auditor, toda vez que tal como lo señala el Apoderado en los alegatos al Informe Motivado:

"las utilidades de la venta del estudio a terceros no serían exclusivamente aprovechadas por IBOPE, sino que las investigadas participarían de esas utilidades, de tal forma que recibirían una retribución por su inversión".

Queda claro de esta afirmación del Apoderado, que para poder reconocer las utilidades adicionales que cobrarían las investigadas, el precio del estudio debería incorporar no solamente los costos directamente asociados a su producción. Por lo anterior, mal haría

¹²² Página 10 del Informe Motivado.

¹²³ Para una discusión extensa en torno al tema de eficiencia económica ver Varian H. Análisis Microeconómico. Editorial Antoni Bosch Tercera Edición. 1992. Cap.1.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 65

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

este Despacho en concluir que el acuerdo que acá se reprocha efectivamente puede tener asociada una efectiva ganancia de eficiencia.

Por el contrario, con el acuerdo señalado se evidencia que los terceros tuvieron que enfrentarse a un escenario de doble marginalización, esto es, a una situación en donde cada eslabón de la cadena asociado al acceso del insumo tiende a capturar una ganancia marginal del suministro del producto. Por una parte, IBOPE al momento de hacer parte del acuerdo, y posteriormente UCEP, CARACOL y RCN al momento de incluir las utilidades derivadas de la venta del estudio a terceros¹²⁴.

- Un análisis de corto plazo en materia de competencia no puede considerarse errado.

Se sugiere que un análisis del mercado en el corto plazo por parte de la autoridad de competencia resulta errado. Sin embargo, se recuerda al Apoderado que la responsabilidad de esta Entidad como autoridad de competencia, se concentra en avanzar en el estudio del presente caso teniendo como referencia tanto argumentos de corto como de largo plazo. No es dable, por lo tanto, concentrar su estudio observando en sus actuaciones efectos que sobre el mercado pudiesen generarse en horizontes temporales lo suficientemente amplios.

Por el contrario, lo que requiere esta Entidad como una de sus prioridades es evaluar los efectos probables o ciertos que pudiesen ser generados con la realización de las conductas que acá se reprochan.

En ese sentido, se comparte la afirmación del Apoderado cuando en sus opiniones concluye que, al menos en el corto plazo, es posible observar que el acuerdo que acá se reprocha generó un efecto exclusorio dentro del mercado, ésto, si se considera no solamente que el acuerdo restringió directamente la oferta del estudio a agentes participantes del mercado, sino que al elevar significativamente su precio de venta a terceros, excluyó indirectamente a ciertos participantes del mismo cuyo precio de reserva resultó ser significativamente menor que el precio al cual efectivamente fue ofrecido.

Por todo lo anterior, no puede afirmarse que el acuerdo que en la presente Resolución se reprocha signifique o haya significado para el mercado una ganancia de eficiencia.

5.5.2. Sobre la excepción prevista en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992

Por su parte, el Apoderado de IBOPE y de la señora Carolina Mendoza, señala **que la conducta objeto de la actuación encuadra dentro de la excepción al régimen de protección de la competencia** prevista en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, la cual específicamente señala:

"ARTICULO 49. EXCEPCIONES. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo del presente Decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas:

¹²⁴ Para una amplia discusión sobre el problema de la doble marginalización ver Tirole, J. The Theory of Industrial Organization. MIT Press 2002. pg. 174-176.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23033 DE 2011 Hoja N°. 66

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

"1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.

"2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.

"3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes." (Subrayado)

Según la posición planteada, el reconocimiento que se le da al estudio de medición como "moneda de cambio" e información común para la industria publicitaria, permite afirmar que por ser un insumo único en el mercado, las conductas de IBOPE y Carolina Mendoza Villanueva deben estar exentas de la aplicación de las normas sobre competencia.

La anterior argumentación no es aceptable debido a que confunde los elementos de la norma citada, con la característica de insumo fundamental que tiene el estudio elaborado por IBOPE en el sector. En este sentido, para interpretar la excepción propuesta, es necesario estudiarla en el contexto del artículo del cual hace parte. Así, cada uno de los escenarios allí planteados se refiere a actividades que de una u otra forma generan bienestar y eficiencias para diversos agentes que participan de un mismo mercado y de manera consecuente a los consumidores.

En el primer escenario, la cooperación encaminada a la investigación y desarrollo de nueva tecnología podría ser eximente de la aplicación de las normas sobre competencia, luego de que bajo un criterio de análisis caso por caso, se considere que dicha cooperación no tiene un objeto diferente al de la ayuda mutua para la planeación, elaboración y ejecución de proyectos académicos y/o científicos determinados. Es decir, si se llega a demostrar la existencia de un objeto anticompetitivo, se desdibujaría la esencia misma de la excepción.

El segundo escenario, contempla como excepción la realización de acuerdos sobre normas, estándares y medidas, siempre y cuando se cumplan dos requisitos claros: (i) que no sean adoptadas como obligatorias por el organismo competente y (ii) que no limiten la entrada de competidores al mercado. Por lo tanto, el mismo texto prevé que a pesar de la existencia de la excepción, su aplicación no cobija barreras de entrada artificialmente creadas.

Por último, de acuerdo con el texto en cuestión, para que se configure la tercera excepción deben confluír principalmente dos elementos. Como primera medida, no se trata de cualquier acuerdo entre agentes económicos, debe demostrarse la presencia de procedimientos, sistemas y formas de utilización de un determinado bien o servicio. En segunda instancia, dicho bien o servicio debe ser considerado como una facilidad común en el mercado, concepto que no puede ser confundido con el de facilidad esencial al que ya se ha referido este Despacho en el presente acto administrativo, descartando su aplicación en el caso bajo estudio.

RESOLUCIÓN NÚMERO 26880 DE 2011 Hoja N°. 67

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

En efecto, al no existir una definición económica de facilidad común, es necesario acudir al sentido literal de las palabras que componen el concepto¹²⁵. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra "común" hace referencia a una cosa "Que, no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios"¹²⁶ (Subrayado). De esta manera, se deduce que aquellas facilidades, entendidas como bienes o servicios, sobre los que puede versar la excepción a la que se acude, son utilizadas de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecen privativamente a alguno o algunos de ellos.

La anterior interpretación está acorde con el contexto normativo en donde se encuentra la excepción, ya que como se afirmó anteriormente cada uno de los escenarios planteados en el artículo 49 tienen como denominador común la búsqueda de eficiencias para todos los competidores y consumidores de un sector, representada en avances tecnológicos, normas o estándares y medidas y, por supuesto, la utilización de facilidades comunes.

En el presente caso, por el contrario, no puede defenderse la existencia de eficiencias emanadas de la utilización común del estudio de medición de pauta publicitaria, cuando precisamente lo reprochable es que varios de los agentes del sector establecieron a través de una estipulación contractual, restricciones al acceso de dicho bien. No se recorre además el concepto de facilidad común, debido a que la propiedad y control sobre el estudio y sus resultados recaía específicamente en CARACOL, RCN y la UCEP de manera privativa.

Así, como conclusión de este punto, debe considerarse que la excepción planteada por el Apoderado de IBOPE y Carolina Mendoza no encaja en los supuestos fácticos que componen el presente caso.

Una vez estudiados los argumentos de tipo sustancial de los apoderados, queda claro que el contrato cuestionado fue tanto anticompetitivo por su objeto como por su efecto. La conducta cuestionada generó efectos colusorios en el mercado que tuvieron como consecuencia distorsiones al acceso de los canales de televisión competidores, al mercado de venta de espacios de pauta publicitaria, dada la importancia de la medición del rating para definir sus tarifas por espacio publicitario y para el proceso de comercialización y venta los mismos con las agencias de publicidad, las centrales de medios y los anunciantes.

Por lo anterior, la participación en el mercado de información de mediciones de audiencia en televisión se vio restringida por la ventaja anticompetitiva de LOS CONTRATANTES. Igual situación ocurrió con aquellas agencias de publicidad y centrales de medios que no se encuentran agremiadas en la UCEP, pues con la conducta que acá se reprocha, enfrentaron barreras a la entrada al mercado de compra de espacios publicitarios, toda vez que la tarifa del estudio para los no miembros, resultó ser considerablemente más alta que para los que sí lo son, sin pasar por alto que al ser propietaria del 50% recibe unas sumas por concepto de "reembolso" del 80% de la venta a TERCEROS.

¹²⁵ Artículo 28 de la Ley 153 de 1887: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal."

¹²⁶ <http://www.rae.es/rae.html>

Con fundamento en las razones expuestas, considera este Despacho que RCN., CARACOL, la UCEP e IBOPE infringieron lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1995.

5.6. Conclusiones del Despacho frente a la conducta investigada

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, este Despacho considera que en el expediente ha quedado plenamente demostrado lo siguiente:

- Que el contrato realizado entre CARACOL, RCN, la UCEP e IBOPE constituye un acuerdo que limitó el acceso al estudio de audiencia de televisión colombiana a terceros. Por una parte, excluyó durante al menos 8 meses a los canales internacionales del acceso al estudio y por otra, a través del incremento significativo e injustificado en el precio para terceros, generó una barrera artificial de acceso al mismo para el resto de participantes en el mercado. Lo anterior resulta especialmente reprochable para esta Superintendencia si se tiene en cuenta que dicho estudio es considerado como un insumo fundamental en el mercado de pauta publicitaria.
- Si bien el derecho a la libre contratación es reconocido por la Constitución y la ley, éste encuentra sus límites en la protección al bien común representada en este caso por la libre competencia. No puede aceptarse que atendiendo al mencionado derecho se pacten estipulaciones entre competidores o agentes de un mismo mercado encaminadas a delimitar las conductas propias de un ambiente de libre competencia.
- Contrario a lo señalado en el Informe Motivado, se concluye que el estudio realizado por IBOPE no debe ser considerado como una facilidad esencial por cuanto el mismo no cuenta con las características propias de este concepto.
- No es aceptable que en virtud de una "ilegalidad" no declarada por autoridades competentes sea incluida una restricción frente a competidores que surja como iniciativa propia de un conjunto de agentes del mercado.
- Como ocurre con el derecho de asociación, las consecuencias derivadas de la existencia de un derecho de autor no pueden llevar al extremo de desconocer las normas del derecho a la libre competencia. En cualquier caso, no resulta aceptable la posición expuesta por el apoderado de RCN, CARACOL y la UCEP, pues el estudio de medición de audiencia no puede ser considerado como una obra protegida por los derechos de autor cuando en sí mismo no recorre los requisitos que para dicho reconocimiento prevé el conjunto de normas aplicables.
- En relación con las supuestas eficiencias logradas con el acuerdo, se pudo concluir que, contrario a la expresado por los apoderados, no es posible reconocer dichas eficiencias, toda vez que, las nuevas condiciones en términos monetarios para adquirir el estudio por parte de terceros con la conflagración del acuerdo, resultaron ser significativamente mayores que las mejoras observadas sobre las características técnicas del estudio. En particular, incrementos de más del 100% sobre el precio

RESOLUCIÓN NÚMERO 23899 DE 2011 Hoja N°. 69

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

para varios adquirentes, no tienen asociados una contraparte en materia de mejoras significativas y estructurales del estudio de medición de audiencia.

- Igualmente esta Superintendencia reconoce que con la constitución del acuerdo que acá se reprocha por parte de agentes con participaciones muy importantes en la industria de pauta publicitaria (UCEP con cerca del 90% de participación dentro de la inversión realizada en televisión y los canales nacionales privados CARACOL y RCN con el 88% de dicha inversión recibida), se haya logrado establecer LOS CONTRATANTES actuando mancomunadamente dentro del acuerdo con IBOPE terminaron por ejercer su poder artificialmente creado en el mercado de estudio de audiencia en televisión, fijando condiciones que dejaron a los agentes que no hicieron parte del acuerdo en condiciones desventajosas.
- Así mismo valoradas las observaciones del Apoderado de RCN, CARACOL y la UCEP con los hechos que fueron objeto de investigación por parte de la Delegatura queda demostrado que el análisis realizado sobre los efectos anticompetitivos inmediatos incluso reconocidos en las opiniones al informe, no debe desestimarse. Por el contrario, tal como fue indicado en la presente sección de esta Resolución, el efecto exclusorio generado al limitar el acceso al estudio de audiencia a agentes que no hicieron parte del acuerdo durante al menos 8 meses, terminó restringiendo artificialmente el acceso a información relevante para conocer la evolución de los patrones que rigen las decisiones en la industria de pauta publicitaria en televisión en Colombia.
- No es dable reconocer como lo pretende el Apoderado de IBOPE y la señora Carolina Mendoza Villanueva la aplicación de la excepción prevista en el artículo 49 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior bajo el entendido de que dicha excepción se refiere a la existencia de utilización de facilidades comunes en un determinado mercado, situación que no ocurre en el presente caso, no sólo porque de manera equivocada se asemeja el concepto de facilidad esencial con el de facilidad común, sino porque este último se refiere en sí mismo a la existencia de bienes o servicios utilizados de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecientes de manera privativa a alguno o algunos de ellos como fue estructurado el contrato aquí estudiado.

Por las razones expuestas, este Despacho considera que los investigados, CARACOL, RCN, la UCEP e IBOPE incurrieron en la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y de los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

5.7. Aspectos Procesales

5.7.1. Nulidad presentada por el Apoderado de RCN, CARACOL y la UCEP

Mediante la comunicación No. 09-122453-00477 del 27 de enero de 2011, el Apoderado de RCN, CARACOL, la UCEP, y sus representantes, solicitó:

"1- Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 01 de 1984, se declare la nulidad procedimental de lo actuado desde la expedición del informe motivado y, en consecuencia, se termine en su integridad la etapa de instrucción en la investigación de la referencia.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 70

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

2- Con fundamento en lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, imponer las multas a las empresas relacionadas en el anexo 25 obrante en los folios 1054 y 1055 del Cuaderno Público No. 4, por la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información."

Como sustento de la solicitud arriba descrita, se presentaron, entre otros los siguientes argumentos:

"II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS (...)

2- Dentro de las pruebas solicitadas por mis representadas se solicitó oficiar a cada uno de los canales que se relacionaron en el Anexo No. 25, a la persona y la dirección que para cada caso se especificó, con el fin de que suministraran los ingresos por ventas de publicidad para Colombia en los dos últimos años, discriminados mes a mes. (...)

3- La prueba referida en el numeral anterior, como consta en el memorial contentivo de la solicitud de pruebas, se solicitó con el fin de poder demostrar que el contrato que dio lugar a la investigación no ha impedido el acceso al mercado para los demás canales de televisión. (...)

6- A la fecha de la presentación del presente memorial, no obra en el expediente la respuesta de los oficios dirigidos a las empresas relacionadas en el anexo 25 obrante en los folios 1054 y 1055 del Cuaderno Público No. 4. (...)

III. FUNDAMENTOS LEGALES

(...) La averiguación preliminar y la etapa de instrucción están en cabeza del Superintendente Delegado, por lo cual el Superintendente asume el conocimiento de la actuación después de que ha sido agotada en su integridad la etapa instructiva.

En el caso en cuestión el señor Superintendente Delegado no podía haber expedido el informe motivado, como quiera que no había concluido la etapa de instrucción. En efecto, como se indicó en el acápite de hechos, dentro de la actuación realizada se encontraban pendientes por surtir varias de las pruebas que fueron solicitadas por el suscrito y decretadas en su oportunidad por el Superintendente Delegado, luego de haberlas estimado conducentes, pertinentes y necesarias. Específicamente en el expediente no se había allegado respuesta a los oficios dirigidos a las empresas que se relacionan en el anexo 25 de la solicitud de pruebas, obrante a folios 1054 y 1055 del Cuaderno Público No. 4. Por ello, la etapa de instrucción no se ha agotado y ello únicamente tendrá lugar cuando se surtan, practiquen y evacuen en su integridad las pruebas decretadas en el auto de pruebas.

La irregularidad referida resulta de gravedad extrema por cuanto las pruebas que se dejaron de practicar corresponden a pruebas solicitadas por mis representadas. En una decisión unilateral, contenida en el informe motivado y no en acto anterior e independiente al mismo, fueron pretermitidas tales pruebas impidiendo a mis representados recurrir esta determinación. La no práctica de las pruebas y la decisión de no practicarlas implica en la práctica la negativa de las referidas pruebas, que si se hubieran rechazado en el correspondiente auto de pruebas, mis representadas hubieran tenido la oportunidad de interponer recurso de reposición, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

El argumento invocado en el informe motivado para la no práctica en su integridad de esas pruebas es inadmisibles, por cuanto: (i) tal determinación debió haberse adoptado previamente con el fin de agotar la etapa instructiva; (ii) en el informe motivado no se precisan los hechos que se dan por demostrados ni las pruebas que llevan a ese convencimiento; (iii) el Superintendente tiene facultades para conminar el cumplimiento de sus ordenes, como la de suministrar información y, (iv), en las circunstancias señaladas se genera una limitante injustificada a los derechos fundamentales de defensa y contradicción de mis representadas".

5.7.2. Nulidad presentada por los representantes legales de RCN y CARACOL

A través de escrito radicado bajo el número 09-122453-00493, los representantes legales de RCN y CARACOL pusieron de presente su inconformidad con la forma en que se adelantó la investigación, lo que a su juicio fue una vulneración del debido proceso. Específicamente, los argumentos expuestos se refieren a los siguientes puntos:

En primer lugar, se ataca el origen de la investigación y la participación de la entonces Ministra de Comunicaciones, María del Rosario Guerra, frente a quien se refirieron como a continuación se transcribe:

"(...) Lo que llama poderosamente la atención, es que la Ministra hubiera escuchado y creído a quienes formulaban la denuncia ante ella, presumiblemente miembros de LAMAC y de la Casa Editorial El Tiempo CEET - sospechosamente mantenidos en el anonimato-, pero que no hubiera querido conocer la opinión de los acusados. Pero aun más grave, es que la Ministra, quien presentaba la acusación, hubiera sido objeto de fuertes cuestionamientos públicos por parte de CARACOL y de RCN, por su indebida intervención en el proceso de adjudicación del tercer canal (...)"

Como segunda medida, se alega que la comunicación que se venía llevando en desarrollo de una posible terminación de la investigación por garantías, fue abruptamente interrumpida por la Delegatura cuando se expidió el auto de pruebas, el cual "inusitadamente" buscaba evacuar la totalidad de las pruebas en dos meses, requiriéndose para el efecto le evacuación de un promedio de seis testimonios diarios. Al respecto, también se manifiesta lo siguiente:

"Contrasta con la realidad de otras investigaciones, y con la economía procesal, que el Estado hubiera puesto tanto celo en un solo proceso, para evacuarlo en un lapso de tiempo que debe constituir hoy por hoy una nueva marca de eficiencia dentro de las estadísticas de eficiencia, sin haber analizado las garantías que son un medio para terminar el proceso de manera anticipada."

Adicionalmente, se acusa de manera directa a la funcionaria encargada de la investigación de parcialidad y falta de rigor técnico al objetar preguntas realizadas por el abogado de RCN y CARACOL, sin que según el escrito, existieran razones para hacerlo. Igualmente, se afirma que la actuación de la funcionaria pudo haber sido "permeada por consideraciones personales que afectan la forma en que se adelantó el proceso" teniendo en cuenta que había trabajado en la Comisión Nacional de Televisión con la señora María del Pilar Bahamón, funcionaria cuestionada por CARACOL y RCN por su intervención en el proceso de adjudicación del tercer canal.

En la misma línea, se cuestiona el hecho de que el Superintendente en el escrito en que negó las garantías ofrecidas hubiera hecho mención a la realización de unas mesas de

trabajo, cuando, según los representantes de CARACOL y RCN, éstas nunca tuvieron lugar. Frente al Informe Motivado elaborado por la Delegatura, se afirma que:

"De la lectura del Informe Motivado se puede concluir que el objetivo de la investigación adelantada por la Superintendencia no era descubrir la verdad, sino probar una conducta que se había asumido de antemano como contraria a derecho, lo que constituye prejuzgamiento. La falta de ponderación de las pruebas, un indebida evaluación y lo que es peor, su pretermisión, son una muestra de esa realidad."

En lo referido al papel de la Superintendencia, expresamente se señala como solicitud del escrito lo siguiente:

"Acudimos a usted para pedir que se aplique la Ley con garantías plenas de defensa y con total objetividad. El mercado, cuya protección le ha sido encomendada a la Superintendencia de Industria y Comercio como suprema autoridad de la competencia, no se puede ver afectado, precisamente, por quien tienen la obligación legal de preservar su dinámica y crecimiento."

(...)

Por todo lo anterior, señor Superintendente, solicitamos su intervención para que se decrete la nulidad de lo actuado y se restablezcan nuestros derechos de defensa y contradicción."

5.7.3. Consideraciones frente a las solicitudes de nulidad presentadas

A efectos de resolver la solicitud de declaratoria de nulidad presentada por el Apoderado de las empresas RCN y CARACOL y sus representantes legales, así como aquella presentada por los señores Gabriel Reyes y Jorge Martínez De León, se procede a efectuar las siguientes consideraciones:

5.7.3.1. Aplicación del Principio de la Inmediatez de la Ley Procesal

En primer lugar y previamente a determinar el cumplimiento de los presupuestos legales para admitir y resolver las solicitudes de nulidad propuestas, es necesario precisar el fundamento legal aplicable a este tipo de vicisitudes procesales, en la medida en que la norma que esta Entidad aplique será la que rija la decisión que se tome respecto de las peticiones referidas. En tal virtud, es conveniente tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) La Ley 153 de 1887 prescribe en sus artículos 17 a 49 la forma como rigen las Leyes promulgadas en Colombia. Al respecto, dicho conjunto normativo prevé el principio de irretroactividad de la Ley, es decir, que toda norma rige hacia el futuro y que regula todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia.
- b) Así las cosas, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva Ley, continuarán bajo la vigencia de la Ley antigua, pero, en tratándose de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia una nueva Ley, que no se

RESOLUCIÓN NÚMERO 23991 DE 2011 Hoja N°. 73

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

refieran a derechos adquiridos a ese momento, sino de simples expectativas, la nueva Ley tendrá aplicación inmediata¹²⁷.

- c) Bajo este contexto, el criterio de aplicación inmediata de la Ley, no es ajeno a las Leyes relacionadas con la ritualidad de los procedimientos¹²⁸, tal y como lo expone la jurisprudencia constitucional citada anteriormente, al indicar:

"[E]n lo que tiene que ver concretamente con las Leyes procesales, ellas igualmente se siguen por los anteriores criterios. Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las Leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso".

- d) Por lo tanto, en virtud de lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en aquellos eventos en los cuales una norma procesal posterior modifique una disposición anterior que regulaba un procedimiento determinado, la aplicación de la misma, se hará tan pronto ella entre en vigencia, respetando los actos procesales cumplidos con la Ley antigua. Sobre este punto, la sentencia C-619 de 2001 de la Corte Constitucional previó:

"Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la Ley antigua, sean respetados y queden en firme".

Por lo anteriormente expuesto, esta Superintendencia considera que pese a que la actuación administrativa relacionada con la solicitud de nulidad objeto de estudio inició bajo el amparo de las normas procedimentales previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, dicha norma fue modificada por el título IV de la Ley 1340 de 2009 y tuvo aplicación inmediata para los trámites que se adelanten ante esta Entidad. En tal virtud, el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, será el fundamento legal a tener en cuenta por este Despacho para resolver la petición de nulidad referida.

5.7.3.2. Aplicación del artículo 21 de la Ley 1340 de 2009

El artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, prevé los supuestos a tener en cuenta en aquellos eventos en los cuales se presenten vicios o irregularidades en la actuación administrativa por violación a las normas de protección de la competencia.

Al respecto, la norma consagra:

¹²⁷ Al respecto la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-619 de 2001 sostuvo: "(...) la aplicación o efecto general inmediato de la Ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. [...]".

¹²⁸ En este sentido, a manera de norma general aplicable al tránsito de las Leyes rituales, el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, prescribe lo siguiente: "Las Leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la Ley vigente al tiempo de su iniciación."

"Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3° del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.

Quando se aleguen vicios u otras irregularidades del proceso, la autoridad podrá resolver sobre ellas en cualquier etapa del mismo, o en el mismo acto que ponga fin a la actuación administrativa." (Subrayado)

Con fundamento en la disposición legal descrita, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) La norma prevé que para su aplicación debe presentarse un vicio o irregularidad en la actuación administrativa.
- b) Igualmente dispone el artículo 21 de la Ley 1340, que el vicio puede presentarse durante la etapa de investigación antes del traslado del Informe Motivado al Superintendente de Industria y Comercio o con posterioridad al mismo traslado (etapa de decisión).
- c) La distinción descrita en el literal anterior, marca una pauta respecto de: (i) el funcionario competente para resolver la petición, (ii) el momento procesal para alegar el vicio o irregularidad y (iii) los efectos relacionados con la inoportuna alegación de una nulidad.
- d) El inciso segundo de la norma consagra la posibilidad de resolver la nulidad en cualquier etapa de la investigación, dándole competencia tanto al Delegado, para resolverlas durante la instrucción y al Superintendente para resolverlas con posterioridad al traslado del Informe Motivado y si es del caso, en la decisión que ponga fin a la actuación administrativa o, incluso, al momento de resolver los recursos en vía gubernativa, cuando el supuesto vicio se presente con posterioridad al traslado del Informe Motivado.
- e) La norma anterior, tiene el carácter de especial, por cuanto regula de manera específica el trámite de las investigaciones por violaciones al régimen de protección de la competencia, de manera tal que su aplicación será preferente a las normas de procedimiento administrativo generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo¹²⁹.

¹²⁹ Al respecto es importante tener en cuenta que las normas especiales de procedimiento relacionadas con los temas de prácticas comerciales restrictivas, según lo previsto en el artículo 52 de Decreto 2153 de 1992, tienen relación en cuanto a sus vacíos con la primera parte del Código Contencioso Administrativo. Así, la doctrina al referirse a este tema ha señalado: "lo hacen peculiar y más ágil que los procedimientos judiciales: primero, no es en exceso rituado, si bien es cierto que establece instancias y oportunidades de actuación, en líneas generales es más amplio para cumplir los objetivos y corregir los errores en que en su dinámica se pueda incurrir. Segundo, su período probatorio por estas mismas razones coincide en la práctica con la totalidad de la actuación [...]" Jaime Orlando Santofimio, Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, Ed Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003. pg. 184.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 75

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Bajo este contexto, este Despacho analizará la solicitud presentada por el Apoderado especial de los investigados RCN, CARACOL y sus representantes legales involucrados.

5.7.3.3. La solicitud de nulidad del Apoderado de RCN, CARACOL y sus representantes legales

Esta Superintendencia considera que la solicitud de nulidad fue presentada de manera extemporánea en la medida en que el supuesto vicio se alegó con posterioridad al traslado del Informe Motivado¹³⁰ cuando el mismo, de acuerdo con lo señalado por los investigados, se presentó durante el desarrollo de la etapa de instrucción. Así las cosas, aun en caso de que se considerara como cierta la existencia de una supuesta irregularidad, la misma se encontraría saneada como lo dispone el artículo 21 de la Ley 1340 de 2010.

Ahora bien, si en gracia de discusión se considerara inaplicable el artículo 21 de la Ley 1340, este Despacho considera que en el presente caso no se presentó ninguna irregularidad que afectara los derechos al debido proceso y defensa de los investigados, como se expone a continuación.

A petición del Apoderado especial de RCN, CARACOL y sus representantes legales, se decidió por parte de la Delegatura oficiar a cada uno de los canales referidos en el Anexo 25 obrante en los folios 1054 y 1055 del Cuaderno Público 4, para que enviaran información relacionada con sus ingresos por ventas de publicidad en Colombia en los dos últimos años, discriminados mes a mes, con el objeto de demostrar que el contrato que dio lugar a la presente investigación no ha impedido el acceso al mercado para los demás canales de televisión, según lo manifestó el Apoderado. En virtud de lo anterior, se requirió a los canales que se relacionan en el Cuadro No. 5, a las direcciones que fueron indicadas por el Apoderado especial en el escrito de solicitud de pruebas, con los siguientes registros:

¹³⁰ El traslado del informe motivado a los investigados, se llevó a cabo el 13 de enero de 2011, mediante comunicación de radicado 09-122453-000465. Sin embargo la solicitud de nulidad fue presentada el día 27 de enero, es decir 10 días hábiles después del traslado del informe motivado.

RESOLUCIÓN NÚMERO 1023890 DE 2011 Hoja N°. 76

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Cuadro No. 5

Requerimientos hechos por la Delegatura de Protección de la Competencia a los canales relacionados en el Anexo No. 25 obrante en los folios 1054 y 1055 del Cuaderno Público 4.

CANAL	Folio / No rad y C. / Enviado
Latin American Channel - A&E	2710 / 197 CP 10 / 13 oct 2010
Animal Planet	2711 / 198 CP 10 / 13 oct 2010
Animax	2712 / 199 CP 10 / 13 oct 2010
AXN	2713 / 200 CP 10 / 13 oct 2010
Boomerang	2723 / 211 CP 10 / 13 oct 2010
CableNoticias	2724 / 212 CP 10 / 13 oct 2010
Canal 13	2741 / 229 CP 10 / 14 oct 2010
Canal Capital	2748 / 236 CP 10 / 14 oct 2010
Canal Caracol	2729 / 217 CP 10 / 14 oct 2010
Canal RCN	2730 / 218 CP 10 / 14 oct 2010
Canal TRO	2749 / 237 CP 10 / 14 oct 2010
Cinemax Este	2714 / 201 CP 10 / 13 oct 2010
Cinemax Oeste	2715 / 202 CP 10 / 13 oct 2010
City tv	2731 / 219 CP 10 / 14 oct 2010
CM& Televisión Ltda	2732 / 220 CP 10 / 14 oct 2010
CM&	2733 / 221 CP 10 / 14 oct 2010
Discovery Channel	2717 / 204 CP 10 / 13 oct 2010
Discovery Home & Health	2718 / 205 CP 10 / 13 oct 2010
Discovery Travel & Living	2719 / 206 CP 10 / 13 oct 2010
Discovery Kids	2720 / 207 CP 10 / 13 oct 2010
E! Entertainment	2716 / 203 CP 10 / 13 oct 2010
Fox sports	2722 / 209 CP 10 / 13 oct 2010
Fox life	2721 / 208 CP 10 / 13 oct 2010
Jorge Baron Televisión	2734 / 222 CP 10 / 14 oct 2010
Señal Colombia	2757 / 245 CP 10 / 14 oct 2010
Teleantioquia	2739 / 227 CP 10 / 14 oct 2010
Telecafé	2753 / 241 CP 10 / 14 oct 2010
Telecaribe	2744 / 232 CP 10 / 14 oct 2010
Teledellin	2758 / 246 CP 10 / 14 oct 2010
Telepacífico	2745 / 233 CP 10 / 14 oct 2010
Cosmovision	2725 / 213 CP 10 / 13 oct 2010
Institucional	2754 / 242 CP 10 / 14 oct 2010
Canal FOX	2722A / 210 CP 10 / 13 oct 2010
Televisa Colombia	2726 / 214 CP 10 / 13 oct 2010
Procivica TV	2735 / 223 CP 10 / 14 oct 2010
NTC Colombiana de Televisión	2728 / 216 CP 10 / 13 oct 2010
Union Temporal RTI Programar	2737 / 225 CP 10 / 14 oct 2010
Union colombiana temporal NTC	2738 / 226 CP 10 / 14 oct 2010
RTI Programar	2736 / 224 CP 10 / 14 oct 2010

Fuente: Información que obra en el expediente No. 09-122453

De las empresas antes relacionadas, la Delegatura recibió la información solicitada por parte de las empresas que se indican en el Cuadro No. 6, que se expone a continuación:

RESOLUCIÓN NÚMERO 23850 DE 2011 Hoja N°. 77

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Cuadro No. 6

Respuestas a los requerimientos efectuados por la Delegatura de Protección de la Competencia remitidas por algunos de los canales relacionados en el Anexo No. 25 obrante en los folios 1054 y 1055 del Cuaderno Público 4.

CANAL	Respuesta Folio y C / No rad/ Fecha
CableNoticias	7281 CR 24 / 348 / 2 nov 2010
Canal 13	7332 CP 27 No. 363 / 7334 CR 24 / 5 nov 2010
Canal Capital	4009 CP 15 No. 292 / 4010 CR 12 / 22 oct 2010
Canal Caracol	3909 CR 12 / 3908 No. 268 CP 14 / 21 oct 2010
Canal RCN	4856 CP 15 No. 298 / 4857 CR 15 / 22 oct 2010
Canal TRO	6281 CR 20 / 337 / 27 oct 2010
City tv	7439 CR 25 / 369 / 8 nov 2010
CM& Televisión Ltda	3921 CR 12 / 274 / 22 oct 2010
CM&	3921 CR 12 / 274 / 22 oct 2010
Jorge Barón Televisión	3923 CR 12 / 276 / 22 oct 2010
Señal Colombia	6215 CP 23 / 314 / 25 oct 2010
Teleantioquia	6768 CP 25 / 346 / 6769 CR 22 / 2 nov 2010
Telecafé	6219 CP 23 No. 317 / 6221 CR 20 / 25 oct 2010
Telecaribe	3948 CP 15 No. 285 / 3949 CR 12 / 22 oct 2010
Telemedellín	6250 CP 23 / 323 / 25 oct 2010
Telepacífico	7401 CP 27 No. 366 / 7402 CR 24 / 5 nov 2010
Cosmovisión	6217 CP 23 No. 316 / 6218 CR 20 / 25 oct 2010
Televisa Colombia	3924 CR 12 / 277 / 22 oct 2010
Procívica TV	7296 CR 24 / 349 / 3 nov 2010
NTC Colombiana de Televisión	3898 CR 12 / 261 / 21 oct 2010
Unión Temporal RTI Programar	3911 CR 12 / 3910 No. 269 CP 14 / 21 oct 2010
Unión colombiana temporal NTC	3898 CR 12 / 261 / 21 oct 2010
RTI Programar	3911 CR 12 / 3910 No. 269 CP 14 / 21 oct 2010

Fuente: Información que obra en el expediente No. 09-122453

De otro lado, respecto de aquellas empresas que no dieron respuesta al requerimiento, la Delegatura consideró, en su momento, que se hacía necesario enviar insistencias para la remisión de la información solicitada, como se muestra en el Cuadro No. 7 a continuación:

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 78

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Cuadro No. 7

Insistencias efectuadas por la Delegatura de Protección de la Competencia a algunos de los canales relacionados en el Anexo No. 25 obrante en los folios 1054 y 1055 del Cuaderno Público 4.

CANAL	Plazo concedido Folio y C/ No rad/fecha
Latin American Channel - A&E	Segundo req 7766 CP.28 / 409 / 26 nov 2010
Animal Planet	Segundo req 7767 CP 28 / 410 / 26 nov 2010
Animax	Segundo req 7768 CP.28 / 411 / 26 nov 2010
AXN	Segundo req 7769 CP 28 / 412 / 26 nov 2010
Boomerang	Segundo req 7777 CP.28 / 420 / 26 nov 2010
Cinemax Este	Segundo req 7770 CP 28 / 413 / 26 nov 2010
Cinemax Oeste	Segundo req 7771 CP 28 / 414 / 26 nov 2010
Discovery Channel	Segundo req 7773 CP 28 / 416 / 26 nov 2010
Discovery Home & Health	Segundo req 7774 CP.28 / 417 / 26 nov 2010
Discovery Travel & Living	Segundo req 7775 CP 28 / 418 / 26 nov 2010
Discovery Kids	Segundo req 7776 CP.28 / 419 / 26 nov 2010
E! Entertainment	Segundo req 7772 CP 28 / 415 / 26 nov 2010

Fuente: Información que obra en el expediente No. 09-122453

De la información requerida por segunda vez a las direcciones que fueron suministradas por el Apoderado especial que solicitó la prueba, ninguna de las empresas que se encuentran relacionadas en el Cuadro No. 3 dio respuesta al requerimiento; sin embargo, la información requerida a dichas empresas fue obtenida por la Delegatura a través de otros medios probatorios, como lo es la prueba decretada en el numeral 3.4.4 de la Resolución No. 50616 del 23 de septiembre de 2010 según la cual se ordenó:

*"Oficiar el envío de un informe en el que se presenten los ingresos totales por ventas de publicidad y discriminados por franja, indicando el anunciante o la central de medios que compró cada espacio publicitario dirigido al público colombiano. Adicionalmente, la tarifa que cobran por cada minuto o segundo en cada franja y el nivel de ocupación de cada una de las franjas, para los años 2008, 2009 y 2010 en frecuencia diaria y mensual, en medio físico y medio magnético - formato Excel, a las **SOCIEDADES COLOMBIANAS QUE REPRESENTAN A LOS CANALES INTERNACIONALES EN COLOMBIA** que se relacionan a continuación:*

CANALES INTERNACIONALES	SOCIEDAD REPRESENTANTE EN COLOMBIA
AE, Animax, AXN, Biography Channel, Casa Cablenoticias, Club TV, E! Entertainment, MGM, Soy Entertainment, The History Channel.	VC MEDIOS S.A.
Boomerang, Cartoon Network, CNN en Español, CNN Internacional, Fashion TV, TNT	ORGANIZACIÓN DE MEDIOS ALTERNATIVOS LTDA.
Animal Planet, Discovery Channel, Discovery	DISCOVMEDIOS S.A.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 79

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Home & Health, Discovery Kids, Discovery Travel & Living, People & Arts.	
Baby TV, Cinecanal, FOX, Fox Life, FX, National Geographic, Sci-Fi Channel, Speed, The Film Zone, Universal, Utilisima, Fox Sports	FOX CHANNELS COLOMBIA LTDA.
ESPN, ESPN 2, ESPN Brazil, ESPN Plus, Warner Channel	AD MEDIA LTDA

Dicha información fue solicitada en su momento a cada una de las sociedades que representan a los canales internacionales en Colombia, con el objeto de determinar su participación en el mercado de compra y venta de pauta publicitaria en el país. Ahora bien, los canales internacionales que se encuentran en el Anexo 25, son representados en Colombia por las sociedades que se relacionaron anteriormente. Por su parte, en lo que se refiere a la información de los canales internacionales CINEMAX ESTE, CINEMAX OESTE y BOOMERANG, este Despacho considera necesario hacer las siguientes precisiones.

Por cuanto los canales CINEMAX ESTE y OESTE, de conformidad con la información que obra en el expediente, no tienen un representante de ventas en Colombia, este Despacho verificó que la Delegatura obtuvo la información relativa a su participación en el mercado colombiano por medio de otras fuentes. Ahora bien, respecto del canal BOOMERANG, la Delegatura no obtuvo a tiempo la información requerida a su representante de ventas en Colombia y frente a la sociedad ORGANIZACIÓN DE MEDIOS ALTERNATIVOS, se obtuvo la información relativa a su participación en el mercado colombiano a través de otros medios de prueba.

Los medios de prueba a los que se hace mención, refieren a la información requerida por esta Entidad a diversas empresas, de conformidad con las pruebas decretadas en los numerales 3.1.2.4¹³¹ y 3.4.5¹³² de la Resolución No. 50616 del 23 de septiembre de 2010.

¹³¹ "3.4.2.4 Para las centrales de medios y agencias de publicidad que forman parte de la UCEP remitir un informe en el que: a) Se presenten los egresos totales por compras de espacios publicitarios y discriminados canal por canal, y por franja, indicando el anunciante que contrató la compra de cada espacio publicitario. Adicionalmente, la tarifa por punto de rating cancelado por cada franja, para los años 2008, 2009 y 2010 en frecuencia diaria y mensual, en medio físico y medio magnético - formato Excel. b) Se presenten los ingresos totales por ventas de espacios publicitarios y discriminados por anunciante, indicando el canal y la franja para la que se contrató la compra de cada espacio publicitario. Adicionalmente, la tarifa cobrada a cada anunciante por canal y franja, para los años 2008, 2009 y 2010 en frecuencia diaria y mensual, en medio físico y medio magnético - formato Excel."

¹³² "3.4.5 Oficiar el envío de un informe en el que se presenten (i) los egresos totales por compras de espacios publicitarios y discriminados canal por canal, y por franja, indicando el anunciante que contrató la compra de cada espacio publicitario. Adicionalmente, la tarifa por punto de rating cancelado por cada franja, para los años 2008, 2009 y 2010, en frecuencia diaria y mensual; y (ii) los ingresos totales por compras de espacios publicitarios y discriminados por anunciante, indicando el canal y la franja para la que se contrató la compra de cada espacio publicitario. Adicionalmente, la tarifa cobrada a cada anunciante por canal y franja, para los años 2008, 2009 y 2010 en frecuencia diaria y mensual, en medio físico y medio magnético - formato Excel, para las **CENTRALES DE MEDIOS Y AGENCIAS DE PUBLICIDAD** que se relacionan a continuación:

RESOLUCIÓN NÚMERO 623890 DE 2011 Hoja N°. 80

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

que permitieron a la Delegatura establecer la participación de los canales internacionales en el mercado de pauta publicitaria en Colombia, incluyendo aquellos que fueron relacionados en el mencionado Anexo 25. De la información solicitada se pudo establecer que 6 centrales de medios no ordenaron pauta a canales internacionales para los años 2008 a 2010 y 8 sí compraron espacios publicitarios para el mismo periodo; a manera de ejemplo, este Despacho presenta a continuación, en el Cuadro No. 8, un listado de los canales internacionales a través de los cuales ordenaron espacios de pauta publicitaria.

Cuadro No. 8

Listado de canales internacionales que vendieron espacios de pauta publicitaria a través de las centrales de medios: GRUPO HAVAS MEDIA, ANALISTAS DE MEDIOS, INICIATIVE, UNIVERSAL MCCANN y CENTRAL REGIONAL DE MEDIOS para los años 2008, 2009, 2010

CENTRAL	CANAL INTERNACIONAL		
	2008	2009	2010 *
GRUPO HAVAS MEDIA	COSMOVISIÓN	FOX	A&E MUNDO
	FOX	DISCOVERY CHANNEL	ANIMAL PLANET
	DISCOVERY CHANNEL	TNT	AXN
	TNT	DISNEY CHANNEL	COSMOVISIÓN
	DISNEY CHANNEL	FOX SPORTS	DISCOVERY CHANNEL
	DISCOVERY HOME AND HEALTH	NATIONAL GEOGRAPHIC	ESPN
	FOX SPORTS	WARNER	FOX SPORTS
	SPEED CHANNEL	SONY	GLOBAL TV
	NATIONAL GEOGRAPHIC	MTV LATIN AMERICA	TNT
	FX	AXN	TV COLOMBIA
	UNIVERSAL	ESPN	CABLE NOTICIAS
	FOXLIFE	NICKELODEON	CARTOON NETWORK
	DISCOVERY KIDS	A&E MUNDO	CNN
	WARNER	ANIMAL PLANET	DISNEY CHANNEL
	SONY	CABLE NOTICIAS	DISCOVERY HOME AND HEALTH
	THE FILM ZONE	CARTOON NETWORK	E! ENTERTAINMENT
MTV LATIN AMERICA	CNN	FOX	

- MEDIA PLANNIG GROUP S.A.
- ARENA COMMUNICATIONS S.A.
- PHD COLOMBIA S.A.S
- MEDIAWISE COLOMBIA S.A.
- MEDIA ADVISOR LTDA.
- CONSORCIO NACIONAL DE MEDIOS LTDA.
- ANALISTAS DE MEDIOS TACTICA LTDA.
- CENTRAL REGIONAL DE MEDIOS LTDA.
- GOMEZ CHIA MEDIA S.A.
- MARKETMEDIOS COMUNICACIONES S.A.
- SERVIMEDIOS LTDA.
- SOMOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN S.A.
- UNITED COMMUNICATIONS S.A."

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 81

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

	AXN	COSMOVISIÓN	HISTORY CHANNEL
	ESPN	E! ENTERTAINMENT	MTV LATIN AMERICA
	NICKELODEON	HISTORY CHANNEL	NTN 24 HORAS
	ANIMAX	PEOPLE + ARTS	SONY
	A&E MUNDO	RCN 24 HORAS	
	ANIMAL PLANET	DISCOVERY HOME AND HEALTH	
	CABLE NOTICIAS	DISCOVERY KIDS	
	CARTOON NETWORK	NTN 24 HORAS	
	CNN	UNIVERSAL	
	E! ENTERTAINMENT		
	HISTORY CHANNEL		
	PEOPLE + ARTS		
ANALISTAS DE MEDIOS	COSMOVISIÓN	COSMOVISIÓN	COSMOVISIÓN
	CARTOON NETWORK	CARTOON NETWORK	CARTOON NETWORK
	DISNEY CHANNEL	DISNEY CHANNEL	DISNEY CHANNEL
	FOX	FOX	FOX
	MTV LATIN AMERICA	MTV LATIN AMERICA	MTV LATIN AMERICA
	NATIONAL GEOGRAPHIC	NATIONAL GEOGRAPHIC	NATIONAL GEOGRAPHIC
	UNIVERSAL	UNIVERSAL	UNIVERSAL
	AXN	AXN	AXN
	DISCOVERY CHANNEL	DISCOVERY CHANNEL	DISCOVERY CHANNEL
	SONY	SONY	SONY
	TURNER	WARNER	WARNER
	WARNER	NICKELODEON	DISCOVERY NETWORK
	NICKELODEON	DISCOVERY NETWORK	TNT
	DISCOVERY NETWORK	COSMOVISIÓN	CNN
	COSMOVISIÓN	TNT	DISCOVERY KIDS
	TNT	ANIMAL PLANET	ESPN
	ANIMAL PLANET	CNN	FOXSPORTS
	CNN	DISCOVERY KIDS	DISCOVERY HOME AND HEALTH
	DISCOVERY KIDS	FX	DISCOVERY TRAVEL & LIVING
	FX	ESPN	E! ENTERTAINMENT
	ESPN	JETIX	HISTORY CHANNEL
	JETIX	CASA CLUB TV	PEOPLE + ARTS
	TVAGRO	FOXSPORTS	LIV
	CASA CLUB TV	DISCOVERY HOME AND HEALTH	DISNEY XD
	FOX LIFE	DISCOVERY TRAVEL & LIVING	
	FOXSPORTS	A&E MUNDO	
	DISCOVERY HOME AND HEALTH	CABLE NOTICIAS	
	THE FILM ZONE	E! ENTERTAINMENT	
		GOLF CHANNEL	
		HISTORY CHANNEL	
INITIATIVE			

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 82

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

		PEOPLE + ARTS	
		DISNEY XD	
UNIVERSAL McCANN	CARTOON NETWORK	CARTOON NETWORK	DISNEY CHANNEL
	DISNEY CHANNEL	DISNEY CHANNEL	FOX
	FOX	FOX	MTV LATIN AMERICA
	MTV LATIN AMERICA	MTV LATIN AMERICA	NATIONAL GEOGRAPHIC
	NATIONAL GEOGRAPHIC	NATIONAL GEOGRAPHIC	AXN
	UNIVERSAL	UNIVERSAL	DISCOVERY CHANNEL
	AXN	AXN	SONY
	DISCOVERY CHANNEL	DISCOVERY CHANNEL	WARNER
	SONY	SONY	NICKELODEON
	WARNER	WARNER	COSMOVISIÓN
	COSMOVISIÓN	COSMOVISIÓN	TNT
	TNT	TNT	ANIMAL PLANET
	CNN	CNN	CNN
	FX	DISCOVERY KIDS	DISCOVERY KIDS
	ESPN	FX	ESPN
	CASA CLUB TV	ESPN	TVAGRO
	FOXLIFE	CASA CLUB TV	CASA CLUB TV
	FOXSPORTS	FOXSPORTS	FOXSPORTS
	DISCOVERY HOME AND HEALTH	DISCOVERY HOME AND HEALTH	DISCOVERY HOME AND HEALTH
	A&E MUNDO	THE FILM ZONE	A&E MUNDO
	E! ENTERTAINMENT	A&E MUNDO	E! ENTERTAINMENT
	HISTORY CHANNEL	E! ENTERTAINMENT	HISTORY CHANNEL
		HISTORY CHANNEL	PEOPLE + ARTS
		PEOPLE + ARTS	DISNEY XD
		CABLE NOTICIAS	CABLE NOTICIAS
		CINE +	UTILISIMA
	MGM	TELEMUNDO INTERNACIONAL	
	UTILISIMA	UNIVISIÓN	
	TELEMUNDO INTERNACIONAL		
	UNIVISIÓN		
	SPEED		
CENTRAL REGIONAL DE MEDIOS		DISNEY XD	
		DISCOVERY KIDS	
		CARTOON NETWORK	

Fuente: Información que obra en el expediente No. 09-122453

De acuerdo con lo anterior, este Despacho observa que la Delegatura realizó un análisis íntegro del material probatorio obrante en el expediente al momento de dar traslado del Informe Motivado. De igual forma, se verificó que los hechos contenidos en el objeto de las pruebas solicitadas por el Dr. Jairo Rubio Escobar, se encuentran en el expediente toda vez que lo que pretendían era, como se citó en líneas anteriores, demostrar la no

RESOLUCIÓN NÚMERO 023890 DE 2011 Hoja N°. 83

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

participación o la efectiva participación de canales internacionales, que se relacionan en el Anexo 25, en el mercado de venta de espacios publicitarios en televisión en Colombia.

Así, las actuaciones adelantadas por la Delegatura con la expedición del Informe Motivado, respecto de las pruebas a las que se ha hecho mención en el presente escrito, constituyen una efectiva aplicación del principio procesal según el cual las pruebas deben ser analizadas en conjunto, a la luz de la sana crítica¹³³, que, para el caso concreto fueron tenidas en cuenta de conformidad con los fines propios de la actuación administrativa.

Adicionalmente, se observa que con las pruebas que obraban en el expediente fue posible establecer la participación de los canales internacionales en el mercado de compra y venta de pauta publicitaria, incluyendo aquellos que se relacionan en el Anexo No. 25, sin que fuera necesaria la remisión de la información de los canales que se relacionan en el Cuadro No. 7, la cual fue obtenida a través de otros medios probatorios tal y como se expuso anteriormente.

Siendo esto así, se considera acertada la decisión de la Delegatura de no extender la etapa de instrucción de la investigación, por cuanto no sólo se decretó la prueba, se procedió a requerir a los canales internacionales para que allegaran la información solicitada¹³⁴, sino que los hechos que se pretendía probar con esta información fueron probados con otros medios de prueba que se encontraban en el expediente.

La decisión de la Delegatura encuentra pleno fundamento en los principios de economía, celeridad y eficacia que deben atender las actuaciones administrativas y que se encuentran explícitamente señalados en el artículo 3 del Código Contencioso Administrativo y que tienen aplicación incluso en el procedimiento administrativo especial que adelanta esta Superintendencia, pues se erigen como normas que buscan los fines de las actuaciones que sigue la administración, sin importar la especialidad o especificidad de la función ejercida, como lo señala el artículo 1 de ese mismo cuerpo normativo.

En efecto, en su momento se tuvieron en cuenta que en virtud del principio de economía las normas de procedimiento deben ser utilizadas para agilizar las decisiones y que los procedimientos deben adelantarse en el menor tiempo posible, lo que es perfectamente acorde con el fin último que llevó a la Entidad a continuar con la actuación administrativa.

¹³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 10 de julio de 1991, exp. 3011. C.P. Álvaro Lecompte Luna: "[e]s principio jurídico-procesal que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica [...] porque, como ha de recordarse o precisarse, las pruebas judiciales conducen, a través de la objetividad y de la abstracción, al establecimiento de aquellas realidades que han de conducir al juez a sentenciar en uno u otro sentido. Las pruebas o medios probatorios van a llevar al juez a un convencimiento en torno a una conducta humana, a un acontecimiento, a un hecho voluntario o involuntario, a hechos o cosas materiales e inmateriales. Ese principio actual que lleva al convencimiento del juez con base en la apreciación en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica es aplicable, no sólo al juez en el sentido estricto o restringido del vocablo, al que administra justicia como funcionario, o como corporación, de la rama jurisdiccional del poder público, sino también a quien, en virtud de sus atribuciones, haya de calibrar, de medir, de apreciar conductas humanas para decidir en uno u otro sentido [...]"

¹³⁴ Es de anotar en este punto que, el trámite por no responder en debida forma una solicitud de información por parte de esta Superintendencia, es independiente y de la suerte de este no depende la continuidad del trámite de la investigación que lo origina.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 84

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

más aun, si se entrelaza con el principio de celeridad por cuya virtud la administración podrá suprimir trámites innecesarios.

En este caso se observa que la Delegatura logró el objetivo de los medios probatorios, consistente en demostrarle al fallador ciertos hechos para que, analizando integralmente las pruebas que obren en la actuación, llegue a un convencimiento y según ello emita una decisión, en tanto que recaudó el material probatorio suficiente. Por lo tanto, al obrar dentro del expediente pruebas que permitían establecer los hechos que eran objeto de las pruebas que no fueron allegadas, no puede afirmarse que existió una violación del derecho al debido proceso de los investigados, quienes pudieron ejercer su derecho de contradicción en las observaciones que realizaron al Informe Motivado del cual se les dio traslado.

Finalmente, con respecto a la no práctica de una prueba decretada, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que *"si algunas de las pruebas ya decretadas no se practicaron, de esa circunstancia no se sigue la violación al debido proceso, pues antes ha de averiguarse la razón por la cual se frustraron"*¹³⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, considera este Despacho que la Delegatura obró de manera diligente al solicitar y requerir la información pedida por las partes y que a pesar de que la misma no fue allegada, dentro del expediente obran elementos de juicio suficientes para conocer los hechos que se pretendían probar con la información solicitada, por lo que con la decisión de la Delegatura no sólo se dio aplicación a los principios del derecho administrativo, sino que no se ocasionó vulneración alguna a los derechos de los investigados.

5.7.3.4. La solicitud de nulidad de los representantes legales de RCN y CARACOL

En el documento presentado por los representantes legales de las empresas señaladas, se solicita la intervención de este Despacho para que sea decretada la nulidad de lo actuado y se restablezcan los derechos de defensa y contradicción de los investigados. En primer lugar, importantes necesario hacer referencia a la facultad de presentar escritos como el referido, en donde se hace una exposición de impresiones personales sobre la investigación realizada y se solicita la nulidad del trámite.

Al respecto, debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 229 de la Carta Política el cual establece: *"se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La Ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado"*.

Debe acudirse entonces al Decreto 196 de 1971 *"Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la abogacía"*, cuyo artículo 25 plasma:

"Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito, sin perjuicio de las excepciones consagradas en este Decreto."

¹³⁵ Sección Segunda del Consejo de Estado, Sentencia de 23 de julio de 2009, C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

RESOLUCIÓN NÚMERO 09-122453-000465 DE 2011 Hoja N°. 85

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Posteriormente, el mismo Decreto, en su artículo 28 referente a las excepciones para poder litigar sin abogado señala:

"Por excepción se podrá litigar en causa propia sin ser abogado inscrito, en los siguientes casos:

(...)

"Numeral 9: De oficio, en los procesos administrativos de carácter sancionatorio que adelanten las autoridades administrativas, los organismos de control y las entidades constitucionales autónomas."

Conforme a lo anterior, es claro que el representante legal de una empresa involucrada en una investigación administrativa por prácticas comerciales restrictivas, puede actuar en nombre propio y sin abogado para ejercer su defensa. Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia C-025/98 se refirió frente a la defensa técnica, en los siguientes términos:

"Es cierto que el grado de complejidad que entrañan las labores ajenas al ejercicio de la defensa técnica hace indispensable la actuación del apoderado, mas sin embargo, también lo es que esa complejidad no es inherente a todos los actos procesales y que la participación del abogado defensor se torna imperiosa y necesaria en determinados eventos, al paso que en otros, es perfectamente posible que se permita la actuación del sindicado, lo que incluso puede redundar en provecho de la administración de justicia imprimiéndole, por ejemplo, una celeridad que sería más difícil lograr si todas las actuaciones tuvieran que ser efectuadas, indefectiblemente, por el apoderado."

Teniendo en cuenta lo anterior, al ser los representantes legales quienes ejercen el derecho de defensa en el trámite específico, será tenido en cuenta el escrito presentado.

Independientemente de la facultad arriba señalada, como segundo aspecto a considerar debe reiterarse lo ya expuesto en el caso de la nulidad impetrada por el Apoderado de las empresas CARACOL; RCN y la UCEP, en el sentido de que conforme al artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, y por tratarse de alegaciones relacionadas con supuestos vicios ocurridos durante la etapa probatoria, la solicitud presentada es extemporánea¹³⁶. A pesar de esto, a continuación se abordarán los argumentos expuestos, con el fin de demostrar que los mismos no sólo no contienen argumento jurídico alguno, sino que son presentados de manera injustificada e incluso irresponsable.

5.7.3.4.1. Intervención de la ex Ministra de Comunicaciones

Se hace alusión en el escrito de los representantes legales al origen de la investigación; específicamente a la intervención de la entonces Ministra de Comunicaciones, quien puso en conocimiento de esta Entidad del contrato suscrito por las investigadas. Al respecto, se señala que "(...) *Lo que llama poderosamente la atención, es que la Ministra hubiera escuchado y creído a quienes formulaban la denuncia ante ella, presumiblemente miembros de LAMAC y de la Casa Editorial El Tiempo CEET – sospechosamente*

¹³⁶ El traslado del informe motivado a los investigados, se llevó a cabo el 13 de enero de 2011, mediante comunicación de radicado 09-122453-000465. Sin embargo la solicitud de nulidad fue presentada el día 11 de febrero, 21 días hábiles después del traslado del informe motivado.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 86

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

*mantenidos en el anonimato – pero que no hubiera querido conocer la opinión de los acusados. (...)*¹³⁷

Luego, se afirma que la Ministra en cuestión fue fuertemente cuestionada por lo que se señala como su "indebida" intervención en el proceso de adjudicación del tercer canal y que en su contra cursa una investigación disciplinaria.

Este Despacho no considera que el argumento expuesto sea aceptable pues, contrario a lo afirmado por los Representantes legales, la queja presentada muestra que la mencionada funcionaria decidió dar traslado de la situación a la autoridad cuyas facultades le permitían indagar más a fondo. No se trata por lo tanto de un tema que debía ser resuelto, conciliado, convenido o solucionado ante el Ministerio de TIC's y/o la Comisión Nacional de Televisión, sino de una posible infracción al régimen de competencia que debía ser investigada por la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad única de competencia.

Vale anotar además, que la comunicación remitida por el Ministerio dio origen a la averiguación preliminar dentro de la actuación, la cual estuvo a cargo de la Delegatura y no a la apertura de investigación formal como se pretende presentar en el escrito en donde se solicita la nulidad. Es en virtud de los elementos probatorios recaudados dentro de esta etapa, que se decide abrir la respectiva investigación y no por la actuación de la ex Ministra Guerra.

No se entiende la posición planteada por los representantes de los canales involucrados, cuando al repasar el texto de la comunicación remitida por la Ministra, no se encuentra rastro alguno de parcialidad. En efecto el texto enviado es el siguiente:

"Este Ministerio fue informado recientemente de un asunto que considero importante poner en su conocimiento y en el de la Comisión Nacional de Televisión, para los fines que ambas entidades encuentren pertinentes y correspondan al ejercicio de sus propias competencias.

El pasado mes de marzo los canales privados nacionales de televisión RCN y Caracol, la Unión Colombiana de Empresas Publicitarias UCEP y la empresa de mediciones IBOPE Colombia S.A., celebraron un acuerdo (sic) privado en virtud del cual la última se compromete a realizar las mediciones de audiencias y valoraciones de pauta publicitaria en el país; estudios que, conforme al contrato celebrado, no podrán ser vendidos ni cedidos a ningún título en Colombia ni en el exterior, sin el previo y expreso consentimiento de la UCEP y de los canales RCN y Caracol.

Quienes pusieron en conocimiento de este Ministerio la suscripción de dicho contrato, manifestaron su preocupación pues consideran que con ello, un acuerdo entre particulares que involucra a dos concesionarios del servicio público de televisión, estaría restringiendo las fuentes de información del mercado de pauta comercial que hace posible la toma de decisiones comerciales de quienes compiten en el mismo.

¹³⁷ Ver documento radicado bajo el número 09-122453-00493-0001 del 11 de febrero de 2011, el cual obra entre folios 18909 y 18914 del cuaderno público No.68.

RESOLUCIÓN NÚMERO 1523890 DE 2011 Hoja N°. 87

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

*Agradezco, en la medida en que no lo impida la reserva legal, informar a este despacho respecto a cualquier trámite que sea dado al asunto."*¹³⁸(Subrayado)

Como se desprende del oficio que dio origen a la averiguación preliminar, el Ministerio pone en conocimiento de esta Entidad y de la Comisión Nacional de Televisión la celebración de un contrato cuyas características coinciden con el contenido de la estipulación contractual que fue objeto de investigación. La entonces Ministra hace mención a una posible restricción a las fuentes de información y no manifiesta en ningún momento la ilegalidad de la conducta, limitándose a poner en conocimiento de los hechos a la autoridad facultada para investigarlos, lo cual era su deber.

Ahora bien, si los representantes legales consideran que la señora ex Ministra actuó apartándose del ordenamiento jurídico, como parecen indicarlo al señalar que se trató de una actuación "sospechosa", les recuerda este Despacho que es su deber como ciudadanos poner en conocimiento de las autoridades correspondientes tal actuación.

5.7.3.4.2. Respecto a la inconformidad por la excesiva celeridad en el procedimiento

Para los representantes legales de RCN y CARACOL, el diálogo constante entre esta Superintendencia y los investigados fue abruptamente interrumpido con la expedición del acto de pruebas en el trámite. Se critica además, que de manera inusitada se decretaron pruebas para ser practicadas en un término de dos meses y que incluso se programaron en promedio seis (6) testimonios diarios.

Sobre el tema, es necesario poner de presente nuevamente a los representantes legales que la figura de aceptación de garantías, la cual está a cargo del Superintendente, es independiente la investigación que debe ser llevada a cabo por la Delegatura. No puede interpretarse como erróneamente se hace, que un procedimiento iniciado para indagar la posible realización de prácticas comerciales restrictivas, sea suspendido hasta tanto se defina la viabilidad o no de unas garantías. No se trató por lo tanto de una interrupción abrupta, sino del normal curso de la investigación llevada a cabo.

Ahora bien, resultan no menos que insólitas las acusaciones sobre la celeridad en la etapa de investigación por parte de la Delegatura y vale señalar que no considera este Despacho que deba explicar las razones de la eficiencia objeto de inconformidad. Sin embargo, es de resaltar que este tipo de investigaciones deben realizarse bajo un criterio caso por caso y no es posible generalizar la dificultad y/o el tiempo necesario para llevarlas a cabo. Adicionalmente, dentro de los planes de mejoramiento de la Entidad se encuentra el de mejorar el tiempo de las investigaciones y trámites que tiene a su cargo.

En lo que se refiere a la cantidad de testimonios decretados y practicados, es de utilidad revisar el siguiente cuadro, en el cual, se hace un comparativo entre las fechas de testimonios decretadas en el acto de pruebas y aquellas en que se practicaron dichos testimonios.

RESOLUCIÓN NÚMERO 09-122453-318 DE 2011 Hoja N°. 88

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Cuadro No.9
 Fechas de programación y realización de testimonios

TESTIMONIOS		
Persona	Fecha del acto de pruebas	Fecha de realización
SOFÍA HIGUERA	10-11-10	10-11-10
CARLOS EDUARDO MEJÍA	11-11-10	11-11-10
BEATRIZ HELENA GIL	11-11-10	11-11-10
EDUARDO NORIEGA DE LA HOZ	22-10-10	22-10-10
FELIPE ALBERTO URDANETA	22-10-10	22-10-10
ALVARO ARANGO	25-10-10	25-10-10
JUAN PABLO ROCHA	25-10-10	25-10-10
NELSON ENRIQUE GARRIDO	25-10-10	25-10-10
CARLOS ALBERTO OSPINA	26-10-10	26-10-10
HECTOR FABIAN BULA	02-11-10	02-11-10
MARÍA PATRICIA GIRALDO	02-11-10	02-11-10
ANDRÉS MESA HERNÁNDEZ	02-11-10	02-11-10
SONIA RODRÍGUEZ URIBE	02-11-10	02-11-10
EDINSON YESID ZÁRATE	02-11-10	02-11-10
LORENCITA SANTAMARÍA GAMBOA	03-11-10	03-11-10
JORGE ALBERTO FUNES	03-11-10	03-11-10
ROSA EMILIA FONSECA	10-11-10	10-11-10
WILLIAM GARY MACBRIDE	26-10-10	19-11-10
MARGARITA MARÍA GIRALDO	26-10-10	19-11-10
FERNANDO PINZÓN	03-11-10	25-11-10
JORGE ANTONIO PERCOVICH	03-11-10	29-11-10
EDGAR TARAZONA	25-10-10	Se presentó desistimiento mediante comunicación No. 09-1222453-318 del 25 de octubre de 2010, el cual fue aceptado mediante Resolución No. 62568 del 12 de noviembre de 2010
LAURA CAMACHO	25-10-10	Se presentó desistimiento mediante comunicación No. 09-1222453-318 del 25 de octubre de 2010, el cual fue aceptado mediante Resolución No. 62568 del 12 de noviembre de 2010
HILDA MARÍA PARDO HASCHE	08-11-10	No compareció
TULIO ANGEL	11-11-10	No compareció
ANTONIO JOSÉ GÓMEZ	10-11-10	25-11-10
FELIPE URDANETA	22-10-10	22-10-10
INTERROGATORIOS		
RICARDO ANTONIO MARIÑO	08-11-10	08-11-10
CAROLINA MENDOZA	08-11-10	08-11-10
JORGE MARTÍNEZ DE LEÓN	09-11-10	19-11-10
PAULO LASERNA PHILLIPS	09-11-10	25-11-10
XIMENA TAPIAS DELPORTE	09-11-10	22-11-10
JUAN FERNANDO UJUETA	10-11-10	19-11-10
GABRIEL REYES COPELLO	10-11-10	19-11-10

Fuente: Información que obra en el expediente No. 09-122453

De la anterior información es posible deducir lo siguiente:

- (i) No es cierto que se hayan incluido seis (6) testimonios en alguno de los días de programación previstos en el acto de pruebas. De acuerdo con el

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 89

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

documento, fueron programadas cinco (5) diligencias en tres de las fechas previstas. Sin embargo, como se verá éstas no fueron practicadas según el cronograma.

- (ii) No es cierto que en los días de programación del acto de pruebas tuvieron en promedio seis (6) testimonios. Es más, el promedio de diligencias por día no llega a ser de 4.
- (iii) Además de lo anterior, desconocen los representantes que si bien las fechas de los testimonios fueron decretadas en el acto de pruebas, las fechas de su práctica en varias ocasiones varió. Es así como, sobre la base de los días en que se practicaron las mencionadas pruebas, el promedio de diligencias diario es de aproximadamente 2.5 y sólo en una ocasión, el día 02 de noviembre de 2010, se practicaron 5 de ellas.

En cualquier caso, tampoco considera este Despacho que el número de interrogatorios programados sea un tema de discusión jurídica si en la práctica de los mismos, como ocurrió en el presente caso, se respetaron los derechos tanto de los testigos como de los investigados.

5.7.3.4.3. Respecto a las supuestas irregularidades en la práctica de pruebas testimoniales

Señalan los representantes legales de RCN y CARACOL que en la evacuación de los testimonios se presentaron incidentes que analizados de manera integral muestran una "animadversión" por parte de los funcionarios que llevaron a cabo la investigación.

Se alega el haber autorizado el ingreso de la señora Lorencita Santamaría, representante legal de CITY TV-CEET, a la diligencia de interrogatorio de otro declarante y que en ninguna de las declaraciones rendidas se advirtió a los declarantes que no estaban obligados a declarar en su contra, lo que contraviene lo establecido en cualquier proceso de índole sancionatorio.

Además, se afirma que "*En varias ocasiones se objetaron preguntas formuladas por nuestro abogado, sin que existieran razones objetivas para impedir las*" y que en una de ellas, la funcionaria a cargo de la diligencia quiso impedir la formulación de una pregunta antes de ser formulada, razón por la cual, a criterio de los solicitantes de la nulidad, debió separársele del caso.

Frente a la presencia de la señora Lorencita Santamaría en el testimonio del señor Felipe Urdaneta, Gerente de Nielsen en Colombia, luego de revisar la respectiva grabación, se considera importante realizar las siguientes precisiones:

- De los 33:54 minutos de duración del testimonio, Lorencita Santamaría estuvo presente en los primeros 18:42 minutos, cuando se le solicitó que abandonara el recinto. De esos 18:42, los primeros 6:01 minutos no se efectuaron preguntas, por cuanto el Dr. Rubio intervino para realizar solicitudes al Despacho.

RESOLUCIÓN NÚMERO 023890 DE 2011 Hoja N°. 90

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

- De los 12:41 minutos restantes, en los que estuvo presente Lorencita Santamaría, se efectuaron preguntas durante 11:06 minutos, en los 1:35 minutos restantes el Dr. Rubio efectuó una constancia en la diligencia.
- En el minuto 18:42 ingresó a la diligencia el doctor William Burgos, entonces Coordinador del Grupo de Protección de la Competencia, quien en primer lugar manifestó que la audiencia llevada a cabo era de carácter público y que sólo en caso de tratarse temas de carácter reservado, las personas ajenas al trámite debían apartarse. Posteriormente, se refirió a la situación de la señora Santamaría, señalando que su retiro era necesario en virtud del artículo 227 del Código de Procedimiento Civil¹³⁹, teniendo en cuenta que posteriormente iba también a ser testigo en la investigación.
- Durante el tiempo en que fueron realizadas preguntas al testigo y en donde se encontraba presente la señora Lorencita Santamaría, se trataron temas relacionados con las generalidades del mercado estudiado que no tenían relación con las conductas endilgadas a los investigados.

De lo anterior es posible concluir que, tal y como se manifestó en la diligencia de la referencia por parte del Coordinador del Grupo de Protección de la Competencia, por ser las diligencias de testimonio en investigaciones por prácticas comerciales restrictivas, audiencias de tipo público¹⁴⁰, el ingreso de terceros con o sin interés directo es permitido. Vale aclarar que el caso de la señora Lorencita Santamaría es diferente, toda vez que, en su calidad de testigo no podía presenciar una audiencia anterior debido al riesgo de que su espontaneidad tuviera un desmedro. Como se pudo comprobar, a pesar de su presencia durante una parte del testimonio del señor Urdaneta, en ese lapso de tiempo no se realizaron preguntas o se hicieron afirmaciones que pudieran inducir, alterar o influir en el testimonio de la señora Santamaría.

En lo que se refiere a la supuesta ausencia de la advertencia sobre la no obligación de declarar en su contra, o del derecho a la no autoincriminación, confunden los Representantes legales solicitantes la naturaleza del trámite llevado a cabo y especialmente, las reglas que rigen en el mismo las pruebas testimoniales. Al respecto, debe recordarse que el procedimiento aplicado en este tipo de casos se encuentra previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en cuyo inciso final se señala que:

"En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo".

Así, al no haber norma especial para las investigaciones que lleva a cabo esta Entidad en materia de pruebas testimoniales, es necesario acudir al Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, esta norma tampoco regula la práctica de este tipo de pruebas, siendo necesario referirse a su artículo 267, en donde se establece lo siguiente:

¹³⁹ ARTÍCULO 227: "FORMALIDADES PREVIAS AL INTERROGATORIO. Los testigos no podrán escuchar las declaraciones de quienes les precedan. (...)"

¹⁴⁰ Véase artículo 19 de la Ley 57 de 1985 en concordancia con el artículo 209 de la Constitución Nacional.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 91

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

"ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo."

Así las cosas, al revisar los artículos sobre el tema en el Código de Procedimiento Civil, es claro que en ninguno de ellos se impone la obligación de advertir al declarante que no está obligado a declarar en su contra. Por lo tanto, no puede considerarse como causal de nulidad el no realizar dicha advertencia. Sobre el punto, la doctrina ha señalado lo siguiente:

"Siendo consecuentes con los fundamentos filosóficos y constitucionales anotados, se concluye, que sin que se viole ningún precepto constitucional, no es posible reconocer dentro de un proceso civil, laboral, o administrativo, a ninguna persona el derecho a no declarar contra sí misma, ni contra su cónyuge, compañero permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tal como lo señala el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, ya que de conformidad con el artículo 93 de la misma y el artículo 8 ordinal 2, literal g(del Pacto de Costa Rica, aprobado por la Ley 16 de 1972 y ratificado por Colombia el 31 de julio de 1975, este derecho solo tiene aplicabilidad en los procesos penales.

"En los procesos civiles, laborales o administrativos, con base en lo anotado en el párrafo anterior, cabe afirmar, que sobre el derecho incorporado en el artículo 33 de la Constitución, están los fines esenciales del Estado entre los que se destacan "asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo" (art. 2 C.N.), lo cual no se obtendría sin el derecho de "toda persona para acceder a la administración de justicia" (art. 229 ibidem). En los procesos mencionados, cuando una persona acude a la justicia, el debe del Estado de impartirla prima sobre los intereses particulares, ellos tienen el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95 ord. 7 C.N.), de otra manera no se lograría la paz social. En el proceso penal, en cambio, la potestad del Estado sólo se impone al momento de ejecutar una sentencia, antes de ella, tiene el deber de proteger en forma parcializada los derechos del imputado o acusado."¹⁴¹

5.7.3.4.4. Respecto al estudio de las garantías ofrecidas

Manifiestan los solicitantes que en las comunicaciones mediante las que el Despacho decidió no aceptar las garantías ofrecidas por las investigadas, se incurre en una afirmación contraria a la realidad, cuando se hace mención a la realización de mesas de trabajo en las que se analizó la pertinencia del ofrecimiento, las cuales, según ellos, nunca tuvieron lugar.

Frente a este punto, es conveniente reiterar la discrecionalidad en cabeza del Superintendente, la cual es reconocida por los mismos solicitantes y que ha sido explicada en diversas ocasiones dentro del presente trámite. La misma permite al funcionario no aceptar un ofrecimiento de garantías cuando "a su juicio" éstas no sean suficientes para suspender o modificar la conducta que se investiga. Se trata de un acto de trámite que no requiere justificación, tal y como ha sido reconocido por el Consejo de Estado¹⁴².

¹⁴¹ PARRA QUIJANO, Jairo. "El derecho procesal y la nueva constitución", Biblioteca Jurídica DIKE, (Bogotá - 1993); págs. 179 - 182

¹⁴² Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 25 de abril de 2002. Radicación No. 7261. Magistrado Ponente: Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola: "Con relación al noveno cargo, violación del debido proceso por

RESOLUCIÓN NÚMERO: 23890 DE 2011 Hoja N°. 92

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Dentro de las actividades propias que permite dicha discrecionalidad, se consideró relevante celebrar diversas reuniones con las personas naturales y representantes de las personas jurídicas investigadas, así como con sus apoderados, con el fin de conocer sus posiciones sobre las garantías ofrecidas y discutir de manera general la viabilidad o no de iniciar un proceso para trabajar más a fondo sus implementación en caso de que el Despacho lo considerara necesario. Vale adicionar que la realización de reuniones en este tipo de casos no es una obligación a cargo de la Superintendencia. En el siguiente cuadro se muestran las fechas en que tuvieron lugar cada una de las mencionadas reuniones.

Cuadro No. 10
Reuniones sostenidas con el fin de discutir el ofrecimiento de garantías

Fecha de la reunión	Asistentes
12-05-2010	Gabriel Reyes, Paulo Laserna, Ximena Tapias y Jairo Rubio.
24-05-2010	Jaime Herrera.
15-06-2010	Gabriel Reyes, Paulo Laserna y Jairo Rubio.
17-06-2010	José Alejandro Torres, Jaime Herrera y Lina María Prieto.
16-07-2010	José Alejandro Torres.
19-07-2010	Jairo Rubio.
27-07-2010	Jairo Rubio, Gabriel Reyes y Paulo Laserna
22-11-2010	Ximena Tapias, Jorge Martínez, Juan Fernando Ujueta, Jairo Rubio, Gabriel Reyes y Paulo Laserna.
24-11-2010	José Alejandro Torres, Lina María Prieto y Jaime Herrera.
01-12-2010	Ricardo Antonio Mariño

Fuente: Registros de reuniones del Despacho del Superintendente.

Las reuniones celebradas fueron en sí mismas mesas de trabajo en donde precisamente luego de analizar las diversas opiniones y propuestas presentadas, se consideró no viable aceptar los ofrecimientos realizados. Al respecto, debe recordarse que en cada una de estas reuniones se afirmó de manera expresa por parte de la Entidad que (i) su realización no implicaba una pre aceptación de lo ofrecido y (ii) luego de la ronda de reuniones realizada, se podría continuar con una segunda ronda de ser necesario.

Conforme a lo anterior, es claro que sí se realizaron mesas de trabajo por parte del Despacho con cada uno de los involucrados y sus Apoderados, luego de las cuales, se consideró innecesario programar nuevas reuniones, con lo que se evitó así desgastes

la desatención de los tres ofrecimientos de garantías hechos por los interesados y de sus intenciones de prestar la que señalara el Superintendente de Industria y Comercio, se debe poner de presente que no es cierta esa desatención, por cuanto, según atrás se precisó, la administración se pronunció respecto del ofrecimiento de esas garantías, tal como era posible, es decir, con la sola manifestación de que a su juicio las garantías ofrecidas no eran suficientes, pues tratándose de una atribución discrecional y potestativa no estaba obligado a dar razones o motivos de su apreciación, ni la norma lo obligaba a señalar formas, medios o montos para que puedan tomarse como garantías suficientes, según lo solicitaron los actores en las dos comunicaciones siguientes, el ofrecimiento de tales garantías, amén de que por ser un acto de trámite no está sujeto a recurso alguno y se trataba de una conducta consumada, tal como se advirtió anteriormente." (se resalta)

tanto para las partes como para la Entidad. Por lo tanto, la manifestación según la cual "(...) *nunca se realizó una reunión para estudiar la pertinencia de las garantías propuestas*", se aleja totalmente de la realidad.

5.7.3.4.5. Respecto a la actuación de la Delegatura de Protección de la Competencia

De acuerdo con el escrito presentado, la Superintendencia en su investigación tenía como objetivo probar una conducta que se había asumido de antemano como contraria a derecho y no descubrir la verdad, lo que constituye un prejuzgamiento. Para los representantes legales de RCN y CARACOL, existió no sólo una falta de ponderación e indebida evaluación de las pruebas, sino que hubo un mal manejo y descuido por parte de la Entidad, evidenciado en el Informe Motivado.

Llama altamente la atención a este Despacho la ligereza con que se realizan acusaciones en contra de funcionarios de esta Superintendencia, carentes de sustento probatorio alguno o siquiera argumentos jurídicos. En efecto, a pesar de la extensa lista de supuestas irregularidades en la etapa probatoria, no se aportan elementos de prueba que sustenten una sola de ellas.

En primer lugar, desconocen los solicitantes la función misma del Delegado de Protección de la Competencia en las investigaciones que, por la presunta realización de prácticas comerciales restrictivas, realiza esta Entidad. De acuerdo con el artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010, se encuentran a cargo del mencionado funcionario, entre otras, las siguientes obligaciones:

"(...) 5. Tramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia.

6. Presentar al Superintendente de Industria y Comercio una vez instruida la investigación, informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia. (...)" (Resaltado)

De lo anterior se desprende que es la Delegatura la encargada de instruir la investigación y tomar una posición sobre la realización o no de la conducta investigada. Es decir, claramente constituye una obligación del Delegado probar la comisión de una conducta anticompetitiva bajo el marco del acto de apertura de investigación, siendo dicho ejercicio el que lleva a la verdad referida por los solicitantes. No se trata de dos conceptos diferentes o escindibles, pues a través de la comprobación de la conducta investigada se llega a la verdad procesal, no pudiendo ser ésta última la opinión personal de los investigados como es pretendido en el presente caso.

Se alega la no ponderación de las pruebas obrantes en el expediente y la ausencia de motivación frente a la no utilización y desecho de algunas de ellas. Se considera además "grosero" el no haber evacuado unas pruebas ya decretadas, debido a que en opinión del Delegado obraban elementos probatorios que acreditaban lo que se quería probar por las empresas.

Se reitera en este punto lo manifestado anteriormente en el presente acto administrativo, respecto a la aplicación de los principios de economía procesal, celeridad y valoración de las pruebas.

Por otra parte, se ataca en el escrito de solicitud de nulidad, la cita realizada por el Delegado sobre un artículo escrito por él mismo, en el cual se hace una crítica a la justificación del derecho de propiedad intelectual. No obstante, llama la atención la forma como se descontextualiza el contenido y la intención del funcionario, lo cual denota o un desconocimiento absoluto del tema o simplemente la intención de inducir a error.

Con el fin de darle claridad al asunto, a continuación se transcribirá el texto del Informe Motivado en donde se realiza la mencionada cita:

"3.3 CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA DE LOS ESTUDIOS DE MEDICIÓN DE AUDIENCIA EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La información resultante de los estudios de medición de audiencia en medios de comunicación corresponde a un bien económico transable definido por su carácter no rival y de uso exclusivo.¹⁴³ No rival por cuanto una vez producida esta información es suficiente para abastecer cualquier nivel de demanda en el mercado, en este sentido, el uso de este producto por alguno de los agentes de la industria publicitaria no impide que sea utilizada por cualquier otro agente de la misma. Ahora bien, su carácter exclusivo radica en la posibilidad de impedir el acceso al uso de la información a todo agente que no pague por su utilización." (Resaltado fuera de texto)

Independientemente de la discusión teórica y que corresponde más a la Delegatura de Propiedad Industrial de esta Entidad, sobre el papel que ejerce la propiedad intelectual como mecanismo para incentivar la innovación y, por ende, el crecimiento económico, es claro que la cita se enfoca en las características del estudio de medición, es decir, a que se trata de un bien no rival y exclusivo. Por lo tanto, no se entiende la intención de deslegitimar al Delegado, quien en ninguno de los apartes del Informe Motivado se basó en su posición académica para sustentar la realización de la conducta investigada.

Por el contrario, la cita motivo de inconformidad se incluyó en el Capítulo denominado "ESTRUCTURA DE LA INDUSTRIA COLOMBIANA DE LA PRODUCCIÓN DE INFORMACIÓN PARA LA MEDICIÓN DE AUDIENCIA EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN", en el cual se hace una descripción tanto del mercado específico, como del estudio de medición. Por lo tanto, en nada influye el apoyar una afirmación sobre las características de este último, con un artículo en donde se hace referencia a las mismas.

Por último, en lo que se refiere a la actuación de la doctora Mabel Juliana Chinchilla durante la investigación y a su supuesta parcialidad en la actuación, considera este Despacho que las acusaciones realizadas sobrepasan el límite de las opiniones que como investigados pueden expresar los solicitantes, porque no se aporta ningún elemento probatorio que sustente una mala actuación de la mencionada funcionaria. Se limitan los señores Gabriel Reyes y Jorge Martínez a poner en tela de juicio la integridad y

¹⁴³ Véase: Márquez Escobar, Carlos Pablo. "Critical analysis of the justification and economic foundations of the intellectual property rights system" Revista Derecho y Sociedad No.25, Universidad Católica del Perú, Lima, (2005).

RESOLUCIÓN NÚMERO 123890 DE 2011 Hoja N°. 95

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

profesionalismo de la doctora Chinchilla, basando sus apreciaciones en especulaciones carentes de respaldo jurídico alguno.

En cualquier caso, vuelve a reiterar este Despacho que si los representantes legales tienen algún cuestionamiento sobre la actuación de este u otro funcionario de la Entidad, es su deber presentar la queja correspondiente con el fin de que se adelante la investigación disciplinaria a la que haya lugar.

Finalmente, este Despacho considera importante aclarar que, tanto las supuestas objeciones injustificadas, como el caso único en donde se anticipó la doctora Chinchilla a objetar una pregunta, debieron ser debidamente puestos de presente en el momento procesal idóneo. Esto es, en las mismas diligencias o en su defecto antes de la expedición del Informe Motivado, tal y como lo prevé el ya citado artículo 21 de la Ley 1340 de 2009.

5.7.4. Respecto a las respuestas a los requerimientos realizados a Media Wise Colombia S.A, PHD Colombia S.A.S. y Mediaedge Cia Ltda

Es importante hacer referencia en la presente sección al memorando radicado bajo el número 11-35753-00 del pasado 24 de marzo de 2011, en el que el Coordinador del Grupo de Trabajo del Centro de Documentación e Información de esta Superintendencia, dio traslado al Despacho del Superintendente de varios documentos constitutivos de respuestas a requerimientos realizados por la Delegatura en el presente trámite y que fueron radicados equivocadamente por dicha dependencia desde el mes de octubre de 2010. A continuación se relacionan las respuestas referidas:

- Comunicación remitida por el señor Oscar Cortés Echeverri, Representante Legal de la sociedad Media Wise Colombia S.A., con número de radicación 09-122453-00499-0001 del 25 de octubre de 2010¹⁴⁴.
- Comunicación remitida por la señora Yasmina Celis Rincón, representante legal suplente de la sociedad PHD Colombia S.A.S., con número de radicación 09-122453-00498-0001 del 25 de octubre de 2010¹⁴⁵.
- Comunicación remitida por la señora Adriana Vargas Palacio, representante legal suplente de la sociedad Mediaedge:cia Ltda., con número de radicación 09-122453-00500-0001 del 03 de diciembre de 2010¹⁴⁶.

Ante la anterior situación, por tratarse de documentos aportados por las empresas requeridas de manera anterior a la expedición del Informe Motivado y teniendo en cuenta que no fueron incluidos en el expediente de la referencia debido a un error por parte de una dependencia de esta Entidad, a través de la Resolución No. 19887 del 14 de abril de 2011, las pruebas allegadas se pusieron en conocimiento de los investigados y fueron incorporarlas al expediente, con el fin de que fuera ejercido el derecho de contradicción.

¹⁴⁴ Obrante en cuaderno reservado número 68.

¹⁴⁵ Obrante en cuaderno reservado número 67.

¹⁴⁶ Ibidem.

RESOLUCIÓN NÚMERO 09-122453-00507-0001 DE 2011 Hoja N°. 96

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

5.7.4.1. Solicitud de nulidad presentada por el Apoderado de RCN, CARACOL y la UCEP

Mediante escrito radicado bajo el número 09-122453-00507-0001 del 20 de abril de 2011, el Apoderado de RCN, CARACOL y la UCEP solicitó la nulidad procesal de lo actuado desde la expedición del Informe Motivado, para lo cual argumentó lo siguiente:

"Al ser la investigación por prácticas comerciales restrictivas de la competencia un proceso regulado por la ley, en el cual existe una sucesión de etapas procesales, es claro que todas deben surtir y agotarse en su integridad, pues de lo contrario daría lugar a que se quebrantara el debido proceso.

El artículo 52 del decreto 2153 de 1992 establece una etapa pre investigación denominada averiguación preliminar y dos etapas dentro de la investigación. La etapa de instrucción y la etapa de decisión final. La averiguación preliminar y la etapa de instrucción están en cabeza del Superintendente Delegado, por lo cual el Superintendente asume conocimiento de la actuación una vez ha sido agotada en su integridad la etapa instructiva y el Superintendente Delegado, después de valoradas las pruebas obrantes en el proceso, ha expedido su informe motivado.

Así las cosas y teniendo en cuenta que las pruebas que se incorporan al expediente mediante la resolución 19987 se efectúa después de expedido el informe motivado, lo que implica que las mismas no fueron valoradas por el Superintendente Delegado, el traslado que se nos da de las referidas pruebas es extemporáneo. Por lo demás, para ejercer el derecho de contradicción, es necesario conocer la valoración que de las mismas haga el Superintendente Delegado."

Sobre este punto, considera este Despacho necesario en primer lugar, hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Contencioso Administrativo, el cual plasma que "[l]os procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles".

Existe, por lo tanto, un procedimiento especial en materia de infracción a normas de protección a la competencia previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado y adicionado por la Ley 1340 de 2009, el cual establece lo siguiente:

"[c]uando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes".

Como puede observarse, en este procedimiento especial, se determina claramente la oportunidad de los investigados para pedir y aportar pruebas, la cual se circunscribe al período comprendido entre la apertura de la investigación y la suscripción del informe motivado. No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que debido a su carácter de especial, puede acudir al Código Contencioso Administrativo -CCA- en los asuntos no previstos en aquel, igualmente, en los aspectos no regulados en este código se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil -CPC-, según lo dispone el artículo 227 del CCA.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00023890 DE 2011 Hoja N°. 97

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

En el presente caso, las circunstancias de hecho afrontadas por el Despacho, difieren del presupuesto previsto en la norma. En primer lugar, las pruebas remitidas por las empresas Media Wise Colombia S.A, PHD Colombia S.A.S. y Mediaedge Cia Ltda ya habían sido decretadas por parte de la Delegatura. Como segundo aspecto, no se trata de un aporte o solicitud de pruebas realizado por las investigadas o del decreto de nuevos elementos probatorios, sino de la incorporación de unas pruebas documentales al expediente. Finalmente, como ya se afirmó en esta Resolución, la Delegatura ya había descartado la necesidad de tener en cuenta las pruebas que se allegaron.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153, contrario a lo manifestado por el Apoderado solicitante, no prevé la situación específica ocurrida, razón por la cual, se hace necesario acudir a lo preceptuado por el Código Contencioso Administrativo en su artículo 34, el cual señala que: "*Durante la actuación administrativa, se podrá pedir y decretar pruebas, y allegar informaciones, sin requisitos ni términos especiales, de oficio o a petición del interesado.*"

No puede dejarse de lado que es el Superintendente de Industria y Comercio quien toma la decisión final en este tipo de actuaciones, por lo que es también aplicable lo preceptuado en el artículo 35 del mencionado Código:

"Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares." (Subrayado)

Por último, con la expedición de la Resolución No. 19887 del 14 de abril de 2011, una vez conocidas las pruebas documentales incorporadas, las mismas pudieron ser efectivamente controvertidas por las investigadas, quienes llegaron al conocimiento de la prueba a través de un acto administrativo de trámite que les fue comunicado en forma legal y oportuna y cuya publicidad garantiza el debido proceso. En el mismo sentido, la valoración que realice el Despacho frente a los documentos allegados, podrá ser igualmente controvertida a través de los recursos de reposición en contra de la presente resolución.

De acuerdo con lo expuesto, este Despacho considera que la incorporación de las pruebas documentales realizada por medio de la Resolución No. 19887 es el acto que permite a los investigados ejercer su derecho de contradicción y, en esa medida, tal actuación no debe considerarse como un vicio que genere una nulidad del procedimiento adelantado.

5.7.4.2. Argumentos del representante de IBOPE y Carolina Mendoza Villanueva

Por su parte, el Apoderado de IBOPE y Carolina Mendoza Villanueva, a través de escrito radicado bajo el número 09-122453-00509-0001 del 25 de abril de 2011 da alcance a las observaciones inicialmente presentadas al informe motivado, en donde sugiere que el argumento propuesto por la Delegatura según el cual los canales internacionales vieron restringido su acceso a la información del estudio de medición de audiencia en televisión y que por tal razón sufrieron la obstaculización en lo que respecta a la participación de la pauta publicitaria, no tiene asidero en la realidad. Según el Apoderado, prueba de ello es que "*las ventas de pauta publicitaria a canales internacionales se duplicaron del año 2008 al 2009 y continuaron su crecimiento exponencial para el año 2010.*"

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 98

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

A su vez, el Apoderado mencionado califica al canal ESPN de alta relevancia en la investigación, toda vez que el Informe Motivado cita la declaración de la representante legal de AD MEDIA la señora Beatriz Helena Gil Navia, quien afirma que el no suministro del estudio "afectó un poquito algunos negocios muy puntuales" de dicho canal. Basado en la lectura de la información disponible en el expediente, concluye el Apoderado que contrario a lo que propone el Informe Motivado, el canal ESPN aumentó significativamente su participación en pauta publicitaria de Colombia en el año 2009.

Por último señala el Apoderado que en contraste con los crecimientos que habrían tenido el total de canales internacionales de más del █% en materia de pauta publicitaria entre los años 2008 al 2009, los canales contratantes RCN y CARACOL tuvieron un crecimiento para el mismo período de apenas el █%.

Frente a estos argumentos, y luego de una revisión minuciosa de las cifras que llevan al Apoderado a concluir lo anteriormente planteado¹⁴⁷, este Despacho encontró los siguientes elementos:

- Que contrario a las afirmaciones ya expuestas por el Apoderado, las cifras demuestran que de los 33 canales internacionales sobre los que reposa información de inversión en pauta publicitaria para los años 2008, 2009 y 2010, en 18 de ellos existe un elemento común relacionado con que importantes pautantes para cada canal del año 2008 dejan de pautar para el año 2009 y que los crecimientos mencionados por el apoderado se explican por clientes distintos a los que durante el año 2008 invirtieron en publicidad en dichos canales. A su vez, las cifras de crecimiento porcentual señaladas por el Apoderado, en muchos casos recogen un efecto estadístico de pasar de inversiones cercanas a cero a cifras estrictamente positivas por canal internacional.
- A su vez, las cifras citadas por el Apoderado de IBOPE dan cuenta de que 7 de los 34 canales señalados, de contar con inversiones en pauta publicitaria estrictamente positivas durante el año 2008, pasan a tener niveles nulos de dicha inversión para el año 2009 y en 5 de los canales internacionales la inversión en publicidad se reduce significativamente entre los dos años mencionados.
- En el caso de ESPN, el incremento en casi █ veces la inversión en publicidad entre los años 2008 y 2009, se vio explicado en un █% por la inversión en publicidad realizada por U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales quien no pautaba en el año 2008. Sin embargo, llama la atención que entre esos dos años Novartis de Colombia S.A. deja de pautar siendo esta empresa quien explica el 100% de la pauta publicitaria durante el año 2008.
- Finalmente, es importante señalar que de los 34 canales sobre los que existe información en solo █ de ellos existió pauta publicitaria durante el año 2009, en donde el nivel de inversión media por canal fue de \$█ millones. Dicha cifra resulta significativamente menor a los \$█ millones que durante el 2010 RCN televisión logró recaudar por concepto de pauta publicitaria. Es decir, que el promedio de la pauta por canal en el año 2009 en el caso de los canales

¹⁴⁷ Cuaderno Reservado 67 Folios 136-146.

RESOLUCIÓN NÚMERO 07023890 DE 2011 Hoja N°. 99

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

internacionales correspondió a apenas el █% del total de la pauta que uno de los dos canales nacionales privados recibió durante el año 2010. Lo anterior explica razonablemente las diferencias en los crecimientos en pauta publicitaria señalados por el Apoderado y refuerzan el efecto estadístico presente en la contrastación de las cifras.

Independientemente de lo ya expuesto y contrario a lo manifestado por el Apoderado de IBOPE y Carolina Mendoza Villanueva, es de anotar que la información aportada por las centrales de medios tal y como lo señaló en su momento la Delegatura no incide de manera alguna en la imputación de la conducta realizada, toda vez que lo que se buscaba probar con las mismas inicialmente fue corroborado en la etapa de investigación a través de otros medios probatorios.

5.7.5. Otros aspectos de tipo procesal

Considera el Apoderado del CARACOL y RCN que en desarrollo de la investigación, así como en el Informe Motivado se cometieron distintos errores de tipo procedimental, los cuales a continuación se sintetizan.

Para el mencionado Apoderado, el análisis probatorio realizado en el informe motivado desconoce el deber de la Superintendencia de analizar en su integridad las pruebas obrantes en el expediente bajo los principios generales del derecho probatorio contenidos en el Código de Procedimiento Civil¹⁴⁸. Igualmente, se alega que en el Informe de la Delegatura no se indica el mérito que se le asigna a cada una de las pruebas que obran en el expediente y que el documento se basa exclusivamente en las declaraciones de las personas que de una u otra manera propiciaron el inicio de la investigación.

Por otra parte, se pone de presente la solicitud realizada por los poderdantes del doctor Rubio, donde se señala la ocurrencia de un defecto fáctico por valoración equivocada de la prueba, cuando se afirma en la página 94 que la Delegatura verificó que los CONTRATANTES solicitaron la creación de una estrategia para negar las solicitudes de CITY TV y LAMAC, incurriendo en una generalización, que para las investigadas, carece totalmente de fundamento probatorio.

Por último, se resalta que en materia probatoria tampoco se practicaron algunas pruebas que fueron oportunamente solicitadas por las investigadas y decretadas por la Superintendencia, situación que es base para la solicitud de nulidad radicada el pasado 27 de enero de 2011.

5.7.5.1. Independencia en la valoración de la prueba

Para este Despacho, los argumentos expuestos por el Apoderado de CARACOL y RCN, en lo que se refiere a la forma como fueron analizados los elementos probatorios obtenidos durante la investigación, desconocen la independencia en la valoración de la prueba que

¹⁴⁸ Específicamente se cita el artículo 174 de dicho código establece que "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso" y el artículo 187 señala: "Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica."

RESOLUCIÓN NÚMERO 0023890 DE 2011 Hoja N°. 100

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

ejercen las autoridades administrativas y jurisdiccionales. Frente a este principio, la Corte Constitucional ha señalado:

"Por lo tanto, la existencia de un defecto fáctico en la valoración probatoria solo resulta viable si se demuestra que la decisión que prefiere un grupo de pruebas respecto de otro, se basa en un criterio irrazonable y arriba a conclusiones contraevidentes, esto es, que no pueden inferirse válidamente, desde la perspectiva de la corrección formal de la argumentación, de los hechos probados. Esto debido a que, como se indicó antes, la valoración probatoria es uno de los ámbitos en el que opera con mayor fuerza la autonomía judicial, por lo que la actividad del juez constitucional se restringe a identificar situaciones de error evidente en esa valoración. Se trata, entonces, de equivocaciones extremas, en los que dicha independencia resulta desnaturalizada debido a la ausencia de todo sustento de las conclusiones a las que arriba el funcionario judicial para adoptar la decisión correspondiente."¹⁴⁹ (Subrayado).

Conforme a lo anterior, las aseveraciones realizadas en el escrito de opiniones al Informe Motivado no encuentran sustento. Esto, teniendo en cuenta que la Delegatura no sólo realizó una mención clara de todas las pruebas decretadas y practicadas, sino que frente a cada una de aquellas tenidas en cuenta en su recomendación, se realizó una sustentación sobre su relevancia jurídica en la posición tomada. No se trata por lo tanto, de un desconocimiento irrazonable de alguna de pruebas practicadas, sino del ejercicio propio de valoración como herramienta con la que cuentan las autoridades administrativas y jurisdiccionales al momento de tomar decisiones.

Adicionalmente, no se encuentra en el escrito presentado una relación específica sobre las evidencias cuya valoración fue omitida por la Delegatura, su importancia probatoria y por supuesto, de las conclusiones contraevidentes a las que supuestamente se llegó. Se limita el Apoderado a manifestar su inconformidad con la no inclusión de diversos testimonios, sin entrar a realizar un análisis sobre su relevancia para el caso.

5.7.5.2. Correo electrónico de Jorge Funes Bertoli

En el Informe Motivado elaborado por la Delegatura, se hace referencia a un correo electrónico remitido por el señor Jorge Funes Bertoli, el cual fue encontrado en la visita administrativa realizada por esta Superintendencia en las instalaciones de la empresa CARACOL, el día 11 de octubre de 2010. Al respecto, es necesario realizar las siguientes precisiones:

- (i) Efectivamente el señor Funes no era auditor al momento de remisión del correo electrónico, el día 23 de enero de 2009. Sin embargo, se trata de una persona que a partir del 13 de julio de 2009 fue auditor sobre las actividades de IBOPE¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-009 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵⁰ Testimonio del señor Jorge Funes Bertoli celebrado el día 03 de noviembre de 2010. **Pregunta:** Usted señaló en un principio que en ese momento se encontraba desempeñando una auditoría a IBOPE Colombia. ¿Nos puede indicar de que se trata esa auditoría? **Respuesta:** Bueno esta auditoría, en el año 2009 en el mes de mayo, fui convocado para realizar una auditoría para sobre la empresa IBOPE que estaba realizando el cálculo de los rating a partir del primero de abril de 2009. Y como había estado en el año 2008 haciendo auditorías a las medidoras que habían en ese momento en Colombia supongo que ese antecedente sirvió para que me convocaran a hacer esta auditoría. Se firmo un contrato el 13 de julio, un contrato legal en Colombia, a partir del 13 de julio estoy auditando a IBOPE en sus, se llama auditoría permanente integral,

RESOLUCIÓN NÚMERO 10023890 DE 2011 Hoja N°. 101

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

- (ii) El correo electrónico fue incorporado al expediente en desarrollo de una visita administrativa debidamente decretada y practicada, razón por la cual, se constituye como un elemento probatorio legítimo para efectos del análisis realizado.
- (iii) El correo electrónico tiene como destinataria a Rosa Emilia Fonseca, Vicepresidente Comercial de CARACOL y en su encabezado se señala expresamente los nombres de Paulo Laserna y Gabriel Reyes.
- (iv) El contenido del correo electrónico denota el conocimiento que sobre el proceso específico tenía el señor Funes.

Este Despacho no comparte la afirmación de la Delegatura, respecto a la comprobación de la solicitud realizada por los canales para la estructuración de la estrategia de obstrucción, toda vez que no existe una prueba directa que demuestre dicha situación. Sin embargo, esto no quiere decir que la prueba en cuestión no pueda ser evaluada en conjunto con otras, con el fin de determinar que existía una intención de impedir el acceso a las negociaciones para contratar a la empresa medidora.

Así, desconoce el Apoderado que fue precisamente en las instalaciones de una de sus poderdantes en donde se encontró el citado correo y que la destinataria del mismo fue una alta funcionaria de dicha empresa. Además, independientemente de la implementación de las estrategias sugeridas, es claro que a las personas a quienes iban dirigidas las recomendaciones eran Paulo Laserna y Gabriel Reyes, representantes legales de los canales para la época de los hechos.

La intención de impedir el acceso a LAMAC y a los canales internacionales en las negociaciones señaladas, se observa claramente en las manifestaciones expresas que sobre el tema realizaron los canales en los Consejos Directivos de la UCEP, así como en diversas comunicaciones citadas por la Delegatura en su informe¹⁵¹.

Como conclusión de este punto, a pesar del intento del Apoderado de CARACOL y RCN por desconocer la importancia de la prueba incorporada por la Delegatura, para este Despacho se trata de una prueba de gran relevancia que si bien no demuestra la posible solicitud realizada por los Canales, sí contribuye a la evidencia de la intención de obstruir el acceso a los participantes internacionales.

Finalmente, en lo que se refiere a los argumentos relacionados con la no práctica de ciertas pruebas en principio decretadas, debe acudirse a lo ya manifestado en la presente resolución.

eso quiere decir que la auditoria toma la parte externa del trabajo que tiene la medición de rating, que es hacer lo que en Colombia se llama la muestra maestra y todas sus operaciones, la selección de los panelistas. Y después la parte interna, que es la recepción de la información desde los hogares que entra a la empresa y se procesa para obtener una base de datos de la cual a través de un software especializado se sacan los rating. (Subrayado)

¹⁵¹ Ver páginas 99 – 115 del Informe Motivado.

5.8. Responsabilidad de las personas naturales investigadas

De conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992¹⁵², aplicable para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio está facultado para "[i]mponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción (...)".

Es importante recordar que la responsabilidad personal a la que alude el artículo mencionado, emana de un hecho –acción u omisión– del administrador. La precisión efectuada reviste especial importancia, si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16, no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito, ejecuten directamente el acto o que lo autoricen.

Así mismo y tal como lo establece el artículo 117 del Código de Comercio, para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la Cámara de Comercio respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones aprobadas a dichas facultades.

Bajo esta óptica, corresponde ahora establecer respecto de los representantes legales de las sociedades investigadas, si ejecutaron, toleraron o autorizaron la conducta anticompetitiva investigada, con el fin de determinar su grado de responsabilidad.

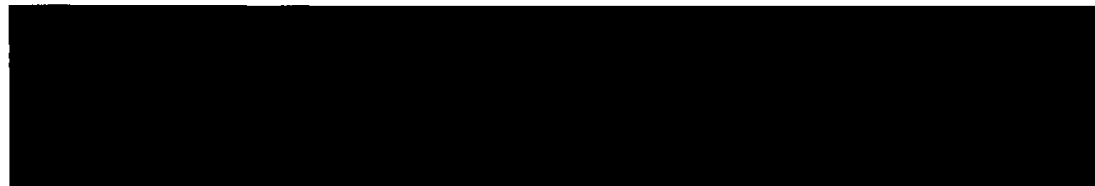
Debe aclararse que la infracción realizada en el presente caso, tiene su origen en la suscripción de un contrato entre las investigadas. Así, la participación de las diferentes personas naturales en las negociaciones y concreción de dicho contrato ha de interpretarse en sí misma como parte de la ejecución del acuerdo anticompetitivo.

5.8.1. Paulo Laserna Phillips, representante legal de CARACOL

De acuerdo con la información obrante en el expediente, se pudo constatar que el señor Laserna participó en todas la etapas de la negociación que rodearon la suscripción del contrato en cuestión. En primer lugar y a pesar de que no fue él quien firmó la estipulación contractual, de su declaración se desprende que en su calidad de Presidente, dio instrucciones para la negociación y el visto bueno para la concreción de la misma¹⁵³.

¹⁵² Modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que establece que están sujetas a las sanciones allí contempladas "[...] cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, [...]".

¹⁵³ Declaración rendida el día 25 de noviembre de 2010, obrante a folio 7731 del cuaderno reservado No. 26.
Pregunta: Al momento de la suscripción del contrato, en cabeza de quién en CARACOL se tomó la decisión de que efectivamente se iba a suscribir?



RESOLUCIÓN NÚMERO 00023890 DE 2011 Hoja N°. 103

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Así mismo, de acuerdo con las comunicaciones encontradas por la Delegatura y en parte transcritas en el Informe Motivado, se observa que el investigado tuvo una participación directa y activa en la ejecución del contrato al ejercer como miembro de su Comité Directivo¹⁵⁴ y al contestar comunicaciones a IBOPE relacionadas con dicha ejecución¹⁵⁵.

Para este Despacho, la vinculación del entonces representante legal de CARACOL a la conducta investigada no admite duda, teniendo en cuenta que en todo momento de una u otra forma tuvo control sobre lo relativo a la negociación, suscripción y ejecución del contrato suscrito por la mencionada empresa RCN, UCEP e IBOPE, incurriendo así en la infracción prevista en el numeral 16 del Decreto 2153 de 1992.

5.8.2. Jorge Martínez de León, representante legal de CARACOL

En lo relacionado con la participación del señor Martínez de León, comparte este Despacho la posición planteada por la Delegatura, en virtud de la cual el investigado hizo parte importante en la suscripción y preparación del contrato en cuestión, ya que fue Él quien estuvo encargado del proceso de revisión y suscripción del mismo¹⁵⁶. Si bien actuó como delegado por parte del presidente de CARACOL, conoció, toleró y ejecutó la conducta investigada, incurriendo en la infracción prevista en el numeral 16 del Decreto 2153 de 1992¹⁵⁷.

5.8.3. Gabriel Martín Reyes Copello, representante legal de RCN

Como representante legal de RCN, el señor Reyes participó en las diferentes etapas para la suscripción del contrato. Específicamente en su declaración señaló lo siguiente:

"Pregunta: ¿Podría indicarle al Despacho dentro de RCN televisión quien tomo la determinación de firmar el presente contrato?

Respuesta: El contrato lo firmó el doctor UJUETA que es representante legal suplente, pero con la autorización y el aval mío". (Subrayado)

¹⁵⁴ Ver Acta No. 001 del Comité Directivo del Contrato para la Medición de Audiencia de Televisión e Infopauta.

¹⁵⁵ Ver respuesta a Carlos Augusto Montenegro, Presidente de IBOPE. Obrante en el Cuaderno Reservado No. 5, folio 2045.

¹⁵⁶ Ver comunicación dirigida al señor Ricardo Mariño, la cual fue firmada por Gabriel Reyes, Jorge Martínez y Ximena Tapias y que obra en el Cuaderno Reservado No 5 folios 2040 - 2041

¹⁵⁷ En su declaración del 19 de noviembre de 2010, el señor Martínez de León manifestó: **"Pregunta: podría indicarle al despacho si usted en su calidad de secretario general y como suscriptor del presente contrato tenía las capacidades para tomar la decisión de firmarlo o no? O tenía que reportarle a alguien la firma del mismo?"**

RESOLUCIÓN NÚMERO 0023890 DE 2011 Hoja N°. 104

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Igualmente, el señor Reyes hizo parte del Comité para la Coordinación del contrato, estaba al tanto de las decisiones tomadas en el Comité de Tarifas y suscribió comunicaciones relacionadas con la ejecución de la estipulación contractual¹⁵⁸.

Para este Despacho, la vinculación del entonces representante legal de RCN a la conducta investigada es clara ya que, en todo momento de una u otra forma tuvo control sobre lo relativo a la negociación, suscripción y ejecución del contrato suscrito por la mencionada empresa RCN, UCEP e IBOPE, incurriendo así en la infracción prevista en el numeral 16 del Decreto 2153 de 1992.

5.8.4. Juan Fernando Ujueta López, secretario general y representante legal de RCN

En su calidad de Secretario General y Representante Legal de RCN, el señor Ujueta realizó las gestiones tendientes a la suscripción del contrato tal y como lo expone la Delegatura en su informe. Su participación también se refirió a la suscripción misma de la estipulación contractual y a la posterior ejecución a través del Comité Directivo¹⁵⁹.

Por lo tanto, conforme a las pruebas que obran en el expediente el investigado toleró y ejecutó la conducta objeto de la actuación.

5.8.5. Ximena Tapias del Porte, presidente ejecutiva y representante legal de la UCEP

Como Presidente Ejecutiva y representante legal de la UCEP, la señora Tapias participó en la elaboración, suscripción y ejecución del contrato con IBOPE. La investigada fue quien representó a dicha asociación en las negociaciones realizadas y quien firmó la estipulación contractual. Además, también hizo parte del Comité Directivo¹⁶⁰ y remitió comunicaciones en desarrollo de la ejecución del contrato.

De tal suerte, a través de su actuación toleró y ejecutó la conducta objeto de la actuación.

5.8.6. Carolina Mendoza Villanueva, representante legal de IBOPE

Al igual que en los casos anteriores, la señora Mendoza fue la persona encargada por parte de IBOPE de suscribir el contrato referido, lo cual fue corroborado por ella misma en su declaración cuando afirmó:

"Pregunta: Usted en calidad de qué firmó el contrato?"

Respuesta: En ese momento en calidad de Representante Legal Suplente

¹⁵⁸ Ver entre otras, comunicación dirigida al señor Ricardo Mariño, la cual fue firmada por Gabriel Reyes, Jorge Martínez y Ximena Tapias y que obra en el Cuaderno Reservado No 5 folios 2040 – 2041.

¹⁵⁹ En su declaración del 19 de noviembre de 2010, el señor Ujueta manifestó: *Pregunta: ¿Podría indicarle al Despacho quienes suscribieron, con nombres propios, el contrato para la medición de audiencia y el servicio de INFOPAUTA?*

[REDACTED]

Pregunta: *Dentro de sus funciones, dentro de la Cámara de Comercio, se encuentra la suscripción de este tipo de contratos?*

Respuesta: *Si.*¹⁶¹

Adicionalmente, la investigada ejerció como interlocutor por parte de la mencionada empresa en las negociaciones realizadas, lo cual incluso ameritó un reconocimiento especial de sus superiores por su "(...) *trabajo durante el proceso de auditoría y conducción de la licitación.*"¹⁶² De acuerdo con lo anterior, la señora Mendoza toleró y ejecutó la conducta reprochada.

5.8.7. Ricardo Mariño Palacio, ex representante legal de IBOPE

El señor Mariño participó en la estructuración del contrato suscrito, así como en su posterior ejecución. Si bien fue la señora Carolina Mendoza Villanueva quien representó a IBOPE en la firma de la estipulación, el señor Mariño ejercía en ese momento como representante legal de la empresa y conocía las condiciones en que se dio la negociación previa entre las empresas.

Además de lo anterior, fue el señor Mariño quien en diversas oportunidades remitió comunicaciones a los contratantes, solicitando la autorización para vender los resultados del estudio a los canales internacionales. A pesar de ser una actuación que pretendía evitar una de las conductas acusadas, la misma denota que el investigado sí estaba al tanto de la ejecución del contrato y de los problemas provenientes de la misma.

5.9. Dosificación de las sanciones

En lo que se refiere al monto de las sanciones, todos los Apoderados coincidieron en afirmar que en caso de considerarse a sus representados como responsables de la infracción, al momento de aplicar sanciones se tuvieran en cuenta la los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, los cuales se refieren a los criterios de graduación de multas, así como las circunstancias de agravación y atenuación de las mismas.

Al respecto, es necesario precisar que el Decreto 2153 de 1992 fue la norma vigente al momento de la suscripción del contrato y por lo tanto, en virtud del artículo 38 de la Ley 153 de 1887, la aplicable en el caso concreto. La norma mencionada establece lo siguiente:

"ARTICULO 38. En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración.

Exceptúanse de esta disposición:

- 1o. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren del contrato, y*
- 2o. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado; la cual infracción será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido."*

¹⁶¹ Declaración de parte del día 8 de noviembre de 2010.

¹⁶² Correo electrónico enviado por Flavio Ferrari de IBOPE Brazil a Ricardo Mariño. Obrante en CD en el Cuaderno Reservado No. 8, folios 3023-3025.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 106

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Así, el Decreto 2153 de 1992, debe aplicarse para efectos de la determinación de la sanción administrativa y de su dosificación, pese a la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009. Contrario a lo que ocurre con la aplicación del artículo 21 sobre las vicisitudes en el trámite, tema al que ya se hizo referencia en la presente Resolución, los criterios de dosificación no pueden ser considerados como normas procedimentales de aplicación inmediata, sino que van ligados a la aplicación misma de la sanción que en este caso tiene como límites los previstos en el régimen anterior a la promulgación de la ya mencionada Ley.

Sin embargo, lo anterior no significa que los criterios a los cuales se ha hecho referencia no puedan ser considerados como elementos de análisis para la dosificación de las sanciones a imponer en el presente caso, bajo el entendido de que esta Entidad no está obligada a una aplicación integral de los mismos¹⁶³. Así, para efectos del proceso de dosificación de la sanción a imponer a las personas naturales y jurídicas involucradas, este Despacho aplicará la metodología que a continuación se expone.

5.9.1. Metodología aplicada

En cuanto al listado de los siete criterios utilizados por el Despacho para determinar el valor de la multa a aplicar, se realiza una clasificación de los mismos. Por una parte, se define como un primer grupo aquellos aspectos que se relacionan directamente con el mercado sobre el cual se realizan las conductas que en la presente Resolución se reprochan; esto es el impacto y la dimensión del mercado. Por otro lado, se agrupan los criterios relacionados con la caracterización y responsabilidad de quien comete la infracción, tal como el beneficio obtenido por quien o quienes cometen la falta, el grado de participación de los mismos, junto con la cuota de mercado y la conducta procesal. Adicionalmente, este Despacho incorpora en su análisis el principio de proporcionalidad al momento de determinar la respectiva sanción a imponer a quienes participaron en las conductas que en el presente acto administrativo se reprochan.

De igual manera, debe enfatizarse que a través de la exposición del presente análisis se busca definir un porcentaje que será tomado como referente para imponer sobre la multa máxima posible a cada una de las personas jurídicas que, de acuerdo a esta Superintendencia, han llevado a cabo conductas que afecten la libre competencia.

Tal porcentaje deberá ajustarse al alza o a la baja considerando los elementos atenuantes y/o agravantes que sean del caso tomar como referencia a la hora de dosificar la sanción de los participantes del acuerdo que acá se reprocha. En los párrafos siguientes de esta Resolución, se realizará un breve análisis relacionado con cada uno de los conjuntos de criterios señalados junto con los elementos atenuantes y agravantes.

5.9.1.1. En cuanto al conjunto de criterios relacionados con el mercado

El primer grupo de argumentos que este Despacho considera centrales para efectos de su análisis de dosificación de la sanción asociada a cada una de las personas jurídicas y naturales involucradas en la investigación, corresponde a aquellos elementos que dan

¹⁶³ Ver Sentencia de la Corte Constitucional C-710 de 2001. Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño

RESOLUCIÓN NÚMERO 0023890 DE 2011 Hoja N°. 107

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

cuenta del grado de afectación o impacto que con la conducta reprochable por parte de cada una de las partes fue generada en el mercado.

A este respecto, es importante señalar en el presente caso, que esta Entidad reconoce que la conducta sancionada, tal como se ha ilustrado en secciones anteriores de la presente Resolución, corresponde a la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y de los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En este sentido, es necesario diferenciar la metodología utilizada para la determinación del impacto que sobre el o los mercados se genera cuando se trata de un acuerdo frente a lo que resultaría de tratarse de una conducta unilateral. No obstante lo anterior, e independiente del análisis realizado, es posible llevar los resultados del análisis a ubicarlo dentro de una serie de categorías que permitan calificar la severidad o nocividad del daño.

En cuanto a la dimensión del mercado afectado, esta Superintendencia centra inicialmente su análisis en responder si, con la realización del acuerdo sobre el que versa la presente Resolución, los mercados que acá resultan afectados llegan a ser catalogados como mercados sensibles y particularmente vulnerables en materia de afectación de la competencia frente al universo de mercados potencialmente afectables en esta materia en Colombia. De encontrarse respuesta afirmativa a esta pregunta, deberá imponerse una carga sancionatoria adicional, que se traducirá en puntos porcentuales aumentará la fracción de la multa máxima admisible por prácticas restrictivas de la competencia.

5.9.1.2. En cuanto a criterios relacionados con el infractor

En lo que tiene que ver con el grado de participación del infractor en el mercado, se reconoce que la naturaleza de la conducta que acá se reprocha genera una afectación de la competencia producto de un acuerdo anticompetitivo forjado al interior del mercado. Por su parte, frente a la participación de cada empresa en el mercado, es importante garantizar que, controlando por el resto de criterios, empresas con mayor participación fuesen más fuertemente sancionadas por una conducta violatoria de las disposiciones de competencia. En este sentido, la participación de una empresa en el mercado representa para el Despacho un criterio objetivo a considerar en el proceso de la dosificación de la multa a imponer.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor con la conducta sancionada, se reconoce que debe calificarse el monto de beneficio obtenido dentro de la serie de categorías, a las que se le asocian puntos porcentuales de penalización mayores entre mayor sea el nivel de beneficio adicional obtenido por la conducta.

Al respecto, este Despacho resalta que en el análisis del beneficio del infractor para conductas continuadas deberá reconocerse que en un futuro, con la exclusión de uno o un grupo de competidores o la modificación estructural de las condiciones prevalecientes en el mercado, podrá generarse una amplificación del beneficio que pueda llegar a cuantificarse en la actualidad. Así, de tratarse de una conducta continuada, la severidad de la sanción deberá ser mayor que si se tratase de una conducta de ejecución instantánea.

Por último, dentro de los elementos que hacen parte de este segundo conjunto de criterios, se encuentra la conducta procesal del investigado. En términos prácticos, este argumento representa para este Despacho un factor de ajuste de la sanción, que deberá ser neutro de

RESOLUCIÓN NÚMERO 00023890 DE 2011 Hoja N°. 108

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

no haber ocurrido evento alguno que pudiese ser catalogado como comportamiento nocivo que haya dilatado o impedido el avance normal en el proceso de investigación, sin perjuicio de que sea tenido como atenuante. En cualquier otro caso, deberá imponerse una penalización adicional.

En conclusión, a partir de la información agrupada en los dos conjuntos ya señalados, este Despacho deberá considerar el alcance que en materia de afectación de la competencia tenga asociada la conducta que acá se reprocha. Para ello considerará como fase inicial de determinación de la sanción el impacto efectivo o potencial a generarse en el mercado y el beneficio efectivo o potencial que pueda percibir cada infractor con la conducta. El siguiente cuadro muestra los valores a considerar para efectos de ubicar la complejidad y afectación de la competencia de la conducta señalada.

Cuadro No. 11
Determinación del nivel inicial de la sanción

Impacto \ Beneficio	Alto	Medio - Alto	Medio - Bajo	Bajo
Alto	66%	48%	37%	25%
Medio - Alto	44%	34%	26%	17%
Medio - Bajo	32%	20%	14%	9%
Bajo	8%	5%	3%	1%

Elaboración SIC.

Una vez ubicado el porcentaje inicial a considerar para efectos de la sanción de cada una de las personas involucradas, el Despacho realizará los respectivos ajustes, teniendo en cuenta que cualquier modificación deberá respetar el valor máximo (100%) a imponer sobre la conducta generada. De no existir ajuste alguno a aplicar, se considerará el valor inicial como valor definitivo a imputar sobre el máximo valor de la sanción. Para el efecto, los aspectos que deberán considerarse son:

- Si el mercado relevante y/o afectado hace parte de la lista de sectores prioritarios considerados por la SIC, deberá sumar el 20% de los puntos porcentuales asignados como nivel inicial. En caso contrario, mantener el nivel inicial en niveles similares.
- Si la conducta procesal estuvo acorde con el procedimiento aplicado y facilitó el esclarecimiento de los hechos durante la investigación, mantener el nivel inicial, de lo contrario agregar un 10% de los puntos porcentuales asignados en la fase 1.
- Si la conducta sancionada no es unilateral mantener el nivel inicial, en caso contrario agregar un 10% de los puntos porcentuales asignados en la fase 1 a la empresa involucrada.
- En cuanto a la cuota de mercado de la empresa infractora, en aquellos casos en que la conducta sea unilateral o de la cuota de mercado analizada de manera

RESOLUCIÓN NÚMERO 01023890 DE 2011 Hoja N°. 109

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

conjunta en los casos que se sancione un acuerdo, se procederá a aplicar la siguiente regla.

- o Si la participación del mercado es inferior al 25% se mantendrá el nivel inicial de la sanción.
- o Si la participación del mercado resulta ser mayor al 25% y menor o igual al 50%, se agregará al nivel inicial de la sanción la quinta parte del mismo.
- o Si la participación del mercado es mayor al 50% y menor o igual al 75%, se agregará al nivel inicial de la sanción la tercera parte del mismo.
- o Si la participación del mercado resulta mayor al 75%, se agregará al nivel inicial de la sanción la mitad del mismo.

5.9.1.3. Frente a aquellos elementos agravantes y atenuantes de la sanción

Como ya fue mencionado por este Despacho al momento de analizar aquellos argumentos considerados como agravantes de la conducta sancionada, serán tenidos en cuenta la persistencia de la conducta por parte del infractor, los antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia y la actuación como líder, instigador o promotor de la conducta del investigado. Cada uno de estos tres elementos, denominados como agravantes de la conducta, serán utilizados por esta Superintendencia al momento de realizar el proceso de dosificación de la sanción para cada una de las empresas involucradas.

En cuanto a la persistencia de la conducta infractora, la norma prevé analizar si la conducta es tipificada como conducta continuada a lo largo del tiempo o, por el contrario, si ésta se circunscribe en una determinada fecha. De ocurrir el primer evento, será necesario considerar un factor que incremente la sanción que se prevea imponer.

En cuanto a la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de competencia, al incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la autoridad de competencia no aceptadas a cabalidad, este Despacho considera importante mencionar que serán tenidas en cuenta el número de estas faltas anteriores como historial que induce a generar un factor amplificador del monto calculado de la sanción.

Importa mencionar que en el tema de antecedentes mencionado, el Despacho considerará no solamente aquellas sanciones impuestas sino también aquellas investigaciones adelantadas en las que el infractor haya estado involucrado y se haya cerrado dicha actuación por parte de esta Entidad por aceptación de ofrecimientos de garantías.

Frente al hecho de que el infractor haya actuado como líder o instigador o en cualquier forma haya sido promotor de la conducta, nuevamente esta Superintendencia entrará a evaluar las motivaciones que llevaron al establecimiento del acuerdo y de ser afirmativa la respuesta amplificará la sanción a través del aumento de puntos porcentuales sobre la sanción calculada.

Finalmente frente al único atenuante señalado como causal de reducción de la sanción, este Despacho considerará al grado de colaboración del infractor con las autoridades para

RESOLUCIÓN NÚMERO 01023890 DE 2011 Hoja N°. 110

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

el conocimiento de los hechos y los detalles de la conducta reprochable, y generará una reducción del porcentaje estipulado como determinante de la sanción.

5.9.1.4. Frente a la proporcionalidad de la sanción

En cualquier caso, es importante mencionar que en el proceso de dosificación que realiza este Despacho la suma a exigir a cada una de las partes sancionadas responde a las condiciones características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que acá se reprocha y en ningún caso esta Entidad busca con su decisión ni excluir al investigado del mercado ni fijar una cifra exigua con relación a su responsabilidad de afectación de la competencia.

5.9.2. Caso concreto

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a las empresas infractoras de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

En el caso concreto, para las personas jurídicas se ha establecido que los canales de televisión CARACOL, RCN, la UCEP e IBOPE trasgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y de los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al haber realizado un acuerdo que limitó el acceso al estudio de medición de audiencia de televisión en Colombia.

Luego de haber considerado cada uno de los criterios arriba mencionados, este Despacho encontró que las responsabilidades del acuerdo resultan de naturaleza distinta si se analiza a CARACOL, RCN y la UCEP frente a IBOPE.

Por una parte, se reconoce que en el caso del primer grupo de empresas fueron éstas quienes, en su calidad de demandantes del estudio, tomaron la decisión de participar en el acuerdo condicionando a que la adquisición del mismo estuviese supeditado a que cualquier solicitud de venta adicional que IBOPE pensara realizar al resto de agentes en el mercado tuviera que ser sometida a aprobación de un comité de tarifas conformado por las CONTRATANTES que participaron en el acuerdo que acá se reprocha.

Igualmente, quedó demostrado en la presente actuación administrativa que los CONTRATANTES eran precisamente los principales clientes del estudio de sintonía, y que, la no adquisición del estudio de estos agentes implicaba necesariamente la pérdida de un incentivo fundamental para que quien realiza el estudio continuara ofertando el producto.

RESOLUCIÓN NÚMERO 00023890 DE 2011 Hoja N°. 111

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Ahora bien, a pesar de que el origen del contrato suscrito fue la invitación que realizaron los CONTRATANTES a la cual IBOPE acudió como oferente y, en consecuencia, no tuvo la iniciativa en la estructuración y planificación de los términos del contrato suscrito, no puede perderse de vista que esta empresa no solo era dueña de los estudios de medición, sino que se trata de un experto en tal campo, circunstancia que exige de su parte una especial carga de diligencia y cuidado.

No obstante lo anterior, como se mostró en esta Resolución y se encuentra probado en el expediente, la empresa IBOPE buscó a través de sus representantes, especialmente del señor Ricardo Mariño que la exclusión a los canales internacionales fuera levantada por parte de los CONTRATISTAS y por lo tanto, que se les permitiera el acceso al estudio de medición elaborado.

Esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta por el Despacho al momento de determinar el monto de la sanción de IBOPE, pero no puede considerarse como una razón suficiente para eximir de manera total la responsabilidad a cargo de la mencionada empresa, toda vez que, como se dijo, debido a la experiencia de esta empresa en el mercado como líder en la elaboración de este tipo de estudios y conocedora de las necesidades de los diversos agentes, se debió tener la diligencia suficiente para evitar la aceptación de las cláusulas restrictivas eje de la investigación y en general de las conductas que sucedieron la suscripción del contrato.

Así las cosas, para efectos de la dosificación de que trata el presente acápite de esta Resolución será efectuado un trato diferenciado a aquellos agentes que, participando en el acuerdo condicionaron la compra del estudio a que se impusieran cláusulas exclusorias a su favor (CARACOL, RCN y la UCEP), frente a IBOPE quien, haciendo parte del acuerdo señalado, fue el encargado de la elaboración del estudio y con la firma del contrato aceptó las nuevas condiciones de suministro a terceros del estudio señalado.

Basado en las anteriores consideraciones, y a partir de la metodología arriba reseñada se concluye lo siguiente:

En el caso de CARACOL, RCN y la UCEP, su participación en el acuerdo generó un impacto en el mercado que de catalogarse en la tabla es clasificado como alto, toda vez que tal como fue ya señalado, con la realización del acuerdo se generó una restricción significativa al acceso del estudio de audiencia de televisión a quienes no haciendo parte del acuerdo venían adquiriendo el estudio, generando, en algunos casos, incrementos de precios de más del 100% junto con la limitación al acceso del estudio por parte de algunos canales que fueron tildados como ilegales por parte de los contratantes del acuerdo.

A su vez, reconoce este Despacho que los beneficios potenciales a obtener por la participación en el acuerdo para las empresas participantes citadas resulta ser igualmente importante, si se tiene en cuenta que, con la realización del acuerdo existían unas ganancias adicionales que podrían ser obtenidas cada vez que fuese autorizada una venta del estudio.

En el caso de IBOPE, si bien se reconoce que participó en el acuerdo que acá se reprocha el cual, como ya se indicó, generó una restricción importante en los mercados afectados y ya indicados por el Despacho, los beneficios que lograron capturar como infractores resultaron ser muy diferentes frente al resto de participantes. Como fue propuesto en

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 23890 DE 2011 Hoja N°. 112

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Informe Motivado, del total de recaudo que se esperaba generar con cada una de las ventas del estudio a terceros, el 80% del recaudo estaba direccionado a los CONTRATANTES (RCN, CARACOL y la UCEP), el 10% restante a mejoras en la calidad de las mediciones y tan solo el 10% a IBOPE. Así las cosas el beneficio obtenido por IBOPE con su participación del acuerdo este Despacho, lo cataloga en la escala inmediatamente inferior al que le atribuye a RCN, CARACOL y la UCEP dentro del cuadro arriba presentado.

En síntesis, este Despacho concluye que los valores iniciales de sanción a cada una de las empresas RCN, CARACOL y la UCEP serán del 66% de la multa máxima. En el caso de IBOPE, corresponderá al 48% de la multa máxima.

En cuanto al proceso de ajuste del valor inicial, habiendo valorado cada uno de los posibles ajustes a realizarse, el Despacho encontró que como único mecanismo de ajuste pertinente a realizar fue aquel que se refiere a las participaciones de mercado de cada una de las empresas investigadas. De esta forma, para el caso de la UCEP, de acuerdo al Informe Motivado, realiza el 88% del total de la inversión en pauta publicitaria en televisión. A su vez, en el caso de los canales nacionales privados CARACOL y RCN, el Informe Motivado pudo constatar que los ingresos por pauta publicitaria neta representan más del 90% de los ingresos de pauta publicitaria en televisión.

En el caso de IBOPE, ha quedado claramente evidenciado que representa la única empresa capaz en el corto plazo de realizar un estudio de audiencia con las características de INFOMETER e INFOANÁLISIS y por tanto cuenta hoy con la característica de ser monopolista dentro del mercado de estudio de audiencia sobre la que versa esta investigación.

Por lo anterior, una vez realizado el ajuste señalado, este Despacho concluye que en el caso de CARACOL, RCN y la UCEP el valor inicial deberá ajustarse siguiendo los criterios mencionados en el acápite correspondiente a la metodología ya explicada, incrementado en un 50% la cantidad de puntos porcentuales inicialmente estipulados para cada una de las empresas. De esta forma el porcentaje resultante corresponderá a 99% para el caso de los canales nacionales CARACOL y RCN, mientras que en el caso de IBOPE el valor ascenderá a 72%.

Por último, al realizar un análisis de aquellos factores agravantes o atenuantes referidos a las personas jurídicas, este Despacho no encontró elemento alguno para ajustar los valores estipulados de la sanción.

Frente a las diferencias en el nivel de patrimonio entre CARACOL, RCN y la UCEP esta Superintendencia considera necesario realizar un último ajuste a la multa impuesta a esta última Empresa, reconociendo que a diferencia de los canales de televisión, la Unión Colombiana de Empresas Publicitarias (UCEP) cuenta con un patrimonio que no supera los TRES MIL salarios mínimos mensuales legales vigentes, lo cual amerita realizar un ajuste acorde con la realidad financiera de la Asociación.

Por todo lo anterior, este Despacho determina que CARACOL y RCN serán multados cada uno con MIL NOVECIENTOS OCHENTA salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.980 s.m.m.l.v.), lo que equivale a MIL SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS MCT (\$1.060.488.000). En el caso de la UCEP la multa a

RESOLUCIÓN NÚMERO 001 23890 DE 2011 Hoja N°. 113

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

imponer será de MIL CUATROCIENTOS NUEVE salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.409 s.m.m.l.v.) lo que equivale a SETECIENTOS CIENCIENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS MCT (\$754.660.400).

Por su parte se determina sancionar a IBOPE con MIL CUATROCIENTOS CUARENTA salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.440 s.m.m.l.v) equivalente a SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL PESOS MCT. (\$771.264.000).

5.9.3. Representantes legales

En cuanto a los representantes legales de cada una de las personas jurídicas, responsables de haber autorizado, ejecutado o tolerado el acuerdo anticompetitivo merecedor de reproche, para este Despacho no puede desconocerse que no tienen ante esta Entidad antecedentes frente a la realización de conductas anticompetitivas que puedan considerarse como agravantes de la que actualmente se sanciona. Además, la conducta procesal ejercida por cada uno de ellos respetó las actuaciones realizadas durante la actuación administrativa y se mostró un interés en la búsqueda de soluciones de la problemática emanada del contrato suscrito a través de los diversos acercamientos para lograr un cierre anticipado de la investigación a través de la figura de garantías.

Por lo anterior, este Despacho considera que las sanciones a imponer deben ser las siguientes:

Para el caso de los señores PAULO GUSTAVO LASERNA PHILLIPS y JORGE MARTÍNEZ DE LEÓN representantes legales de CARACOL, y los señores GABRIEL MARTÍN REYES COPELLO y JUAN FERNANDO UJUETA LÓPEZ, representantes legales de RCN, la suma equivalente a NOVENTA Y OCHO salarios mínimos mensuales legales vigentes (98 s.m.m.l.v.) lo que equivale a CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS MCT (\$52.488.800) a cada uno. Para el caso de CAROLINA MENDOZA VILLANUEVA, representante legal de IBOPE, será impuesta una sanción de SETENTA Y DOS salarios mínimos mensuales legales vigentes (72 s.m.m.l.v.), equivalente a TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRÉS MIL DOSCIENTOS PESOS MCT. (\$38.563.200).

En el caso de la señora XIMENA TAPIAS DELPORTE, representante legal de la UCEP la suma equivalente a SETENTA salarios mínimos mensuales legales vigentes (70 s.m.m.l.v.) lo que equivale a TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL PESOS MCT (\$37.492.000).

Finalmente en lo que se refiere al señor RICARDO ANTONIO MARIÑO PALACIO, ex gerente general de la empresa IBOPE, además de las consideraciones arriba realizadas, se pudo constatar que a pesar de participar en las negociaciones que desembocaron en la suscripción del contrato, el señor Mariño se opuso en diversas ocasiones a la ejecución de las restricciones pactadas. Adicionalmente, debe reconocerse que su colaboración tanto en la averiguación preliminar como en la investigación fue fundamental en el esclarecimiento de los hechos que llevaron a la detección y al alcance del acuerdo que acá se reprocha. Por todo lo anterior, la sancionar a imponer en este caso será de VENTICUATRO salarios mínimos mensuales legales vigentes (24 s.m.m.l.v) lo que equivale a DOCE MILLONES

RESOLUCIÓN NÚMERO 00 23890 DE 2011 Hoja N°. 114

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS MCT (\$12.854.400).

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que RCN TELEVISIÓN S.A., CARACOL TELEVISIÓN S.A., la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS, e IBOPE COLOMBIA S.A.S.; contravinieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer unas sanciones pecuniarias a RCN TELEVISIÓN S.A. con y CARACOL TELEVISIÓN S.A., por la suma de MIL NOVECIENTOS OCHENTA salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.980 s.m.m.l.v.), lo que equivale a MIL SESENTA MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL PESOS MCT (\$1.060.488.000).

- RCN TELEVISIÓN S.A., identificada con NIT 830029703-7
- CARACOL TELEVISIÓN S.A., identificada con NIT 860025674-2

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: Imponer una sanción pecuniaria a la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS, por la suma de MIL CUATROCIENTOS NUEVE salarios mínimos mensuales legales vigentes (1.409 s.m.m.l.v.) lo que equivale a SETECIENTOS CIENCUENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SESENTA MIL CUATROCIENTOS PESOS MCT (\$754.660.400).

- UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS, identificada con NIT 860031273-7.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá

RESOLUCIÓN NÚMERO 77 23890 DE 2011 Hoja N°. 115

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a IBOPE COLOMBIA S.A.S., por la suma de MIL CUATROCIENTOS CUARENTA salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.440 s.m.m.l.v), esto es, SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL PESOS MCT. (\$771.264.000).

- IBOPE COLOMBIA S.A.S.; identificada con NIT 800174162-3

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO QUINTO: Declarar que PAULO GUSTAVO LASERNA PHILLIPS, identificado con cédula de ciudadanía No. 3.227.001 quien se desempeñaba para la época de los hechos como representante legal de la empresa CARACOL TELEVISIÓN S.A., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEXTO: Imponer una sanción pecuniaria a PAULO GUSTAVO LASERNA PHILLIPS, en su calidad de representante legal de la empresa CARACOL TELEVISIÓN S.A., para la época de los hechos, por la suma de NOVENTA Y OCHO salarios mínimos legales vigentes (98 s.m.m.l.v.), esto es CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS MCT (\$52.488.800)

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 23890 DE 2011 Hoja N°. 116

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Declarar que JORGE MARTÍNEZ DE LEÓN, identificado con cédula de ciudadanía No 79.326.725 quien se desempeñaba para la época de los hechos como Secretario General y Representante Legal de la empresa CARACOL TELEVISIÓN S.A., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO OCTAVO: Imponer una sanción pecuniaria a JORGE MARTÍNEZ DE LEÓN, en su calidad de secretario y representante legal de la empresa CARACOL TELEVISIÓN S.A., para la época de los hechos, por la suma de NOVENTA Y OCHO salarios mínimos mensuales legales vigentes (98 s.m.m.l.v.), esto es CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS MCT (\$52.488.800).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO NOVENO: Declarar que GABRIEL REYES COPELLO, identificado con cédula de ciudadanía No. C.C.80.407.909, Representante Legal de la empresa RCN TELEVISIÓN S.A., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DÉCIMO: Imponer una sanción pecuniaria a GABRIEL REYES COPELLO, en su calidad de Representante Legal de la empresa RCN TELEVISIÓN S.A., por la suma de NOVENTA Y OCHO salarios mínimos mensuales legales vigentes (98 s.m.m.l.v.), esto es CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS MCT (\$52.488.800).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 117

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Declarar que JUAN FERNANDO UJUETA LÓPEZ, identificado con Cédula de ciudadanía No. 19.302.930, Secretario General y Representante Legal Suplente de la empresa RCN TELEVISIÓN S.A., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a JUAN FERNANDO UJUETA LÓPEZ, en su calidad de Secretario General y Representante Legal Suplente de la empresa RCN TELEVISIÓN S.A., por la suma de NOVENTA Y OCHO salarios mínimos mensuales legales vigentes (98 s.m.m.l.v.), esto es CINCUENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS PESOS MCT (\$52.488.800).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: Declarar que XIMENA TAPIAS DEL PORTE, identificada con Cédula de ciudadanía No. 51.661.723, Representante Legal de la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS, ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO: Imponer una sanción pecuniaria a XIMENA TAPIAS DEL PORTE, en su calidad de Representante Legal de la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS, por la suma de SETENTA salarios mínimos mensuales legales vigentes (70 s.m.m.l.v.) lo que equivale a TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL PESOS MCT (\$37.492.000).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 118

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO QUINTO: Declarar que CAROLINA MENDOZA VILLANUEVA, identificada con Cédula de ciudadanía No. 65.771.667, Representante Legal de IBOPE COLOMBIA S.A.S., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO: Imponer una sanción pecuniaria a CAROLINA MENDOZA VILLANUEVA, en su calidad de Representante Legal de IBOPE COLOMBIA S.A.S., por la suma de SETENTA Y DOS salarios mínimos mensuales legales vigentes (72 s.m.m.l.v.), equivalente a TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS PESOS MCT. (\$38.563.200).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO SÉPTIMO: Declarar que RICARDO ANTONIO MARIÑO PALACIO, identificado con Cédula de ciudadanía No. 19.063.797, Representante Legal para la época de los hechos de IBOPE COLOMBIA S.A.S., ejecutó las conductas de que trata el artículo primero, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4° del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO DÉCIMO OCTAVO: Imponer una sanción pecuniaria a RICARDO ANTONIO MARIÑO PALACIO, en su calidad de Representante Legal para la época de los hechos de IBOPE COLOMBIA S.A.S., por la suma de VENTICUATRO salarios mínimos mensuales legales vigentes (24 s.m.m.l.v.); esto es DOCE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS PESOS MCT (\$12.854.400).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recado Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

RESOLUCIÓN NÚMERO 23890 DE 2011 Hoja N°. 119

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Versión Pública

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, debe acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que le efectúen dicha liquidación.

ARTÍCULO DÉCIMO NOVENO: Ordenar a las empresas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que, ejecutoriada la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, RCN TELEVISIÓN S.A., CARACOL TELEVISIÓN S.A., la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS, e IBOPE COLOMBIA S.A.S., informan que:

Mediante Resolución 23890 --- expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de RCN TELEVISIÓN S.A., CARACOL TELEVISIÓN S.A., la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS, e IBOPE COLOMBIA S.A.S., por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.




Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

ARTÍCULO VIGÉSIMO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a los doctores JAIRO RUBIO ESCOBAR, Apoderado especial de RCN TELEVISIÓN S.A., CARACOL TELEVISIÓN S.A., la UNIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS; PAULO GUSTAVO LASERNA PHILLIPS, JORGE MARTINEZ DE LEÓN, GABRIEL MARTÍN REYES COPELLO, JUAN FERNANDO UJUETA LÓPEZ Y XIMENA TAPIAS DEL PORTE, a JOSÉ ALEJANDO TORRES, Apoderado especial de IBOPE COLOMBIA S.A.S. y CAROLINA MENDOZA VILLANUEVA y a LINA MARÍA PRIETO; apoderada especial de RICARDO ANTONIO MARIÑO, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **20** ABR 2011


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó: Carlos Pablo Márquez 
Juan Pablo Herrera y Germán Bacca 
Revisó: Juan Pablo Herrera y Germán Bacca
Aprobó: Carolina Salazar 

NOTIFICACIONES:

Doctor

JAIRO RUBIO ESCOBAR

C.C. 79.108.890

T.P. 35.306 del C.S.J.

Apoderado Especial

CARACOL TELEVISIÓN S.A.

NIT 860025674-2

RCN TELEVISIÓN S.A.

Nit 830029703-7

UNION COLOMBIANA DE EMPRESAS PUBLICITARIAS -UCEP-

Nit 860031273-7

y de las personas naturales:

PAULO GUSTAVO LASERNA PHILLIPS

C.C. 3.227.001

JORGE MARTINEZ DE LEON

C.C. 79.326.725

GABRIEL MARTIN REYES COPELLO

C.C. 80.407.909

JUAN FERNANDO UJUETA LÓPEZ

C.C. 19.302.930

XIMENA TAPIAS DELPORTE

C.C. 51.661.723

Dirección

Calle 94A No. 13-34 Oficina 102

Bogotá, D.C.

Fax: 6183451

Doctor

JOSÉ ALEJANDRO TORRES HERNÁNDEZ

C.C. 16.763.591

T.P. 75.372 del C.S.J.

Apoderado

IBOPE COLOMBIA S.A.S.

Nit 800174162-3

y de su representante legal

CAROLINA MENDOZA VILLANUEVA

C.C. 65.771.667

Dirección

Carrera 7 No. 71-52 Torre A Oficina 504

Bogotá, D.C.

Fax: 3257313

Doctora

LINA MARÍA PRIETO

C.C. 52.432.519

T.P. 102.620 del C.S. de la J.

Apoderada

RICARDO ANTONIO MARIÑO PALACIO

C.C. 19.063.797

Carrera 7 No. 71-52 Torre A Oficina 504

Bogotá, D.C.

Fax: 32x: 3257313