



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **14745** DE 2010
(16 MAR 2010)

Radicación No. 09014380

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le atribuye el artículo 8
numeral 3° y 5° del Decreto 3523 de 2009 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política de Colombia establece que la libre competencia económica es un derecho de todos, e impone al Estado el deber de impedir que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

SEGUNDO: Que el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.*"

TERCERO: Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 1 del Decreto 3523 de 2009, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en los mercados nacionales [...]*"

CUARTO: Que los numerales 3° y 5° del artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, respectivamente, establecen como funciones del Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia "*[i]niciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares acerca de infracciones a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas*", así como, "*[t]ramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.*"

QUINTO: Que mediante escrito radicado con el número 09-014380 del 13 de febrero de 2009,¹ el doctor Alfonso Miranda Londoño, en calidad de apoderado especial de AVANTEL S.A., en adelante AVANTEL, presentó queja en contra de la sociedad TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A., en adelante MOVISTAR, por la presunta realización de prácticas comerciales restrictivas.

Señala en su queja que, "*como manifestaciones concretas de las conductas restrictivas de la competencia que dan lugar a la presente denuncia, los días sábado 14 y lunes 16 de junio, sábado 5, lunes 14 y sábado 26 de julio, y sábado 6 y 20 de diciembre de 2008, entre otros, la DENUNCIADA promovió y publicó a través de diferentes medios de*

¹ Folios 1 a 35 del cuaderno 1 del expediente.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

*comunicación sus nuevos servicios para planes prepago y pospago. Este proceder se ha repetido de manera reiterada desde junio del año 2008.*²

De las mencionadas publicaciones y promociones, el apoderado destaca el contenido de tres de ellas como contrario a la libre competencia por incluir de las mismas referencias a los operadores COMCEL y TIGO, excluyendo de estas a AVANTEL. Entre otras se encuentran, *i)* en la prestación de servicios prepago, los usuarios MOVISTAR podrían adelantar mil pesos para abonar a la siguiente recarga marcando el # 202 para poder llamar a TIGO, COMCEL, MOVISTAR y fijos nacionales; *ii)* en los servicios tanto prepago como pospago se implementa una "Nueva Tarifa Única Nacional", también para llamar a TIGO, COMCEL, MOVISTAR y fijos nacionales y; *iii)* en la modalidad de servicio pospago, la posibilidad de elegir "9 números preferidos de cualquier operador celular o fijos nacionales". Sin embargo, no era posible activar un número preferido de AVANTEL.

Manifiesta también AVANTEL que "si estas nuevas facilidades y promociones aplicaban también para las comunicaciones con abonados de **AVANTEL**, es evidente que ello no se manifestó en forma alguna, de manera que la publicidad de **MOVISTAR** constituye clara discriminación contra **AVANTEL** y sus usuarios."³

Adicionalmente, la denunciante señala que "[...] se puede concluir –sin lugar a dudas– que la promoción se refirió concretamente a ciertos competidores de la **DENUNCIADA**, identificados de manera expresa y concreta, como quiera que da cuenta de la forma de llamar y/o enviar mensajes de texto a usuarios de **Comcel, Tigo y Movistar y a los operadores nacionales de telefonía fija**. Resulta por consiguiente claro que la mencionada publicidad no incluyó la información correspondiente a **AVANTEL**, operador de servicios móviles de telecomunicaciones de ámbito y cubrimiento nacional, excluido sin razón ni soporte alguno."⁴

El día 15 de mayo de 2009, mediante oficio radicado con el número 09014380-00006-0001,⁵ AVANTEL aportó nuevas pruebas de las conductas supuestamente contrarias a la libre competencia. En esta comunicación señala: "Esta publicidad vuelve a develar una conducta discriminatoria por parte de **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** en contra de **AVANTEL**, reiterando así los motivos por los cuales se denunció inicialmente dicha conducta."

SEXTO: Que mediante memorando de fecha 15 de abril de 2009, radicado con el número 09-014380,⁶ el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, con base en los hechos señalados en el numeral anterior, ordenó iniciar una averiguación preliminar con el fin de determinar si los hechos contenidos en la queja prestaban mérito para iniciar investigación por la presunta violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas en contra de la sociedad AVANTEL S.A.

En el curso de la averiguación preliminar se recaudaron las siguientes pruebas:

² Folio 8 del cuaderno 1 del expediente.

³ Folio 9 del cuaderno 1 del expediente.

⁴ Folio 10 del cuaderno 1 del expediente.

⁵ Folios 46 a 49 del cuaderno 1 del expediente.

⁶ Folio 36 del cuaderno 1 del expediente.

2010

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

- El día 6 de mayo, mediante oficio radicado con el número 09-014380-00002,⁷ se requirió a la entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones -CRT- para que aportara información sobre la naturaleza técnica, regulatoria y jurídica de los servicios prestados por los operadores AVANTEL, COMCEL y MOVISTAR.
- El día 14 de mayo de 2009 se llevó a cabo una visita de inspección a las instalaciones de la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A. ubicadas en la Calle 100 No. 7-33 de Bogotá.⁸
- El día 19 de mayo de 2009 fue recibido el testimonio del señor Fernando Parra, Gerente de Relaciones con Operadores de AVANTEL S.A. En el curso de la diligencia se le requirió información al declarante respecto del tráfico de llamadas cruzadas entre AVANTEL y MOVISTAR.⁹
- El día 27 de mayo de 2009, mediante oficio radicado con el número 09014380-00019-0001,¹⁰ el señor Fernando Parra Arango remite a esta Delegatura la información requerida en la diligencia de testimonio del día 19 de mayo.
- El día 8 de junio de 2009 se realizó la diligencia de testimonio de Natalia Guerra, Gerente Legal de Telecomunicaciones de Telefónica Colombia S.A.¹¹
- El mismo día 8 de junio de 2009 se recibió el testimonio del señor Luis Germán Peña, Gerente de Segmentos de Telefónica Colombia S.A.¹²
- Con oficio del 8 de junio de 2009, radicado con el número 09014380-00023-001,¹³ la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A. remitió la información que se requirió durante la visita de inspección.
- El día 12 de junio de 2009, mediante oficio radicado con el número 09014380-00025-001,¹⁴ Telefónica Móviles Colombia complementó la información remitida a esta Delegatura el 8 de junio.
- El día 17 de junio de 2009 fue recibido el testimonio del señor Luis Carlos Díaz Osorio, Director de Canales de Comercialización de Telefónica Móviles Colombia S.A.¹⁵
- El día 30 de junio de 2009, la entonces CRT, mediante oficio radicado con el número 09014380-00026-0001,¹⁶ contestó el requerimiento hecho por esta Superintendencia el día 6 de mayo de 2009.

⁷ Folio 37 del cuaderno 1 del expediente.

⁸ Folios 41 a 45 del cuaderno 1 del expediente.

⁹ Folios 55 a 57 del cuaderno 1 del expediente.

¹⁰ Folios 82 y 83 del cuaderno 1 del expediente.

¹¹ Folios 91 y 92 del cuaderno 1 del expediente.

¹² Folios 93 y 94 del cuaderno 1 del expediente.

¹³ Folios 96 del cuaderno 2 a 620 del cuaderno 3 del expediente.

¹⁴ Folios 624 a 627 del cuaderno 3 del expediente.

¹⁵ Folios 628 y 629 del cuaderno 3 del expediente

¹⁶ Folios 630 y 638 del cuaderno 3 del expediente

ABU

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

SÉPTIMO: Que una vez valorada en conjunto la información obrante en el expediente, se prosigue a hacer un análisis de las conductas que motivan la queja presentada, con el fin de determinar si hay mérito suficiente para abrir una investigación formal en contra de MOVISTAR, por la presunta infracción a las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas

Analizado el contenido de las pautas publicitarias que suscitan la queja bajo análisis, esta Delegatura pone de presente lo siguiente:

- a) El día 14 de junio de 2008, fue publicada en la página 1-5 del diario El Tiempo¹⁷ una pauta publicitaria de MOVISTAR en la que promocionaba lo siguiente:

*"Ahora llamar a Comcel, Tigo, movistar y fijos nacionales cuesta lo mismo. TARIFA ÚNICA NACIONAL."*¹⁸

- b) En la misma fecha, en la página 1-7 del mismo diario,¹⁹ MOVISTAR publicó una promoción de las siguientes características:

*"Marca gratis # 202 y adelanta \$1.000 de tu próxima recarga para seguir hablando y enviando mensajes de texto a Comcel, Tigo, movistar y fijos nacionales."*²⁰

- c) El día 5 de julio de 2008 (promoción válida hasta el 31 de julio de 2008), en separata del diario El Tiempo²¹ fue publicada una promoción que contenía lo siguiente:

"9 Preferidos Libres. Todos pueden ser de Comcel, Tigo, Movistar, fijos nacionales o la combinación que tu quieras."

- d) En separata publicitaria de MOVISTAR en el diario El Tiempo, en la que fueron publicadas las promociones aplicables para el mes de febrero de 2009, se anunció:

"Nuevo plan movistar Total Max 500 Todo Incluido (...)

- *500 minutos máximo a los 9 preferidos libres de Comcel, Tigo, movistar y fijos nacionales [...]"*²²

- e) En cuadernillo publicitario de MOVISTAR del mes de marzo de 2009, se publicó la siguiente promoción:

"Marca gratis # 200 y podrás:

- *Hablar con una excelente tarifa a cualquier destino: Comcel, Tigo, **movistar** y fijos nacionales **las 24 horas.** [...]"*²³

¹⁷ Folio 28 del cuaderno 1 del expediente.

¹⁸ Idéntica promoción fue publicada los días 16 de junio, 5 y 14 de julio de 2008.

¹⁹ Folio 28 del cuaderno 1 del expediente.

²⁰ Idéntica promoción fue publicada los días 5 y 26 de julio y 6 y 20 de diciembre de 2008.

²¹ Folio 27 del cuaderno 1 del expediente.

²² Folio 48 del cuaderno 1 del expediente.

Handwritten signature or mark.

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

Pues bien, con el fin de determinar si la publicidad antes referenciada presta mérito para abrir una investigación por prácticas comerciales restrictivas, resulta pertinente efectuar las siguientes precisiones.

Por regla general, las relaciones comerciales entre competidores se inscriben en el principio constitucional de la libertad económica y la libre iniciativa privada, esto dentro de los límites del bien común,²⁴ en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.²⁵ Así las cosas, los empresarios gozan de la libertad de ejercer el comercio y sus relaciones económicas como consideren pertinente, con la única limitante antes considerada, claro está, con observancia de la normatividad vigente.

En este contexto, un empresario o comerciante está facultado para focalizar su publicidad y promociones hacia los consumidores que él considere que constituyen su público objetivo. Por consiguiente, comparar objetivamente dentro de su publicidad sus productos o servicios con los de los competidores que él desee, con la finalidad de atraer clientes potenciales, no constituye, en abstracto, una práctica comercial restrictiva. Asimismo, cuando por razones de diversa índole comercial se mencione el nombre de algún competidor en determinada publicidad, el que dicha mención no se haga exhaustiva y extensiva para que incluya a todos los concurrentes en el mercado respectivo, no es por sí solo, restrictivo de la competencia. De entenderse que así fuera exigible de los agentes económicos, supondría la virtual imposibilidad de publicidad en estas condiciones, en mercados altamente atomizados.

Ahora bien, analizando el caso concreto, los hechos que subyacen a la queja sometida a análisis tienen lugar con ocasión de la publicación de diversos anuncios comerciales de MOVISTAR, en los cuales se ofertan promociones en llamadas que sus abonados podrían realizar hacia algunos operadores de telefonía, omitiendo mencionar específicamente a AVANTEL, quien funge en la presente actuación como quejoso.

En el presente caso, la evidencia sugiere que las promociones que MOVISTAR publicó, en efecto omitieron mencionar a AVANTEL dentro de la posibilidad de cursar llamadas a ese operador con precios de promoción. Sin embargo, también la evidencia sugiere que dichas promociones estaban dirigidas a atraer clientes de sus mayores competidores para lograr convertirlos en clientes propios.

En este sentido, el señor Luis Carlos Díaz, Director de Canales de Comercialización de Telefónica Móviles Colombia S.A., sostuvo en su declaración:

²³ Folio 47 del cuaderno 1 del expediente.

²⁴ Constitución Política de Colombia. Artículo 333.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-338 de 1993, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

"La autonomía de la voluntad privada consiste en el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad."

MS

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

“Preguntado: Cuando sale la publicación, que usted dice que la conoció, ¿en esa comunicación qué operadores de telefonía móvil celular citan ustedes ahí?

Respondió: Vea los que...ah, ya claro. Yo ahí cité los, bueno inicialmente se citaba siempre es solo a Comcel, mi mercado objetivo son los clientes de Comcel. Lo que sucede es que desde el año pasado a raíz de este... de la bajada de interconexión, Tigo salió supremamente agresivo, entonces toda la publicidad la enfocamos a competir directamente con Comcel y con Tigo, entonces yo le estoy hablando con esa publicidad a los clientes de Comcel y de Tigo, diciéndoles –oiga vea, no se preocupe por su comunidad, ahora conmigo ya tiene la posibilidad de entrar.”²⁶

Las cifras emitidas por esta Entidad a diciembre de 2008 sobre el total de abonados a los operadores de telefonía móvil en Colombia son indicativas de los potenciales clientes hacia los cuales MOVISTAR enfocó su publicidad. En efecto, el universo de abonados – a diciembre de 2008 – se encontraba distribuido así: veintisiete millones veinticuatro mil ciento treinta y cuatro (27.024.134) de ellos pertenecían al operador COMCEL, nueve millones novecientos sesenta y tres mil noventa y cinco (9.963.095) pertenecían a MOVISTAR, tres millones setecientos cincuenta y dos mil seiscientos cuarenta y siete (3.752.647) eran de TIGO, y ciento treinta y un mil trescientos ocho (131.308) usuarios eran del operador AVANTEL.²⁷ Es decir, COMCEL tenía el 66.33 por ciento del mercado de telefonía móvil.

A partir de estas cifras, es posible inferir que el más grande competidor de MOVISTAR en el mercado de la telefonía móvil era COMCEL. Esta condición, naturalmente, lo posiciona en un claro objetivo de captación de clientes por parte de MOVISTAR, al margen de cualquier consideración en relación con los demás operadores que figuraron en la publicidad en cuestión.

Con fundamento en el análisis de la información recaudada en la presente actuación se pudo observar que las conductas denunciadas buscaban captar la mayor cantidad de clientes, de los cerca de cuarenta millones de abonados que existen en Colombia, con la intención de convencerlos de un cambio de operador, lo cual, en abstracto, no es una conducta que tenga el mérito suficiente para ser investigada a la luz de las normas de libre competencia.

En este orden de ideas, aún cuando la omisión a la que hace referencia AVANTEL en su queja se encuentra acreditada, las explicaciones de MOVISTAR al respecto encuentran fundamento lógico, por cuanto – al menos preliminarmente – dichas omisiones están asociadas al ejercicio de la autonomía de la voluntad privada y a la libertad económica y de empresa.

De acuerdo con lo anterior, en la presente averiguación preliminar no existen pruebas suficientes que presten mérito para iniciar una investigación por la presunta violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas. Por tal razón se procederá a su archivo.

En mérito de lo expuesto, esta Delegatura,

²⁶ Testimonio de Luis Carlos Díaz. CD Folio 629. Minuto 12:01 a 12:46.

²⁷ http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Boletines_Prensa/2009/Boletin_Prensa_Telefonia_2008.pdf

ABMS

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar el archivo del expediente radicado con el número 09014380, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: Reconocerle personería al doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO como apoderado especial de la sociedad AVANTEL S.A. en los términos del poder conferido.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido del presente acto administrativo al doctor ALFONSO MIRANDA LONDOÑO, en su calidad de apoderado especial de la sociedad AVANTEL S.A., entregándole copia del mismo e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los **16 MAR 2010**

El Superintendente Delegado para la Promoción de la Competencia


JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA

NOTIFICAR:

Doctor
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
C.C. 19.489.333 de Bogotá
T.P. 38.447 del C.S.J
Apoderado
AVANTEL S.A.
Carrera 11 No. 93-92
Bogotá

JSC/inch 