

Bogotá D.C., julio 26 de 2023

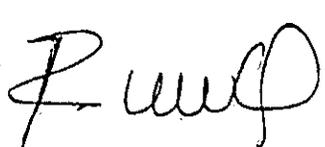
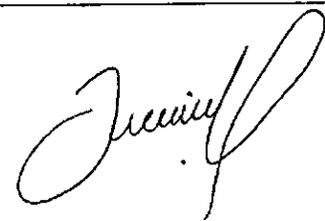
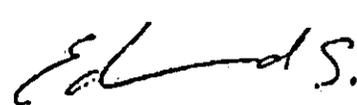
Doctor
GREGORIO ELJACH PACHECO
Secretario General
Senado de la República
E. S. D.

Asunto: Radicación proyecto de ley *“Por medio de la cual se prohíben las cláusulas y contratos de exclusividad en las relaciones contractuales comerciales de pauta publicitaria privada y gubernamental en el sector de los medios de comunicación”*

Estimado secretario Eljach:

En nuestra calidad de Congresistas de la República y en uso de las atribuciones que nos han sido conferidas constitucional y legalmente, nos permitimos respetuosamente radicar el proyecto de ley de la referencia y, en consecuencia, le solicitamos se sirva dar inicio al respectivo trámite legislativo.

Atentamente

 ROBERT DAZA GUEVARA Senador de la República Polo Democrático-Pacto Histórico	 Carlos Alberto Benavides Mora Senador de la República Pacto Histórico
 JULIO ALBERTO ELÍAS VIDAL Senador de la República	 EDUARD SARMIENTO HIDALGO Representante a la Cámara por Cundinamarca Polo Democrático – Pacto Histórico



PROYECTO DE LEY N° 3 DE 2023

“Por medio de la cual se prohíben las cláusulas de exclusividad en las relaciones contractuales comerciales de pauta publicitaria privada y gubernamental en el sector de los medios de comunicación”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DECRETA

Artículo 1. Objeto. La presente ley tiene por objeto restringir las prácticas anticompetitivas o restrictivas de la competencia que provocan las cláusulas de exclusividad en los contratos de pauta publicitaria en el sector de la televisión abierta, así como garantizar la democratización del mercado y el justo acceso a los mecanismos de financiación en el marco del pluralismo informativo.

Artículo 2. Prohibición de las cláusulas de exclusividad en contratos de pauta publicitaria. Se prohíbe el desarrollo de cláusulas de exclusividad en las relaciones contractuales comerciales que tengan como objeto acordar pauta publicitaria privada y gubernamental en el sector de la televisión abierta.

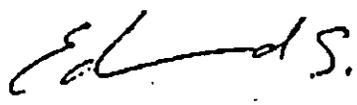
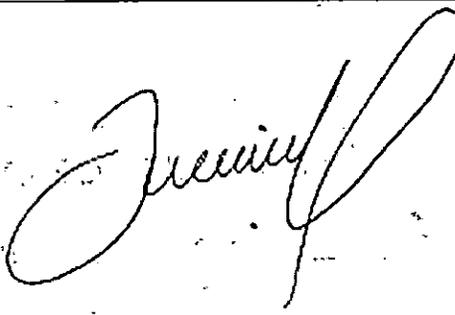
Parágrafo primero. Se entienden como cláusulas de exclusividad sobre contratos de pauta publicitaria en el servicio de medios de comunicación como aquellos pactos que se desarrollan de forma complementaria sobre un contrato principal de pauta publicitaria, entre un agente comercial y un medio de comunicación, y que tienen como objeto, o como potencial resultado, impedir o restringir a las partes para que desarrollen contratos de la misma naturaleza con un oferente diferente de con quien se suscribió el contrato inicial.

Artículo 3. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.



Firman los siguientes

Congresistas:

 ROBERT DAZA GUEVARA Senador de la República Polo Democrático-Pacto Histórico	 Carlos Alberto Benavides Mora Senador de la República Pacto Histórico
 EDUARD SARMIENTO HIDALGO Representante a la Cámara por Cundinamarca Polo Democrático – Pacto Histórico	 JULIO ALBERTO ELÍAS VIDAL Senador de la República

JUSTIFICACIÓN

Los medios de comunicación hacen parte del sistema democrático colombiano, siendo estos uno de los actores que juegan un papel fundamental en la administración de la información que reciben por parte de unos actores, y al mismo tiempo son ese agente que comparte y difunde dicha información con los actores receptores.

Edificio Nuevo Congreso Cra. 7 #8-62, Bogotá. Oficina 103

 Robert Daza  @RobertDaza_  @RobertDazaG  robert.guevara@senado.gov.co

AQUÍ VIVE LA DEMOCRACIA

SECRETARÍA GENERAL

Secretaría General (Art. 139 y ss Ley 5ª de 1.992)

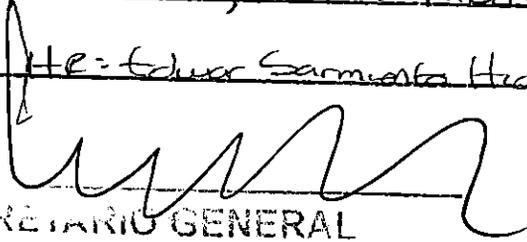
El día 02 del mes Agosto del año 2023

se radicó en este despacho el proyecto de ley
Nº. AS Acto Legislativo Nº. _____, con todos y

cada uno de los requisitos constitucionales y legales

por: Hs: Robert Daza Guevara, Carlos Alberto Becaudes

Julio Elias Vidal, Hector Sarmiento Hidalgo


SECRETARIO GENERAL



Sin embargo, a medida que se ha ido desarrollando el sistema y la sociedad colombiana, han ido surgiendo y también desapareciendo diferentes medios de comunicación, esto producto de diferentes factores, siendo uno de ellos la falta de financiamiento tanto por actores privados como públicos. Este hecho ha ocasionado que los medios de comunicación hegemónicos, que cuentan con mayores posibilidades de sostenibilidad financiera, sean los actores que tienen mayor capacidad para cooptar las pautas publicitarias.

La situación mencionada refleja una realidad que se vive hoy en día en el país, en la cual se evidencia una condición de desigualdad entre los medios tradicionales que han recibido pautas publicitarias con cuantías monetarias significativas, y aquellos medios de comunicación alternativos que no logran adquirir esos contratos de publicidad, en ocasiones consecuencia de las cláusulas de exclusividad.

Por este motivo, el Estado colombiano, bajo la premisa de ser un Estado Social de Derecho, debe entrar a garantizar no solo los aspectos sociales de la persona individual, sino que también debe ejercer acciones para proteger el factor social en el espectro comunitario, y, de esta forma, propender por la garantía de la igualdad material (Santofimio, 2008), permitiendo que tenga lugar una readecuación del sistema, en el cual existan diferentes medios de comunicación brindando información y así darle opciones a la ciudadanía de escoger la información y el medio de comunicación que más se adecue a sus intereses.

Sumado a lo anterior, en un sistema político democrático los medios de comunicación y la libertad de prensa y de expresión son elementos claves que deben ser garantizados. Por un lado, se requiere garantizar un contexto propicio para el surgimiento y el mantenimiento en el tiempo de diferentes medios de comunicación de distintos sectores sociales, económicos y políticos; y por el otro lado, se debe propender por la protección de la libertad de mercado de los diferentes actores.

Con la promulgación de la Constitución Política (CP) en 1991 el panorama de los derechos y deberes en Colombia fue ampliado, y con esta ampliación una mayor cobertura y protección de los actores individuales y sociales. Dicho esto, el artículo 20 de la CP establece que "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.". Sumado a esto, la Corte Constitucional expresó en 2001 en su sentencia C-1172 de 2001, que el derecho fundamental a la libre expresión se encuentra relacionado con el derecho fundamental a la información, el cual fue definido por la corporación como "aquél derecho fundamental que tiene toda persona a ser informada y a informarse de la verdad, para juzgar por sí misma sobre la realidad con conocimiento suficiente", lo que evidencia una clara necesidad de gestión de medidas que permitan la garantía de estos derechos.



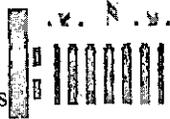
Razón por la cual, todo individuo en el territorio colombiano tiene el derecho de manifestar ideas, opiniones y pensamientos, pero además información veraz que aporte a la sociedad, valiéndose de mecanismos difusivos como la fundación y administración de medios de comunicación. Este precepto constitucional requiere de mecanismos sostenibles de financiación, siendo que los medios de comunicación deben tener una base económica para poder desarrollar sus fines mediáticos. Como bien se ha señalado, la pauta publicitaria es un medio idóneo comercial que permite a los medios de comunicación financiar sus actividades promocionando bienes, servicios y productos comerciales. En ese sentido, limitar el acceso a dicho mecanismo de financiación, afecta de forma conexas derechos fundamentales, como la libertad de expresión y prensa al obstaculizar la forma de financiación de quienes promueven este derecho.

Por otra parte, el artículo 333 de la Constitución Política manifiesta que "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia 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." Por este motivo, desde el Estado se debe propender por la garantía a la libre competencia, impidiendo que se restrinja la libertad económica y limitar el abuso por parte de los actores dominantes en un sector de mercado. Por lo cual, desde esta perspectiva

limitar por medio de cláusulas de exclusividad los mecanismos con los que se financian los medios de comunicación, atenta a su vez la libertad económica de estos actores.

Además, la Corte Constitucional en la sentencia C-815 de 2021, definió a la libre competencia económica como "(...) un derecho individual y a la vez colectivo, cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades."; entonces, este ejercicio irregular o arbitrario puede verse materializado en las cláusulas de exclusividad que impiden competir a otros actores en medio de esta dinámica de mercado, imposibilitando la subsistencia de otros medios de comunicación diferentes a los tradicionales.

Por último, el Estado "(...) debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de



monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado.” (Corte Constitucional, 2001). Por esto debe promoverse la intervención del Estado en la limitación de las cláusulas de exclusividad, evitando las distorsiones que estas pueden ocasionar en el sistema, siendo que el resultado de ello está coartando la libertad de mercado en sentido de pluralidad de oferentes.

Ahora, en el ámbito legal, se encuentra la ley 256 de 1996, más conocida como la ley de competencia desleal. Esta norma en su artículo 19 regula los pactos desleales de exclusividad expresando que “se considera desleal pactar en los contratos de suministro cláusulas de exclusividad, cuando dichas cláusulas tengan por objeto o como efecto, restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios, excepto las industrias licoreras mientras éstas sean de propiedad de los entes territoriales.”. Así las cosas, desde 1996 el Estado colombiano entró a regular estos acuerdos que propician el surgimiento y

mantenimiento de una condición monopólica, sin embargo, se considera necesario una mención legal más específica y clara que haga referencia en el sector de los medios de comunicación.

Cabe mencionar que no solamente existe en esta materia el artículo 19 de la ley 256 de 1996, la Corte Constitucional en 1997 en su sentencia C-535 manifestó que este artículo no es aplicable a todas las esferas económico-privadas, sino únicamente a “(...) las cláusulas que tengan por objeto o como efecto “restringir el acceso de los competidores al mercado, o monopolizar la distribución de productos o servicios”. Es decir, siempre y cuando haya una restricción al acceso o una condición de monopolio el artículo aplica, situación semejante a la que ocurre en el sector de la comunicación de información. Y aunque en esta sentencia se declaró exequible el artículo 19 de la mencionada ley, se considera relevante que se regule directa y exclusivamente las cláusulas, acuerdos y/o contratos de exclusividad en el sector en cuestión.

En relación con el artículo 19 de la ley 256 de 1996, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) en la sentencia N° 4407 declaró que las cláusulas de exclusividad consignadas en los contratos de patrocinio firmados entre Bavaria & Cia S.C.A. y puntos de venta estratégicos en diferentes ciudades sí incurrieron en el acto de competencia desleal denominado pactos desleales de exclusividad. La decisión de la SIC se fundamentó en que dichas cláusulas sí limitaron la competencia de mercado en este sector, por un lado, porque Bavaria & Ca S.C.A. “1. Ha ostentado y ostenta un importante poder de mercado en el que incluso ha tenido posición de dominio reconocida por la Superintendencia de Industria y Comercio, 2. Nos encontramos frente a un mercado en el que Bavaria vende casi la totalidad de los hectolitros de cerveza del mercado y en el que el segundo participante tiene





un porcentaje que se

3. Bavaria, aun teniendo el aludido poder mercado, ha suscrito cláusulas de exclusividad con propietarios de establecimientos que representan importantes niveles de ventas del total de la industria. (...) 4. Las exclusividades, en la mayoría del tiempo, han ido en crecimiento en términos porcentuales; 5. Bavaria ha mostrado tener la capacidad suficiente de aumentar sustancialmente las exclusividades; y 6. Además de la capacidad tiene la disposición de llegar hasta un 20% de exclusividades.” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2021).

Previamente se ha hecho mención sobre el monopolio o condición monopólica, razón por la cual se hace relevante exponer este concepto desde una perspectiva interpretativa elaborada por la rama judicial colombiana, más específicamente la Corte Constitucional. En la sentencia C-316 de 2003 se

establece que “desde el punto de vista económico un monopolio se caracteriza por la condición de exclusividad o clara ventaja o preponderancia que ostenta una persona, pública o privada, para realizar una actividad determinada y controlar el mercado.”, dicho esto, no tiene que existir la condición de individuo único ofreciendo y ofertando un bien o servicio, sino que por el contrario, una clara ventaja o preponderancia también se cataloga dentro de la categoría de monopolio. Por este motivo, una cláusula de exclusividad desleal en el sector de los medios de comunicación es una herramienta que puede propiciar la aparición de una condición monopólica en este sector, y bajo el amparo del artículo 333 de la Constitución Política, se encuentra la relevancia de este proyecto de ley.

Por último, teniendo en cuenta que los medios de comunicación cumplen con una función administrativa del derecho fundamentación a la información y la comunicación, y reconociendo su necesidad financiera para su creación y/o sostenimiento en el tiempo, en especial de aquellos medios de comunicación diferentes a los tradicionales y hegemónicos, se considera relevante la presentación, debate y trámite del presente proyecto de ley, para de esta forma democratizar la información, e igualar materialmente el contexto para que todos los actores del sector de los medios de comunicación puedan surgir y persistir en el tiempo, permitiendo la continuación y fortalecimiento de la democracia en Colombia.

1. Impacto fiscal:

El presente proyecto de ley, al no ordenar gasto, no comprende un impacto fiscal y por lo tanto no requiere cumplir con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, ni se encuentra condicionado al aval del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Es de resaltar que el artículo 7 de la Ley 819 de 2003, establece:



Artículo 7.



Análisis fiscal de las normas. En proyecto de ley, ordenanza o

todo momento, el impacto fiscal de cualquier acuerdo que ordene gasto o que otorgue plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia

de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberán contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces."

En este orden de ideas se tiene que el presente proyecto de ley no vulnera la Constitución ni la Ley, en cuanto su intención no es conminar u ordenar de manera imperativa un gasto. No obstante, se recomienda solicitar concepto respecto del mismo al Ministerio de Hacienda y Crédito Público durante el correspondiente trámite de la iniciativa.

2. Conflicto de interés:

Según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 2003 de 2019 que modificó el artículo 291 de la Ley 5 de 1992 "el autor del proyecto y el ponente presentarán en el cuerpo de la exposición de motivos un acápite que describa las circunstancias o eventos que podrían generar un conflicto de interés para la discusión y votación del proyecto, de acuerdo con el artículo 286. Estos serán criterios guías para que los otros congresistas tomen una decisión en torno a si se encuentran en una causal de impedimento, no obstante, otras causales que el congresista pueda encontrar".

Por lo cual, en cumplimiento de lo dispuesto en el marco normativo citado, me permito señalar que en el trámite de este proyecto podrán presentarse conflictos de interés moral por parte de aquellos congresistas que por razones de conciencia no quieran participar en la discusión y votación del presente proyecto. De igual forma, podrían

SENADO DE LA REPUBLICA

Secretaría General (Art. 139 y ss Ley 5ª de 1.992)

El día 02 del mes Agosto del año 2023

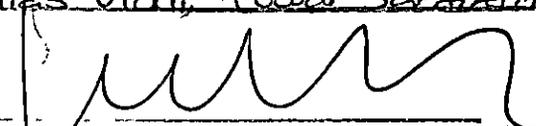
se radicó en este despacho el proyecto de ley

Nº. 75 Acto Legislativo Nº. _____, con todos y

cada uno de los requisitos constitucionales y legales:

por: ~~HS: Robert Daza Cuervo, Carlos Alberto Benavides~~ /

~~Julio Alberto Elías Urich, Edward Sacramento Hidalgo (CHR)~~


SECRETARIO GENERAL



incurrir en conflicto de interés los congresistas, cónyuge, compañero o compañera permanente, o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil que puedan obtener beneficios directos o actuales del presente proyecto.

Referencias:

Santofimio, 2008. Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo colombiano. A&C Revista de Derecho Administrativo e Constitucional (11). Pp. 208-253.

<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=98210>

Congreso de la República. 1991. Constitución Política de Colombia. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html#16

Corte Constitucional. 2001. Sentencia C-815. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-815_2001.html#C-815-2001

Corte Constitucional. 2001. Sentencia C-1172. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/c-1172_2001.html#C-1172-2001

Corte Constitucional. 1997. Sentencia C-535. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-535-97.htm>

Superintendencia de Industria y Comercio. 2021. Sentencia 4407. <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/boletin-juridico/SENTENCIA%20No.%204407%20de%202021.pdf>

Corte Constitucional. 2003. Sentencia C-316. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-316-03.htm>