



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 08232 DE 2001

(21 MAR. 2001)

Por la cual se termina una investigación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

en uso de sus atribuciones legales y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Como resultado de la averiguación preliminar adelantada en los términos señalados en el número 1 del artículo 11 del decreto 2153 de 1992, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia (E), decidió mediante resolución 43 de 1999 abrir investigación contra Bavaria S.A., Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. SOFASA S.A., Celumovil S.A., Comunican S.A., Inversiones Cromos S.A., Productora y Comercializadora de Alimentos Limitada, Cervecería Leona S.A., Ingenio del Cauca S.A., Gaseosas Posada Tobón S.A. y Radio Cadena Nacional S.A. por la posible realización de conductas contrarias a lo dispuesto en los números 2, 5 y 7 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992 y contra sus representantes legales, al tenor de lo contemplado en el número 16 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: En aplicación del debido proceso, una vez notificada la apertura de la investigación y corrido el traslado de ley, esta Superintendencia decretó pruebas mediante actos administrativos números 98056500-52 y 98064929-215 de 17 de enero de 2000 y 98056500-87 y 98064929-244 de 3 de mayo de 2000. Culminada la etapa probatoria, la Superintendente Delegada para la Promoción de la Competencia elaboró el informe motivado que contiene el resultado de la investigación.

TERCERO: Mediante oficio número 98056500-50018 de 28 de febrero de 2001 se dio traslado del informe motivado a José Orlando Montealegre Escobar, apoderado de las investigadas. Estando dentro del término para expresar sus opiniones, el apoderado mediante escrito radicado el 5 de marzo manifestó que comparte integralmente las conclusiones contenidas en dicho informe y que por lo mismo, renuncia al plazo adicional otorgado para dar respuesta.

CUARTO: Habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable, este Despacho resolverá el caso, en los siguientes términos:

1 Adecuación normativa al número 2 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992

De acuerdo con el contenido de ese precepto, son restrictivos los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

Así pues, para que se configure la conducta en comento, es menester que concurran los siguientes elementos:

146

194

Por la cual se termina una investigación

- a. La existencia de un acuerdo.
- b. Que tenga por objeto o como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

2.1 Acuerdo.

Respecto a este punto, resulta aplicable lo expuesto con ocasión del número 1.1 del presente escrito, en el sentido que no es posible establecer la existencia de un contrato, convenio o concertación que orientara la conducta de los investigados a desplazar su publicidad a los canales privados.

Aún cuando puede verificarse cierto paralelismo en el comportamiento de las empresas investigadas, es preciso señalar que no pudo determinarse que éste haya sido el resultado de una concertación previa, ni tampoco que se tratase de una práctica por parte de las investigadas.

2.2 Que tenga por objeto o como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

Atendiendo a que no pudo determinarse la existencia de un acuerdo, resulta sobrando el análisis de los demás elementos configurativos de la norma.

3 Adecuación normativa al número 7 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992

De acuerdo con lo previsto en esta disposición, se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.

Para la tipificación de la norma es necesario que concurren los siguientes elementos:

- a. La existencia de un acuerdo;
- b. Que tenga como objeto o como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio.

3.1 Acuerdo

Respecto al acuerdo resulta igualmente aplicable lo manifestado en el número 1.1 del presente proveído, en el sentido que en este caso estamos ante una actividad paralela pero como ya se ha señalado, no se reúnen las condiciones necesarias para que ello pueda considerarse como una práctica ni tampoco que haya sido consciente por parte de las empresas investigadas.

3.2 Que tenga como objeto o como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio.

En el mismo sentido que se ha señalado en las conductas anteriormente analizadas, la inexistencia de un acuerdo hace inocuo entrar a considerar los demás elementos configurativos de la norma en cuestión.

4 Consideraciones especiales

Aún admitiendo en gracia de discusión, que el supuesto acuerdo restrictivo tuvo lugar, tendríamos en todo caso que el mismo no pretendía establecer condiciones discriminatorias para los canales públicos. Lo anterior, en razón a que el término discriminar ha sido definido como la acción de separar, distinguir,

Por la cual se termina una investigación

- a. La existencia de un acuerdo
- b. Que tenga por objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatorias para con terceros.

1.1 Acuerdo

De conformidad con el artículo 45 del decreto 2153 de 1992, se entiende por acuerdo todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas.¹

En este caso, dentro del material probatorio aportado y recaudado no se encuentra evidencia de algún tipo de contrato o convenio, ya sea escrito o verbal. Tampoco se encontró prueba alguna de la realización de reuniones o de conversaciones, en donde los investigados manifestaran intereses comunes. No hay constancia de una manifestación de voluntades de la cual se desprenda un compromiso para comportarse de igual forma en el mercado.

Ahora bien, para que una conducta sea caracterizada como una práctica conscientemente paralela se requiere que con el paso del tiempo los investigados hubieran tácitamente aceptado un comportamiento uniforme, que exista una política desarrollada por una o unas empresas y que otras se decidan imitarlas o seguirlas de manera reiterada, por tanto, se requiere que sea una verdadera práctica.

En efecto, el término "práctica" hace referencia al estudio continuado, costumbre o estilo de una cosa.² Las empresas investigadas pautaron mayoritariamente en los canales RCN y Caracol de agosto a diciembre de 1998, concentraron su inversión en pauta publicitaria en televisión, disminuyendo su pauta en los canales Uno y A.

Sin embargo, tal conducta no puede entenderse como una práctica concertada o conscientemente paralela, toda vez que no existe un comportamiento que pueda considerarse como práctica. Tampoco pudo establecerse que las investigadas tuvieran el deseo o el ánimo de imitar o seguir el comportamiento de otro agente del mercado.

- 1.2 Objeto o efecto de condiciones de venta o comercialización y que éstos sean discriminatorias para con terceros.

Habida consideración que no fue posible establecer la existencia de un acuerdo, resulta sobrando el análisis de cuáles hubieran sido el objeto o los efectos de éste en caso de haberse dado.

2 **Adecuación normativa al número 5 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.**

Según lo previsto en el número 5 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992, se considera una práctica comercial restrictiva todo acuerdo que tenga por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.

Así, para que se configure el supuesto restrictivo antes señalado, es menester que concurren los elementos integradores de la norma, esto es:

¹ Artículo 28 del código civil. 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 estas su significado legal.

² Diccionario de la Lengua Española, Tomo 2, página 1651.

Por la cual se termina una investigación

diferenciar una cosa de otra. Dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos o políticos, etc.

La discriminación implica entonces, la violación del derecho a la igualdad, por lo que su prohibición constitucional se encamina a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas de ellas, sin que exista justificación objetiva y razonable.³

Ahora bien, precisando el alcance de estas definiciones en términos de las normas de competencia, encontramos que para que la discriminación se presente es necesario que los agentes sujetos a la discriminación y los beneficiados por un trato más favorable desarrollen operaciones o actividades que puedan ser consideradas como equivalentes. Entendiendo por equivalentes, iguales condiciones de tiempo, modo y lugar para la prestación del servicio, que en este caso sería la emisión de pauta publicitaria.

Por consiguiente, para que exista discriminación es necesario que existan condiciones análogas entre los agentes que desarrollan operaciones o actividades dentro de la industria o el comercio, es decir que operen bajo las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar. La calificación legal de análogo implica que entre los consumidores o proveedores exista una relación de semejanza a pesar de ser personas distintas. Por lo tanto, para determinar la equivalencia de las actividades o prestaciones se deberán observar respecto de cada caso, sus condiciones particulares, así como el grado de determinación de los bienes o productos negociados dentro del mercado en particular.

Bajo este entendido, es necesario determinar si las condiciones de tiempo modo y lugar presentes durante el periodo de tiempo investigado eran las mismas en todos los canales de televisión, es decir, si las prestaciones bajo las cuales desarrollaban el negocio eran iguales, y si a pesar de ello, el trato fue discriminatorio.

Así, en las declaraciones y testimonios practicados se constató que existían diferencias entre los canales públicos y privados de televisión, básicamente en cuatro aspectos: el primero de ellos consistente en que los canales RCN y Caracol iniciaban la comercialización de su pauta publicitaria, por lo cual la negociación no se realizaba con base en la audiencia histórica del programa, sino en una expectativa. En segundo lugar, tanto RCN como Caracol garantizaban los GRPs o TRPs,⁴ es decir que en caso que el programa en el cual se emitía la pauta no alcanzara el rating de sintonía esperado el canal le otorgaba las pautas necesarias para llegar al número de personas esperadas. La tercera diferencia predicable entre los canales privados, RCN y Caracol, y los canales públicos, es decir aquellos emitidos a través de Inravisión, que en este caso serían A y Uno, es el cobro por parte de Inravisión de un VTR,⁵ valor que es asumido por los anunciantes. Finalmente, el cubrimiento proporcionado por RCN y Caracol era menor al de los dos canales tradicionales.

Así las cosas, resulta claro que en el caso que nos ocupa no se presentan iguales condiciones de modo entre RCN y Caracol frente a los canales Uno y A. Lo anterior, por cuanto RCN y Caracol ofrecieron mejores condiciones como la garantía de los GRPs o TRPs y porque las programadoras de los canales

³ Corte Constitucional. Sentencia C-410 de 1996, magistrado ponente doctor Hernando Herrera Vergara.

⁴GRP (Gross Rating Point): es la sumatoria de puntos de rating, que puede ser medido en hogares, personas, niños, etc. El número de GRPs alcanzados por la pauta publicitaria de un producto se obtiene de multiplicar el número de comerciales por el rating o índice de sintonía alcanzado por el programa en el cual fue emitido.

TRPs (Target Gross Rating Point), es el mismo GRP, pero con un target, es decir el consumidor al cual se dirige el producto, definido.

⁵VTR es un derecho que cobra Inravisión a los anunciantes por la emisión de los comerciales.

Por la cual se termina una investigación

Uno y A emiten su programación a través de Inravisión lo cual implica el pago de un VTR, valor que es asumido por los anunciantes. En tal virtud, no existen entre estos agentes condiciones análogas que permitan comparar los servicios ofrecidos por cada uno de ellos.

Sobre este punto, ha sostenido la Corte Constitucional que jurídicamente no es lo mismo discriminación que trato diferente. "Este último es permitido en algunos casos, sin que implique violación a la igualdad. A pesar de haber un trato diferente frente a situaciones iguales, la diferenciación no constituirá discriminación si obedece a un fin constitucionalmente lícito y está motivada objetiva y razonablemente, caso en el cual no es factible afirmar que hay violación al derecho de igualdad."⁶

En este orden, la ausencia de condiciones análogas entre los canales públicos y privados hace imposible una comparación entre éstos sujetos, y por ende, no sería predicable la realización de la práctica señalada. En efecto, teniendo en cuenta que para que haya discriminación es preciso que se esté frente a dos o más sujetos iguales, de lo expuesto se concluye que los sujetos no eran iguales y, por lo tanto, el tratamiento diferencial era justificado.

QUINTO: De conformidad con lo ordenado en el artículo 24 del decreto 2153 de 1992, concordante con los números 13 y 15 del mismo texto legal, el 21 de marzo de 2001 se escuchó al Consejo Asesor.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que el comportamiento descrito en esta resolución, desarrollado por las firmas Bavaria S.A., Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. SOFASA S.A., Celumovil S.A., Comunican S.A., Inversiones Cromos S.A., Productora y Comercializadora de Alimentos Limitada, Cervecería Leona S.A., Ingenio del Cauca S.A., Gaseosas Posada Tobón S.A. y Radio Cadena Nacional S.A., no contravino lo previsto en los números 2, 5 y 7 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

ARTICULO SEGUNDO: Declarar que el comportamiento descrito en esta resolución, desarrollado por los representantes legales de las firmas atrás enunciadas, no contravino lo previsto en los números 2, 5 y 7 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

ARTICULO TERCERO: Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al doctor José Orlando Montealegre Escobar, en su calidad de apoderado de los investigados, entregándole copia de la misma e informándole que contra la misma procede el recurso de reposición interpuesto ante el Superintendente de Industria y Comercio en el acto de notificación o dentro de los 5 días siguientes a dicho acto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **21 MAR. 2001**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-270 de 1995. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

70 10

SECRETARÍA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En Bogotá, a 29 MAR. 2001

Notifiqué personalmente al Dr. Jose Orlando Montenegro Cespedez
el contenido de la anterior providencia que
apuesto firma.

[Firma]
C.C. 14/35747 de Bogotá
Renuncio a términos de ejecución