



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO **040934** DE 2007
(**30 NOV. 2007**)

Radicación: 98075313

Por la cual se resuelven unos recursos

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO
en ejercicio de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

PRIMERO.- Que mediante escritos radicados en esta Superintendencia los doctores Martín Bermúdez Muñoz, apoderado especial de ORBITEL S.A. E.S.P., Gustavo Gálvis Hernández en su condición de representante legal de ANDESCO, José Orlando Montealegre Escobar apoderado especial de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., y la Doctora Mónica Murcia Páez, apoderada especial de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., interpusieron dentro del término legal recurso de reposición contra la Resolución 23881 del 31 de julio de 2007 *"por medio de la cual el Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc decide acerca de la terminación de la etapa de verificación de cumplimiento de garantías dentro de la investigación que, por prácticas comerciales restrictivas, fue adelantada con radicación 98075313 contra las sociedades TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (antes CELUMOVIL y luego BELLSOUTH,) y COMCEL S.A. (absorbente de OCCEL y CELCARIBE)"*.

SEGUNDO.-- Que el apoderado de ORBITEL S.A. E.S.P., mediante escrito radicado en esta Superintendencia con el número 98-075313-00649-0054 efectúa las siguientes peticiones:

- A. La revocatoria del artículo primero de la Resolución 23881 de 2007, en el cual se ordena declarar la caducidad de la facultad sancionatoria *"respecto de la conducta establecida en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992"* por parte de las dos sociedades investigadas, TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COMCEL S.A.
- B. La adición del artículo tercero de la Resolución con el objeto de que la Superintendencia disponga expresamente la reanudación de la investigación que tendrá por objeto la imposición de las sanciones previstas en el Decreto 2153 de 1992, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente Decreto, por las cuales se dispuso abrir la investigación en la Resolución No 8307 del 30 de abril de 1999.

Por la cual se resuelven unos recursos

Como respaldo a la primera petición, es decir, a la solicitud de revocatoria de la decisión de declaratoria de la caducidad de la facultad sancionatoria, el recurrente expresa los siguientes motivos de inconformidad:

1. La conducta contenida en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se refiere a la celebración de acuerdos que tengan por *"objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios"*.
2. La citada disposición cuando prohíbe los acuerdos que tengan como efecto la fijación de precios lo hace para incluir dentro de la prohibición todos los eventos de conductas paralelas de los participantes en el mercado que tengan como consecuencia la fijación de precios. Así, el diccionario de la Real Academia de la Lengua, define el vocablo *efecto* como *"aquello que sigue por virtud de una causa"*, es decir, el resultado que se origina a partir de hecho o una situación.
3. Cuando la investigación trata de acuerdos que tengan como efecto la fijación de precios *"no es necesario demostrar que los participantes celebraron determinado acuerdo, sino que es suficiente acreditar que ejecutaron una conducta paralela que tiene como efecto actual o futuro la fijación de precios contrarios a la libre competencia"*.
4. En la investigación se encuentra acreditada la realización del acuerdo de precios en el año 2003, al haber fijado los OTMC las tarifas para las comunicaciones fijo-móvil en \$950 y \$967, tal como lo establece la resolución recurrida; Adicionalmente, está demostrado que el efecto de dicho acuerdo se produjo hasta finales del año 2005, dado que durante los años 2003, 2004 y 2005, COMCEL y TELEFÓNICA no modificaron las tarifas registradas, es decir, no modificaron su acuerdo de precios el cual continuó produciendo efectos.
5. Por lo anterior, es equivocado contar el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración desde el momento en que pudo producirse un *acuerdo de voluntades* para fijar precios, como también lo es, concluir que por el hecho de que el último acuerdo de fijación de precios tuvo lugar en el año 2003, el término de caducidad respecto de dicha conducta venció tres años después. Así, cuando la norma prohíbe acuerdos que tengan como efecto la fijación de precios se está frente a una conducta continuada y por ende, la caducidad sólo puede contabilizarse a partir del momento en que cesó el efecto, pues esa es la conducta prohibida.

Así, dice el apoderado de ORBITEL, que en consideración al carácter continuado de la conducta se *"explica que, respecto de ella tenga cabida la terminación del proceso cuando el investigado ofrezca suspender la conducta investigada."* Por lo anterior, *"no puede olvidarse... que cuando COMCEL solicitó la terminación de la investigación, explicó la diferencia entre las "conductas terminadas" y las "conductas de ejecución continuada", con el objeto de precisar que éstas últimas "son las que perduran en el tiempo, razón por la cual los investigados las pueden suspender o modificar" Tales explicaciones resultan totalmente pertinentes para determinar la forma como debe contabilizarse el término de caducidad."*

Por la cual se resuelven unos recursos

6. Respecto a este tipo de conductas la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la caducidad de la facultad sancionatoria sólo empieza a correr desde la terminación de la conducta constitutiva de la infracción:

"En cuanto al punto de la caducidad de la acción sancionatoria, es menester poner de presente que la conducta aludida constituye una falta continuada, en la cual se está incurriendo hasta tanto cese el uso fraudulento del servicio, de allí que el término de caducidad deba contarse desde cuando cesa la conducta.

"En estas circunstancias, además de una apreciación infundada de los hechos, se dio una inadecuada aplicación del artículo 38 del CCA. por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al revocar la decisión sancionatoria, de donde la Resolución acusada se encuentra afectada por la causal de nulidad que le endilga el a quo en el fallo apelado, toda vez que se tipifica la falta administrativa descrita y la acción sancionatoria correspondiente no había caducado, por el motivo que acertadamente se señala en el fallo, razón por la cual el mismo deberá ser confirmado, como en efecto se hará en la parte resolutive de esta providencia."

"La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto se trató de una conducta permanente o continuada, de suerte que los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C. C. A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado"

Concluye el apoderado de ORBITEL en los siguientes términos:

"La Superintendencia debe tener en cuenta que la resolución mediante la cual se termina la investigación por aceptación de garantías, supone que el Estado, representado en este caso por la S.I.C, decide abstenerse de ejercer sus competencias en la investigación de determinadas conductas porque acepta el ofrecimiento de suspensión que hace el investigado. Y mientras la S.I.C. en una Resolución en firme ha decidido abstenerse de investigar una conducta, de ninguna manera puede considerarse que corra el término de caducidad para sancionarla si ella efectivamente ha continuado ocurriendo.

"Este es un aspecto de vital importancia para que sea apreciado por la Superintendencia, pues considerar que mientras está vigente un acto de clausura de la investigación como consecuencia del cual la SIC tiene suspendida la posibilidad de investigar si quienes otorgaron garantías están o no incurriendo en determinada conducta, corre el término de caducidad, conlleva en realidad a un contrasentido.

"Un término de caducidad que frente a la SIC, significa que ella no puede sancionar sino dentro de un lapso determinado, no puede correr si durante dicho lapso están suspendidas sus facultades de investigación como consecuencia de la vigencia del acto de clausura o terminación por ofrecimiento de garantías. Considerar que mientras produce efecto una

Por la cual se resuelven unos recursos

Resolución de clausura de una investigación, corre el término de caducidad respecto de las conductas anticompetitivas en que incurra el investigado, conduciría al efecto perverso de estimar que dicha Resolución se convierta en una patente de corzo para que los participantes en el mercado atenten contra la competencia, sin que la SIC pueda sancionar."

Respecto de la segunda petición, es decir, la de adicionar la resolución recurrida en el sentido de reanudar la investigación que tendría como objeto la imposición de las sanciones establecidas en el Decreto 2153 de 1992, el apoderado de ORBITEL SA: E.S.P. expresa los siguientes motivos:

"a.- La sanción impuesta a las sociedades investigadas tiene como causa el incumplimiento del ofrecimiento que éstas hicieron de suspender la conducta con base en el cual se decretó la terminación de la investigación.

"Por esta razón la Superintendencia advierte que al estar vencidas las pólizas y ser imposible exigirle al garante el pago de su valor, la sanción se impone directamente a las empresas investigadas.

"b.- En el numeral tercero de la resolución recurrida, se ordena el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución por la cual se ordenó la clausura de la investigación por aceptación del ofrecimiento de garantías.

"c.- Al quedar sin fuerza ejecutoria el acto que dispone la clausura de la investigación, forzosamente ella debe reanudarse para determinar si deben ser impuestas las sanciones previstas en el Decreto 2153 de 1992, por las imputaciones hechas en la Resolución No 8307 del 30 de abril de 1999".

TERCERO.- Que mediante escrito radicado ante esta Superintendencia con el número 98-075313-00651-0054 el representante legal de ANDESCO, expresó las peticiones que a continuación se sintetizan.

- A. La revocatoria del artículo primero de la citada Resolución, en cuanto dispone - declarar la caducidad de la facultad sancionatoria "respecto de la conducta establecida en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992" por parte de TELEFONICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COMCEL S.A.
- B. La adición de la Resolución con el objeto de que la Superintendencia disponga expresamente la reanudación de la investigación que tendrá por objeto la imposición de las sanciones previstas en el Decreto 2153 de 1998, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente Decreto, por las cuales se dispuso abrir la investigación en la Resolución No 8307 del 30 de abril de 1999.

Respecto de la petición de revocatoria de la declaratoria de caducidad ordenada en el artículo primero de la resolución recurrida, invoca como fundamentos, los siguientes:

1. La conducta respecto de la cual se declaró la caducidad de la facultad sancionatoria, es la celebración de acuerdos que tengan por "objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios".

Por la cual se resuelven unos recursos

2. En la Resolución 23881 se acreditó que las sociedades investigadas realizaron un acuerdo de precios respecto de las tarifas fijo móvil, indicándose que *"los últimos actos de fijación de precios se ejecutaron por parte de las empresas investigadas en el año 2003"*, lo que condujo a la Superintendencia de Industria y Comercio a estimar que si entre el año 2003 y el año 2007 transcurrieron más de tres años operó la caducidad de la facultad sancionatoria prevista por el artículo 38 del CCA.
3. La decisión desconoce la prohibición legal contenida en el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que proscribe la realización de acuerdos que tengan no sólo *por objeto* sino *como efecto* la fijación de precios, razón por la cual, para efectos de contabilizar el término de caducidad del artículo 38 del C.C.A. se debe tener en cuenta no sólo el momento en el cual se realiza el *acuerdo de voluntades* tendiente a fijar los precios, sino el momento hasta el cual dicho acuerdo produce sus efectos.

En vista de lo anterior, considera el representante legal de ANDESCO que a pesar de que el acuerdo de fijación de precios tuvo lugar en el año 2003, el mismo surtió efectos hasta después de que la CRT interviniera el régimen vigilado de las tarifas fijo-móvil a través de la Resolución 1296 de 13 de septiembre de 2005. En otras palabras, que hasta antes de la entrada en vigencia de dicha Resolución los acuerdos realizados en el año 2003 surtieron plenos efectos y como consecuencia de ello la conducta *investigada* no cesó sus efectos en el año 2003 sino hasta después del año 2005.

4. No se produjo la caducidad de la facultad sancionatoria en la forma como lo dispuso el artículo primero de la resolución recurrida.

Respecto de la segunda petición relacionada con la reanudación de la investigación, el representante legal de ANDESCO aduce lo siguiente:

1. El 12 de noviembre de 2003 ANDESCO solicitó hacer efectiva las pólizas constituidas por los operadores de TMC y reanudar la investigación por el incumplimiento de los compromisos adquiridos.
2. En la resolución recurrida la Superintendencia de Industria y Comercio verificó que los operadores de telefonía móvil incumplieron los compromisos derivados del ofrecimiento de garantías y bajo dicha base, sumada a constatar que las pólizas estaban vencidas, decretó la terminación de la investigación y resolvió imponer la sanción por incumplimiento directamente a las investigadas.
3. Adicionalmente se ordenó el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución por la cual se clausuró la investigación por aceptación de las garantías ofrecidas, ante lo cual la Superintendencia *"debía proceder a disponer la reapertura de la investigación con el fin de determinar si deben ser impuestas las sanciones previstas en el Decreto 2153 de 1992, por las imputaciones hechas en la Resolución No. 8307 del 30 de abril de 1999."* Así, *"como consecuencia lógica del decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías y de la constatación de que las investigadas incumplieron los compromisos adquiridos ante la Superintendencia de suspender las conductas por las cuales estaban siendo investigadas."*

Por la cual se resuelven unos recursos

4. En la Resolución recurrida no se decidió la petición de reapertura de la investigación, por lo cual se solicita la adición de la misma para obtener un pronunciamiento sobre el particular.

CUARTO.- Que mediante escrito radicado ante la Superintendencia de Industria y Comercio con el número 98-075313-00654-0054 el apoderado de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., en adelante COMCEL, expresó las consideraciones que a continuación se sintetizan como fundamento del recurso.

Solicita que de la resolución recurrida se revoquen los artículos segundo, tercero, cuarto y quinto en cuanto son violatorios de los artículos 6, 29, 121 y 122 de la Constitución Política.

Respecto de la violación del artículo 29 superior considera que con la Resolución objeto del recurso se vulneró el derecho fundamental al debido proceso y los principios de legalidad y de tipicidad del derecho administrativo sancionador, por cuanto hubo un exceso en las facultades que le fueron otorgadas al Superintendente de Industria y Comercio ad-hoc, violando adicionalmente el Decreto 2153 de 1992 y el Decreto 4526 de 2006.

Sobre el particular manifiesta el apoderado de COMCEL S.A. que el Decreto 4526 de 2006 designó como Superintendente de Industria y Comercio *ad hoc* al Superintendente de Sociedades, o a quien haga sus veces, para decidir: *"...sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías, dentro de la investigación que por prácticas comerciales restrictivas se adelantó..."* y *"...para resolver los conflictos que ya se han presentado en el pasado, las peticiones que están en curso y las solicitudes vinculadas con el expediente 98075313 que llegaren a ser presentadas en el futuro"*

Así, considera que resolver las peticiones de ANDESCO y ORBITEL en el sentido de solicitar al Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc hacer efectivas las pólizas constituidas por cada uno de los OTMC y reanudar la investigación que por prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia, escapa a las facultades entregadas por el Presidente de la República en el Decreto 4526 de 2006. En efecto, para el apoderado de COMCEL S.A., el Superintendente Ad-hoc, conforme a las referidas peticiones y al mencionado Decreto, solamente tenía específicas atribuciones para hacer efectivas las pólizas constituidas y para reabrir la aludida investigación. Concluye el apoderado que no obstante lo anterior el Superintendente decidió sancionar a su representada, sanción que no está prevista en la ley, y hace que el mencionado funcionario esté actuando por fuera de todo procedimiento y posibilidad de defensa, sin reabrir la investigación, ni formular cargos señalando las normas presuntamente infringidas, sin dar la oportunidad de aportar pruebas y de solicitarlas.

En síntesis, frente a este cargo, dice el apoderado que no se le dio la oportunidad de participar activamente en la investigación, como lo prevén los tratados internacionales, la Constitución Política y las normas de cualquier rango, vulnerando de esa forma las normas constitucionales señaladas y el propio decreto que lo facultó para actuar como Superintendente de Industria y Comercio ad hoc.

En cuanto se refiere a la violación al debido proceso, por inaplicación plena del Decreto 2153 de 1992, el recurrente afirma que se vulneró el artículo 52 del mencionado Decreto, el cual establece el procedimiento que debe surtirse previamente a la adopción de

Por la cual se resuelven unos recursos

cualquier decisión sancionatoria. Agrega que la Superintendencia de Industria y Comercio en la aplicación de la figura del ofrecimiento de garantías y su aceptación, cuando se enfrenta a un incumplimiento de las mismas, ordena hacer efectivas las garantías vigentes o reabrir la investigación, pero que en todos los casos ha dado aplicación al debido proceso al formular los cargos, solicitar explicaciones y permitir el ejercicio de derecho de contradicción.

De la misma manera sostiene el apoderado de COMCEL S.A. que con la Resolución 023881 de 2007 se vulnero el numeral 15 del artículo 4º del Decreto 2153 de 1992, que al señalar las funciones del Superintendente de Industria y Comercio, dispone ". *Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente Decreto*".

Argumenta que este artículo no sólo se desconoció por violación al debido proceso sino porque se impuso una multa por encima del límite establecido en la norma. A su entender, el equivalente a 2000 SMLV corresponde a 866 millones de pesos, mientras que en la Resolución recurrida se impuso la suma de \$1.716.000.000 millones de pesos, con la justificación de la imposibilidad de hacer efectivo el colateral, para dar paso a la imposición de la sanción principal que fuera objeto de garantía, es decir, el monto de la multa que por \$572 millones fue garantizado con la respectiva póliza.

Replica que en virtud del acto recurrido se convierte el vencimiento de la vigencia de las pólizas de seguro en circunstancia habilitante para imponer una sanción sin juicio previo, desconociendo los principios de legalidad y de tipicidad del derecho administrativo sancionador, pues es el legislador quien tiene la facultad de describir las infracciones y las respectivas sanciones y el numeral 15 del artículo 4 y el artículo 52, ambos del Decreto 2153 de 1992, no autorizan al Superintendente a imponer sanciones en defecto o sustitución de pólizas y por fuera de una investigación donde no se surta el procedimiento establecido en la ley.

Igualmente sostiene que:

"...resulta obvio que la Superintendencia de Industria y Comercio, en la Resolución No. 19444 de 2001 hubiese establecido la vigencia del colateral en función de la vigencia de la garantía principal, pues sería absurdo pensar, como ahora lo pretende el funcionario ad hoc, que mientras las pólizas de seguro se establecieron con vigencia hasta el 2003, ellas garantizaran obligaciones de carácter indefinido. En sana lógica, la vigencia del colateral está establecida en función de la vigencia de la obligación principal, porque de lo contrario, para qué el colateral. Si lo procedente una vez se venza el colateral es entrar a multar directamente, sin fórmula de juicio, como lo hizo en este caso el funcionario ad hoc, se llegaría al absurdo de pensar que las pólizas que obran como colateral son una exigencia inútil que entraba el procedimiento, ya que una vez vencido es mejor entrar a determinar directamente responsabilidades, sin necesidad de surtir ningún procedimiento, en obligaciones que son irredimibles. Esta, por supuesto, no puede ser la interpretación racional de esta exigencia".

Por la cual se resuelven unos recursos

Respecto del valor de la multa en cuantía de \$ 1.716.000.000 millones de pesos que en el sentir del recurrente sobrepasa el límite máximo legal, considera que adicionalmente se vulneró el artículo 172 del Código de Comercio que sirvió de fundamento para tasarla.

Afirma que la citada norma radica en cabeza de la sociedad absorbente los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas, pero refiriéndose a aquellas que existan al momento de formalizarse el acuerdo de fusión. En el caso concreto, continua el apoderado, COMCEL absorbió a OCCEL y a CELCARIBE en el año 2004, época en la cual se habían extinguido las garantías exigidas por la Resolución 19444 de 2001 por vencimiento del plazo establecido, sin que se les hubiera determinado responsabilidad, de tal forma que al momento de la fusión, COMCEL no asumió obligación alguna.

De otra parte, indica el apoderado de COMCEL que con el proceder del Superintendente de Industria y Comercio ad-hoc se violaron los artículos 29 y 83 de la Constitución Política y los artículos 174, 175, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto no hizo una valoración apropiada ni un análisis de las razones económicas que explican el funcionamiento de un mercado como el de la telefonía móvil en Colombia, al considerar que la similitud que se presentó en la tarifa fijo móvil constituyó un acuerdo discriminatorio, contrario al numeral 2 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Sobre el particular, señala que dicha omisión hizo tener a la Superintendencia ad-hoc como prueba cierta de un acuerdo de precios un supuesto indicio que de haberlo sido no fue debidamente apreciado. Adicionalmente, asegura que el ad-hoc sólo se limitó a avalar consideraciones realizadas por la CRT, la cual reguló la tarifa fijo-móvil a partir de estudios sobre experiencias de otros países mas no de costos de los operadores nacionales, con lo cual el presunto acuerdo discriminatorio no se probó debidamente. Concluye diciendo que, en el caso que nos ocupa, el *Ad-hoc* derivó de la simple similitud de tarifas un acuerdo discriminatorio, sin existir prueba alguna de la respectiva concertación, presentándose aplicación indebida de los artículos 44, 45, y 47 numeral 2 del Decreto 2153 de 1992.

Afirma el apoderado que con la indebida valoración probatoria se vulneró el debido proceso y se rompió la presunción de inocencia.

Seguidamente el citado apoderado argumenta la violación de los artículos 174, 175, 248 y 250 del Código de Procedimiento Civil. Parte de que el Superintendente Ad-hoc para establecer el acuerdo discriminatorio utilizó como medio de prueba el indicio, cita apartes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia sobre el concepto, valoración y requisitos de procedencia de ese medio de prueba, para concluir que en el presente caso no se cumplieron.

Para el apoderado no se hizo un análisis del mercado relevante, ni de las variables del mercado fijo móvil sino que el Ad-hoc se limitó a decir que existió un acuerdo discriminatorio, sin prueba cierta para ello. Considera que el compromiso adquirido por su representada nada tuvo que ver con el nivel de las tarifas sino con la fijación unilateral de las mismas, de no participar en acuerdos discriminatorios y en dar trato igual a usuarios que sean iguales y que por razones de uniformidad del mercado se pueden presentar similitudes en las correspondientes tarifas.

Argumenta que si la premisa mayor que pretende demostrar el acuerdo discriminatorio descansó en que la tarifa fijada por los operadores de la RTMC por el uso del servicio móvil-fijo bajó en promedio de \$400 a \$200, todo el razonamiento realizado es equivocado

Por la cual se resuelven unos recursos

y acompaña como prueba una certificación de COMCEL S.A. que muestra las tarifas promedio del servicio de telefonía móvil de los años 2002 al 2005, sin que en ninguno de ellos las tarifas promedio alcancen los niveles de que parte el Superintendente Ad-hoc, lo que le permite afirmar que el presunto acuerdo fue inexistente y que se obró sobre bases contrarias a la realidad.

Sostiene que se vulneró por aplicación indebida el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo al no estar probado que haya participado su representada en un acuerdo discriminatorio de tarifas con BELLSOUTH y que con la certificación que acompaña se demuestra que las tarifas que tomó el Superintendente Ad-hoc no son ciertas y por lo tanto cumplió con los compromisos adquiridos, lo que trae como consecuencia que el presupuesto para que tenga lugar la pérdida de fuerza ejecutoria no existe.

Finalmente manifiesta que se vulneró por interpretación indebida el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo, pues los hechos que dieron lugar a la apertura de la investigación se realizaron entre el 15 de enero de 1997 y el primero de enero de 1998, transcurriendo más de los tres años que prevé la citada norma.

Señala que en la resolución recurrida se expresó como argumento para la interpretación del artículo 38 ibíd. que las empresas

"...en los meses de agosto y septiembre de 2003 continuaron fijando tarifas, y que los efectos de esa práctica solamente cesaron con la expedición de la Resolución 1296 del 13 de septiembre de 2005 de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones... este acto regulatorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 del Código Contenciosos Administrativo constituye el punto de partida para contar el término de caducidad de la facultad sancionatoria".

Aduce que no existe prueba alguna de las tarifas cobradas por los operadores en el año 2005, sólo la afirmación de que hasta ese año continuaron los efectos de una presunta fijación de tarifas, sin decir cuáles eran unas y otras, si eran o no similares, la razón de ser discriminatorias y sin la prueba de existencia del acuerdo. Argumenta que las tarifas del 2005 estaban por fuera de la vigencia de las garantías cuya existencia expiró en el 2003, lo que se refuerza con la petición de ORBITEL S.A. y ANDESCO de abrir una investigación diferente por el periodo 2005, accediendo a ello la Superintendencia y de lo cual pide como prueba se solicite a la SIC las certificaciones del caso.

Adicionalmente afirma que el término de caducidad debe contarse a partir de un hecho positivo u omisión de una persona y no a partir de la expedición de un acto administrativo que no conduce a determinar responsabilidad alguna. Termina concluyendo que en el peor de los casos para julio de 2007, fecha de expedición de la resolución recurrida, cualquier conducta constitutiva de una práctica restrictiva de la competencia habría caducado.

QUINTO.- Que mediante escrito radicado en la Superintendencia de Industria y Comercio con el número 98-075313-00655-0054 la apoderada de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., en adelante TELEFONCIA, presentó los argumentos que a continuación se resumen, como fundamento de la impugnación

La apoderada en el referido escrito solicita:

Por la cual se resuelven unos recursos

"1°. Que se revoque en su integridad los artículos segundo y tercero de la Resolución recurrida y en su lugar se ordene el archivo de la actuación de seguimiento de la etapa de garantías en relación con Telefónica Móviles Colombia S.A.

"2°. Que se revoque en su integridad el artículo cuarto de la Resolución recurrida, en lo relativo a la imposición de la multa a Telefónica Móviles Colombia S.A., por ilegalidad de la sanción impuesta".

Inicia señalando que del acto recurrido resulta la ilegalidad de la sanción en tanto la misma no está prevista en la ley; se fija en una cuantía no prevista en el ordenamiento jurídico; por presumirse, sin prueba alguna, la extensión y permanencia del acuerdo discriminatorio desde el 2003 hasta el 2005; y la falta de formulación de cargos a los sancionados, que les hizo imposible ejercer su derecho de contradicción.

De manera concreta resalta como motivos de inconformidad los siguientes:

En primer término, establece la apoderada que las facultades asignadas al Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc en los Decretos 2999 de 24 de octubre de 2002 y 1770 de 2 de junio de 2004, eran claras y por ello, afirma que el *ad-hoc* se extralimitó en el uso de las atribuciones conferidas al decidir sobre materia diferente a la terminación de la etapa de garantías para proceder a instruir una nueva investigación y establecer la ocurrencia de infracciones por fuera del periodo de garantías. Esto conlleva una ausencia de identidad material entre el asunto asignado y las peticiones y asuntos vinculados a los cuales se extendería la competencia de *ad-hoc*.

En segundo término, afirma la apoderada que en la presente actuación no solo hubo extralimitación de facultades sino una violación al debido proceso y de la garantía del derecho de defensa, y el principio de legalidad, en tanto que no se otorgó la oportunidad procesal para controvertir las acusaciones en su contra a través del procedimiento contemplado en la ley en materia de investigaciones por prácticas comerciales restrictivas y la sanción que habría de imponerse no se encuentra previamente establecida en la misma.

Señala que en el presente asunto se viola el debido proceso porque se impusieron sanciones sin seguir el procedimiento contemplado en la ley, se omitió permitir a los investigados ejercer su derecho de defensa frente a cargos relacionados con la violación de las normas de la libre competencia y finalmente afirma que en la Resolución recurrida el Ad-hoc se *"inventa la sanción por incumplimiento de garantías"* ya que la misma no está prevista en una ley preexistente.

En efecto, considera que el Ad-hoc, tenía múltiples opciones para actuar pero no podía simplemente multar a sus representados. Dice la apoderada:

*"eventualmente se podría considerar, si existen conductas que violan la norma de libre competencia por la que originalmente se abrió la investigación cerrada por ofrecimiento de garantías, **abrir nueva investigación** por cuanto los hechos que dieron origen a declarar el incumplimiento de las garantías son nuevos y por tanto no puede darse la situación de reabrir la investigación, pero de ninguna manera*

Por la cual se resuelven unos recursos

establecer la presencia de una práctica comercial restrictiva, por cuanto para que esto suceda deberá adelantarse el procedimiento específico contemplado para el efecto, siempre respetando el debido proceso a través del cual los investigados puedan ejercer el derecho de defensa”.

Insiste en que el esquema de garantías establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 simplemente menciona la figura pero no contempla en el mismo la posibilidad de imposición de una multa como consecuencia de su incumplimiento. Por lo tanto, no le resulta claro cómo el Ad-hoc ante la imposibilidad de hacer efectivas las pólizas constituidas imponga una cuantiosa multa no reglada en la ley y que sobrepasa los topes establecidos en la misma, sin que para ello tuviera facultades por cuanto su delegación estaba limitada, y, sin perjuicio de lo anterior, debiendo al menos adelantar una investigación en la que su representada hubiera podido ejercer su derecho de contradicción y adelantar las pruebas para su defensa.

Así mismo manifiesta que se violó el debido proceso porque no se siguió el procedimiento de ley establecido en el Decreto 2153 de 1992 para determinar si existe una infracción a las normas de promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, lo cual trae como consecuencia la trasgresión de artículo 29 de la Constitución Política.

Agrega que el Señor Superintendente Ad-hoc no pudo adelantar una investigación de prácticas comerciales restrictivas, con la excusa de que lo que está haciendo es investigar un supuesto incumplimiento de garantías, cuando en la ley se consagra de manera especial el procedimiento que se debe adelantar para el efecto. En este sentido afirma que corrobora el hecho de que el ad-hoc está adelantando una investigación por prácticas comerciales restrictivas y no evaluando un supuesto incumplimiento de garantías es el amplio análisis que sobre la existencia de un acuerdo discriminatorio para con el mercado hace en el numeral 38 de la Resolución 23881 de 2007, donde no sólo entra a considerar los requisitos de la conducta y su presencia por parte de los operadores, sino que se remite a la documentación obrante en el expediente de la investigación original abierta en 1998, como es el caso del estudio de la CRT, en su concepto desactualizado y fuera de contexto.

Igualmente considera la apoderada que el ad-hoc desconoce también el derecho de defensa al solicitar a su representada, sin facultad alguna, pruebas en una investigación de la cual no se tenía conocimiento y remitiéndose a una violación de la libre competencia cuya investigación ya estaba cerrada. Manifiesta que si para el Ad-hoc la facultad de determinar el cumplimiento o no de unas garantías involucra el establecer la ocurrencia de una práctica comercial restrictiva, sin adelantar el procedimiento contenido en el Decreto 2153 de 1992, lo cual a su juicio viola el derecho de defensa y contradicción, por lo menos ha debido adelantar una investigación en ese sentido, formulando cargos, imponiendo una sanción, si es del caso, referida a los cargos imputados, lo que a su parecer no sucedió en el presente asunto.

Así las cosas, para la apoderada, no se puede entender por qué, si la ley establece un procedimiento específico para una materia, se aplica otro diferente bajo la excusa de investigar el incumplimiento de la garantía ofrecida, ignorando totalmente una serie de formalidades y etapas exigidas por la ley para el proceso.

Para la apoderada en el presente caso también se viola el debido proceso por desconocimiento del derecho de defensa puesto que la facultad del ad-hoc era determinar

Por la cual se resuelven unos recursos

el cumplimiento o no de las garantías y lo que se adelantó fue una investigación por prácticas comerciales restrictivas sin que su representada fuera informada o conociera de dicha investigación y sin que pudiera controvertir los hechos y pruebas tenidas en cuenta para la decisión tomada, ni expresar sus opiniones conforme lo establece el artículo 35 del Código Contencioso administrativo.

Acto seguido, afirma que por haberse aplicado una sanción no prevista en la ley y un procedimiento igualmente no establecido en la misma, se vulnera el debido proceso por la configuración de vías de hecho y transcribe apartes jurisprudenciales sobre los requisitos de su configuración y las responsabilidades que abarca.

Respecto de la violación del principio de la confianza legítima, considera la apoderada que el otorgamiento de garantías es un acuerdo con el Estado, el cual acepta la propuesta realizada por las investigadas, acuerdo que debe estar amparado contra variaciones de política o de doctrina por el principio de la buena fe que es exigible plenamente al Estado.

Sobre el particular, afirma que el Ad-hoc se aleja del normal y ordinario entendimiento que la Superintendencia de industria y Comercio da a las normas de garantías, en especial, en los siguientes aspectos:

“• Imposición de sanción pecuniaria por el incumplimiento de garantías, frente al entendimiento normal de hacer efectivo el colateral por el incumplimiento de la garantía.

“• Procedimiento administrativo correspondiente conforme con las ritualidades que garanticen la efectividad del derecho de contradicción.

“• El no reconocer que las garantías vencen por el transcurso del plazo por el cual fueron otorgadas.

“• Reabrir la investigación, cuando se están investigando hechos nuevos que requieren una nueva investigación”.

En tercer término, para la apoderada el ad-hoc revive un acto administrativo que había desaparecido del ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 66 del Código Contencioso Administrativo la Resolución 19444 de 2001 de la SIC que aceptó el compromiso y las garantías tuvo una vigencia de dos años, vencida la cual perdió su fuerza ejecutoria por el sólo transcurso del plazo previsto en el mismo acto y su prórroga.

En el caso concreto, continua la apoderada, la causal de pérdida de vigencia se produjo por el transcurso del plazo de 2 años, previsto para la vigencia de la póliza y para el cumplimiento de las obligaciones de información; término que concluyó en agosto de 2003. Así, cumplida esa fecha las obligaciones contenidas en ese acto administrativo perdieron vigencia, sin perjuicio de vigencia de las normas generales de prácticas comerciales restrictivas, cuya violación podrá ser investigada y sancionada por la autoridad competente en una investigación separada. En consecuencia, termina afirmando, que no se puede entender que ese acto está vigente y proceder a declarar su decaimiento, para dar continuidad a una investigación concluida e imponer la respectiva sanción.

Por la cual se resuelven unos recursos

Insiste textualmente en que:

"...la «etapa de seguimiento de garantías», no es una etapa de la actuación diferente a la de vigencia de las garantías; durante la cual una empresa a la que se le ha aceptado garantías está obligada a dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por la Superintendencia, incluidas las correspondientes al esquema de seguimiento. La terminación de esta etapa de garantías no se produce por decisión administrativa que así lo declare. Se produce (i) por el solo transcurso del plazo, sin que se hubiera expedido acto administrativo que extienda ese plazo. Cosa distinta es que estando vigente el acto administrativo que aceptó las garantías, la Administración (ii) en razón de haber sido conocidos hechos que podrían constituir incumplimiento de las mismas tome decisiones que impliquen su terminación anticipada y por lo mismo la revocatoria o decaimiento".

"En efecto, en este caso el plazo está previsto como un plazo consuntivo; es decir aquel durante el cual se debe dar permanente cumplimiento a la obligación adquirida, vencido el cual cesa la obligación, obviamente en cuanto derive del acto administrativo. Vencido el plazo, desaparecen los efectos del acto administrativo de la vida jurídica y se toma éste intangible; es decir ya no puede ser modificado, extendido o revocado, pues ya produjo sus efectos y perdió fuerza ejecutoria, no existe.

"Así, es jurídicamente erróneo declarar, como lo hace el Ad-hoc, el decaimiento de un acto que ya no está vigente; si el Ad-hoc encuentra conductas que debe sancionar, debe disponer que se realice la investigación y proceder a sancionarla, pero no recurrir a la argucia de revivir el acto para poder el Ad-hoc invadir una competencia que no le corresponde (extender la competencia que le fue atribuida) en la investigación de situaciones y eventuales infracciones más allá de las garantías.

"No quiere decir lo anterior que si se incurrió en una de las prohibiciones de prácticas comerciales restrictivas, no haya lugar a investigar y sancionar. Pero tal circunstancia es un supuesto diferente, que da lugar a que se inicie y adelante la correspondiente investigación."

En cuarto término, para la apoderada de TELEFÓNICA MÓVILES es errónea la apreciación del Ad-hoc en el sentido de considerar que el compromiso principal adquirido por las investigadas consistió en la suspensión de las conductas por las cuales fue abierta la investigación consistente en la suspensión de todo acuerdo de precios y la suspensión de cualquier acuerdo discriminatorio relacionado con las tarifas aplicables a usuarios de la RTPBC.

Sostiene que el ad-hoc parte de un supuesto falso según el cual, con el ofrecimiento de garantías para la terminación del proceso se declaró -y en consecuencia fue aceptado por las investigadas- que en efecto habrían existido unas conductas calificadas como restrictivas de la competencia. Para la apoderada, la errónea apreciación en torno a este asunto hace que el Ad-hoc durante el procedimiento busque verificar si existieron o no acuerdos contrarios a la libre competencia, en lugar de centrarse en la verificación del cumplimiento de los ofrecimientos, lo que lo lleva a imponer una sanción, excediendo su

Por la cual se resuelven unos recursos

competencia y sin el respeto de las garantías procesales al basarse en pruebas que no pudieron ser controvertidas y sin que existiera la presentación previa de unos cargos sobre los que pronunciarse.

Considera también la recurrente que para que exista un acuerdo restrictivo de la competencia como se contempla en el numeral 2 del artículo 47 del 2153 de 1992 se requiere la presencia de dos requisitos: a) existencia de un acuerdo y b) que el mismo tenga como objeto o como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

Frente al primer requisito considera que en la resolución recurrida no se demostró la existencia de un acuerdo por práctica conscientemente paralela entre los dos operadores de telefonía celular, ya que el incremento en las tarifas para los años 2002 y 2003 sólo se hizo en dos ocasiones y sin coincidencia en el valor de las mismas y que lo sucedido corresponde a una *reacción obvia* dentro de las empresas en un mercado altamente competido.

Respecto del segundo requisito relacionado con la práctica conscientemente paralela cita en los siguientes términos lo que sobre el particular ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio:

«Para que se de una práctica conscientemente paralela, se requiere que exista, en primer lugar, la conciencia de las políticas desarrolladas por las otras empresas y, en segundo lugar, se decidan seguirlas o hacer que se imiten o sigan las propias, de manera reiterada, de modo que se pierda la autonomía al actuar» (se subraya)

Sostiene que:

“Para que se constituya una práctica conscientemente paralela, conforme lo ha dicho la doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio deberá verificarse: que existen movimientos idénticos y casi simultáneos; entradas en vigencia cercanas que les permite mantenerse alineados hasta el siguiente movimiento y en incrementos iguales o en similar porcentaje. Para el caso en estudio dichas situaciones no se presentan, por cuanto no se evidencian movimientos en las tarifas iguales o en similares porcentajes, con entradas en vigencias cercanas y casi simultáneos entre operadores, por el contrario como se ve más adelante los porcentajes de variación entre unos y otros son bastante distintos y las tarifas de uno y otro bien disímiles, además que el momento de variación de tarifa no está establecida por parte del Ad- hoc.

“Lo que la Superintendencia de Industria y Comercio históricamente hace para casos de prácticas conscientemente paralelas es analizar varios comportamientos a lo largo de varios momentos, especificando cuales son estos momentos y cuáles las variaciones de las tarifas, entendiendo como varios el evaluar comportamiento durante un importante número de ocasiones, generalmente días, a diferencia de lo anterior, en el caso en estudio se analizaron, según el Ad-hoc solo dos comportamientos parecidos en dos años, lo que no puede evidenciar la calidad de «reiterada de la conducta» requerida para que se configure esta práctica. Siendo así y conforme como lo ha hecho el ente de control históricamente, para verificar una

Por la cual se resuelven unos recursos

supuesta práctica concientemente paralela el Ad-hoc ha debido analizar mucho más que dos conductas, que por el espacio de tiempo en que se dan de dos años, pueden llamarse aislada, ya que una conducta de este tipo debe sustentarse en un análisis reiterado, continuo y repetido de varias conductas paralelas que se presentan en iguales o similares momentos, lo que como ya se señaló en el presente caso no se dio."

Quinto, dice la apoderada que se presenta un erróneo entendimiento de la figura de las garantías que es contrario al entendimiento de la SIC. Soporta su afirmación citando a esta Superintendencia cuando ha dicho que:

"si lo que se ofrece asegura o no, que de cumplirse, el mercado se vería librado de las distorsiones que dieron lugar a la investigación. Para ello el ofrecimiento debe hacerse en los mismos términos de la Resolución de apertura... »

"«Frente a una propuesta particular, entonces, la Superintendencia se (sic) realizará un análisis de correspondencia, entre la norma que se presumía violada, el comportamiento que implicaba la ilegalidad que dio origen a la investigación y lo que el investigado propone que hará. Si al aplicar la variación o suspensión ofrecida, el investigado deja de estar en el supuesto de hecho de la disposición que sirvió de sustento para la apertura de investigación, se habrá cumplido el primer requisito tendiente a la terminación de la investigación."

Afirma también la recurrente que el mencionado mecanismo procesal de las garantías implica un compromiso por parte del investigado de suspender la conducta investigada y de no incurrir de nuevo en ella, lo que no conlleva a una aceptación por parte del mismo de la comisión de una práctica comercial restrictiva, compromiso que acompaña con una serie de obligaciones adicionales que le brinden tranquilidad a la Superintendencia respecto al efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas, además con la existencia de un colateral que garantice dicho cumplimiento.

Considera que la estructura básica de las garantías consta de tres elementos esenciales: la suficiencia, el colateral y la existencia de un esquema de seguimiento. Sobre el particular manifiesta que:

"Estos tres elementos son necesarios para su ocurrencia, por lo que la ausencia de uno de ellos conlleva a la inexistencia del esquema de garantías ofrecido. Es así como las garantías que se ofrecen dentro de una investigación por prácticas comerciales restrictivas, durante todo el transcurso de su existencia, han poseído una vigencia en el tiempo, la cual establece el ente de control con la posibilidad de prorrogarlas, si lo considera necesario, vigencia que en todo momento debe estar amparada por la póliza que garantiza su cumplimiento. En el evento que el cubrimiento del riesgo por parte de la póliza, es decir el incumplimiento de las garantías, haya terminado por expiración del término por el cual se establecieron las garantías, es porque también han expirado los compromisos ofrecidos, los cuales no pueden subsistir sin la presencia del colateral."

Sostiene que en el presente caso al haber terminado la vigencia de las pólizas, como se demuestra ampliamente en el expediente, también expiran las garantías, las cuales se

Por la cual se resuelven unos recursos

constituyeron por dos años que vencieron el 16 de agosto de 2003 siendo imposible revivirlas así en el tiempo.

Reitera la apoderada de TELEFÓNICA MÓVILES que conforme lo ha señalado la Superintendencia de Industria y Comercio, el incumplimiento de los compromisos adquiridos en la resolución que acepta garantías faculta a la administración a exigir el cumplimiento futuro de dichos compromisos, declarar si existió incumplimiento, declarar la ocurrencia del riesgo amparado con el colateral y por ende hacerse efectiva la póliza. Lo anterior no habilita a la administración a imponer una multa, como lo hizo el *Ad-hoc*, ni mucho menos hacer una interpretación reforzada al señalar que en vista que la póliza estaba vencida impondría una sanción pecuniaria equivalente a la sanción principal que era objeto de garantía, vale decir, el monto de la multa que fue garantizado con la póliza.

Aclara en este punto que la constitución de las pólizas fue realizada por su representada en los términos y por los plazos establecidos en su momento por la SIC y que la misma no estaba vigente simplemente porque ya había expirado el tiempo su cobertura, por cuanto también había expirado ya la vigencia de las garantías ofrecidas, conforme al término que en su momento les impuso el Ente de Control. En este sentido, concluye, que en el supuesto que hubiese habido un incumplimiento de garantías, en los términos que lo señala el *Ad Hoc*, la única consecuencia posible era hacer efectivas las pólizas, lo cual en el presente caso es imposible por estar vencidas.

Frente a lo anterior sostiene:

“Es así como la póliza solo constituye una obligación accesoria a una principal que permite garantizar un eventual incumplimiento de la primera y que solo se hace efectiva con la ocurrencia de dicho incumplimiento, cuyo valor, conforme a la experiencia histórica del Ente de Control, está limitado a un valor referencia (se subraya), que es el establecido por el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, sin que esto la convierta en una sanción. Toda póliza, en cuanto contrato de seguros requiere de la existencia de un interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima y la obligación condicional del asegurador por un plazo determinado. Las pólizas de cumplimiento de disposiciones legales tienen como objeto amparar al asegurado, en este caso la SIC, frente al evento que la obligación en la cual tiene interés no se satisfaga; obligación que no es, y no podría ser, el solo cumplimiento de la ley (normas generales de prácticas comerciales restrictivas), sino que corresponden a las obligaciones específicas que se adoptan con la expedición de la Resolución (cuyo cumplimiento se garantiza) y que son las que le permitirán a la SIC asegurar que el oferente de las garantías cumpla la ley, obligaciones que son temporales (contrario al de cumplimiento de la ley que es permanente) y por eso tanto las obligaciones como la póliza son temporales y se delimitan a una vigencia, para el presente caso 2 años (como sucede en la mayoría de los casos de garantías aceptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio) y que una vez terminada su vigencia en el tiempo pierde toda posibilidad de aplicación, por lo mismo no es coherente afirmar que lo que la póliza cumple son las consecuencias del incumplimiento de la ley general y que correspondería a el valor de la multa en caso de infracción.”

Por la cual se resuelven unos recursos

Respecto de la pertinencia de reabrir la investigación o de abrir una nueva, la apoderada considera que en este caso el Ad-hoc, al identificar situaciones que pudieran conllevar a una práctica restrictiva de la competencia, debía disponer la apertura de una nueva investigación conforme a las normas de libre competencia, teniendo en cuenta que las conductas evaluadas correspondían a nuevos hechos diferentes de los que dieron origen a la apertura de investigación con la Resolución 8307 de 1999.

Por último, refiriéndose a la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, la apoderada señala:

"Si está sancionando por los hechos que dieron lugar a la investigación, se trata de hechos ocurridos con anterioridad a la misma. Las garantías terminaron en el 2003 sin que se hubiera decidido de fondo sobre los mismos, la actuación que adelantó el supersociedades se pronuncia de fondo sobre esos hechos en el 2007; es decir más de 6 años después de iniciada la investigación. Ni el inicio de la investigación ni la aceptación de las garantías implican suspensión ni interrupción del término de la caducidad.

"Ahora bien, si la supuesta infracción corresponde a hechos posteriores a la aceptación de las garantías, si bien lo que procedía era haber iniciado una investigación por esos hechos, lo cierto es que en la Resolución se identifican como conductas ocurridas en 2002 y en 2003. La Resolución se expidió con fecha 31 de julio de 2007, es decir sólo podría haberse impuesto sanciones por hechos ocurridos con posterioridad al 31 de julio de 2004.

"Si se tratase de conductas continuadas como lo dice el Ad Hoc, solo se realizó un superficial análisis de las tarifas para los años 2002 y 2003 y no de años posteriores, por lo que la supuesta continuidad hasta el 2007, fecha en la que la CRT reguló las tarifas, con el propósito de justificar una ausencia de caducidad, es improcedente."

Así, para la apoderada, en la resolución objeto de recurso se establece erróneamente la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución 19444 de 2001, en tanto en dicho acto se asume el incumplimiento de las garantías ofrecidas dentro de la investigación por prácticas comerciales restrictivas, lo que en su concepto es distinto a que hayan desaparecido los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar a su expedición. Considera que al detectarse el supuesto incumplimiento de las garantías ofrecidas, el Ad-hoc ha debido decretar la efectividad de las pólizas, si esto fuere posible, sin que pudiese legalmente establecer consecuencia distinta y sin que pudiera retrotraer la consecuencia de terminación de investigación, como efectivamente lo hizo.

SEXTO.- Que durante el trámite de los recursos de reposición interpuestos por los investigados, mediante Resolución 33092 del 5 de octubre de 2007, el Superintendente ad-hoc, *"en pro de la debida ilustración que debe guiar la decisión a adoptar"*, decretó la práctica de una prueba documental consistente en la certificación de la existencia de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia en el Despacho del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia en la que están vinculadas las empresas investigadas.

RESOLUCION NUMERO **040934** DE 2007 Hoja N°. 18

Por la cual se resuelven unos recursos

SEPTIMO.- Que mediante escrito del 16 de octubre de 2007, la Doctora Mónica Murcia, representante de TELEFONICA MOVILES, solicitó al Superintendente Ad-hoc remitir el expediente a la SIC con motivo del decaimiento del Decreto 4526 de 2006 que entregaba facultades al Ad-hoc *"para decidir, no solo, sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías, dentro de la investigación que por prácticas comerciales restrictivas se adelantó contra las Empresas COMCEL-OCCEL, CELUMOVIL Y CELCARIBE, sino para resolver los conflictos que ya se han presentado en el pasado, las peticiones que están en curso y las solicitudes vinculadas con el expediente 98075313 que llegaren a ser presentadas en el futuro"*.

OCTAVO.- Que en comunicación del 18 de octubre de 2007, el Superintendente Ad-hoc remitió a esta Superintendencia el expediente 98075313 en razón a que *"las razones de impedimento que motivaron los aludidos Decretos han desaparecido, así como las que originaron la designación del Superintendente de Sociedades como Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc"*.

NOVENO.- Que una vez ejecutoriada la Resolución 33092 de 2007 y dentro del término de 5 días dado por la misma, mediante comunicación del 8 de noviembre de 2007 el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia dio cumplimiento a lo ordenado por la Resolución mencionada remitiendo al Superintendente de Industria y Comercio la prueba ordenada referente a la certificación de la existencia de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia contra los mismos investigados y por hechos similares.

DECIMO.- Que como quiera que las solicitudes de reposición contra la Resolución 23881 de 2007 presentadas por ORBITEL, ANDESCO, COMCEL y TELEFÓNICA antes citadas están relacionadas con la misma actuación, y que respecto de las dos primeras la oportunidad para intervenir en la presente actuación como terceros interesados se propició por cuenta de la Resolución 28119 de 2005 que les dio traslado para que expresaran sus opiniones respecto de las pruebas allegadas y demás documentos que obran en el expediente, este Despacho, atendiendo a los principios de economía y eficacia¹ y conforme a lo dispuesto en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo, procederá a resolver dichas solicitudes de manera conjunta en el presente acto.

DECIMO PRIMERO.- Que una vez evaluados los recursos presentados por los interesados e investigados este despacho encuentra que COMCEL y TELEFONICA solicitan que se revoque íntegramente la resolución por **violación al debido proceso**, que se declare la terminación de la etapa de garantías por **decaimiento de la Resolución 19444 de 2001**, que se revoque íntegramente la actuación por **extralimitación de funciones del ad-hoc** y, por último, que se revoque parcialmente la Resolución 23881 de 2007 por **indebida aplicación del artículo 38 del C.C.A.** De otro lado, tanto ORBITEL como ANDESCO solicitan que se revoque parcialmente la Resolución 23881 de 2007 por **indebida aplicación del artículo 38 del C.C.A.** y que se reabra la investigación por **decaimiento de la Resolución 19444 de 2001**.

¹ Código Contencioso Administrativo, artículo 3°.

Por la cual se resuelven unos recursos

Enseguida se presentarán por separado las consideraciones de este Despacho sobre los asuntos mencionados.

11.1. Supuesta violación al debido proceso

Las investigadas consideran que existió error grave en la interpretación de las normas que regulan los ofrecimientos de compromisos, sus respectivas garantías, el proceso de verificación de su cumplimiento y la imposición de multas por parte del ad-hoc. Concluyen que hubo violación al debido proceso y al derecho de defensa por la ejecución de procedimientos no contemplados en la ley y por no dar una oportunidad procesal a las investigadas de controvertir las pruebas².

Tal como se sintetizó en el numeral cuarto de la presente Resolución, el apoderado de COMCEL considera que existieron graves vicios que llevaron a la violación del principio de legalidad por inaplicación plena del Decreto 2153 de 1992 y violación al debido proceso por inaplicación del Código de Procedimiento Civil al evaluar equivocadamente la prueba indiciaria. Además, según aparece en el numeral quinto del presente acto, la apoderada de TELEFÓNICA MÓVILES considera que se desarrollaron procedimientos no contemplados en la legislación de competencia, al tiempo que no se dio ninguna oportunidad procesal para controvertir las pruebas allegadas al expediente y se impusieron sanciones no previstas en la ley.

Según los cargos presentados por los investigados, la supuesta inaplicación plena del Decreto 2153 de 1992 se concreta en:

- a) la errada aplicación e interpretación de la figura de garantías;
- b) la inadecuada aplicación e interpretación del procedimiento aplicable a investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia y
- c) la violación a los límites de la facultad sancionatoria.

11.1.1. Consideraciones frente al cargo relacionado con errada aplicación e interpretación de la figura de garantías

Los Decretos 2999 de 2003, 1770 de 2004 y 4526 de 2006, mediante los cuales se designó un Superintendente ad-hoc para el conocimiento del presente asunto definieron como su función principal decidir *"sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías, dentro de la investigación que por prácticas comerciales restrictivas se adelantó contra las Empresas Comcel-Occel, Celumóvil y Celcaribe"*.

El marco normativo aplicable al desarrollo de las funciones del ad-hoc frente a la etapa de seguimiento de garantías corresponde al establecido por el numeral 11 del artículo 4 y el inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

² Folios 2094-95, Cuaderno 7, Expediente 98075313.

RESOLUCION NUMERO 040934 DE 2007 Hoja N°. 20

Por la cual se resuelven unos recursos

En cuanto a la institución de las garantías, prevista en el referido artículo 52 la Superintendencia de Industria y Comercio las ha calificado como:

*"... (i) conductas a las cuales se compromete el investigado, (ii) cuyo ofrecimiento proviene del investigado de manera voluntaria, (iii) y que el Superintendente acepta cuando, a su juicio, permiten corregir las presuntas distorsiones del mercado por las que se inició la investigación"*³.

La misma Superintendencia ha precisado que la importancia de las garantías como figura jurídica consiste en que permiten *"la terminación anticipada de una investigación a partir de la convicción de la Administración de que el investigado cesará la conducta"*⁴.

Su finalidad no es otra que atribuir al Superintendente la posibilidad de terminar la investigación cuando el ofrecimiento del cumplimiento de una serie de compromisos por parte de los investigados sea suficiente para mitigar los presuntos efectos nocivos a que dio lugar el comportamiento del investigado. Implica realmente el cumplimiento de las funciones del Estado en materia de garantía de la libre y leal competencia en la medida que *"permite la eliminación o la modificación de aquellas conductas que motivaron el inicio de la investigación"*⁵.

En efecto, el sentido de las garantías no es un simple perdón y olvido. El objetivo de esta institución y de los ofrecimientos de "garantías suficientes" es dual:

- a) restablecer el orden económico turbado por el presunto comportamiento anticompetitivo y
- b) corregir de manera anticipada la aparente *falla del mercado*.

Según el numeral 12 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es el Superintendente, quien en forma autónoma debe definir si los compromisos y las pólizas ofrecidas por el investigado son suficientes para lograr los objetivos señalados. Esto, ya que *"el Superintendente acepta las garantías ofrecidas y pone fin al proceso, si tiene la convicción de que se eliminan los comportamientos que se vislumbran como yerros de la economía de mercado"*⁶.

Esta facultad del Superintendente de dar por terminado el proceso fue analizada por el Consejo de Estado concluyendo que el funcionario:

*"... puede continuar o no la investigación, según estime que puede darse garantías suficientes de que los hechos se suspendan o se modifiquen por parte del autor o de los autores de los mismos, bajo la perspectiva de que lo relevante es la efectividad de su función de inspección y vigilancia de las actividades económicas bajo su control y, consecuentemente, de los principios de libre competencia y de transparencia del mercado"*⁷.

³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 2485, 2 de febrero de 2007.

⁴ *Ibid.*

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 26362, 30 de enero de 2006.

⁶ *Ibid.*

⁷ Consejo de Estado, sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Manuel Urueta. Abril 25 de 2002.

Por la cual se resuelven unos recursos

Correlativamente, es el mismo Superintendente de Industria y Comercio quien tiene la función de verificar el cumplimiento o incumplimiento de los compromisos aceptados. Así claramente lo ha expresado esta Superintendencia:

"...la única interpretación razonable [del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992] es aquella que le permite [a la SIC] contar dentro de sus competencias, con la de exigir el cumplimiento de dichas garantías, en tanto que el objeto de tal exigencia es el restablecimiento de una situación -la que se obtuvo con las garantías- que no dejaba dudas sobre la inexistencia de distorsiones en el mercado.

*"Lo contrario... sería convertir la aceptación de garantías en un mecanismo inocuo, es decir en una especie de perdón y olvido, que lejos de preservar el interés general y el orden público económico, simplemente beneficiaría al investigado. Por lo anterior, **entender que ante el incumplimiento de las garantías la Superintendencia no tiene facultades para exigir su cumplimiento, conllevaría la irremediable negativa del Superintendente de aceptar en el futuro el ofrecimiento de garantías, anulando en la práctica la tan plausible herramienta legal**" (negritas y aclaraciones fuera de texto original)⁸.*

Para verificar el cumplimiento de los compromisos establecidos en la resolución que acepta garantías normalmente se establece un esquema de seguimiento de los mismos. Así lo sostuvo esta Entidad al decir:

"...a efectos de verificar el cumplimiento del ofrecimiento, debe señalarse un esquema de seguimiento que permita a la Superintendencia de Industria y Comercio corroborar su ejecución. Al respecto cabe precisar que, corresponde a esta Entidad y no al presunto infractor, determinar el período de tiempo durante el cual se deben mantener las garantías ofrecidas y que por regla general no hay lugar a su "desmonte" o "levantamiento" en caso de cumplirse con el ofrecimiento hecho dado que, una vez agotado el término correspondiente, las mismas no deberán renovarse. No obstante lo anterior, en eventos excepcionales en los que puedan haber variado de tal manera las circunstancias que justificaron la aceptación de las garantías, podría haber lugar a la evaluación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio de su eventual terminación"⁹.

El ofrecimiento de las garantías y su aceptación carecería de sentido si su objeto fuera distinto de hacer efectiva la modificación o cesación de los actos objeto de investigación. Así también lo ha afirmado esta Superintendencia al decir que:

*"El incumplimiento de los compromisos -que al haber sido ofrecidos por el investigado y aceptados por la autoridad de competencia permitieron la terminación de la investigación - **pone en entredicho la garantía de la libre competencia**, que se constituye en el fin último de la disposición que permite la terminación anticipada del proceso. En efecto, aun cuando por no haber culminado el proceso no existe certeza de que los comportamientos que originaron la investigación constituyan yerros del mercado, las obligaciones contraídas por los investigados para lograr la*

⁸ Ibid.

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 2111018 del 30 de enero de 2003.

Por la cual se resuelven unos recursos

terminación anticipada del proceso son prenda de garantía de que el principio de la libre competencia se mantiene incólume, en cuanto que dichas obligaciones dan la certeza de la eliminación o la modificación de los comportamientos presuntamente anticompetitivos".¹⁰

En conclusión, tal como lo ha establecido la doctrina de esta Superintendencia, dentro del proceso de seguimiento a los compromisos ofrecidos y aceptados, el Superintendente de Industria y Comercio puede y debe verificar su cumplimiento.

Ahora bien, frente a la resolución recurrida es oportuno recalcar que los Decretos 2999 de 2003, 1770 de 2004 y 4526 de 2006 mediante los cuales se designó al Superintendente de Industria y Comercio ad-hoc establecieron como propósito y único objeto de sus funciones pronunciarse sobre la terminación de la etapa de seguimiento de garantías y demás peticiones y conflictos relacionados con la misma. Cualquier pronunciamiento por fuera de estos límites constituiría una extralimitación de funciones.

De manera que en atención del marco normativo descrito y, en particular, del contenido de las resoluciones 19444, 23439 y 26094 de 2001 mediante las cuales se aceptaron los compromisos adquiridos por las investigadas, el pronunciamiento que correspondía al Ad Hoc podía agotarse exclusivamente en uno de dos sentidos:

- a) declarando el fiel cumplimiento de los compromisos según el esquema de seguimiento y, en consecuencia, la terminación de los compromisos y de la investigación, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 19444, según el cual "*...el fiel cumplimiento de lo dispuesto en esta resolución, parte considerativa y resolutive, es fundamento para la terminación de la investigación, en los términos del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (sic)*".
- b) declarando el incumplimiento de los compromisos y, en consecuencia, la reapertura de la investigación; lo cual daría lugar al decaimiento de la resolución de terminación de la investigación y la consecuente reanudación de la misma.

La Superintendencia de Industria y Comercio, tuvo la oportunidad de precisar frente al tema relacionado con el incumplimiento de las garantías ofrecidas y aceptadas que:

"La aceptación de las garantías ofrecidas dentro de las investigaciones adelantadas para determinar la existencia de una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas, deviene en la terminación del proceso y su objeto es hacer efectiva la modificación o cesación de los actos objeto de investigación. Sin embargo, su incumplimiento dará lugar al decaimiento de la resolución de terminación de la investigación y la consecuente reanudación de la misma"¹¹

¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 26362 del 30 de enero de 2006.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto 2111018 del 30 de enero de 2003.

Por la cual se resuelven unos recursos

Una vez analizados los antecedentes del caso concreto, a juicio de este despacho, la resolución recurrida se apartó de las alternativas posibles en que podía resolver de conformidad con el marco normativo descrito, especialmente de lo establecido en las resoluciones de aceptación de garantías. Así se desprende cuando textualmente en la Resolución recurrida se afirma:

“...se impone proceder a verificar, de un lado, la reiterada fijación de precios junto con sus efectos jurídicos frente al transcurso del tiempo, a fin de determinar si ocurrió o no la caducidad de la facultad sancionatoria y de otro, partiendo del hecho de que las tarifas cobradas por los operadores de la RTMC para el servicio fijo-móvil continuaron siendo mayores a las tarifas cobradas para el servicio móvil-fijo y habiendo sido incrementadas –como en efecto sucedió–, si podría la Superintendencia de Industria y Comercio censurar dicho incremento en el evento de que las mismas estuvieran debidamente justificadas”.

Lo anterior evidencia un error de interpretación respecto de la figura de las garantías pues se pretende evaluar la suficiencia de los compromisos que, aceptados, conllevan la terminación de la investigación, cuando lo correspondiente era, según lo expuesto atrás, circunscribirse a verificar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por las investigadas. La resolución recurrida, entonces, asume que la garantía no era suficiente en cuanto afirma que se impone *verificar* si el incremento de las tarifas es censurable, dejando de lado el debido examen sobre si se estaba o no cumpliendo con el compromiso adquirido en la resolución de aceptación de garantías.

Así mismo, la resolución recurrida al decir que el ad-hoc *“no puede limitarse a una función meramente contemplativa de verificación de garantías, cuando las mismas simplemente son algo accesorio a lo principal”* intenta sin éxito justificar una competencia que como atrás se explicó no estaba prevista ni atribuida, en cuanto busca cuestionar los compromisos que para el Superintendente fueron suficientes al momento de aceptar las garantías.

Cabe precisar que el examen del cumplimiento de los compromisos, no implica que la administración en la etapa de seguimiento de garantías continúe desarrollando la investigación por prácticas restrictivas de la competencia que decidió terminar. Eso dejaría sin sentido la figura de las “garantías suficientes” que tienen como objetivo evitar el desgaste de la administración en la investigación de una presunta infracción y eliminar la causa o el hecho que presuntamente da lugar a la investigación.

El error de interpretación advertido condujo al desarrollo de una nueva investigación, lo cual es contrario al sentido del artículo 52 del Decreto 2153 y al entendimiento e interpretación que ha dado esta Superintendencia al ofrecimiento de garantías. Así se desprende, además, de la citación que se hizo al Consejo Asesor con el fin de discutir la multa que sería impuesta a las investigadas¹², lo cual solo puede ser el resultado de una investigación si se toma en cuenta que la citación al referido órgano es obligatoria por mandato del inciso segundo del artículo 24 del Decreto 2153 de 1992 en el evento de *“imponer sanciones pecuniarias... por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas...”*

¹² Folio 2068-69, cuaderno No. 7, expediente No. 98075313.

Por la cual se resuelven unos recursos

En conclusión, por las razones anotadas, este Despacho encuentra fundada la violación al principio de legalidad por aplicación indebida del inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, especialmente debido al errado alcance dado a la figura de garantías al asimilarla a una investigación por prácticas restrictivas de la competencia.

11.1.2. Consideraciones sobre la inadecuada interpretación del procedimiento aplicable a investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia y violación al debido proceso.

De lo dicho en el aparte anterior, aparece claro que no es posible afirmar que resultara procedente llevar a cabo una nueva investigación por prácticas restrictivas de la competencia dentro de la etapa de seguimiento a las garantías aceptadas a las empresas COMCEL y TELEFÓNICA. Con todo, aún admitiendo que tal procedimiento fuere regular, resulta procedente examinar si en desarrollo del mismo se aplicó el procedimiento especial previsto en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Ciertamente, se discute en este punto cuál era el procedimiento aplicable frente a la supuesta evidencia indicativa de la vulneración de normas sobre prácticas restrictivas de la competencia. Sobre el particular este Despacho encuentra que la resolución recurrida es el resultado de la aplicación del artículo 16 del C.C.A. referente a peticiones en interés particular, en lugar del procedimiento especial previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 para el desarrollo de investigaciones en esta materia.

Se observa que con ocasión de la queja presentada por ANDESCO el 12 de noviembre de 2003 se procedió a la notificación de los interesados, incluyendo terceros, y se surtió el trámite previsto en el artículo 16 del C.C.A. cuando lo procedente de conformidad con la norma especial era remitir la queja al Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, para que éste, en virtud de las funciones asignadas por los numerales 1, 2 y 3 del artículo 11 Decreto 2153 de 1992, llevara a cabo la averiguación pertinente, resolviera sobre su admisibilidad e instruyera la investigación, de ser el caso. Dice la norma enunciada:

"ARTICULO 11. Funciones Especiales del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia.-

"1. Iniciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares sobre infracciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas señaladas en el numeral 10 del artículo 4o. del presente decreto;

"2. Resolver sobre la admisibilidad de las denuncias de que trata el numeral anterior.

"3. Tramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto".

Por la cual se resuelven unos recursos

Adicional a lo anterior, la resolución recurrida es también el resultado de otras actuaciones en las que no se siguió el procedimiento establecido por la norma especial. En efecto, aún en el caso de poder pasar por alto los vicios ya advertidos, este Despacho también encuentra censurable que, sin mediar una resolución de apertura de la investigación, mediante la Resolución 2527 del 10 de febrero de 2005, se haya ordenado la práctica de pruebas de oficio, pretermitiendo la oportunidad para que los investigados solicitaran o aportaran pruebas, como correspondía conforme al inciso 2° del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 según el cual *"cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer"*.

Así, la investigación se surtió sin tener en cuenta que los investigados tienen derecho a solicitar o aportar *"las pruebas que pretenda hacer valer"*. Esto constituye una clara violación al debido proceso en cuanto no puede dejarse de lado la necesidad que existe en todo procedimiento de permitir la solicitud, el aporte y la contradicción de las pruebas. Precisamente, el fin de darle a los investigados la oportunidad de aportar pruebas no es otro que darle mayores herramientas a la administración para llegar a una decisión final. Negar tal derecho es una violación a la Constitución Política.

Lo anterior lo confirma el Tribunal Administrativo de Cundinamarca al decir:

*"Para que prospere la pretensión de nulidad del acto administrativo con fundamento en la causal de **expedición irregular por violación del derecho de defensa**, es necesario demostrar que dentro del trámite previo a la expedición del acto se incurrió en un defecto de procedimiento que de haber existido hubiera variado sustancialmente la decisión. El derecho de defensa exige oportunidades para acreditar los descargos que ha propuesto el implicado. De hecho, **la recolección de pruebas de descargo puede influir en el sentido de la decisión**"¹³.*

Por otra parte, tal como indica el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, *"instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción"*. Agrega el mismo inciso que *"de dicho informe se correrá traslado al investigado"*. Estas exigencias no hicieron parte del procedimiento previo a la expedición de la Resolución recurrida como habría sido exigible de insistirse en la posibilidad de que en la etapa de seguimiento a las garantías ofrecidas se pudiera llevar a cabo una investigación.

En conclusión, este Despacho encuentra fundada la alegada violación al principio de legalidad y debido proceso por inaplicación plena de los incisos 2, 3 y 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y aplicación indebida del artículo 2 numeral 15 del mismo decreto.

11.1.3. Consideraciones en relación con la violación a los límites de la facultad sancionatoria

No obstante que las consideraciones hasta este punto expresadas respaldan suficientemente la decisión de revocar el acto recurrido, este Despacho encuentra pertinente indicar que la sanción pecuniaria impuesta en la resolución recurrida tampoco

¹³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección primera - subsección A, Bogotá D.C. Septiembre veintiocho (28) de dos mil seis (2006), Expediente N° 2003-0651.

Por la cual se resuelven unos recursos

respetó los límites definidos en el Decreto 2153 de 1992. Esta norma limita las posibles sanciones pecuniarias a las empresas investigadas en dos mil (2000) salarios mínimos legales vigentes, al establecer:

"ARTICULO 4o. FUNCIONES DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

"15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto".

La resolución recurrida estableció en su parte motiva que:

"De conformidad con lo expuesto en esta providencia, este Despacho concluye:

(...)

"d. Ahora bien, teniendo en cuenta que COMCEL, OCCEL y CELCARIBE fueron objeto de fusión, siendo la sociedad absorbente COMCEL S.A., de conformidad con lo previsto en el artículo 172 del Código de comercio, según el cual "La absorbente o la nueva compañía adquirirá los derechos y obligaciones de la sociedad o sociedades disueltas al formalizarse el acuerdo de fusión", las multas que corresponden a OCCEL y CELCARIBE deberán ser asumidas por COMCEL S.A., además de la propia".

Y en su parte resolutive estableció:

"ARTÍCULO CUARTO.- IMPONER, como consecuencia de lo anterior, las siguientes sanciones:

"(...)

"b. A COMCEL S.A. (absorbente de las sociedades OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A.) identificada con NIT 800.153.993-7, una multa de MIL SETECIENTOS DIECISEIS MILLONES DE PESOS (\$1.716.000.000.00) moneda legal, por las razones expuestas en la parte considerativa de este acto administrativo".

Primero, la sanción impuesta a COMCEL fue superior a los 2000 salarios mínimos legales mensuales que ordena el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Consecuentemente, cualquier sanción superior a este monto resulta en una violación al principio de legalidad. Sobre los topes de las multas, la Corte Constitucional ha sido clara al afirmar que los mismos no se pueden transgredir, incluso cuando la norma no determina

Por la cual se resuelven unos recursos

el sistema y método aplicable para su imposición. Así, en sentencia C-564 de 2000, la Corte Constitucional sostuvo:

"La exigencia que hace la norma, en el sentido que la multa dependa de esas circunstancias objetivas, impide al funcionario basar su decisión en consideraciones de tipo subjetivo y arbitrario, al tiempo que permiten al administrado su contradicción. La garantía para que esto se cumpla, se concreta, precisamente, en el acto administrativo por medio del cual se impone la sanción correspondiente, toda vez que la administración, en cumplimiento del mandato según el cual esta clase de decisiones ha de ser motivada, debe señalar expresamente qué circunstancias fueron las que determinaron la tasación de la multa y las pruebas que se tuvieron en cuenta para el efecto. A partir de ese señalamiento, el sancionado podrá controvertir la valoración y solicitar su modificación, a través de los recursos consagrados para el efecto, por la vía gubernativa cuando ellos existieren, así como las acciones pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando se considere que hubo falta de motivación, exceso o desviación de poder al determinar la cuantía de la multa impuesta como sanción.

"Lo anterior, aunado al parámetro que se señaló en la norma parcialmente acusada, y que hace referencia al tope máximo que puede alcanzar la multa que puede imponerse, es garantía suficiente del principio de legalidad de la sanción que se consagra en el precepto demandado.

"Así, la exigencia de tasar la multa con fundamento en las circunstancias objetivas que rodearon la comisión de la infracción y el máximo que ésta puede tener, garantizan que la sanción que se imponga, sea proporcional y razonable, presupuestos estos que hacen a la sanción que contempla el artículo 3 del decreto 1746 de 1991, acorde con el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, y así habrá de decretarlo esta Corporación"¹⁴(Negrita fuera de texto original).

Segundo, en la resolución recurrida se impone a COMCEL el pago de la sanción que le correspondía a las empresas absorbidas –OCCEL y CELCARIBE- siguiendo el principio de sucesión de las obligaciones comerciales establecido en el artículo 172 del Código de Comercio.

Al respecto, este Despacho encuentra que es necesario identificar dentro del esquema de las garantías aceptadas cuál era la obligación, su vigencia y la oportunidad para hacerla exigible. Frente a la obligación, adicional a los compromisos materiales asumidos, el investigado adquiere una póliza por virtud de un contrato de seguro con el que garantiza el cumplimiento de dichos compromisos. El asegurado y tomador en el contrato de seguro—el investigado— debe pagar la prima y en caso del incumplimiento de los compromisos, el beneficiario, la Superintendencia acude a la aseguradora y hace efectiva la póliza por el acaecimiento del riesgo -incumplimiento.

Así, desde la expedición de la póliza, la obligación de pago del monto asegurado deja de estar en cabeza de las investigadas y se asume por la aseguradora.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-564 de 2000.

Por la cual se resuelven unos recursos

Pero, aun asumiendo que la obligación de pago de la póliza está en cabeza del investigado, lo cierto es que la obligación de estos sólo se extendía hasta agosto de 2003, pues así fue establecido en el inciso final del artículo 2 de la Resolución 19444 de 2001. Por lo que, a la fecha de la fusión de las investigadas, no podía operar el fenómeno de sucesión y frente a las obligaciones propias resultaba que estas ya se habían extinguido.

Por lo anterior, este Despacho encuentra fundada la violación al artículo 2 numeral 15 del Decreto 2153 de 1992 y, en consecuencia, considera que los cargos relacionados con la de violación a los límites de la facultad sancionatoria deben prosperar.

Habiéndose verificado la vulneración al debido proceso, este Despacho considera que en aplicación de los principios de eficiencia y celeridad de la administración pública, no es pertinente agotar una examen sobre los demás cargos que también estaban dirigidos a obtener la revocatoria –total o parcial- de la resolución recurrida. En consecuencia, solo resta examinar las peticiones referentes al decaimiento de las resoluciones que aceptaron las garantías ofrecidas por los investigados.

11.2. Decaimiento de las resoluciones 19444, 23439 y 26094 de 2001

El Código Contencioso Administrativo establece en su artículo 66:

"Art. 66.- Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

(...)

"5º) Cuando pierdan su vigencia".

La Resolución 19444 de 2001 impuso a los investigados tres tipos de obligaciones relacionadas con:

- a) la cesación de conductas que pudieran implicar acuerdo de precios, consistentes en los mecanismos de toma unilateral de decisiones sobre tarifas,
- b) la suspensión de los comportamientos que pudieran implicar acuerdos discriminatorios, aplicables al modo como se toman las decisiones sobre tarifas a cobrar a los operadores de la RTPBC y
- c) la capacitación de funcionarios en derecho de la competencia.

Mediante las Resoluciones 23439 y 26094 de 2001 se hicieron aclaraciones a la Resolución 19444, dentro de las cuales se destaca:

"3 Vigencia del esquema de seguimiento

RESOLUCION NUMERO **040934** DE 2007 Hoja N°. 29

Por la cual se resuelven unos recursos

"Tal como quedó consignado en el inciso final del artículo segundo del acto recurrido y teniendo en cuenta que la vigencia de la póliza será de un año contado a partir de la fecha en que quede en firme la resolución, prorrogable por un año más a criterio de la Superintendencia, la obligación de allegar la información documentada que se relaciona en el esquema de seguimiento deberá entenderse por la vigencia total de la póliza de cumplimiento" (negrita fuera de texto).

En este sentido, al decir la Superintendencia en las resoluciones aclaratorias que *"la obligación de allegar la información documentada que se relaciona en el esquema de seguimiento deberá entenderse por la vigencia total de la póliza de cumplimiento"* se está afirmando que los compromisos de los numerales 4.1¹⁵ y 4.2¹⁶ fueron atados a la vigencia de las pólizas. Tales obligaciones, constitutivas del esquema de seguimiento, según lo ordenado por el artículo segundo de la Resolución 19444 de 2001, son de ejecución sucesiva y limitada a un término, cumplido el cual se extinguen.

En consideración de lo anterior, de la lectura de la Resolución 19444 de 2001, es claro que el acto administrativo que dio origen a los compromisos ha perdido su vigencia. En efecto, tal como lo indica el artículo 2 de la misma resolución aclarado por el punto 3 de la Resolución 26094 de 2001, los compromisos contenidos en la resolución 19444 están atados a la vigencia del esquema de seguimiento, el cual depende, a su vez, según la aclaración, de la vigencia de la póliza. No estando vigentes las obligaciones particulares que se desprenden de la Resolución que acepta las garantías por los motivos ya expresados, el acto administrativo que las impone también deja de estarlo, configurándose la hipótesis prevista en el numeral 5 del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo.

Por lo anterior, forzoso es reconocer que respecto de la Resolución 19444 de 2001 ha operado el fenómeno del decaimiento del acto administrativo, al igual que respecto de las Resoluciones 23439 y 26094 del mismo año que la aclararon.

Lo anterior evidentemente no implica un juicio frente al comportamiento de los investigados a la luz del derecho de la competencia. Como se manifestó a lo largo de este numeral, los comportamientos presuntamente anticompetitivos que se atribuyeron a los investigados mediante la Resolución 8307 de 1998 no son ni pueden ser el objeto de análisis de la presente actuación.

Por lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- REVOCAR la Resolución 23881 de 2007 por las razones expuestas en el numeral 11.1 de la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DAR POR TERMINADA la etapa de seguimiento de garantías en razón al decaimiento de las Resoluciones 19444, 23439 y 26094 de 2001, conforme a lo dispuesto en el numeral 11.2 de la parte motiva de la presente resolución.

¹⁵ "respecto de las conductas constitutivas investigadas como acuerdo de precios".

¹⁶ "respecto de las conductas investigadas que pudieran implicar acuerdos discriminatorios".

Por la cual se resuelven unos recursos

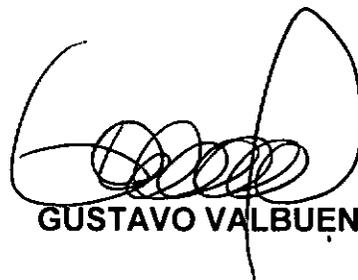
ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFICAR la doctora MÓNICA MURCIA PÁEZ, apoderada especial de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (antes CELUMÓVIL S.A. y luego BELLSOTUH S.A.), al doctor JOSE ORLANDO MONTEALEGRE, apoderado especial de COMCEL S.A. (absorbente de las sociedades OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A.), al doctor GUSTAVO GALVIS HERNÁNDEZ, Presidente de ANDESCO o a quien haga sus veces y al doctor MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ apoderado especial ORBITEL S.A. E.S.P. el contenido de la presente resolución en los términos de los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo, entregarles copia íntegra, auténtica y gratuita de la misma e informarles que contra ella no procede recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, **30 NOV. 2007**

El Superintendente de Industria y Comercio,



GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Radicación: 98075313

Por la cual se resuelven unos recursos

Radicación: 98075313

NOTIFICAR:

Doctora

MÓNICA MURCIA PÁEZ

Apoderada

TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.

Carrera 7 No. 74- 56 Oficina 501

Bogotá, D.C.

Doctor

JOSE ORLANDO MONTEALEGRE ESCOBAR

Apoderado

COMCEL

Carrera 14 No. 93B-32, Oficina 404

Bogotá, D.C.

Doctor

GUSTAVO GALVIS HERNÁNDEZ

Presidente

ANDESCO

CALLE 93 No. 13 – 24 Oficina 302

Bogotá, D.C.

Doctor

MARTÍN BERMUDEZ MUÑOZ

Apoderado

ORBITEL S.A. E.S.P.

Calle 90 No. 13 A - 31 Piso 6°

Bogotá, D.C.