

Asesoramiento Legal - MOM Colombia

El asesoramiento legal del MOM buscó identificar la estructura legal, la arquitectura institucional y el funcionamiento del régimen de competencia y propiedad de los medios de comunicación masivos en Colombia.

Contexto regulatorio

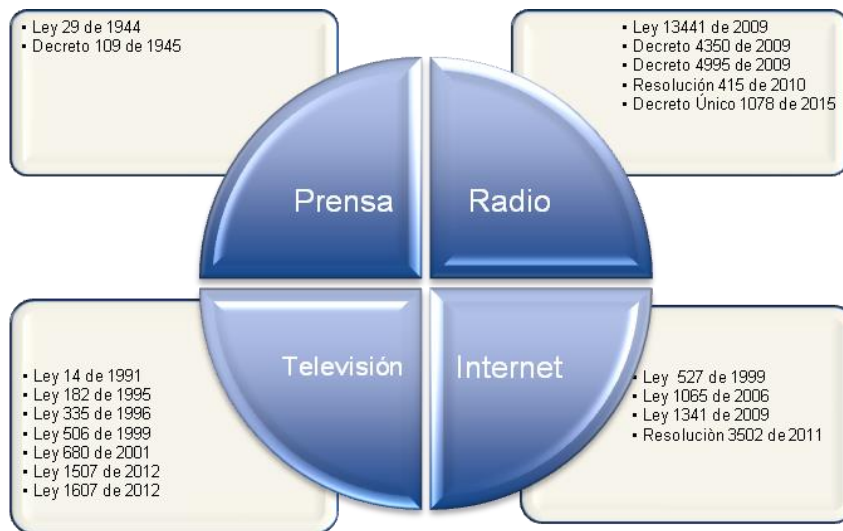
En Colombia, no existe una regulación especial o específica referente a la concentración de propiedad de los medios de comunicación; los límites y restricciones en la materia están determinados por el marco constitucional y legal que rige la actividad económica, la libertad de fundar medios y la prestación de servicios públicos. Existe un régimen constitucional, reglamentario e institucional disperso en relación con la competencia económica y con la regulación específica de cada tipo de medio. Esta dispersión se manifiesta como consecuencia de los siguientes aspectos:

i) la naturaleza de servicio público propia de algunos sectores de medios.

Los medios de comunicación de los sectores de radio, la televisión e internet, que hacen uso del espectro electromagnético, son clasificados bajo el régimen del derecho de los servicios públicos, en la medida en que utilizan las redes y servicios de telecomunicaciones para soportar su operación. La radio y la televisión además de constituir servicios de telecomunicaciones son expresamente catalogadas como servicios públicos en la Constitución Política de 1991¹. Mediante el régimen de radiodifusión son autorizadas las emisoras digitales y de nuevas tecnologías. Por su parte la prensa impresa al no ser considerada servicio público, posee régimen regulatorio y legal distinto.

ii) la existencia de instrumentos reglamentarios de medios por sector.

¹ Artículo 365. "...los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, el cual tiene el deber de asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Estos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. El Estado ejerce la regulación, el control y la vigilancia de los servicios públicos".



iii) el funcionamiento de distintas agencias estatales de regulación y/o de control.

Entre las entidades del Estado encargadas de la regulación y control de los medios de comunicación se encuentran: el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - MINTIC, la Autoridad Nacional de Televisión - ANTV, la Agencia Nacional del Espectro –ANE y la Comisión Reguladora de Comunicaciones – CRC.

En materia de competencia económica, la entidad estatal encargada es la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC.

A los anteriores factores, se suma la existencia de específicas modalidades de prestación de los servicios de comunicaciones dentro de cada sector, con marcadas diferencias y limitaciones en cuanto a su propiedad, acceso al mercado de la publicidad y contenidos.

En radiodifusión, se tiene la existencia de emisoras comerciales, comunitarias y de interés público. En televisión, la presencia de canales nacionales de operación privada que viven de la pauta publicitaria, canales nacionales de operación pública, canales públicos regionales que son empresas del Estado, canales locales privados que perciben ingresos por pauta, canales comunitarios que recaudan aportes de sus asociados, canales de televisión cerrada dedicados a la venta de servicios por suscripción, etc.

Límite a las prácticas monopolísticas en las telecomunicaciones

La Constitución Política de 1991 fue muy clara en precisar que *"para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético"*.

La Corte Constitucional en desarrollo de este mandato ha ratificado que *"el ámbito de regulación de los servicios públicos de telecomunicaciones es mucho más amplio, y por consiguiente admite una mayor intervención del Estado, que aquel que se predica de las actividades que se desenvuelven, pura y simplemente en la esfera de la libertad económica. En la medida en que se trata de la prestación de un servicio público que se desarrolla a través de un bien que, como el espectro electromagnético, es de uso público, esa regulación no se mueve en el ámbito de la libre empresa y la competencia sino que tiene que ver, de un lado, con el deber que tiene el Estado de organizar y asegurar la prestación regular, continua y eficiente de los servicios y funciones a su cargo, y de otro, con la especialidad del régimen para la gestión de los bienes de uso público"* (Ver Sentencia C-815 de 2001).

De esta forma el espectro electromagnético no sólo se asume como un recurso susceptible de la competencia económica en el mercado, sino fundamentalmente como un recurso electro-democrático para la garantía del pluralismo informativo. Esta es la piedra constitucional angular para interpretar el mercado de medios y la democracia mediática en Colombia.

Régimen de competencia económica en Colombia y concentración de medios

En el país, la competencia económica en todos los sectores de la economía es vigilada por la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC– desde dos perspectivas, a saber: i). La competencia desleal; y ii). Las prácticas restrictivas de la competencia.



Este régimen de competencia económica rige para el sector de los medios de comunicación. Sin embargo, su aplicación esta determinada entre otros elementos por:

- La autorización del régimen constitucional y legal colombiano para que particulares y sus empresas puedan fundar diversas modalidades de medios masivos de comunicación con fines lucrativos.
- La existencia de regulación específica del sector de los medios de comunicación.
- El carácter de salvaguarda del pluralismo informativo como principal valor constitucional y de la democracia (Sentencia T-327 de 2010).
- La intervención del Estado para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético.
- El acceso de los particulares al mercado de medios debe ceñirse a los postulados de la función social de la propiedad y la concepción social del mercado (Sentencia C – 815 de 2001).

Régimen de operación y concentración de medios

En materia de análisis del régimen de operación y de concentración de la propiedad de medios es necesario establecer diferencias en el caso de cada sector de los medios y respecto de la modalidad específica de prestación del servicio.

Los agentes que concurren al mercado de los medios de comunicación social no tienen las mismas fuentes de ingresos ni ofertan a los consumidores y/o audiencias los mismos bienes y servicios. De esta manera podemos señalar por ejemplo que mientras las radios y las televisiones abiertas se financian fundamentalmente con la venta de publicidad por la vía del rating y la comercialización de sus producciones; las televisiones pagas y los proveedores de redes y servicios para internet obtienen sus recursos primordialmente por la venta de servicios mediante contratos por suscripción que convierten a sus audiencias en sujetos del derecho de protección del consumidor.

De esta forma, el análisis de la concentración de la propiedad de medios se segmenta y se complejiza aun más si tenemos en cuenta que en la comunicación, el Estado y sus entidades no solo operan como instancias de regulación del mercado de medios de comunicación, sino que a través de algunas de sus empresas públicas industriales y comerciales de medios, también fungen como operadores de los medios, siendo a su vez agentes del mercado en competencia. Aquí cobra vigencia el derecho público administrativo en la regulación y operación pública de medios.

La diversidad en cuanto a la regulación del sector por los factores expuestos no permite la generalización, razón por la cual es preciso acudir tanto al régimen general de competencia como a la normatividad particular de cada sector de las comunicaciones, teniendo en cuenta además la específica modalidad de prestación del servicio que se desea examinar.

Publicidad

En Colombia, la empresa publicitaria no es un operador de medios sujeto de la inspección, vigilancia y control de los reguladores de medios del Estado, sino una importante actividad en la cadena de valor de los servicios de comunicación.

Mas allá de las orientaciones en materia de publicidad oficial contenidas en el Estatuto Anticorrupción, el mercado y la distribución de la torta publicitaria no se encuentra mayormente regulado.

Por el contrario, los contenidos publicitarios emitidos si pueden ser objeto de regulación previa y control posterior.

Régimen de integración de empresas y medios de comunicación

La integración de empresas es una actividad lícita, permitida y reglada en Colombia. Se diferencia la integración de empresas del régimen general de competencia en que se trata de un control previo a las operaciones, es decir la intervención en la concentración empresarial se realiza como una forma de regulación previa.

En telecomunicaciones se busca evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético. La integración de las empresas de medios de comunicación en materia de radio, prensa e internet no cuentan con un régimen común, por el contrario, se encuentran reglas dispersas en diversos marcos legales.

En relación a la competencia en los servicios de telecomunicaciones, existen restricciones particulares que la diferencian del régimen general, por cuanto se prohíben expresamente los subsidios cruzados y la venta por debajo de costo.

Para la autorización de integraciones empresariales, el régimen legal prevé condiciones de ingresos y valor de los activos estimados en salarios mínimos, así como la participación en el mercado de los interesados en la operación. Como criterios para la información previa o notificación de las integraciones empresariales, las normas establecen la excepción de eficiencia, y además exceptúan a los grupos empresariales.

Las operaciones de integración empresarial deben ser previamente informadas o simplemente notificadas a la Superintendencia de Industria y Comercio, según si los interesados en la operación se encuentran dentro de los supuestos objetivos o subjetivos previstos en las normas, respecto del valor de los ingresos y activos y/o participación en el mercado. La Superintendencia de Industria y Comercio podrá

objetar y/o autorizar en forma condicionada las operaciones de integración empresarial.

La autoridad de competencia podrá multar u ordenar la reversión de las operaciones de integración empresarial, cuando en el seguimiento efectuado advierta que los interesados en la operación no han cumplido las condiciones establecidas.

Las operaciones de integración empresarial, que eventualmente pudieran presentarse en medios que a la vez constituyan servicios de telecomunicaciones, llevan aparejadas las consideraciones relacionadas con evitar el abuso de la posición dominante en el uso del espectro, la competencia económica y el pluralismo informativo.

Desde el punto de vista de la autonomía e independencia de la autoridad de competencia y de los organismos reguladores, de conformidad con la Ley 489 de 1998, la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC–, es una entidad pública del orden nacional que pertenece al sector central de la rama ejecutiva del poder público. Es decir, el Superintendente es nombrado por el Presidente de la República de turno.

Agencias estatales de regulación y/o de control

En Colombia no existe un Regulador Único, no hay convergencia regulatoria e institucional. Existe una dispersión institucional en materia regulatoria de los medios.

En el sector de tecnologías de la información y las comunicaciones, intervienen: el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MINTIC-; la Comisión de Regulación de Comunicaciones –CRC-; la Agencia Nacional del Espectro – ANE-; la Autoridad Nacional de Televisión –ANTV-; y la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC-, en lo relacionado con el régimen general del competencia e integraciones empresariales.



De conformidad con Constitución Política (Artículo 75), Ley 1341 de 2009 (Artículo 60), y la Resolución MINTIC 415 de 2010 (Artículos 24 y 102), la inspección, vigilancia y control de los servicios de radiodifusión sonora es ejercida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, MINTIC.

Las actividades de inspección, vigilancia, seguimiento y control del servicio público de televisión corresponden a la Autoridad Nacional de Televisión –ANTV–, de acuerdo a la Ley 182 de 1995 (Artículo 5, literal d) y la Ley 1507 de 2012 (Artículo 11); salvo las competencias asignadas a la Agencia Nacional del Espectro –ANE– en la Ley 1507 de 2012 (Artículo 15).

Lugar aparte en este esquema regulatorio lo ocupa la autoridad de competencia: la *Superintendencia de Industria y Comercio –SIC–*, la cual actúa sin perjuicio de las competencias de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, CRC, para promover la competencia, evitar el abuso de la posición dominante en telecomunicaciones, y regular los mercados de redes y servicios.

La *Superintendencia de Industria y Comercio –SIC–* ejerce en lo de su competencia, funciones respecto de operaciones en materia de integración medios de televisión, radio, telecomunicaciones, prensa impresa y empresas de internet, conforme lo dispuesto, entre otras, por la Ley 1340 de 2009, y por el artículo 13º de la Ley 1507 de 2012.

De acuerdo con esta situación de distribución de funciones legales en el campo de los medios de comunicación, en Colombia las actuaciones institucionales en materia de competencia, abuso de la posición dominante e integraciones empresariales en medios, corresponden a la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC–.

En relación con este esquema sectorial de intervención del Estado en los medios, llama la atención que en el *Estudio sobre políticas y regulación de telecomunicaciones*, presentado al gobierno colombiano en abril de 2014 por la Organización para el Desarrollo y la Cooperación –OCDE, se advierte la elevada intervención del gobierno en el regulador, la necesidad de fusionar la CRC con la ANTV para crear un regulador convergente, la poca independencia de los organismos reguladores respecto de las dependencias gubernamentales.

Hallazgos generales

Como hallazgos generales del asesoramiento legal en materia de régimen legal de competencia, propiedad y concentración de los medios de comunicación en Colombia se destaca lo siguiente:

1. En Colombia se garantiza la libertad de fundar medios de comunicación social. La intervención del Estado en el espectro electromagnético es para garantizar la competencia económica y el pluralismo informativo.

2. Formalmente no existe una Ley que regule la concentración de propiedad de medios de comunicación. En materia de régimen legal de propiedad y de concentración de medios existe un alto grado de dispersión normativa en varios cuerpos legales, debido a la reglamentación separada que se presenta en cada medio de comunicación.
3. La Superintendencia de Industria y Comercio, sin perjuicio de las funciones de la CRC en materia de telecomunicaciones, constituye la autoridad de competencia. Esto significa que los asuntos de la competencia económica, en principio, son abordados por la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC–, desde la perspectiva de la competencia desleal, las prácticas restrictivas de la competencia, el abuso de la posición dominante y las integraciones empresariales. Adicional a esto, existe un régimen general de propiedad y de competencia económica para cada uno de los sectores de los medios, en referencia a aspectos como: participación con licencias en otras modalidades, inversión extranjera, sociedades, acciones, beneficiarios reales de la inversión, parentesco, etc.
4. Medios de comunicación como la radio, la televisión, y las redes y servicios que soportan internet son considerados como servicios de telecomunicaciones. A diferencia de la prensa escrita, la radio, la televisión, y las redes y servicios de telecomunicaciones asociados a internet, son considerados bajo el régimen legal de los servicios públicos; por tanto, están sujetos a la regulación, el control y la vigilancia de diferentes entidades del Estado, por cuanto no existe un organismo regulador único y los existentes tampoco gozan de independencia respecto del poder gubernamental.
5. En los procesos por competencia desleal interviene el juez y la SIC, en prácticas restrictivas tiene competencia la SIC, en integraciones empresariales actúa la SIC previamente bajo la regulación ex – ante, sin perjuicio de los conceptos de la autoridad competente.
6. En el mercado de medios no todas las modalidades de operadores tienen las mismas fuentes de ingresos, modelo de negocios, ni portafolio de servicios, lo

cual hace que su análisis específico frente a propiedad y concentración de medios sea diferencial.

7. Por cuanto los servicios públicos de radio y televisión pueden ser prestados por el Estado, los particulares y las comunidades organizadas, existen diversas modalidades públicas, privadas y comunitarias, las cuales gozan de títulos habilitantes distintos, que en su oferta y operación no son absolutamente equiparables en el mercado. Esto significa, que en el mercado de medios el Estado tiene el doble rol: es regulador y al tiempo puede ser operador de medios de comunicación.
8. Dada la diversidad de modalidades y de reglamentación dispersa de cada medio, algunos análisis de concentración de propiedad demandan la combinación armónica entre el régimen general de la competencia y los marcos legales específicos de cada medio de comunicación.
9. Salvo las orientaciones en materia de publicidad oficial contenidas en el Estatuto Anticorrupción, el mercado y la distribución de la torta publicitaria no se encuentra mayormente regulado.
10. En materia de redes y servicios de internet se evidencia la existencia de normas que regulan y protegen redes, datos y sistemas.

Observaciones a los indicadores legales MOM – Colombia

Concentración Horizontal

En materia de concentración horizontal de la propiedad, no toda la reglamentación de cada uno de los medios de prensa, radio, televisión, Internet y telecomunicaciones contiene umbrales o límites específicos a la concentración de la propiedad. En tanto existe una autoridad general de competencia en el país, y marcos específicos para cada

medio, allí donde no hay norma especial puede intervenir la Superintendencia con arreglo al régimen general de competencia.

Concentración Vertical

En relación con la concentración vertical en medios, en tanto esta eventualmente involucraría empresas que no son operadores del servicio, no se advierten mayores desarrollos legales en materia de concentración de la propiedad ni un regulador específico. Por ejemplo, la adquisición de una empresa de publicidad por parte de un medio.

Concentración cruzada

Teniendo en cuenta que la normatividad y regulación de cada medio se encuentra contenida en cuerpos legales separados, la valoración y control de operaciones de concentración de propiedad cruzada de medios, no cuenta con mayor desarrollo legal ni con un regulador común, salvo por la existencia de la autoridad general de competencia.

Prensa

En el caso de la prensa impresa, no se cuenta con mayor desarrollo legal ni con un regulador específico del medio, luego las operaciones de concentración de este tipo de medios se desarrollan en el ámbito de funciones de la autoridad general de competencia.

Internet

En el caso de Internet se debe considerar que concurren tanto el ámbito de las redes que soportan la operación como los medios que son desarrollados sobre esta plataforma, lo que hace que su mirada o su valoración se pueda dar en calidad de proveedores de redes y servicios de Internet, regulados por la Ley 1341 de 2009.

Agentes Reguladores del Estado

La no existencia de umbrales o límites específicos en materia de concentración de medios no implica la ausencia de organismos reguladores o de competencia, los cuales ciertamente existen para algunos medios y tienen funciones en otros ámbitos. Los reguladores de medios y la autoridad de competencia general tienen facultades sancionatorias y de intervención para rechazar licencias, bloquear procesos de concentración, revertir operaciones, independientemente de que existan umbrales o límites específicos.

Intereses afiliados

En relación con la participación de agentes políticos en los medios, no se aprecia la existencia de umbrales, límites o restricciones trazados en el contenido de las normas específicas de medios que fueron examinadas.