

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 23890 DE
2011 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso IBOPE

*Repartición de Mercados – Impedir acceso de terceros al Mercado –
Restricciones verticales*

Investigados:

**RCN Televisión S.A., Caracol Televisión S.A., la Unión Colombiana de
Empresas Publicitarias, e IBOPE Colombia S.A.S.**

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

Índice

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS	4
3. ANÁLISIS DE LA DELEGATURA	4
4. CONSIDERACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO	5
4.1. SOBRE EL MERCADO RELEVANTE Y LA INDUSTRIA AFECTADA.....	5
4.2. SOBRE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS INVESTIGADAS	6
5. DECISIÓN.....	7
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	8

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 23890 DE 2011 DE LA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Caso IBOPE

**Repartición de Mercados – Impedir acceso de terceros al Mercado –
Restricciones verticales**

Investigados:

**RCN Televisión S.A., Caracol Televisión S.A., la Unión Colombiana de Empresas
Publicitarias, e IBOPE Colombia S.A.S.**

Análisis del CEDEC Por:

Alfonso Miranda Londoño¹

1. Introducción

En el mercado de las pautas publicitarias en televisión, los estudios de medición de audiencias resultan siendo un insumo clave en este mercado. Cómo lo ha analizado en otras oportunidades la autoridad de competencia colombiana, si bien los acuerdos verticales no son *per se* anticompetitivos, no son necesariamente deseables teniendo en cuenta los efectos anticompetitivos que pueden tener al potencialmente poder excluir a competidores del mercado. Estos acuerdos, como lo ha analizado la doctrina y la jurisprudencia de la SIC, si bien son verticales, pueden producir efectos no solo verticalmente sino también horizontalmente.

En este orden de ideas, el caso IBOPE resulta de gran importancia al estudiar en este

¹ Abogado y socio economista Javeriano. Especialista en Derecho Financiero de la Universidad de los Andes. Master en Derecho de la Universidad de Cornell. Profesor de Derecho de la Competencia a nivel de pregrado y posgrado en la Universidades Javeriana, Externado y otras. Conferencista en Derecho de la Competencia a nivel nacional e internacional. Director del Departamento de Derecho Económico de la Facultad de Derecho de la Universidad Javeriana, director del Centro de Estudios de Derecho de la Competencia – CEDEC. Fundador y miembro de la Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia - ACDC. Designado como “Non Governmental Agent – NGA” de Colombia, ante el “International Competition Network – ICN” entre el 2012 y el 2016 y del 2019 hasta la fecha. Socio de la firma Esguerra Asesores Jurídicos.

caso la SIC específicamente los acuerdos verticales y los posibles efectos anticompetitivos que estos pueden generar tanto vertical como horizontalmente, generando una posible exclusión de los competidores del mercado.

2. Conductas Imputadas

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) a través de la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la Delegatura) abrió investigación y formuló pliego de cargos en contra de las empresas RCN Televisión S.A. (RCN), Caracol Televisión S.A. (Caracol), la Unión Colombiana de Empresas Publicitarias (UCEP), e IBOPE Colombia S.A.S. (IBOPE) al considerar que estas habrían vulnerado lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1915 (prohibición general) así como lo establecido en los numerales 5 (repartición de mercados) y 10 (impedir a terceros el acceso a los mercados) del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Las normas vulneradas establecen lo siguiente:

“Artículo 1 – (Modificado Artículo 1º Decreto 3307 de 1993). 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 o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

Parágrafo – El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general.”

“Artículo 47 – Acuerdos Contrarios a la Libre Competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

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

(...)

10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.”

Lo anterior teniendo en cuenta que las empresas investigadas abrían aparentemente suscrito un Contrato para la elaboración de estudios de medición de audiencias, haciéndose los contratantes propietarios de este insumo, con lo cual habrían incurrido en una conducta anticompetitiva al contravenir lo establecido en los artículos imputados.

3. Análisis de la Delegatura

Una vez practicadas recaudados todos los elementos probatorios pertinentes y adelantado el proceso respectivo, la Delegatura expidió el Informe Motivado donde

recomendaba al Superintendente sancionar a las empresas investigadas por haber vulnerado lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1915 así como lo establecido en los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Para lo anterior, la Delegatura presentó los siguientes argumentos y consideraciones:

- En el mercado de producción de estudios de medición, el único proveedor es IBOPE, con lo cual los informes que este produce (IFOMETER e INFOPAUTA) son un insumo necesario para la industria de la pauta publicitaria en Colombia.
- En el mercado de la pauta publicitaria, se encuentran como oferentes los canales nacionales e internacionales de televisión y como demandantes están las agencias de publicidad o directamente los anunciantes. En este mercado, se encuentra que RCN y Caracol son los únicos canales privados en Colombia los cuales para 2009 ostentaban un 81% del mercado de inversión en pauta publicitaria en Colombia.
- La UCEP agremia a varias agencias de publicidad, las cuales representan el 80% de la demanda de pautas publicitarias en televisión nacional e internacional.
- El clausulado del contrato establece el mismo como restrictivo de la libre competencia al excluir de manera expresa el acceso a los estudios de medios de IBOPE a canales internacionales y limitar el acceso a terceros a este insumo, subordinando la entrega de este insumo por parte de IBOPE a la aprobación por parte de RCN y Caracol (los Contratantes).
- De igual manera, al volverse los Contratantes dueños de los estudios elaborados por IBOPE, esto los facultaba a establecer las tarifas que IBOPE debía cobrar a sus competidores por la entrega de los informes y estudios de medios.
- Como consecuencia de este acuerdo los canales internacionales duraron 8 meses sin poder obtener un estudio de medición de audiencia y los costos para los demás interesados (competidores de Caracol y RCN y clientes de IBOPE) se incrementaron entre un 20% y un 120%

4. Consideraciones de la Superintendencia de Industria y Comercio

4.1. Sobre el mercado relevante y la industria afectada.

Teniendo en cuenta las dinámicas de la pauta publicitaria, como del acuerdo vertical entre las investigadas, la SIC encontró que son dos (2) los mercados relevantes afectados por esta conducta:

- El mercado de compra - venta de los estudios de medición de audiencia de televisión. En donde IBOPE, si bien en consideraciones de la SIC tiene algunos

competidores potenciales, ostenta un gran poder al ser la única empresa que por sus conocimientos e infraestructura de software puede atender de manera inmediata al mercado a través de sus estudios INFOMETER e INFOANALISIS aportando información cuantitativa sobre la medición de audiencias.

- El mercado de compra – venta de pauta publicitaria en televisión. Mercado que está intrínsecamente relacionado con el de los estudios de medición al ser la información contenida en estos estudios el insumo principal con que se negocia el precio de la pauta publicitaria. En este mercado, Caracol y RCN siendo los únicos canales privados de Colombia, tenían para 2009 en conjunto el 81% de la inversión en pauta publicitaria.

En este sentido, encontró la SIC que en el mercado de compra – venta de estudios de medición IBOPE ostenta una posición de poder que podría incluso considerarse dominante, y que, por otro lado, los Contratantes para el año 2009 en conjunto tuvieron una participación mayoritaria de la inversión en pauta publicitaria en Colombia. De igual manera, pudo establecer la SIC que los estudios de IBOPE son un elemento esencial para el mercado de la pauta publicitaria al establecerse que son los resultados de estos informes “la moneda de cambio” con la que se negocia la pauta publicitaria entre oferentes y demandantes.

4.2. Sobre las conductas anticompetitivas investigadas

En el caso concreto, encontró la SIC que los contratantes se hacían dueños exclusivos y únicos proveedores de los estudios de IBOPE los cuales, como se analizó anteriormente, son un insumo necesario para participar en el mercado de la compra – venta de la pauta publicitaria en televisión. Con esto, considera la SIC, al igual que la Delegatura, que este contrato entre las investigadas puede generar efectos anticompetitivos en el mercado.

En este orden de ideas, uno de los principales efectos del acuerdo entre los investigados radica en la limitación (y posible eliminación) de la competencia de los contratantes al hacerse dueños de un insumo necesario para la participación en el mercado. En este sentido, al no poder tener acceso a este insumo, o tener un acceso limitado, se limita la posibilidad de los competidores de RCN y Caracol de competir en el mercado. De igual manera, se generan barreras de entrada al no poder acceder a los estudios, sin los cuales no es posible participar en el mercado de compra – venta de pauta publicitaria.

Lo anterior, igualmente fortalece la participación dominante de los contratantes y les da un mayor poder de influencia en el mercado, dándoles la posibilidad de ingerir de una manera ilegítima en el mercado y poder restringir la participación de agentes en el mismo, limitando así la competencia, y favoreciendo sus intereses.

En este sentido, son particularmente dos elementos del contrato mencionado que

reprocha la SIC, al producir efectos exclusorios en el mercado:

- Que la distribución de los estudios de IBOPE se les entreguen a terceros previa autorización de los contratantes, excluyendo totalmente el acceso de los canales internacionales a estos estudios.
- Fijación de la tarifa que IBOPE les cobra a los competidores de los contratantes por la entrega de los estudios INFOMETER e INFOPAUTA.

En este sentido, considera la SIC que el contrato celebrado entre las empresas investigadas efectivamente excluyó del mercado a los competidores de RCN y Caracol tanto directa como indirectamente. Por un lado, limita directamente el acceso al mercado por parte de los canales internacionales al no poder acceder a los estudios de IBOPE que, si bien establece la SIC que no son una facilidad esencial, si reconoce que es un elemento fundamental para poder acceder y competir en el mercado.

Por otro lado, también hubo una limitación o exclusión indirecta de los competidores de los contratantes al haber un incremento de las tarifas cobradas por parte de IBOPE a estas compañías para poder tener acceso a los estudios de mercado. En este sentido, con el incremento de los costos hubo una exclusión a varios competidores que no pudieron pagar las nuevas tarifas, o no quisieron pagar estas.

Es igualmente importante reseñar que la SIC reconoce la existencia del derecho a la libre contratación que tienen los agentes del mercado. Sin embargo, establece que, según jurisprudencia de la propia corte constitucional, este no es un derecho absoluto, sino que encuentra su límite en la protección de otros derechos, como lo es el derecho a la libre competencia económica.

5. Decisión

La SIC, teniendo en cuenta los argumentos expuestos anteriormente, concluyó que el Contrato firmado entre RCN, Caracol, UCEP e IBOPE vulneraba lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1915 así como lo establecido en los numerales 5 y 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior teniendo en cuenta que se limitó el acceso a un insumo básico a terceros, limitando de esa manera el acceso al mercado a terceros.

De acuerdo con lo anterior, la SIC sancionó a las empresas investigadas por haber vulnerado la libre competencia al transgredir lo establecido en las normas arriba mencionadas.

6. Análisis y conclusiones del CEDEC

Esta es una decisión muy importante por parte de la autoridad de libre competencia en cuanto al tema que se analiza en esta decisión. En la presente resolución, la SIC reconoce nuevamente que las restricciones verticales que se hacen entre agentes del mercado que participan en distintos eslabones de la cadena productiva no son *per se* ilegales, sino que deben analizarse caso a caso.

De igual manera, analiza la Superintendencia y establece que los acuerdos verticales, que son reprochables así no sean *per se* anticompetitivos, pueden producir efectos en el mercado no solo verticales, sino también producir efectos horizontales. En este sentido, estudia la SIC estos efectos horizontales estableciendo claramente como este tipo de acuerdos verticales pueden terminar excluyendo del mercado a los competidores de los agentes que participan en el acuerdo vertical.

Finalmente, establece la SIC que para que pueda considerarse que este tipo de acuerdos, así excluyan a terceros, no son anticompetitivos o reprochables, deben generarse eficiencias en el mercado o estar en alguna de las excepciones previstas en la legislación colombiana. Situaciones ambas que antes que presumirse deben ser probadas por los investigados en el proceso.

Proyectado por: Daniel Luque