



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 8 6 2 DE 2017

(27 FEB. 2017)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación: N° 16-117333

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (E)

En ejercicio de sus facultades legales en especial de las conferidas por la Ley 1341 de 2009, el numeral 6 del artículo 11 del Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, mediante Resolución No. 62889 del 26 de septiembre de 2016, impuso una sanción a la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., identificada con NIT. 800.153.993-7, porque a juicio de dicha instancia las explicaciones dadas por la referida sociedad no fueron suficientes para exonerarlo de responsabilidad, al condicionar: i) el acceso a los incentivos asociados a las ofertas promocionales sobre equipos terminales móviles, a la suscripción y/o existencia de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago, con un valor mensual del plan mínimo predeterminado y; ii) la desaparición de los incentivos obtenidos por los usuarios al momento de suscribir el contrato de compraventa de equipos terminales móviles, frente a la ocurrencia de situaciones que den lugar a la terminación o incumplimiento de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago, razón por la cual declaró el incumplimiento del literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y el artículo 17A¹ de la Resolución CRC 3066 de 2011.

La decisión de sanción se impuso teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 y atendió a la naturaleza de la infracción y las implicaciones del incumplimiento de lo previsto en las mencionadas disposiciones, en relación con los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones.

SEGUNDO: Que inconforme con la citada resolución, el apoderado especial de la sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., interpuso los recursos de reposición y, en subsidio, el de apelación, mediante escrito de fecha 21 de octubre de 2016, en el que adujo en términos generales los siguientes argumentos:

i) "VIOLACIÓN DE LAS NORMAS EN LAS QUE SE FUNDAMENTA LA RESOLUCIÓN".

• ***"Violación por aplicación indebida del artículo 4º y del literal b) del artículo 10.1. de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC (la "Resolución 3066") – COMCEL no violó el principio y el derecho a la libre elección de los usuarios previsto en las normas citadas".***

¹ Modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Alegó el apoderado de la sociedad investigada que: “[l]a Resolución impugnada incurre en el segundo supuesto expuesto por el Consejo de Estado, toda vez que COMCEL no limitó el derecho de libre elección del consumidor.

La modalidad de contratación ofrecida por COMCEL, le otorga al usuario la posibilidad de (i) adquirir únicamente el dispositivo móvil, al precio de mercado; (ii) adquirir únicamente el plan de servicios, para ser usado con un dispositivo móvil distinto, al precio de mercado del plan tarifario que escoja; o (iii) adquirir el dispositivo móvil bajo el incentivo ofrecido, caso en cual (sic) tendrá derecho a acceder a ciertos beneficios en el precio del dispositivo móvil.

(...)

La conducta de COMCEL se ciñe estrictamente a las dos normas que la SIC estimó violadas, teniendo en cuenta que el equipo y el plan de servicios están disponibles para el consumidor de manera independiente y no es indispensable adquirir el uno para acceder al otro. En esa medida, se está respetando el derecho del consumidor a elegir libremente.

Por otra parte, el consumidor tiene una tercera opción, que es adquirir el equipo con un descuento bajo el esquema del incentivo propuesto, lo que no implica el condicionamiento de la adquisición del equipo a la suscripción al plan de servicios pues, se repite, los dos están disponibles para el consumidor sin vínculo alguno entre sí. Ese vínculo se produce como una tercera opción que le permite al usuario adquirir el equipo a un precio significativamente más bajo que el que tiene si se compra de manera individual. En la medida que se trata de tres posibilidades claramente diferenciables entre sí, y que el usuario puede acudir a cualquiera de ellas libremente, no existe limitación en la libertad de elección del proveedor, el equipo o el plan tarifario para el consumidor.

Dentro de la promoción por la que se ha sancionado a COMCEL, si el usuario incumple con las condiciones del incentivo deja de recibir el beneficio del programa y queda nuevamente en la situación en la que habría estado si no hubiera accedido a la promoción, que es con la posibilidad de adquirir el equipo en condiciones de mercado (sin el descuento) y de adquirir el plan tarifario que más le convenga. No existe un solo término de la promoción que le impida al usuario acceder a cualquiera de las tres opciones que tiene disponible.”.

• **“Violación por interpretación errónea del artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011”.**

Manifestó el apoderado de la sociedad investigada que: “[e]l criterio que la SIC expresa en los dos apartes anteriores, según el cual cualquier incidencia o vinculación entre el contrato de adquisición del equipo y el plan de servicios está prohibida por el artículo 17A de la Resolución 3066 (modificado por la Resolución 4444), resulta contrario al texto de la norma, el cual prohíbe solamente la forma de vinculación entre los dos contratos que consiste en **condicionar** la adquisición de un equipo a la celebración de un determinado contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones; sin que resulte del texto legal una prohibición a las conductas de vinculación o incidencia mismos que no están previstas (sic) por la norma.

(...)

De esta manera no es el artículo 17A de la Resolución 3066, la norma en la que debe fundarse el acto administrativo, pues esta no prohíbe que unos contratos afecten, modifiquen o incidan en los otros. Ello se establece en un estudio que realizó la CRC como herramienta de expedición normativa y que dio lugar a la expedición de una norma con un alcance más restringido, la cual cito nuevamente:

(...)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Claramente, a la prohibición de 'condicionar' la venta de un terminal a la celebración de contratos de servicios, la SIC le sumó los conceptos de 'pactar' y 'asociar', que existían en las explicaciones que se incluyeron en los comentarios de la conducta expuestos en el documento 'Respuestas a comentarios al documento: Modelos de adquisición de terminales móviles: cláusulas de permanencia mínima en los servicios de comunicaciones y subsidios de comunicaciones móviles' elaborado por la CRC. Estos verbos rectores de la conducta, que la ampliaban más allá de aquella que 'condiciona' a las que pudieren además 'modificar' o 'incidir', fueron excluidos de la norma, la cual solamente prohíbe 'condicionar' pero no 'modificar', 'incidir', 'pactar' o 'asociar'. Ya se verá más adelante que esta promoción, en gracia de discusión 'asocia' un contrato con el otro, pero esa asociación no implica un condicionamiento, puesto que no se le exige al usuario que realice una transacción, so pena de no poder realizar otra, que es en lo que consiste 'condicionar'.

A pesar de que el documento de la CRC contiene un criterio más amplio, al incluir acciones tales como 'pactar', 'asociar' y 'subordinar', esa recomendación no se trasladó a la norma, la cual es clara en limitar la prohibición a la acción de 'condicionar'. Es errónea la interpretación que amplía la acción de 'condicionar' a los supuestos de 'modificar', 'incidir', 'pactar' o 'asociar', que no hacen parte de la prohibición legal.

En consecuencia, es errónea la interpretación de la norma que hace la Resolución cuando concluye que ella prohíbe cualquier relación entre el contrato de adquisición del equipo y el de la prestación del servicio (...). [I]o que la norma prohíbe es un tipo de relación específica, que es la que consiste en que se condicione la compraventa o cualquier acto de enajenación de los equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles". (Destacado original).

• **"Violación por aplicación indebida del artículo 17A de la Resolución 3066 del 2011 de la CRC – Comcel no condicionó la adquisición de equipo alguno a la celebración de un determinado contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones".**

Adujo la investigada que: "(i) COMCEL no ha condicionado la venta del equipo a la celebración de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones.

La SIC ha estudiado de manera rigurosa el concepto de condicionar o subordinar la celebración de un negocio a la conclusión de otro, y lo ha hecho a propósito de la aplicación del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. En este contexto, la SIC ha concluido que condicionar o subordinar un negocio a la celebración de otro consiste en lo siguiente:

(...)

Está claro que se condiciona la venta de un bien o servicio cuando el proveedor se niega llevarla a cabo, salvo que el consumidor acepte un bien o servicio adicional que no le interesa adquirir y que por su naturaleza no es el objeto del negocio. De esta manera queda el consumidor obligado, o forzado en los términos transcritos arriba a adquirir un bien o servicio que no desee.

En el presente caso, como se dijo al principio de este memorial el consumidor puede (i) adquirir de COMCEL cualquier equipo de forma independiente, sin obligación alguna de suscribirse a un contrato de prestación de servicios de COMCEL; (ii) celebrar con COMCEL cualquier contrato de prestación de servicios de comunicaciones, sin estar obligado a adquirir un equipo específico; en consecuencia, el usuario en ningún momento vio coartado su derecho de elección respecto a la compra del equipo o el plan de servicio.

(ii) La afectación del incentivo por la mora en el pago del contrato de servicios no es un condicionamiento en los términos de la Resolución 3066.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Siguiendo lo manifestado en acápite anteriores, es menester reiterar que la afectación del incentivo por la mora en el pago del contrato de servicios de telecomunicación móvil, no es una transgresión al artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011. Contrario a la extensa interpretación expuesta en la resolución impugnada, el inciso segundo del artículo 17A se limita a prohibir el condicionamiento de la celebración de contratos de prestación de servicios de telefonía móvil a la venta de equipos móviles:

(...)

La mora en el servicio de telefonía no afectaba la adquisición del equipo, sin embargo si incidía en (sic) incentivo, situación que no está prohibida por la norma. Como se advierte en la oferta comercial, si el usuario incumple con las condiciones del incentivo, deja de recibir el beneficio del programa y queda nuevamente en la situación en la que habría estado si no hubiera accedido a la promoción, que es con la posibilidad de adquirir el equipo en condiciones de mercado (sin el descuento) y de adquirir el plan tarifario que más le convenga. No existe un solo término de la promoción que le impida al usuario acceder a cualquiera de las tres opciones que tiene disponibles.

En consecuencia de lo anterior, el condicionamiento del incentivo no es una trasgresión del artículo 17A, por tratarse de un supuesto fáctico que no está incluido en la norma, y adicionalmente, pues este no afecta la venta del equipo en condiciones del mercado ni la prestación de los servicios de telefonía móvil a libertad del usuario”.

ii) “FALSA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EN LA DOSIFICACIÓN DE LA MULTA”.

Indicó el recurrente que: “[l]a Resolución en cuestión adolece de falsa motivación, en tanto se condena y agrava la conducta con base en una supuesta confesión que no fue realizada por COMCEL.

De acuerdo con lo expuesto a folio 33 de la Resolución 62889 de 2016, se advierte erróneamente que a folio 13 del plenario, el proveedor confesó en su escrito de descargos el condicionamiento entre los contratos de prestación de servicio y el contrato de compraventa de equipos móviles:

(...)

Al respecto es menester manifestar, que el acápite citado anteriormente no hace parte del memorial de descargos presentado por COMCEL oportunamente en el proceso de la referencia. Contrario a la imputación antes referenciada, el folio 13 del expediente, no hace parte de la integralidad del memorial de Descargos, como por el contrario se trata de una copia de uno de los contratos de compraventa de equipos móviles.

Con base en lo anterior, se incurrió en falta (sic) motivación de la resolución, toda vez que COMCEL jamás confesó la supuesta ocurrencia de la conducta. Con el agravante de que esta es una de las situaciones fácticas en las que se basa la resolución para alegar la gravedad de la conducta y la imposición de multa.

Adicionalmente, llama la atención que este mismo agravante o situación fáctica con la misma indicación de folio se observa en la Resolución No. 58270 de 2016 que impone una sanción a otro proveedor de servicios de telecomunicaciones por supuestamente realizar conductas similares. Es posible que la aplicación a COMCEL de este criterio obedezca a una confusión involuntaria de la SIC entre los dos proveedores, que la habría llevado a aplicar una causal de agravación en la que no incurrió mi poderdante, sino un investigado distinto.”.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

iii) “DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA DE COMCEL”.

Sobre este punto argumentó el recurrente que: “[l]a Resolución recurrida desconoce el derecho a la defensa de COMCEL mediante la negación a la solicitud y práctica de pruebas de COMCEL y posterior declaratoria de improcedencia del recurso de reposición interpuesto contra el acto que negó el decreto de pruebas. Al respecto es necesario llamar la atención respecto de la procedencia del recurso de reposición contra el acto administrativo que niega pruebas en el marco de un proceso administrativo sancionatorio.

Contrario a lo expuesto en la resolución el acto administrativo que niega la práctica de una prueba no es un acto de trámite pues si bien no define el fondo de la cuestión, tienen una importancia innegable para la definición del mismo. Lo anterior constituye una garantía mínima que hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso en materia administrativa.

(...)

A lo anterior, se suma que ni en el CPACA ni en la Ley 1341 de 2009 existe una prohibición que impida que los administrados interpongan recursos de reposición contra el acto administrativo que niega el decreto o la práctica de pruebas. Por esta razón debe aplicarse por analogía las leyes que regulen situaciones fácticas similares, como lo establece el artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

(...)

Si bien entendemos que las Ley 1340 de 2009 no se aplica al presente procedimiento, es claro que esa norma que también regula el actuar de la SIC considera que la decisión sobre la conducencia de una prueba no es un acto de trámite. El mismo acto –el que decide sobre la solicitud de una prueba- no puede ser de trámite para unos procesos que adelante la SIC e interlocutorio para otros. Claramente se trata de un acto interlocutorio que puede ser discutido, por lo que no es procedente descartar el recurso de reposición sobre la base que es un “acto de trámite”, como lo dijo la resolución para rechazar el recurso.

Así pues, no existe un fundamento válido para que una misma autoridad administrativa, aplicando procedimientos análogos, niegue la posibilidad de recurrir un mismo acto administrativo”.

iv) “DOSIFICACIÓN DE LA PENA”.

Adujo el recurrente que: “[e]l criterio para graduar la sanción en los términos de la resolución, se fundamenta en que COMCEL cometió una conducta clasificada por el despacho como grave, por contravenir en varias oportunidades las disposiciones consagradas en los artículos 10.1 literal b) y 17A de la Resolución 3066, al respecto y de acuerdo a lo señalado en las consideraciones precedentes no existió una conducta que afectara y mucho menos en forma gravosa ni los bienes jurídicamente tutelados y mucho menos de los derechos del consumidor.

En ese sentido, reiteramos que la prohibición que describe la norma es la de “condicionar” al consumidor, y en consecuencia de dicho condicionamiento dejando sin opciones frente a la posibilidad de adquirir un equipo o contratar un servicio, situaciones que como ya explicamos no se presentaron y mucho menos propiciaron por COMCEL puesto que el consumidor siempre tuvo la posibilidad de elegir entre otras cosas la modalidad de adquisición que hoy resulta objeto de reproche.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Adicionalmente, uno de los elementos que determinó la gravedad de la conducta fue la supuesta confesión realizada por mi representada en el folio 13 de su escrito de descargos la cual, como se indicó anteriormente, no ocurrió y la referencia que señala el despacho en la resolución no coincide ni en su forma ni en su fondo con lo manifestado por COMCEL, circunstancia que no (sic) hace presumir que el análisis de la gravedad de la conducta corresponden a la investigación realizada a otro proveedor de servicios de telecomunicaciones.

De otra parte, consideramos que es de relevancia mayor hacer un análisis sobre la inexistencia del daño, situación sobre la cual no se pronunció el despacho y que debió y debe ser tomada en cuenta al momento de graduar la imposición de la sanción. En este momento el usuario tienen tres opciones: (i) adquirir únicamente el dispositivo móvil al precio del mercado; (ii) adquirir únicamente el plan de servicio para ser usado en un dispositivo móvil distinto, al precio del mercado del plan tarifario que escoja; o (iii) adquirir el dispositivo móvil bajo el incentivo ofrecido, caso en el cual tendrá derecho a acceder a ciertos beneficios en el precio del dispositivo móvil. En caso que se establezca la improcedencia de la tercera opción, el consumidor quedará limitado a las dos primeras. La promoción que se ha sancionado en ningún momento representa para el consumidor un aumento en el costo del equipo o en el plan de servicios, comparados éstos con los valores que tienen cuando se venden en forma completamente independiente. Era un simple descuento que, si se perdía, dejaba al usuario en condiciones de mercado respecto de los dos productos. En ningún caso le representaba un costo adicional.

Teniendo en cuenta la inexistencia de perjuicio para el consumidor y el hecho de que a mi poderdante se le agravó la pena por una confusión involuntaria de la Superintendencia con los descargos de otro operador, solicitamos respetuosamente que la misma se disminuya en la proporción que corresponde”.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 87851 del 20 de diciembre de 2016, se resolvió el recurso de reposición, la que confirmó el acto administrativo impugnado y concedió el subsidiario de apelación.

CUARTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este despacho procederá a resolver todas las cuestiones planteadas, estudiando los cargos así:

a) Síntesis del caso.

El caso presente trata de diversas piezas publicitarias conocidas y recaudadas por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, y trasladadas el 5 de mayo de 2016 a la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, a través de las cuales se observó que presuntamente el proveedor de servicios condicionó: i) el acceso a los incentivos asociados a las ofertas promocionales sobre equipos terminales móviles, a la suscripción y/o existencia de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago, con un valor mensual del plan mínimo predeterminado y; ii) la desaparición de los incentivos obtenidos por los usuarios al momento de suscribir el contrato de compraventa de equipos terminales móviles, frente a la ocurrencia de situaciones que den lugar a la terminación o incumplimiento de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago.

Frente a lo anterior, el proveedor de servicios manifestó que no existió transgresión a las normas imputadas por cuanto: (i) para la época en que se hizo accesible la oferta al público, los usuarios podían elegir si la aceptaban o no; (ii) Comcel ofrecía los mismos equipos a elección del usuario con o sin plan de cuota, ya fuera en planes pospago o prepago, o bajo la modalidad de reposición de equipo, sin que la existencia del incentivo implicara para el

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

usuario tener una oferta limitada o insuficiente de opciones que llegaren a limitar su derecho de libre elección, según lo previsto en la regulación; (iii) el contrato de servicios de comunicaciones es independiente del contrato de pago de equipos a cuotas, y la condición de no estar en mora fue catalogada como un simple recordatorio del cumplimiento de las obligaciones previstas en la regulación; (iv) si bien los contratos tenían una vigencia determinada, lo cierto es que estos podían darse por terminado en cualquier momento, cancelando el valor correspondiente al equipo, situación ajustada a la ley y, que responde a la obligación del pago por los productos utilizados para el consumo propio; (v) la venta de equipos terminales no estaba condicionada a la celebración del contrato de prestación de servicio de comunicaciones, y en ningún momento se incluyó dentro de las cláusulas del contrato de venta de equipos, estipulación alguna que impidiera a los usuarios terminar el contrato antes de la vigencia señalada en el mismo y; (vi) el incentivo ofrecido sólo buscaba brindarle a los consumidores la oportunidad de acceder a teléfonos de alta gama a un valor conveniente, por gozar de un número de cuotas que no tendrían que ser asumidas por el consumidor.

Argumentos en relación con los cuales, el fallador de primera instancia determinó que la sociedad investigada con su actuar: (i) subordinó el acceso y conservación de los incentivos asociados a las ofertas promocionales sobre equipos terminales móviles, a la suscripción, permanencia y cumplimiento de los planes pospago, lo cual impide el ejercicio del derecho de libre elección de los usuarios y desconoce el criterio de independencia que debe haber entre el contrato de prestación de servicios y el de adquisición de equipos terminales móviles y; (ii) condicionó la desaparición de los incentivos obtenidos por los usuarios al momento de suscribir el contrato de compraventa de equipos terminales móviles, de presentarse situaciones que derivaran en la disminución, terminación o incumplimiento de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago, motivo por el cual la investigada inobservó lo previsto en literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y el artículo 17A² de la Resolución CRC 3066 de 2011.

b) Problema Jurídico:

El caso sometido a estudio, se circunscribe a establecer si en efecto la sociedad investigada quebrantó lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y el artículo 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011 (modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014) y, por ende, determinar si es procedente la imposición de las sanciones previstas en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

En este orden de ideas, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto en los mencionados artículos, respecto de los cuales se predica el incumplimiento por parte de la sociedad investigada así:

“Artículo 10. Derechos y obligaciones de los usuarios de los servicios de comunicaciones. *El presente artículo contiene a manera de resumen y en forma general, los principales derechos y obligaciones de los usuarios, los cuales se desarrollan de manera detallada a lo largo de la presente resolución.*

*10.1. Son derechos del usuario de los servicios de comunicaciones, los siguientes:
(...)*

b. Elegir libremente el proveedor, los equipos o aparatos necesarios para la prestación de los servicios, los servicios de su elección y el plan tarifario, lo anterior de acuerdo a sus necesidades personales.”

² Modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Por su parte el artículo 17A modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014, dispone lo siguiente:

“Artículo 17A. Prohibición de establecimiento de cláusulas de permanencia mínima en comunicaciones móviles. A partir del 1° de julio de 2014, los proveedores de servicios de comunicaciones móviles que ofrezcan de manera individual o empaquetada dichos servicios, en ningún caso podrán ofrecer a los usuarios, ni incluir en los contratos, tanto de prestación de servicios de comunicaciones como de compraventa de equipos terminales móviles, cláusulas de permanencia mínima, ni siquiera con ocasión del financiamiento o subsidio de equipos terminales móviles, ni del financiamiento o subsidio del cargo por conexión, ni por la inclusión de tarifas especiales que impliquen un descuento sustancial.

Para el efecto, los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles y los contratos de compraventa o cualquier acto de enajenación de equipos terminales móviles u otros equipos requeridos para la prestación del servicio, deberán pactarse de manera independiente con el usuario. Los contratos de compraventa de equipos terminales móviles deberán incluir las condiciones relativas a la forma de pago, cuando se establezca entre las partes una obligación de pago diferido. Queda prohibido a los proveedores de servicios de comunicaciones móviles condicionar la celebración de los contratos de prestación de servicios a la venta de dichos equipos, por lo que el usuario puede adquirir el equipo terminal móvil de su elección a través de la persona autorizada que éste desee. Los proveedores de servicios de comunicaciones móviles tampoco podrán condicionar la compraventa o cualquier acto de enajenación de los equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles.

PARÁGRAFO 1°. De acuerdo con lo establecido en el numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, constituyen una infracción a la ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la realización de subsidios cruzados entre el servicio de comunicaciones móviles y la venta de equipos terminales móviles.

PARÁGRAFO 2°: El Comité Comisionados de la Comisión de Regulación de Comunicaciones podrá modificar la fecha a la que hace referencia el presente artículo.”.

En este orden de ideas y luego de enunciar las normas cuya transgresión se imputa a la sociedad investigada, procederá el despacho a analizar cada uno de los argumentos planteados en el escrito de los recursos por parte del recurrente.

i) En relación con “VIOLACIÓN DE LAS NORMAS EN LAS QUE SE FUNDAMENTA LA RESOLUCIÓN”.

Para desatar el presente argumento este despacho analizará los cuestionamientos planteados por el impugnante respecto a la indebida aplicación del artículo 4 y literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución CRC 3066 de 2011, así como la interpretación errónea del artículo 17A Ibídem junto con su indebida interpretación, como se expone a continuación:

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

• Frente al argumento: ***“Violación por aplicación indebida del artículo 4º y del literal b) del artículo 10.1. de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC (la “Resolución 3066”) – COMCEL no violó el principio y el derecho a la libre elección de los usuarios previsto en las normas citadas”.***

La censura del recurrente se orienta en señalar que la investigada no limitó el derecho a la libre elección de los usuarios, como quiera que la modalidad de contratación ofrecida le otorga a aquellos la posibilidad de adquirir (i) únicamente el equipo terminal al precio del mercado, (ii) únicamente el plan de servicios para ser usado con un equipo móvil de otro operador al precio del mercado y, (iii) el equipo terminal bajo el incentivo ofrecido, en donde tendrán derecho a acceder a ciertos beneficios en el precio de dicho equipo. Así las cosas, el actuar de Comcel S.A. no vulnera las normas imputadas pues tanto el plan de servicios como el equipo terminal están disponibles a los consumidores de manera independiente y *“(…) no es indispensable adquirir el uno para acceder al otro. En esa medida, se está respetando el derecho del consumidor a elegir libremente”.*

Finalmente, agregó que *“[d]entro de la promoción por la que se ha sancionado a COMCEL, si el usuario incumple con las condiciones del incentivo deja de recibir el beneficio del programa y queda nuevamente en la situación en la que habría estado si no hubiera accedido a la promoción, que es con la posibilidad de adquirir el equipo en condiciones de mercado (sin el descuento) y de adquirir el plan tarifario que más le convenga”.*

Al respecto, es pertinente informarle a la investigada que la libertad de elección es en primera medida un principio que debe regir las relaciones de consumo entre los usuarios y los proveedores de servicios de comunicaciones al momento de la oferta, de la celebración del contrato y durante la ejecución del mismo, y dada su importancia prohíbe que los proveedores o terceros con poder de decisión o disposición pueden limitar, condicionar o suspender el derecho de libre elección de los usuarios.

Dicho derecho se encuentra dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución CRC 3066 de 2011, y permite que los usuarios de los servicios de comunicaciones elijan libremente (i) el proveedor, (ii) los equipos necesarios para la prestación del servicio y, (iii) los servicios de su elección junto con el plan tarifario, de acuerdo a sus preferencias personales, pues su elección le corresponde exclusivamente a ellos.

Así las cosas, este derecho cobra especial relevancia como quiera que toda conducta que limite o condicione las decisiones de consumo de los usuarios respecto al proveedor, equipos y servicios, restringe el ejercicio exclusivo que opera en cabeza de los usuarios e interfiere en la manera libre y espontánea que tienen aquellos de escoger -de acuerdo a sus preferencias y restricciones presupuestales- el plan tarifario que deseen, como el proveedor y los servicios de su elección. De ahí que la protección a este derecho esté determinada con claridad por el regulador en el Régimen de Protección a Usuarios y en la Resolución CRC 4444 de 2014 y, por ende, no obedece a una interpretación de esta Entidad, como lo pretende hacer ver el recurrente.

Precisamente, el fallador de primera instancia en el acto impugnado manifestó frente a este derecho que *“(…) cualquier conducta tendiente a limitar o condicionar la decisión que pueda tomar un usuario referente al tipo de plan o servicio que pretende adquirir, resulta trasgresora del régimen de protección de usuarios de servicios de comunicaciones previsto en la Resolución CRC 3066 de 2011, y por ende, susceptible de ser sancionada conforme a lo previsto en los artículos 64 y 65 de la Ley 1341 de 2009, pues vulnera esa prerrogativa exclusiva del usuario de servicios de comunicaciones, prevista para que éste pueda tomar decisiones de consumo frente a los proveedores, los equipos, los servicios y el plan tarifario, de manera libre y espontánea, pero sobre todo, atendiendo a sus necesidades personales,*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

es decir, excluyendo cualquier incidencia de parte del proveedor de servicios de comunicaciones en dichas decisiones”.

Aclarada la relevancia que enmarca la protección del derecho a la libre elección, esta instancia encuentra que en el supuesto fáctico analizado la sociedad investigada quebrantó lo previsto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución CRC 3066 de 2011, como quiera que del análisis de la publicidad emitida para el período de mayo de 2015 a febrero de 2016, se evidencia que para que los usuarios pudieran acceder a los incentivos económicos para la adquisición de los equipos terminales móviles, debían suscribir un contrato de servicios de comunicaciones en la modalidad pospago, con unos cargos fijos de \$69.900 y \$71.900 pesos, lo cual va directamente en contravía del derecho que le asiste únicamente a los usuarios de escoger el plan tarifario que más se ajuste a sus necesidades personales.

Lo anterior, debido a que en la publicidad objeto de estudio se señaló de manera expresa que el incentivo sólo procedía si los usuarios diferían la compra del equipo terminal a 24 cuotas, y activaban un plan en la modalidad pospago, aparentemente escogido por el usuario libremente, pero que estaba limitado por un cargo básico predeterminado por el proveedor. En otras palabras, para acceder a los incentivos ofrecidos por Comcel S.A. en la adquisición de los equipos terminales móviles, los usuarios debían someterse a los condicionamientos en la tarifa del cargo fijo y en la modalidad del plan a contratar, lo cual sin lugar a dudas vulnera el derecho a la libre elección de aquellos.

Por lo tanto, los argumentos del recurrente no son procedentes ya que del análisis del acervo probatorio es evidente que la sociedad sancionada vulneró el derecho de libre elección de los usuarios, al condicionar los incentivos asociados a las ofertas promocionales sobre equipos terminales móviles, a la suscripción de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en la modalidad pospago con un cargo fijo establecido por el mismo proveedor, lo que tiene como efecto adicional desconocer la independencia que debe existir entre los contratos de compraventa de equipos terminales y los contratos de prestación de servicios de comunicaciones.

En consecuencia, mal puede pretender la investigada alegar que respeta el derecho de libre elección de los usuarios por cuanto aquellos pueden decidir si adquieren sólo el equipo terminal, o sólo el plan de servicios de comunicaciones, o el equipo terminal bajo el incentivo ofrecido -caso en el cual deben cumplir con las condiciones del mismo-, por cuanto el juicio de reproche realizado por esta Entidad se circunscribe justamente a que en el tercer caso, los incentivos para acceder a la oferta de la adquisición del equipo terminal móvil están condicionados a la suscripción de un contrato de servicios de comunicaciones, evento en el cual los usuarios no pueden elegir libremente el plan a contratar, como quiera que el cargo fijo está previamente dispuesto por el proveedor, situación que sin duda alguna transgrede lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Por las consideraciones anteriores, este despacho considera que la actuación del *a quo* en este punto se encuentra ajustada a derecho y por tanto no están llamados a prosperar los argumentos del recurrente.

•Frente al argumento: “Violación por interpretación errónea del artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011”.

Sobre este punto, el recurrente manifestó que el contenido del artículo 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011, modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014, solamente prohíbe el condicionamiento entre los contratos de adquisición de un equipo terminal y la prestación de servicios de comunicaciones, sin que de ello resulte una prohibición a las conductas de vinculación o incidencia en los mismos como parece

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

entenderlo la SIC, es decir, la citada norma no prohíbe que unos contratos afecten, modifiquen o incidan en los otros, pues esto obedece es al estudio realizado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones que dio lugar a la expedición de una norma con un alcance más restringido.

Y añadió que "(...) es errónea la interpretación de la norma que hace la Resolución cuando concluye que ella prohíbe cualquier relación entre el contrato de adquisición del equipo y el de la prestación del servicio (...). [I]o que la norma prohíbe es un tipo de relación específica, que es la que consiste en que se condicione la compraventa o cualquier acto de enajenación de los equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles".

Sobre dichos argumentos es preciso señalar que el artículo 17A ibídem, modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014, prevé una serie de hipótesis fácticas que no se circunscriben a la interpretación que le ha sido atribuida por parte de la investigada, para quien las conductas objeto de reproche obedecen de forma irrestricta a la acción positiva de condicionar la compraventa de los equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones.

Así, la norma en comento, regula dos situaciones a saber respecto al caso concreto: (i) la independencia que debe existir entre los contratos de adquisición de equipos terminales móviles o cualquier acto de enajenación de aquellos y los contratos de prestación de servicios de comunicaciones, así como de las condiciones de cada uno de ellos y (ii) la prohibición de condicionar la venta o cualquier acto de enajenación de equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de servicios de comunicaciones y viceversa.

Es así como este despacho reitera que en efecto, el tenor literal del artículo no fue desatendido por el fallador de primera instancia. Para ello, se debe tener en cuenta que el propio regulador remitió documento a esta Superintendencia bajo el radicado No. 16 – 112044, a través del cual, explicó que de acuerdo a los análisis adelantados en el año 2014 evidenció la necesidad de que los proveedores separaran **totalmente** los contratos de adquisición de equipos terminales móviles de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones, así como que las condiciones ofrecidas para el pago diferido del equipo terminal, en ningún caso pueden estar relacionadas con las condiciones de la prestación del servicio.

Para tal efecto, afirmó que "*Por independiente debe entenderse '1. Adj. Que no tiene dependencia, que no depende de otro. (...) de lo cual se desprende que las estipulaciones relacionadas con el pacto de la venta a plazos o cuotas u otros beneficios asociados a los pagos diferidos (V. gr. relativos a cuotas gratuitas o condonadas o similares), contenidas en el contrato de adquisición de terminales, no pueden depender o estar sometidos a una condición que se sustente en el devenir del contrato de prestación de servicios de comunicaciones (estado de cartera, modificación en el valor del plan elegido) o depender incluso de su misma existencia.*

En suma, la presencia de estipulaciones entre ambos contratos que aten el devenir de la cláusula de pago diferido a cuotas a la permanencia con el servicio o al estado de pagos frente al servicio u otra circunstancia, rompe el principio de independencia de los contratos"³.

De esta forma, este despacho precisa al contradictor que la interpretación que a su juicio es errada, se ajusta a la dada por el ente regulador, es decir, que no obedece a una interpretación extensiva adicional formulada *motu proprio* por parte de esta Superintendencia, ya que en ejercicio de la función establecida en el numeral 32 del Decreto 4886 de 2011, esta

³ Negrilla fuera del texto original.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Entidad tiene el deber de velar por la observancia de las disposiciones que en materia de protección de usuarios de servicios de comunicaciones expida la Comisión de Regulación de Comunicaciones, función que debe ser desarrollada en coherencia con la normatividad que sobre el supuesto en particular se encuentre vigente, la cual para el caso del artículo 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011, fue aludida en el mencionado concepto.

En esa medida, es evidente que la disposición regulatoria es clara en determinar que los contratos de prestación de servicios de comunicaciones y los contratos de compraventa de equipos terminales móviles o cualquier acto de enajenación de los mismos, se deben pactar de forma independiente con el usuario y, por ende, la adquisición de los citados equipos no puede depender o estar sometida a una condición que se sustente en el devenir del contrato de prestación de servicios de comunicaciones, o depender de su misma existencia.

En gracia de discusión, la interpretación del mencionado artículo no puede limitarse como pretende el recurrente al afirmar que la norma sólo prohíbe la forma de vinculación de los dos contratos que consiste "(...) en **condicionar** la adquisición de un equipo a la celebración de un determinado contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones; sin que resulte del texto legal una prohibición a las conductas de vinculación o incidencia mismos que no están previstas (sic) por la norma"⁴, debido a que el verbo rector "condicionar" según lo señala la Real Academia Española significa: "1. tr. Hacer depender algo de una condición, 2. tr. Influir de manera importante en el comportamiento de alguien o en el desarrollo de algo"⁵, como detalladamente lo explicó el *a quo* al momento de resolver el recurso de reposición.

Por consiguiente, es indudable que el significado del verbo rector "condicionar" al trasladarse a la disposición regulatoria objeto de estudio, expresa que la compraventa o cualquier acto de enajenación de equipos terminales móviles no pueden depender de ninguna condición o estar sometidas a una circunstancia relacionada con el contrato de servicios de comunicaciones; de tal suerte, que las condiciones o estipulaciones del contrato de servicios de comunicaciones puedan influir de manera trascendental en el contrato de compraventa de equipos terminales móviles, o viceversa.

Por lo tanto, y de acuerdo al precepto estudiado, está totalmente prohibida la venta o cualquier acto de enajenación de equipos terminales que estén condicionados o dependan del contrato de prestación de servicios de comunicaciones. De ahí, que cualquier ofrecimiento temporal o permanente a través de ofertas, promociones, campañas publicitarias o cualquier tipo de mensaje publicitario con o sin incentivos, no pueden incluir y, por ende, informar tales condicionamientos, porque de lo contrario se incurrirá en la referida prohibición dispuesta por el regulador y rompería el principio de independencia que debe regir entre los referidos contratos, en virtud de la medida adoptada en el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014 al modificar el artículo 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Por lo anteriormente expuesto, los cargos del impugnante son desestimados.

• **Frente al argumento: "Violación por aplicación indebida del artículo 17A de la Resolución 3066 del 2011 de la CRC – Comcel no condicionó la adquisición de equipo alguno a la celebración de un determinado contrato de prestación de servicios de telecomunicaciones".**

Manifestó el impugnante que esta Entidad ha estudiado el condicionamiento o subordinación contractual en aplicación del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, y para tal efecto citó unos apartes de las Resoluciones No. 33361 de 2011 y No. 8328 de 2003, ultimando que se condiciona la venta de un bien o servicio cuando el proveedor se niega a llevarla a cabo, a

⁴ Destacado original.

⁵ Consultado en <http://dle.rae.es/?id=ABu7lg2>

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

menos que el consumidor acepte determinado bien o servicio adicional que no le interesa adquirir, y que por su naturaleza no hace parte del objeto contractual, razón por la cual, Comcel S.A. no ha condicionado la venta del equipo terminal móvil a la celebración de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones, pues en el presente caso el usuario tiene la posibilidad de (i) adquirir cualquier equipo de forma independiente, sin la obligación de suscribir un contrato de prestación de servicios y, (ii) suscribir un contrato de prestación de servicios sin estar obligado a adquirir un equipo específico.

Además, reiteró que la afectación del incentivo por la mora en el pago del contrato de servicios de comunicaciones, no transgrede el artículo 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011, como quiera que dicha norma se limita a prohibir el condicionamiento de la celebración de este contrato a la venta de equipos móviles. Así, “[*]la mora en el servicio de telefonía no afectaba la adquisición del equipo, sin embargo si incidía en (sic) incentivo, situación que no está prohibida por la norma. Como se advierte en la oferta comercial, si el usuario incumple con las condiciones del incentivo, deja de recibir el beneficio del programa y queda nuevamente en la situación en la que habría estado si no hubiera accedido a la promoción, que es con la posibilidad de adquirir el equipo en condiciones de mercado (sin el descuento) y de adquirir el plan tarifario que más le convenga*”.

En primer lugar, este despacho debe precisar que si bien esta Entidad ha estudiado rigurosamente el concepto de condicionar o subordinar la celebración de un negocio a la conclusión de otro, en aplicación del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, lo cierto es que, dicha disposición hace referencia a las conductas que constituyen posición dominante en un mercado, respecto de las cuales esta Superintendencia ejercerá las funciones relacionadas con el cumplimiento de las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas previstas en la Ley 155 de 1959 y las demás disposiciones complementarias.

En esa medida, el objeto de la presente investigación dista ostensiblemente de los supuestos que se analizan en las investigaciones adelantadas por violación a las normas sobre protección de la libre y leal competencia, razón por la cual, tal normatividad no es aplicable al presente caso como quiera que no hace parte del régimen jurídico que opera en materia de servicios de comunicaciones, el cual está conformado por la Ley 1341 de 2009, la Resolución CRC 3066 de 2011, junto con las demás resoluciones modificatorias o complementarias que para tal efecto expida la Comisión de Regulación de Comunicaciones, y el régimen general de protección al consumidor, esto es la Ley 1480 de 2011, y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella.

En consecuencia, los apartes de las Resoluciones No. 33361 de 2011 y No. 8328 de 2003, no resultan aplicables al presente caso.

En todo caso, y con el fin de verificar si en efecto los argumentos del impugnante son procedentes o no, esta instancia a modo de ejemplo, cita las condiciones de la oferta comercial que aparecía en el portal web del proveedor, que consistía en la compra del equipo terminal móvil Huawei mate S a 24 cuotas sin intereses, en donde el usuario recibía como obsequio 12 cuotas gratis, así⁶:

“(…) Claro te regala hasta 12 cuotas de tu Huawei Mate S, al diferir el equipo a 24 cuotas activándose en el plan que el usuario elija libremente con un cargo fijo mensual de \$71.900 impuestos incluidos. El usuario recibe gratis las cuotas de los meses 2,4,6,8,10,12,14,16,18,20,22 y 24. Aplica para activaciones, migración, portaciones y reposiciones en planes postpago.

⁶ Obrante a folio 4 en el CD denominado “Web Comcel 16-117333”.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

** El usuario firma contratos independientes para adquirir el equipo a cuotas y el plan de servicios mensual (...) para recibir el beneficio, el usuario debe estar activo en el servicio y no presentar mora. Promoción válida hasta el 29 de febrero o hasta agotar existencias*⁷.

Así las cosas, esta instancia al analizar las cinco (5) piezas publicitarias que fueron referenciadas tanto en el pliego de cargos como en el acto administrativo sancionatorio, evidencia la dependencia existente entre el contrato de adquisición de equipos terminales móviles con el contrato de prestación de servicios de comunicaciones, la cual resulta claramente identificable a partir de las siguientes condiciones:

1. Activación de un plan en la modalidad pospago con un cargo fijo predeterminado en las promociones, acción que se extiende a la migración, portación o reposición en un plan pospago.
2. Disminución del cargo fijo del plan contratado en la modalidad pospago.
3. Terminación del contrato de prestación de servicios de comunicaciones con anterioridad al vencimiento del plazo de 24 meses para pagar el equipo terminal adquirido.
4. Incurrir en mora en el pago del cargo fijo del contrato de prestación de servicios de comunicaciones suscrito.

Por lo tanto, es claro que Comcel S.A. si condicionó la venta de equipos terminales móviles al cumplimiento de las citadas condiciones de los contratos de servicios de comunicaciones, debido a que los incentivos para la adquisición de los citados equipos estaban condicionados a desaparecer de presentarse situaciones que dieran lugar a la terminación, disminución o incumplimiento del contrato de prestación de servicios de comunicaciones.

Justamente, el proveedor en su escrito impugnatorio señaló que ***“[c]omo se advierte en la oferta comercial, si el usuario incumple con las condiciones del incentivo, deja de recibir el beneficio del programa y queda nuevamente en la situación en la que habría estado si no hubiera accedido a la promoción, que es con la posibilidad de adquirir el equipo en condiciones de mercado (sin el descuento) y de adquirir el plan tarifario que más le convenga***⁸, lo cual refleja a todas luces la inexistencia del principio de independencia que debe regir entre los contratos de adquisición de equipos terminales móviles y los contratos de prestación de servicios de comunicaciones, pues los incentivos de la compra de los citados equipos desaparecerían si los usuarios incumplían las condiciones para acceder a ellos y que están directamente relacionadas con el contrato de servicios de comunicaciones, ya que las decisiones de los usuarios respecto de un contrato tiene efectos sobre el otro.

Así, a pesar que el proveedor afirme que las ofertas comerciales de equipos terminales móviles anunciadas a los usuarios no están condicionadas al contrato de servicios de comunicaciones, lo cierto es que del análisis de los elementos materiales probatorios se evidencia que dentro de las condiciones para acceder a los incentivos en la adquisición de dichos equipos, los usuarios debían estar activos en el servicio a través de un plan en la modalidad pospago con un cargo fijo determinado por el proveedor, no incurrir en mora, no terminar el contrato de prestación del servicio ni disminuir dicho plan tarifario, pues en el caso contrario no podrían acceder a ninguna de las ofertas analizadas.

En consecuencia, si bien el proveedor dentro de las condiciones para acceder a las ofertas informa a los usuarios que firman contratos independientes para adquirir los equipos terminales móviles a cuotas y el plan de servicios mensual, tal actuar no tiene efecto alguno, si al momento de trazar, anunciar y materializar sus ofertas y promociones, la compraventa o

⁷ Negrilla fuera del texto original.

⁸ Negrilla fuera del texto original.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

cualquier acto de enajenación de equipos terminales móviles está condicionada al devenir del contrato de prestación de servicios de comunicaciones, o depende de su misma existencia.

En ese orden, es evidente que la sociedad investigada con su conducta transgredió el contenido del artículo objeto de estudio, por cuanto los incentivos para la compra de un equipo terminal móvil estaban condicionados a desaparecer si los usuarios (i) no activaban un plan de servicios de comunicaciones en modalidad pospago, bajo las tarifas determinadas por el proveedor, (ii) disminuían el valor del cargo fijo del citado contrato de servicios de comunicaciones, (iii) terminaban el aludido contrato de servicios de comunicaciones antes del plazo de 24 meses del pago del equipo móvil e, (iv) incurrían en mora.

Por otro lado, en cuanto a los argumentos tendientes a cuestionar la interpretación del artículo 17A⁹ de la Resolución CRC 3066 de 2011, esta instancia se atiene a lo manifestado a lo largo del presente acto administrativo, en virtud del principio de economía procesal.

Finalmente, el argumento del recurrente consistente en que *“(...) la venta del equipo no está condicionada al pago del servicio de telefonía móvil, pues como se evidencia en las facturas expedidas por el operador se trata de pagos autónomos e independientes”* no es procedente, como quiera que el hecho de que el proveedor genere cobros independientes en su facturación, no desvirtúa la imputación fáctica y jurídica analizada en precedencia, pues del análisis del acervo probatorio se demostró que los incentivos para adquirir un equipo terminal móvil, estaban condicionados a desaparecer al presentarse las situaciones señaladas líneas atrás en el marco de la celebración y ejecución del contrato de servicios de comunicaciones.

Por las consideraciones anteriores, este despacho considera que los argumentos del recurrente no están llamados a prosperar.

ii) En relación con el argumento “FALSA MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EN LA DOSIFICACIÓN DE LA MULTA”.

En ese punto, el impugnante señaló que el acto administrativo sancionatorio adolece de falsa motivación por cuanto se condenó y agravó la conducta reprochada con base en una confesión que no fue realizada por la investigada. Y añadió que *“De acuerdo con lo expuesto a folio 33 de la Resolución 62889 de 2016, se advierte erróneamente que a folio 13 del plenario, el proveedor confesó en su escrito de descargos el condicionamiento entre los contratos de prestación de servicio y el contrato de compraventa de equipos móviles”*, afirmación que no hace parte de su escrito de descargos.

En relación con la falsa motivación, en primer lugar, debe considerarse que de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las decisiones que se adopten deben ser motivadas.

En relación con el tema, el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de precisar lo siguiente:

“Con fundamento en la causal denominada falsa motivación es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente. Ahora bien, los hechos que fundamentan la decisión administrativa deben ser reales y la realidad, por supuesto, siempre

⁹ Modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

*será una sola. Por ende, cuando los hechos que tuvo en cuenta la Administración para adoptar la decisión no existieron o fueron apreciados en una dimensión equivocada, se incurre en falsa motivación porque la realidad no concuerda con el escenario fáctico que la Administración supuso que existía al tomar la decisión”.*¹⁰ (Destacado propio).

De lo anterior, es claro que la motivación de un acto administrativo resulta de la relación entre el contenido de la decisión adoptada con las normas que facultan a la autoridad para obrar y con los hechos a los cuales se aplicaron, es decir, cuando en el mismo se exponga claramente cuál fue el fundamento jurídico y fáctico que dio origen a la decisión que tomó la administración, lo cual en el presente caso se cumplió a cabalidad.

El acto recurrido, impuso la sanción ante el incumplimiento de la investigada de lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y el artículo 17A¹¹ de la Resolución CRC 3066 de 2011, por cuanto (i) el acceso a los incentivos asociados a las ofertas promocionales sobre equipos terminales móviles, estaba condicionado a la suscripción y/o existencia de un contrato de servicios de comunicaciones en modalidad pospago, con unas condiciones contractuales predeterminadas, como lo es el valor mínimo del plan, lo cual impidió el ejercicio del derecho a la libre elección que le es propio a los usuarios, y además, (ii) los incentivos obtenidos por los usuarios al momento de suscribir el contrato de adquisición de equipos terminales móviles estaban condicionados a desaparecer al presentarse situaciones que dieran lugar a la terminación, disminución o incumplimiento del contrato de prestación de servicios de comunicaciones, situaciones que sin lugar a dudas desconocieron la existencia del principio de independencia contractual que debe operar en los citados contratos, tal y como quedó demostrado por el fallador de instancia, junto con las consecuencias de dicha conducta, relacionadas con las sanciones correspondientes.

En esa medida, el argumento dirigido a señalar que el acto administrativo sancionatorio adolece de falsa motivación por cuanto se condenó y agravó la conducta reprochada con base en una confesión que no fue realizada por la investigada, no es procedente como quiera que dicha aseveración -que correspondió a un error tipográfico del fallador de primera instancia- simplemente hizo parte de las afirmaciones *obiter dicta* del pronunciamiento que hizo el *a quo* sobre la gravedad de la falta pero que no se constituyen como un criterio para determinar el juicio de reproche frente al incumplimiento de las normas imputadas y, por ende, de la sanción administrativa a imponer, como lo pretende hacer ver el impugnante.

Lo anterior, debido a que al realizar la corrección de dicho error, en ningún momento se da lugar a un cambio en el sentido material ni sustancial de la decisión, por el contrario los supuestos sobre los cuales se demostró la infracción a lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y el artículo 17A¹² de la Resolución CRC 3066 de 2011, se mantienen así como los fundamentos de la gravedad de la falta.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, este despacho concluye que la resolución recurrida no adolece de un error de hecho ni de derecho, por cuanto las normas tenidas en cuenta por el fallador de primera instancia y que dieron origen a la sanción a la sociedad recurrente, están directamente relacionadas con los hechos fundamento del acto administrativo y establece las consecuencias jurídicas de los mismos.

De este modo y teniendo como fundamento el anterior análisis de las razones de hecho y de derecho de la resolución recurrida, este despacho encuentra que el acto administrativo cuestionado está debidamente motivado, en la medida en que se discriminaron con claridad

¹⁰ Consejo de Estado, radicado 47001-23-31-000-2010-000-31-01(18757). 15 de marzo de 2012

¹¹ Modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014.

¹² Modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

los hechos que sirvieron como fundamento del mismo y fueron calificados jurídicamente de una manera adecuada.

Por lo anteriormente expuesto, los argumentos del recurrente son desestimados.

iii) En relación con el argumento “DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO DE AUDIENCIA Y DEFENSA DE COMCEL”.

Al respecto, el recurrente afirmó que *“[l]a Resolución recurrida desconoce el derecho a la defensa de COMCEL mediante la negación a la solicitud y práctica de pruebas de COMCEL y posterior declaratoria de improcedencia del recurso de reposición interpuesto contra el acto que negó el decreto de pruebas”.*

Sobre este punto, considera esta instancia pertinente recordarle a la sociedad investigada que mediante la Resolución No. 53313 del 12 de agosto de 2016, con claridad se señalaron las razones por las cuales no se decretó la práctica de la prueba testimonial solicitada, como quiera que *“(…) el testimonio solicitado no cumple con los requisitos de conducencia y utilidad, pues si bien a través de éste se podrían acreditar -de manera verbal- las condiciones de procedencia de los planes e incentivos que dieron sustento fáctico a la presente investigación, dicha circunstancia se encuentra plenamente acreditada a partir del material probatorio recaudado por esta autoridad administrativa, cuyo contenido permite establecer -tomando en cuenta cada una de las piezas publicitarias incorporadas – la forma en que opera y las características, condiciones y restricciones que le son propias al proceso de adquisición de equipos terminales móviles a plazos con el incentivo consistente en el no pago de alguna(s) cuota(s).*

Lo anterior, permite evidenciar que la conducencia y utilidad de la prueba testimonial cuya práctica se solicita, se ve desvirtuada a partir de la concurrencia de otra prueba que cumple con la misma finalidad, pero con mayor eficacia”.

Por lo tanto, la prueba solicitada al no ser conducente ni útil, fue rechazada por esta Entidad, sin que ello sea un fundamento para alegar la violación al debido proceso por cuanto el artículo 168 del Código General del Proceso, define que *“El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las conducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”*, tal cual sucedió en el presente caso.

Ahora bien, frente al argumento tendiente a señalar que esta Entidad vulneró el derecho a la defensa de la investigada, al declarar improcedente el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución No. 53313 del 12 de agosto de 2016, se debe tener en cuenta que las investigaciones en materia de protección de usuarios de los servicios de comunicaciones son de índole administrativa y cuentan con un proceso especial, establecido en el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, el cual remite: i) a las disposiciones previstas en el proceso civil en lo relacionado con la práctica de pruebas y, ii) a las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en lo atinente en materia de notificación e interposición de recursos.

Así las cosas, según el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, *“[c]ontra el acto que decida la solicitud de pruebas no procede recurso alguno”*. Así mismo, el artículo 75 ibídem prevé que *“no habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”*.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Sobre este último punto, no puede olvidar el recurrente que los actos de trámite o preparatorios son aquellos actos de tipo preliminar que utiliza la administración para luego tomar una decisión final o definitiva sobre el fondo del asunto, tal cual sucedió en el presente caso, debido a que la Resolución No. 53313 del 12 de agosto de 2016, sirvió de medio para decretar la práctica de pruebas en la presente investigación, y así, el *a quo* pudiera tomar una decisión definitiva con posterioridad.

En esa medida, es claro que en ningún momento esta Entidad ha vulnerado el derecho a la defensa de la investigada, pues la improcedencia del recurso de reposición presentado en contra del acto administrativo que decretó la práctica de pruebas, se fundamentó en que expresamente las citadas disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -las cuales se aplican por remisión directa del procedimiento especial establecido en la Ley 1341 de 2009- determinan que no procede recurso alguno contra el acto que decide la solicitud de pruebas, ni contra los actos de trámite, presupuestos que se cumplen a cabalidad en la Resolución No. 53313 del 12 de agosto de 2016, como se explicó líneas atrás.

Finalmente, esta instancia observa que a través del considerando 7.1 del acto recurrido, el fallador de primera instancia explicó a profundidad las razones por las cuales se declaró improcedente el referido recurso de reposición, razón por la cual, mal hace la investigada pretender revivir un debate jurídico que ya fue decantado por esta Superintendencia mediante la Resolución No. 62889 del 26 de septiembre de 2016. En ese orden y teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, este despacho considera que la actuación del *a quo* en este punto se encuentra ajustada a derecho y por tanto no están llamados a prosperar los argumentos del recurrente.

iv) En relación con el argumento “DOSIFICACIÓN DE LA PENA”.

Manifestó el recurrente que la prohibición que describe el artículo 17A¹³ de la Resolución CRC 3066 de 2011, es la de “condicionar” al consumidor, lo cual no se presentó en el presente caso debido a que los usuarios siempre tuvieron la posibilidad de elegir entre otras cosas la modalidad de adquisición de los equipos terminales. Además señaló que el fundamento de la gravedad de la falta fue la presunta confesión hecha por el proveedor en el escrito de descargos, la cual no ocurrió en el asunto sub examine. Finalmente, precisó que no existió un análisis respecto al daño como criterio para graduar la sanción a imponer, razón por la cual, no se presentó un perjuicio para el consumidor.

Sobre el particular, y teniendo en cuenta el principio de economía procesal, esta instancia no hará pronunciamiento alguno sobre la interpretación de la citada norma, ni sobre la falsa motivación alegada por el proveedor respecto de la afirmación realizada a folio 33 de la resolución recurrida, como quiera que dichos argumentos ya fueron debidamente debatidos a lo largo del presente acto administrativo.

Ahora bien, respecto al argumento relacionado con la inexistencia de análisis del criterio del daño para dosificar la sanción, advierte este despacho que, la discusión planteada es abiertamente impertinente en la actuación administrativa, debido a que el objeto de aquella es establecer si se cumplieron o no las obligaciones previstas por la ley y el regulador, y no en calificar los daños ciertos o que probablemente se hubieran podido causar por el actuar del proveedor a los usuarios.

Lo anterior, por cuanto el ejercicio de las facultades otorgadas a esta Entidad mediante el Decreto 4886 de 2011 no dependen o están subordinadas a la ocurrencia de un daño a los usuarios de los servicios de comunicaciones, ya que basta con que se encuentre acreditada

¹³ Modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

la infracción al ordenamiento, para que esta Superintendencia pueda imponer las respectivas sanciones administrativas de acuerdo a lo establecido en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 44 de la Ley 1753 de 2015, e impartir las órdenes administrativas que considere necesarias para restaurar los derechos vulnerados por parte de los proveedores de los citados servicios, independiente de la ocurrencia o no de un daño o de la magnitud del mismo.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-466 de 2003 confirmó la anterior tesis al indicar que “Tratándose de la protección de los derechos de los consumidores, no se requiere entonces la existencia de un daño, tampoco la de un perjuicio, ni hay lugar mediante el ejercicio de una acción colectiva a una indemnización reparatoria, como ya se dijo.” (Destacado propio).

Por este motivo, el cuestionamiento formulado por el recurrente no está llamado a prosperar y, en consecuencia, no existe mérito para revocar la sanción impuesta por medio del acto administrativo impugnado.

En mérito de lo expuesto, este despacho.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Confirmar la Resolución No. 62889 del 26 de septiembre de 2016, la que a su vez fue confirmada por la Resolución No. 87851 del 20 de diciembre de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de este acto administrativo a la sociedad Comunicación Celular S.A., Comcel S.A. identificada con Nit. 800.153.993-7 a través de su apoderado, entregándole copia del mismo, e indicándole que contra la presente resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

27 FEB. 2017

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR (E)


FIDEL PUENTES SILVA

NOTIFICACIONES

Investigada:

Sociedad:	Comunicación Celular S.A. Comcel S.A
Identificación:	Nit 800.153.993-7
Apoderado judicial:	Camilo Cárdenas Salazar
Identificación:	C.C. No. 79.692.285 de Bogotá.
Dirección:	Carrera 7 No. 71 – 52 Torre B, piso 9, oficina 901
Ciudad:	Bogotá D.C.

DCMM/AJCM