



No. 12-149315- -00080-0001

Fecha: 2016-03-04 14:49:27 Dep. 1008 GR.INTERDCOL
 Tra. 114 PRACRESTRICTI Eve: 330 INVESTIGACI
 Act. 330 COMUNICACIÓN Folios: 15

FLIPFUNDACIÓN PARA
LA LIBERTAD
DE PRENSA

Bogotá D.C., 4 de marzo de 2016

Doctor

Jorge Enrique Sánchez Medina

Superintendente delegado para la protección de la competencia

Superintendencia de Industria y Comercio

Bogotá D.C.

Ref: Aporte de consideraciones conforme a la Resolución 6510 de 2016, por la cual se ordena apertura de una investigación y se formula pliego de cargos contra Radio Cadena Nacional S.A., Vital Inversiones S.A. y P Y C Inversiones S.A.

Respetado superintendente delegado:

La Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP) es una organización de la sociedad civil, identificada con el NIT 800.102.745, que tiene como misión institucional la defensa de la libertad de expresión y de información en Colombia. En ese marco procura que en el país se produzcan las garantías necesarias para que los periodistas y los medios puedan desarrollar libremente la actividad de informar y opinar, y para que los ciudadanos en general reciban una información veraz e imparcial.

Una vez vista esta naturaleza de la organización, la FLIP considera que es un tercero interesado en la investigación de referencia que se adelanta, según lo prevé el artículo 19 de la ley 1340 de 2009, modificado por artículo 157 del Decreto Nacional 019 de 2012.

A continuación presentamos algunas consideraciones sobre el caso, con el fin de que sean tenidas en cuenta al momento de tomar decisiones en defensa de la competencia. Nos motiva la idea de que la protección de la competencia en el mercado de los medios de comunicación, en este caso de los radiodifundidos, exige un análisis constitucional que no puede dejar de lado las reflexiones sobre la libertad de expresión.

I. Consideraciones

1. La competencia en el mercado de medios de comunicación fortalece la libertad de expresión.

El comportamiento de los mercados de los medios de comunicación tiene una incidencia directa sobre los derechos que se encuentran englobados en el artículo 20 de la Constitución Política bajo el nombre de libertad de expresión: el derecho a la

PROYECTO
ANTONIO
NARVÁEZ

Integrante del FIAN

Calle 40 No. 22 (21A)-17, Of. 302. Tels. / fax (571) 340 6943 / 245 4734

info@flip.org.co www.flip.org.co

Bogotá, Colombia

libertad de expresión en sentido estricto, el derecho a la libertad de opinión, el derecho a publicar información de interés general, el derecho a recibir información veraz e imparcial, el derecho a fundar medios de comunicación. Los medios de comunicación, en sus diferentes formatos y géneros, han sido entendidos como los vehículos más directos y eficaces para que los ciudadanos puedan gozar de este grupo de derechos. Así pues, cualquier decisión de los actores público o privados de alguna forma afecta positiva o negativamente el desarrollo de dichos derechos.

Lo anterior nos lleva a concluir que la protección de la libre competencia y la prohibición del abuso de la posición dominante en este mercado tiene consecuencias frente a este conjunto de derechos que la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) no puede ignorar en el caso que investiga dentro de este procedimiento. Esto porque decisiones económicas que se definan en este campo pueden llevar a un goce de los derechos más favorable o más restringido en la medida en que se transforma el proceder de los medios de comunicación.

En el caso de las actividades ligadas a la comunicación, la información y la cultura, los procesos de concentración tienen una doble significación, porque a la situación económica debe añadirse la importancia simbólica de los bienes inmateriales que esas actividades producen. Es decir que concentración e interés público no pueden ser disociados en el análisis de la conformación de los sistemas de medios de comunicación e industrias que producen y distribuyen información y entretenimientos a escala masiva.¹

Para las democracias liberales la competencia en los mercados de medios favorece la libertad de expresión en la medida en que favorece el pluralismo, facilita el acceso de nuevas voces que puedan opinar e informar y fortalece la deliberación pública. Así lo ha entendido el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala lo siguiente:

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹ BECERRA, Martín. *De la concentración a la convergencia. Políticas de medios en Argentina y América Latina*. Paidós. Buenos Aires. 2015. p. 51



5. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. (Subrayado fuera del texto original)

(...)

Si bien el artículo no trae una referencia directa a la concentración, integración, monopolio o abuso del poder dominante de los medios, que pueden ser conceptos de referencia para este análisis económico-jurídico que se hace, sí establece que “la circulación de ideas y opiniones” no puede ser impedida ni restringida por vías o medios indirectos, entre los cuales puede estar la integración y el abuso del poder dominante cuando esto se traduce en limitación para el acceso y para la diversidad de informaciones y opiniones.

Por eso mismo, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, que lideró la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estableció un principio particular y explícito sobre el tema de la concentración de medios.

12. Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos. En ningún caso esas leyes deben ser exclusivas para los medios de comunicación. Las asignaciones de radio y televisión deben considerar criterios democráticos que garanticen una igualdad de oportunidades para todos los individuos en el acceso a los mismos.

Al respecto, a pesar de que el principio 12 fue presentado de manera clara, en ese mismo año 2000, la Relatoría Especial decidió publicar comentarios a la declaración de principios que sirvieran como desarrollo de la misma y que facilitaran su aplicación en los ordenamiento interno de los estados americanos, teniendo en cuenta que se tratan de normas internacionales con plena vigencia al interior de estos países. Sobre el principio 12 se comentó así:

53. La existencia de monopolios u oligopolios públicos o privados se constituye en un serio obstáculo para la difusión del pensamiento propio, como también para la recepción de opiniones diferentes. Tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han manifestado que la libertad de expresión requiere que los medios de comunicación social estén abiertos a todos sin discriminación, o más exactamente que no haya individuos o grupos que estén excluidos del acceso a tales medios. Exige igualmente ciertas condiciones respecto a estos, de manera que, en la práctica, sean verdaderos instrumentos de la libertad de expresión. Son los medios de comunicación social los que sirven para



materializar el ejercicio de la libertad de expresión y por lo tanto deben adecuarse a los requerimientos de esa libertad.

54. Dentro de este contexto, se debe garantizar el derecho de todas las personas de contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información por cualquier medio de comunicación, sin discriminación, por ningún motivo. Los monopolios u oligopolios en los medios de comunicación masiva representan un serio obstáculo al derecho de todas las personas a poder expresarse y a recibir información. Uno de los requisitos fundamentales del derecho a la libertad de expresión es la necesidad de que exista una amplia pluralidad en la información. El control de los medios de comunicación en forma monopólica u oligopólica, afecta seriamente el requisito de pluralidad en la información. Cuando las fuentes de información están seriamente reducidas en su cantidad, como es el caso de los oligopolios, o bien existe una única fuente, como los monopolios, se facilita la posibilidad de que la información que se difunda no cuente con los beneficios de ser confrontada con información procedente de otros sectores, limitando de hecho, el derecho a la información de toda la sociedad.

55. En la sociedad actual, los medios de comunicación masiva, como la televisión, radio y prensa, tienen un innegable poder en la formación cultural, política, religiosa, etc. de todos los habitantes. Si estos medios son controlados por un reducido número de individuos, o bien por sólo uno, se está, de hecho, creando una sociedad en donde un reducido número de personas, ejercen el control sobre la información, y directa o indirectamente, la opinión que recibe el resto de las personas. Esta carencia de pluralidad en la información es un serio obstáculo para el funcionamiento de la democracia. La democracia necesita del enfrentamiento de ideas, del debate, de la discusión. Cuando este debate no existe o está debilitado debido a que las fuentes de información son limitadas, se ataca directamente el pilar principal del funcionamiento democrático.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el tema de la concentración de los medios de comunicación y su relación con el derecho de libertad de expresión. En una decisión de 2015, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*, el tribunal interamericano retomó lo que ha sido su posición frente a la concentración y el monopolio en los medios de comunicación.

144. Con todo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeta a restricciones, en particular cuando interfiere con otros derechos garantizados por la Convención. Dada la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que entraña para los medios de comunicación social y para quienes ejercen profesionalmente estas labores, el Estado debe minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En estos términos se puede explicar la protección de los derechos humanos de quien enfrenta el poder de los medios, que deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan, y el esfuerzo por asegurar condiciones estructurales que permitan la expresión equitativa de las ideas. Por otra parte, la Corte recuerda que tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia. Es necesario garantizar el ejercicio de ambos. En este sentido, la prevalencia de alguno en determinado caso dependerá de la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre



ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.

14.5. En concordancia con todo lo anterior, los Estados están internacionalmente obligados a adoptar las medidas que fueren necesarias "para hacer efectivos" los derechos y principios establecidos en la Convención, como se estipula en el artículo 2 de dicho instrumento interamericano, para lo cual deberán establecer leyes y políticas públicas que garanticen el pluralismo de medios o informativo en las distintas aéreas comunicacionales, tales como, por ejemplo, la prensa, radio, y televisión

Visto todo lo anterior, vale retomar la idea de que el análisis económico de monopolio, concentración y abuso de la posición dominante no permite desconocer la relevancia que estas nociones tienen frente a la garantía del derecho a la libertad de expresión y la pluralidad que se exige de ella en los estados democráticos. En otras palabras, es esencial reconocer que, en términos generales, *una defensa de la competencia en los mercados de medios de comunicación no solo lleva a la protección de la competencia en sí misma como derecho, sino que también conduce a un fortalecimiento de las garantías para la protección y profundización de la libertad de expresión.*

Las normas y decisiones interamericanas que se han citado hasta aquí corresponden a disposiciones que son de obligatorio cumplimiento en Colombia, por vía de tratado y de bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Constitución Política). Sin embargo, es importante efectuar un análisis de las normas constitucionales de la protección de la competencia, con el fin de analizar su relación con la libertad de expresión en el ámbito de la Constitución propiamente dicha.

2. La libre competencia y la libertad de expresión en la Constitución de 1991: las integraciones y el abuso de poder dominante como detrimento de la expresión.

La libre competencia y la libertad de expresión son derechos contemplados en la Constitución colombiana. Es decir que son valores que cuentan con el mismo rango de importancia para la sociedad y que por lo mismo ninguno puede llegar a anularse por completo, ni siquiera en nombre del otro. Ahora bien, según la línea narrativa que se viene exponiendo, podría decirse que si se tratan de dos garantías ciudadanas que se relacionan y se afectan en lo económico, como se ha visto, en esa misma lógica de relación deberán analizarse al momento de tomar decisiones en derecho.

La libertad de expresión está reconocida como derechos fundamental por el artículo 20 de la Constitución.



ARTICULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.

Como se puede ver, en el artículo no existe una referencia directa que permita ver una posición constitucional frente a la concentración de medios, integración o el abuso de posición dominante. Aunque sí puede decirse que, considerada así sola, la disposición establece una garantía de difusión y de recepción de informaciones y opiniones que no puede ser vulnerada. Ahora bien, la Constitución no fue pasiva al momento de tratar la integración y el abuso dominante en materia de expresión, pues dispuso de normas en materia de limitación a la concentración.

ARTICULO 75. El espectro electromagnético es un bien público inalienable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley.

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. (Subrayado fuera del texto original)

Esta norma que regula el espectro electromagnético sin duda establece una medida a favor de la libre competencia. Además lo hace justo en el ámbito donde se desempeñan medios de comunicación como los de radio y la televisión. Para algunos el uso de "prácticas monopolísticas" y no de la noción de "abuso de poder dominante", puede resultar antitécnico e impreciso², pero aún así se entiende que el sentido de la norma conduce a evitar aquellas prácticas económicas que impiden el acceso, la pluralidad y difusión en el espectro.

En ese sentido, observado este artículo con el artículo 20, se puede deducir que el constituyente sí contempló la posibilidad de que el uso electromagnético, parte del mercado de la radio y la televisión, debía garantizar la pluralidad y la competencia como medida para fortalecer el desarrollo de la libre difusión de ideas e informaciones. Pero además, estableció explícitamente que era el Estado el responsable de asegurar esas condiciones, lo que pone en cabeza de éste la obligación de imponer medidas que favorezcan dicha competencia y pluralidad.

² MIRANDA, Alfonso. *El derecho de la competencia en la Constitución de 1991*. p. 17. En: <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/competencia-y-constitucion3b5n.pdf>



Ahora bien, si a esta armonización entre los artículos 20 y 75 se le suma el artículo 333 de la Constitución, que establece el derecho a libre competencia como derecho autónomo, se tiene que el Estado cuenta con mayor potestad para garantizar la competencia y la pluralidad en los mercados de medios de comunicación, especialmente en los que usan el espectro electromagnético.

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.

Sobre la responsabilidad del Estado frente a la defensa de la competencia y la pluralidad en el espectro electromagnético, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de referirse cuando revisaba normas concernientes al sector de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

(...) le corresponde al Estado compatibilizar y articular los objetivos que tienden a promover el bienestar general y a realizar los principios de igualdad de oportunidades, democratización de la propiedad y solidaridad, con aspectos tales como libertad de empresa, libre competencia y libre iniciativa, también consagrados y protegidos en la Constitución, los cuales no admiten exclusión por el hecho de que su titular adquiera, legítimamente, la calidad de concesionario que lo habilite para prestar un servicio público, siempre y cuando esa aspiración no origine concentración de los medios o prácticas de monopolio, las cuales están expresamente prohibidas en el artículo 75 de la C.P., en relación con el uso del espectro electromagnético; evitar el monopolio y la concentración de la propiedad es tarea del Estado y especialmente del legislador, el cual deberá, a través de la ley, diseñar e implementar los mecanismos necesarios para el efecto.³

Al revisar la constitucionalidad de otras normas del mismo sector unos años más adelante, la misma Corte reafirmó:

En el caso de la asignación de bandas del espectro radioeléctrico, la necesidad de que el proceso de asignación emplee el mecanismos que mejor garantice la igualdad de



³ C-711 de 1996. Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz

oportunidades y prevenga la concentración de los medios de comunicación en unos pocos, así como las prácticas monopolísticas, privilegia los métodos de selección objetiva frente a aquellas prácticas que facilitan la concentración o el monopolio*.

Llegados a este punto se puede entender que el abuso de la posición dominante que prohíbe el artículo 333, cuando se presenta en un mercado de medios, aunque puede medirse desde la vista estrictamente económica, también debe analizarse desde el impacto que produce contra la pluralidad de expresiones y la libre circulación de ideas e informaciones. En ese sentido, teniendo que el ámbito económico y de expresión del mercado no puede escindirse, puede precisarse que las vulneraciones a la libertad de expresión que genera la concentración en un mercado de medios de comunicación, puede ser entendida desde el abuso de posición dominante y desde las integraciones desmedidas que la SIC está facultada para impedir según el artículo 333 y las normas que los desarrollan como la ley 155 de 1999, el Decreto 2153 de 1992 y la ley 1340 de 2009.

Hay una importancia en defender la potestad que tiene la SIC para evaluar integraciones y para investigar casos de abuso de posición dominante en los mercados de medios. Esa importancia radica en que es una salida legítima, competente y necesaria al momento de defender la libre competencia en medios de comunicación y, con ella, la libertad de expresión, sobre todo cuando otros marcos normativos y otros sectores no han reparado en ello y ni siquiera han generado una normatividad especial de competencia.

En el caso concreto que se discute en esta investigación, se puede ver que la facultad de la SIC de estudiar las integraciones en los mercados de medios y de ejercer control sobre los abusos de posición dominante, es un suplemento ante la ausencia de otras entidades del Estado que no han tomado medidas concretas y especiales frente a la libre competencia en el mercado de la radiodifusión. Si bien el marco normativo del sector de tecnologías de la información y de comunicaciones ha enfatizado en la pluralidad y el acceso en la forma de concesión de las frecuencias comerciales, no ha tenido la misma previsión en los casos de cesión y transferencia de la mismas.

Los ejemplos son las normas que bien trae a colación la Resolución 6510 de 2016 de la SIC, el artículo 59 de la ley 1341 de 2009 y el artículo 48 de la Resolución 415 de 2010 del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTIC). En estos se regula la cesión y la transferencia de los derechos de la concesión de radiodifusión, y el arriendo de las estaciones de radiodifusión. Ellas establecen que se tratan de negocios jurídicos que pueden adelantarse libremente, con la única condición de informar al en los 15 días siguientes. No existe ninguna norma que limite las

* C-403 de 2010. Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.



condiciones de estos contratos de cesión o arrendamiento, o que permita un control de las integraciones y de los posibles abusos de posición dominante en el mercado de la difusión.

Es en este punto donde la actuación de la SIC encuentra sustento en la responsabilidad constitucional del Estado de defender la libre competencia y, a través de ella, la libertad de expresión, pues al aplicar los artículos 9 y 10 de la ley 1340 de 2009 suple el vacío normativo que existe frente a estas cesiones y arrendamiento que, de una u otra forma, sí consolidan integraciones. En otras palabras, cuando la SIC actúa en este caso que investiga, basada en el artículo 333 de la Constitución, de alguna forma está permitiendo que el Estado reconozca que este tipo de negocios jurídicos pueden tener implicaciones desde el punto de vista de las integraciones y por lo tanto deben ser revisadas de manera previa para definir el grado de concentración y de posición dominante que generan.

3. Aciertos de la Resolución 6510 de 2016 frente al derecho de la libertad de expresión.

Es necesario advertir que la FLIP no cuenta con la información necesaria para sugerir que el negocio jurídico celebrado entre las empresas investigadas efectivamente cumpla con las condiciones que las obligaba a informar previamente a las SIC. Sin embargo, las consideraciones que esta entidad plantea en su resolución de apertura de investigación contiene algunos aciertos que deberían ser mantenidas a lo largo de este procedimiento y de otros similares que vengan en el futuro.

Como se viene diciendo, el primer acierto que trae la resolución que abre esta investigación es *el reconocimiento de que los contratos de cesión de derechos de concesión o los contratos de arriendo de estaciones de radiodifusión son una forma de integración empresarial*. Lo que podría generar un efecto nocivo para la libertad de expresión en tanto limitaría la pluralidad de opiniones e informaciones cuando el impacto del medio que arrienda o recibe la cesión se vuelve dominante en el mercado de la radiodifusión.

Esto parece ser un resultado lógico cuando la SIC actúa conforme a una norma como la que trae el artículo 9 de la ley 1340 de 2009, pues en ella se reconoce que las integraciones pueden darse "cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada". Una lectura normativa con la que no se ha contado en el manejo del mercado de los medios radiodifundidos.

El segundo acierto de la resolución de apertura de la investigación está en *la definición del mercado relevante de los medios de comunicación radiales como un mercado de dos lados*. Según interpreta la resolución, la radio genera un solo producto pero participa en dos mercados, uno del contenido y otro de la publicidad.



Para la FLIP, esta lectura se acerca más a la aproximación constitucional que se ha venido defendiendo en esta intervención, donde los mercados de medios de comunicación deben ser entendidos en el plano económico pero también en el plano garantista de la libertad de expresión pluralista y diversa, bajo el entendido de que los medios generan rentas privadas pero al tiempo definen valores sociales y difunden información.

Al interpretar el mercado de a la radio, la SIC hace bien al reconocer que del grado de difusión del contenido (la dimensión de la audiencia) depende el comportamiento de la publicidad que genera el ingreso de las emisoras. Aunque también, algo menos analizado en la resolución, el grado de concentración y acaparamiento de la publicidad influye en los contenidos radiodifundidos, bien por la calidad, por el tipo, o por la diversidad. Un actor del mercado que logre concentrar la publicidad, no tiene la necesidad de innovar en los contenidos o de hacerlos más acordes o llamativos para sus audiencias (sucede por ejemplo que las emisoras emiten información irrelevante para su audiencia: emiten información nacional en contextos locales, ofrecen información pública de poco interés para la población que conforma la audiencia). En conclusión, al tener asegurada una renta publicitaria, el medio tiene pocos incentivos para acercar, a partir de los contenidos, a anunciantes que hacen parte de su misma audiencia.

(...) en los medios de comunicación, la concentración provoca una reducción de las fuentes informativas (que genera menor pluralidad de emisores), una relativa homogeneización de los géneros y formatos de entretenimiento (que implica la estandarización de estos, de manera que se resigna la diversidad de contenidos), una predominancia de estilos y temáticas, y una concomitante oclusión de temas y formatos.⁵

Finalmente, guardando relación con lo anterior, el tercer acierto tiene que ver con que en la resolución *se alcanza a tener en cuenta el número de oyentes (el tamaño de la audiencia) como variable válida para estimar el grado de participación de una emisora en su mercado relevante*. Se trata de una consideración que la SIC parece pasar de largo en su análisis, pues es la estimación de los ingresos por publicidad la que le permite definir el grado de concentración que puede conllevar la integración bajo estudio. No obstante, el hecho de haber contemplado la variable de audiencia es un síntoma de aproximación a la real dimensión constitucional de las integraciones de medios que impactan en la economía y en el desarrollo del derecho fundamental de la libertad de expresión, especialmente en la pluralidad de información que se produce y se recibe.

Según el profesor argentino Martín Becerra, la dimensión de las audiencias ha sido una variable válida para definir la concentración en los medios de comunicación:



⁵ BECERRA, Martín. Op. Cit. p. 69

En el sector de medios de comunicación e industrias convergentes (telecomunicaciones, redes digitales), la concentración constituye un proceso antiguo pero que a partir de la convergencia adquiere nuevas características por la expansión que representa la presencia de grandes actores corporativos en diferentes mercados de producción, circulación y distribución de información y entretenimientos simultáneamente. A su vez, cuando se habla de concentración, en realidad se hace referencia a variables diferentes, algunas de raíz económico y una de carácter político:

- Concentración de la propiedad (operaciones horizontales, verticales o conglomerales);
- Concentración de ingresos;
- Concentración de las audiencias/abonos, y
- Centralización o acumulación de poder.⁶

Ahora bien, el mismo Becerra advierte que existen diversos métodos de definición de la concentración en los mercados de medios, pues en ellos se usa una de las variables o se combinan varias de ellas⁷. Muchas veces la definición del método de estimación obedece a la posibilidad que se tiene de conseguir datos imprescindibles sobre las variables que lo componen y que lo desarrollan⁸. En el caso particular que se investiga quizás resultaría más difícil para la SIC conseguir datos de audiencias radiales en la medida en que en Colombia siguen siendo precarias este tipo de medición. De allí que pueda existir otro motivo para acudir a la variable de ingresos tal y como se hizo, más allá de la razón estrictamente legal al que obliga el artículo 9 de la ley 1340 de 2009.

El autor expone algunos de los métodos más usados para estimar la concentración en los mercados de medios de comunicación. En algunos de ellas se tiene en cuenta la variable de las audiencias tal y como la SIC lo alcanzó a considerar.

- Índices de concentración (CR, concentration ratio): se utilizan para medir una o más de las primeras tres variables, puesto que cuantifican la audiencia que concentran la primera, las primeras cuatro o las primeras ocho empresas en cada mercado en relación con el total de dicho mercado. Este métodos se emplea asimismo para medir la participación en la distribución de los ingresos por parte de la primera, las primeras cuatro o las primeras ocho empresas de un mercado en relación con los ingresos totales de ese sector. A su vez, este método conduce a diferentes interpretaciones de carácter regulatorio (político) sobre el grado de concentración aceptable. En efecto, no hay una ley general que permita discernir cuándo una empresa posee posición dominante o preponderante en un mercado. Depende del mercado y de la regulación existente en el ámbito geográfico de referencia (...)
- Curva de Lorenz: expresa gráficamente la distribución del ingreso en un mercado determinado en relación con una cantidad limitada de empresas. En un eje (abscisas) se representa una cantidad limitada de empresas y el eje de ordenadas ilustra el ingreso del mercado. La diferencia entre un eje imaginario dispuesto a 45 grados (que supone el ideal

⁶ *Ibidem.* p. 59

⁷ *Ibidem.* p. 60

⁸ *Ibidem.*



de que todas las empresas capturan el mismo porcentaje de ingresos) y la curva de Lorenz expresa el "área de concentración" del mercado. Como señala [Alan] Albarran, la curva de Lorenz solo puede ser útil para medir una cantidad limitada de empresas, y su eficacia es, también, limitada, aunque resulta un método válido para medir la concentración de la riqueza en un país, por ejemplo.

- Índice Herfindahl-Hirschman (HHI): válido para medir la concentración de los ingresos y de la audiencia/abonos. Este método, utilizado por ejemplo por la División Antitrust del Departamento de Justicia de Estados Unidos, se realiza mediante la adición de los cuadrados de los tamaños relativos de las empresas de un mercado determinado. Se puede calcular sobre una base de 1, por ejemplo, donde $HHI=1$ indica la existencia del mayor grado de concentración posible (monopolio) y menos competencia. También se puede calcular sobre una base de 10.000, donde 0 expresa condiciones de competencia perfecta y 10.000 la máxima concentración. Es decir que el índice es la suma de las "cuotas de mercado" al cuadrado de la n empresas que lo componen.

Los estudios más sistemáticos que abarcan una gran cantidad de países de la región adoptaron como metodología el CR debido a la escasez de datos estables sobre los ingresos de cada sector industrial y de la participación de las empresas en ellos, escasez que alcanza también, en muchos países, a la información sobre audiencias/abonados a cada mercado.⁹

4. Protección de la libertad de expresión en la orden de reversión de la operación o en las garantías suficientes.

Ahora bien, la misma relación sistemática y armonizadora entre los derechos de libre competencia y de libertad de expresión debe hacerse valer al momento de tomar decisiones en el caso bajo investigación. Esto porque las decisiones que se tomen a favor de la competencia pueden terminar siendo nocivos para la libertad de expresión.

La FLIP resalta nuevamente que no cuenta con información para analizar si el negocio jurídico celebrado entre las sociedades investigadas representa una integración que debió informarse previamente. Sin embargo sí consideramos que la opción de ordenar las reversión o de aceptar garantías suficientes puede terminar siendo más dañino para la esfera de la libertad de expresión.

La referencia se da concretamente frente a los programas que hoy cuentan con una espacio en esas frecuencias que fueron arrendadas, las cuales, de llegar a revertirse el contrato de arrendamiento, podrían terminar saliendo del aire, debilitando aún más la diversidad y la concurrencia en el mercado de los medios radiales. Estos programas, a pesar de estar aprovechando una operación que puede haber violado normas de competencia, y aunque no lo hagan en la situación jurídica y económica ideal, producen contenidos que enriquecen en alguna medida la diversidad y pluralidad de la circulación de ideas, de informaciones y de opiniones. Tampoco es deseable que en nombre de fortalecer la circulación de ideas a partir de la defensa de la competencia, se



⁹ Ibidem. p. 60 y 61.

termine por llevar a una situación aún más dañina para la información de los colombianos.

Se encuentra el caso concreto de *La Hora de la Verdad*, que se emite en la franja de la mañana en una de las frecuencias arrendadas por Radio Cadena Nacional S.A.. Se trata de un programa altamente sensible para la pluralidad y la diversidad de la opinión pública colombiana. En él se producen y se publican contenidos críticos de opinión y de información, que además son altamente disonantes frente al resto de emisoras y programas radiales en funcionamiento. En el caso que se deshaga el contrato de arrendamiento, y las empresas concesionarias originales no garanticen la permanencia del programa habría un detrimento para la circulación de ideas en tanto se perdería una voz que critica que ofrece una versión diferente de la realidad del país.

En este caso, la FLIP solicita que en caso de tomarse una decisión que implique retraer los efectos del arrendamiento celebrados entre las sociedades investigadas, este procedimiento garantice la permanencia de los programas emitidos, con mayor razón si son programas que arrendaron directamente el espacio en el que emiten, funcionan con cierta autonomía de las cadenas investigadas y no tuvieron participación de la operación de integración que se investiga.

Consideramos que estas garantías en favor de la libertad de expresión e información, pueden efectuarse a través de los acuerdos a los que se llegue en las garantías suficientes que presenten las sociedades investigadas, o a través de medidas excepcionales (amparadas en la Constitución) en el acto con el que la SIC ordene la reversión de la operación. Una vía o la otra podría exigir una vinculación y articulación con el MinTIC para que dentro de sus facultades encuentre las vías adecuadas para garantizar la continuidad de los programas o, al menos, la prevalencia de estos en el caso de tener que reasignar o concesionar nuevamente las frecuencias.

II. Conclusiones

1. La FLIP no cuenta con información concreta para determinar si la operación de arrendamiento de frecuencias, que celebraron las empresas investigadas, debió haber sido informada previamente tal y como lo ordena el artículo 9 de la ley 1340 de 2009.
2. La FLIP celebra que la SIC haya tomado la determinación de estudiar un proceso de integración empresarial dentro de un mercado de medios de comunicación, en la medida en que la defensa de la libre competencia, en términos generales, tiene un impacto positivo en la garantía de la libertad de expresión.
3. Por lo mismo, la FLIP considera que todo estudio de la libre competencia en los mercados de los medios de comunicación exige una interpretación



- constitucional que permita integrar la protección de la libertad de expresión. En esta medida, considera que la potestad de la SIC que se basa en el artículo 333 de la Constitución, perfectamente puede articularse como un mecanismo simultáneo de defensa de la libertad de expresión, porque una defensa de la competencia en los mercados de medios de comunicación no solo lleva a la protección de la competencia en sí misma como derecho, sino que también conduce a un fortalecimiento de las garantías para la protección y profundización de la expresión libre y plural.
4. Para la FLIP, la SIC acertó en las consideraciones de la Resolución 6510 de 2016: (1) por tomar el arrendamiento de estaciones de radio y la cesión de los derechos de concesión como negocios jurídicos que pueden conducir a una integración empresarial que afecta el mercado de los medio radiodifundidos; (2) por reconocer que el mercado de los medios de radio es un mercado de dos lados que integra la producción de contenidos y la venta de espacios publicitarios; (3) por mencionar que el número de oyentes (la dimensión de las audiencias) es una variable válida para determinar el nivel de concentración en el mercado de medios de comunicación en radio. Para la FLIP estas tres consideraciones consolidan el análisis constitucional que permite integrar los derechos de libre competencia y de libre expresión, en tanto reconoce las dimensiones económicas y comunicativas de los mercados de medios de comunicación.
 5. La FLIP solicita que las decisiones que se tomen dentro de esta investigación, ofrezcan garantías para la continuidad y no interrupción de los programas, como *La Hora de la Verdad*, que actualmente se emiten en las frecuencias que han sido arrendadas. Sobre todo si las empresas concesionarias originales no cuentan con la capacidad de garantizarlo. En este sentido, la FLIP considera necesario vincular y articular al MinTIC para que dentro de sus facultades haga posible esa continuidad o, al menos, garantice una prevalencia para estos programas en caso de que dichas frecuencias se vuelvan a concesionar.
 6. La FLIP considera que la SIC debe exhortar al MinTIC a que tenga en cuenta las consideraciones que se han hagan dentro de este proceso en materia de libre competencia y de libertad de expresión. Especialmente a las que se refieren al punto 3 de estas conclusiones. Esto con el fin de que asuma una política que evite las concentraciones en los mercados de medios de comunicación que se valen del espectro electromagnético.

III. Solicitudes

1. La FLIP le solicita a la SIC que mantenga una perspectiva constitucional de libertad de expresión a lo largo de las investigaciones de este proceso y de los demás que traten integraciones y abusos de posición dominante en los mercados de medios de comunicación.



2. La FLIP le solicita a la SIC que en las decisiones que tome dentro de este proceso, garantice la continuidad de los programas que actualmente se emiten en las frecuencias que fueron objeto del contrato de arrendamiento. En este punto se solicita la vinculación y articulación con el MinTIC.

3. La FLIP le solicita a la SIC que exhorte al MinTIC para que tome las medidas pertinentes para garantizar una defensa de la libre competencia frente a las figuras de cesión y de arrendamiento de frecuencias del espectro electromagnético,

IV. Notificaciones

Recibimos notificaciones en la dirección Calle 40 No. 22 - 17, oficina 302, de Bogotá D.C. También en la dirección de correo electrónico director@flip.org.co

Atentamente,



Pedro Vaca Villarreal
Director Ejecutivo
Fundación para la Libertad de Prensa - FLIP

