



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

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 8 6 3 DE 2017

(27 FEB. 2017)

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Radicación: N° 15-279251

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. 58270 de 31 de agosto de 2016, impuso una sanción a la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., identificada con NIT. 830.114.921-1, porque a juicio de dicha instancia las explicaciones dadas por la referida sociedad no fueron suficientes para exonerarlo de responsabilidad por; (i) impedir y limitar el ejercicio del derecho de libre elección del usuario de escoger de manera libre y espontánea el plan, tarifa y proveedor del servicio de comunicaciones y (ii) condicionar la desaparición de los incentivos obtenidos por los usuarios al momento de suscribir el contrato de compraventa de equipos terminales móviles, por 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.

SEGUNDO: Que inconforme con la citada resolución, el apoderado especial de la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., interpuso los recursos de reposición y, en subsidio, el de apelación mediante a) correo electrónico dirigido a contactenos@sic.gov.co el 6 de octubre de 2016 a las 19:56:47, en treinta y nueve (39) folios útiles y b) mediante escrito radicado el 7 de octubre de 2016 a las 11:00:30, en treinta y ocho (38) folios útiles, en el cual adujo en términos generales los siguientes argumentos:

i) “LA RESOLUCIÓN SE EXPIDIÓ CON INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE”.

La investigada sostuvo al respecto que la Resolución sancionatoria:

“(…) infringió la Constitución Política y el CPACA por inobservancia de los postulados procedimentales que debían seguirse dentro del curso de la investigación administrativa de carácter sancionatorio”, además de violar “las disposiciones contenidas en las normas particulares del Sector que, supuestamente, dieron lugar a la imposición de las sanciones (...)”.

• La Resolución se expidió en flagrante infracción de la Constitución Política.

“(…) la Resolución No, 58279 (SIC) de 31 de agosto de 2016 fue expedida en pleno desconocimiento de los artículos 6, 29 y 333 de la Constitución Política,

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

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

disposiciones que revisten suma importancia, por cuanto tratan del principio de legalidad al que deben someterse los servidores públicos y los particulares, del derecho fundamental al debido proceso, la libertad de empresa y la libre iniciativa privada”.

• **Vulneración del principio de legalidad.**

“(…) bajo la estricta observancia del principio de legalidad dentro del procedimiento que se contempla para su imposición, lo cual no sólo implica que la sanción en cuestión debe estar expresamente prevista en la ley, sino que además sólo puede aplicarse a los supuestos de hecho que la propia norma disponga, y una vez se complete el procedimiento expresamente dispuesto para tal efecto.

(…)

De acuerdo con lo establecido en la Constitución y por la Corte Constitucional, resulta necesario destacar que el vicio más evidente de la Resolución No. 58270 de 31 de agosto de 2016 es el hecho de que existe una disconformidad entre el supuesto de hecho previsto en el numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y lo que bajo el criterio de la SIC se logró probar, esto es, la vulneración a lo dispuesto en el literal b del artículo 10.1, el inciso final y el parágrafo del artículo 17A (modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014) de la Resolución CRC 3066 de 2011.

(…)

En efecto, el fundamento de la sanción en un procedimiento como (SIC) que ha adelantado la SIC lo constituye la comprobación de que se ha producido una infracción que ha sido definida de manera previa por la ley, para el caso, el catálogo inserto en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Entonces, cuando se analiza la imputación fáctica o si se quiere, los hechos que pueden ser objeto de reproche, éstos deben adecuarse o guardar plena correspondencia con la infracción que se imputa, pues es ésta y sólo ésta la que sustenta la imposición de una sanción.

Adicionalmente, cuando en la imputación jurídica se identifica la infracción y se citan otras normas de carácter regulatorio, es porque sobre el incumplimiento de las mismas se edifica, o mejor, se determina con un grado de certeza mayor la existe (SIC) una vulneración o, si se quiere, de un hecho objeto de reproche de una connotación tal que se hace merecedor de una sanción.

En ese sentido, cuando en las imputaciones jurídicas efectuadas por la SIC en las Resoluciones No. 93787 de 30 de noviembre de 2015 y 94185 de 1° (sic) diciembre de 2015 se hace referencia al numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, esto es, “Realizar subsidios cruzados o no adoptar contabilidad separada”, se está indicando que esa es la infracción, pues recuérdese sobre la misma recae el principio de reserva legal, ya que en ella se determina la conducta legal prohibida, la cual además puede soportarse, construirse, comprobarse con la vulneración de normas de carácter regulatorio como lo son el literal b del artículo 10.1, el inciso final y el parágrafo del artículo 17A (modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014) de la Resolución CRC 3066 de 2011, de acuerdo a los cargos endilgados.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Sin embargo, al realizar la constatación formal de los cargos y/o imputaciones y lo determinado por la SIC surge un claro desconocimiento al principio de legalidad y la tipificación de la conducta, toda vez que carece de fundamento que se determine que no existe vulneración al numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y, aun así, bajo ese postulado, se determine que existe un hecho objeto de reproche y se imponga una sanción.

(...)

De hecho, a pesar de que en las imputaciones jurídicas realizadas sólo se hizo referencia al numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 - se insiste- la infracción, en el numeral décimo primero de la resolución 'Marco Jurídico e interpretación de la normatividad imputada' se trae a colación la infracción del numeral 13 ibídem, pero de hecho, el pasaje transcrito corresponde al numeral 12 del mismo texto, es decir, 'Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones'.

De lo anterior se tiene que pese a que en las imputaciones jurídicas sólo se hizo remisión al numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, la adecuación de la conducta objeto de reproche por parte de la SIC se realizó de manera indirecta sobre el numeral 12 del artículo 64, esto es, sobre una infracción que no se determinó en las imputaciones realizadas, proceder que altera de manera inequívoca el principio de legalidad al punto que compromete de manera directa el correcto ejercicio del derecho de defensa.

Precisamente, se reitera que es la infracción determinada en la ley la que sustenta la sanción, no el alcance que se le dé a la norma regulatoria, pues la reserva legal en materia sancionatoria es de tal envergadura que no puede la Administración a su antojo en el marco de una investigación o actuación administrativa de carácter sancionatorio cambiar la infracción en la que se sustenta la imputación jurídica acudiendo a una norma que no fue considerada, o mejor, incluida en el cargo imputado, so pretexto de que la misma fue mencionada dentro de las consideraciones generales del acto administrativo al determinar la competencia de la Entidad, pues la misma no fue relacionada, catalogada, enlistada, señalada en las imputaciones jurídicas realizadas, generándose de esa forma una disconformidad entre el supuesto de hecho previsto en el numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y lo que bajo el criterio de la SIC se logró probar, esto es, la vulneración a lo dispuesto en el literal b del artículo 10.1, el inciso final y el parágrafo del artículo 17A (modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014) de la Resolución CRC 3066 de 2011".

• Violación del artículo 29 de la Constitución Política.

"(...) la actuación adelantada por la SIC en desarrollo de sus funciones de no (sic) debe ser ajena a los anteriores predicados, pues como se anotó en el numeral anterior la oportunidad de defensa de Colombia Móvil se ve truncada y afectada con la vulneración del principio de legalidad, pues si se cataloga como infracción el numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 en concordancia con lo dispuesto en el literal b del artículo 10.1, el inciso final y el parágrafo del artículo 17A (modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014) de la Resolución CRC 3066 de 2011, la defensa de la Compañía se centra en la infracción, esto es, en la inexistencia de subsidios cruzados y como a través de la no comisión de esa conducta no se genera una afectación a las normas regulatorias.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

De ahí, que no puede el Ente de Control sustentar la sanción en una infracción que no fue cobijada al momento de realizar las imputaciones jurídicas, pues ello no sólo implica que no hay una adecuación correcta de la conducta, sino que afecta de manera directa el derecho de defensa del investigado, pues su gestión, argumentación y pruebas están guiados por la infracción endilgada en la imputación jurídica.

(...)

Adicionalmente, existe una contravención de la norma constitucional en la Resolución, ya que se desconoció la aplicación del principio de favorabilidad, expresamente contemplado en el artículo 29 en comento, pues pese a que dicho artículo prevé la aplicación de dicho principio en materia penal, la Corte Constitucional ha establecido que tiene plena aplicación en el derecho administrativo sancionatorio.

De ahí que, de acuerdo al principio de favorabilidad, si existe tránsito normativo, y una de esas normas es más favorable, es ésta la que aplica en el caso particular, por lo que se llama la atención a la SIC sobre la aplicación de este postulado frente a los topes sancionatorios, y en consecuencia, sobre la dosimetría de la sanción impuesta, ya que una de las promociones analizadas entró en vigencia antes de que se modificara el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 por el artículo 44 de la Ley 1753 de 2015.

Además, tal como pasará a exponerse en acápite posteriores, lamentablemente la SIC omitió respetar y reconocer sendos aspectos del debido proceso en el marco de la actuación administrativa, al haber: (i) hecho caso omiso a la presunción de inocencia; (ii) expedido una resolución sancionatoria sin una adecuada valoración probatoria; (iii) contrariado el principio de legalidad de la sanción al expedir la Resolución sin la debida observancia de la imputación jurídica por la cual se la sancionaba; y (iv) contradicho el principio de gradualidad y proporcionalidad de la sanción impuesta”.

• **Afectación a la libertad de empresa y la iniciativa privada de Colombia Móvil.**

“(...) el Estado puede intervenir el ejercicio de las libertades económicas, intervención que de acuerdo con la Corte Constitucional puede darse a través de múltiples niveles y modalidades, pues se considera que ‘la intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos’.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Sin embargo, la intervención estatal en el marco de las libertades económicas sólo es admisible cuando se cumpla con los siguientes requisitos: 'i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad'.

De los requisitos listados, importan para el caso particular, el ejercicio de razonabilidad y proporcionalidad entre las libertades económicas y la salvaguarda de los principios, valores o derechos constitucionales que buscan defenderse o protegerse con la medida de intervención del Estado o, para el caso de la Administración, pues lo que no es admisible es que el ejercicio de intervención resulte tan desproporcionado que haga nugatorio (SIC) ejercicio de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, pues en cualquier escenario se debe mantener las garantías mínimas que permitan el intercambio comercial y la participación de los agentes de mercado, ya que se debe propender el desarrollo económico y la libre competencia.

Ahora bien, una de las expresiones de las libertades económicas es la publicidad de los productos y servicios, ya que ésta tiene como finalidad la de incentivar el consumo, y en ese sentido, tiene un reconocimiento constitucional, pues es a través de esa actividad que se da a conocer al público un bien o servicio con el fin de atraer compradores, espectadores o usuarios a través de los diferentes medios de divulgación.

(...)

En éste (sic) punto es importante destacar que la publicidad también es objeto de protección porque es parte integrante del esfuerzo productivo y de la competencia del agente y sus productos al mercado, pero al ser una actividad cobijada dentro del concepto de libertad de empresa y libre iniciativa económica, como ya se anotó, puede el Estado imponer limitaciones, restricciones pero siempre y cuando se cumplan con los requisitos listados líneas atrás, tomando una mayor relevancia el acatamiento de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pues no resulta válido que la intervención de la Administración involucre tratamientos desproporcionados o irrazonables contra el agente de mercado.

Entonces, trayendo los postulados expuestos a la Resolución No. 58270 de 31 de agosto de 2016 se encuentra que la SIC no acogió de manera adecuada los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en la orden administrativa impartida en (sic) artículo segundo de la Resolución, pues el ejercicio de intervención resulta tan desproporcionado que afecta de manera gravosa el ejercicio de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada de Colombia Móvil, ya que no sólo limita de manera importante las garantías mínimas que permiten el intercambio comercial y la participación de la Compañía con los otros agentes de mercado, sino que además crea una clara y perjudicial situación de desventaja competitiva frente a los otros proveedores de servicios de comunicaciones y, frente a las cadenas de retail creando un claro desequilibrio en las condiciones de venta de equipos móviles, una distorsión en el sistema económico competitivo.

(...)

Sobre lo primero que debe llamarse la atención es sobre el momento de acatamiento de la orden impartida, ya que la Resolución indica que es desde el

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

momento de la emisión del acto administrativo, lo cual se torna difuso como quiera que a la fecha de emisión, esto es, 31 de agosto de 2016 Colombia Móvil no tenía si quiera noticia de que se había proferido el acto administrativo, de hecho, por regla general, por principio procesal y por garantía constitucional las órdenes emitidas por las autoridades administrativas se entienden impartidas desde el momento de la notificación del acto administrativo, luego su cumplimiento como mínimo debe estar atado a la fecha de notificación, salvo que el mismo instrumento disponga otra cosa, pero ello no implica que la misma deba retrotraerse al momento de la emisión del acto administrativo.

Adicional a lo anterior, debe resaltarse que la imposición de unas órdenes de esa naturaleza debe corresponder a un claro y correcto ejercicio de un procedimiento administrativo sancionador, el cual para el caso particular, presenta graves falencias las cuales se han puesto presentes a lo largo de éste texto.

(...)

Pero más allá de los efectos económicos adversos que tiene ese (sic) medida para la Compañía, debe reiterarse que la misma no se compadece con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pero además no existen motivos suficientes y adecuados que justifiquen una limitación de esa naturaleza.

(...)

Justamente, la orden impartida reviste una generalidad tal que se torna ambigua, lo que presupone que cualquier interpretación que se le dé a una promoción que vincule el servicio y un equipo terminal puede presuponer que se está incumpliendo, lo que es un efecto totalmente adverso para Colombia Móvil, toda vez que de una parte se encuentra la norma que permite que la empresa venda equipos terminales y, de otra, la limitación publicitaria impartida en la orden.

Olvida la SIC que el sentido de interdependencia contractual, no puede permear la publicidad que contenga promociones con contenido de comercialización conjunta de productos, de hecho deja de lado la definición de promociones y ofertas, que es precisamente un ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales o de manera gratuita como incentivo para el consumidor, de hecho bajo ese concepto se enmarca el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido.

(...)

Entonces, el mismo Ente Regulador al analizar el impacto de la medida establecida con la Resolución CRC No. 4444 de 2014 avaló la conducta publicitaria y promocional de todos los agentes que intervienen en el mercado, entre ellos, los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, es decir, quien implementó la norma y e (sic) indicó que debe existir una independencia entre los contratos de compraventa de equipos terminales y los contratos de prestación de servicios de comunicaciones entendió que el hecho de publicitar de manera conjunta los productos y conceder el tipo de beneficios allí señalados era beneficioso para el mercado y, por ende, a los consumidores, sin que en momento alguno considerara la afectación endilgada a Colombia Móvil por la SIC, de hecho del documento se puede entender que la CRC tiene claro que la promoción conjunta no es contraria a la regulación, al punto de generar expectativas entre los administrados y, pese a ello, la SIC encontró en las mismas conductas, en su sentir, eran de una envergadura tal que generó las imputaciones que luego fueron consideradas

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

objeto de sanción, lo que en últimas se traduce en la vulneración del principio de confianza legítima.

De otra parte, en este punto resulta imperativo llamar la atención sobre el hecho de si la SIC en noviembre de 2015 consideró que la conducta desplegada por Colombia Móvil podría llegar a configurar una infracción, como Ente de Control debió tener la diligencia de analizar el mercado general, esto es, analizar si dentro de los demás operadores se presentaban comportamientos similares y, de ello ser, así iniciar iguales medidas frente a todos los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, esto es, los cuatro (4) que tienen título habilitante y los operadores móviles virtuales, pues el hecho de no haber atendido esa responsabilidad tiene como consecuencia que hoy Colombia Móvil es un agente afectado por una decisión del Ente de Control, mientras los demás operadores gozan de una prerrogativa especial.

Así las cosas, se solicita que la orden administrativa impartida en la resolución que se recurre a través de éste recurso sea eliminada o, en su defecto, modificada u aclarada, bajo el entendido de que la misma no puede afectar la libertad de empresa y la libre iniciativa económica de Colombia Móvil”.

ii) “FALSA MOTIVACIÓN”.

En este sentido, la investigada argumentó que:

“(…) se presenta cuando los hechos que sustentan la decisión de la Administración no existieron, o no existe una concordancia entre la realidad fáctica con la analizada por parte de la Entidad, de tal suerte que tiene una relación directa con el principio de legalidad.

(…)

De acuerdo con todo lo anterior, resulta preciso establecer que la falsa motivación de la Resolución se evidencia, en primera medida, con la vulneración al principio de legalidad expuesto líneas atrás, pues se recuerda que la infracción endilgada a Colombia Móvil en la imputación jurídica corresponde al numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y, muy a pesar de que en el acto administrativo la SIC determinó que no existía una evidencia de que en la conducta desplegada por la compañía existieran subsidios cruzados, se impuso sanción por la habilitación arbitraria de la infracción prevista en el numeral 12 de la misma norma, concretándose con ese actuar una vulneración al principio de legalidad y, por ende, al derecho de defensa y al debido proceso de Colombia Móvil.

Pero a más de lo anterior, llama la atención que pese a que en la la (sic) Resolución 39406 de 2016 se decretaron las pruebas, entendiéndose incorporadas al expediente las que se listan a continuación, sólo se incluyó en el acápite de valoración probatoria las piezas publicitarias.

- 1. El CD ‘TIGO-EQUIPOS’.*
- 2. Las piezas publicitarias publicadas en el diario El Tiempo el 11 de noviembre de 2015 y las publicadas el 27 de mayo de 2015 por los diarios Vanguardia Liberal, El Universal El Herald y El Colombiano.*
- 3. La queja radicada por la usuaria Emilse Muñera y sus anexos.*
- 4. Las presentadas junto con los escritos de descargos por parte de Colombia Móvil, esto es:*

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

- a. Cinco (5) contratos de compraventa con pago a plazos suscritos por usuarios que adquirieron la promoción.
 - b. Facturas de venta en las que constan los cargos básicos de planes arma tu plan con y sin la promoción.
 - c. Cinco (5) contratos de prestación de servicios de comunicaciones, de los mismos usuarios de los contratos del literal a) con el fin de demostrar la independencia de los contratos.
 - d. Certificación de la Directora de Finanzas de Colombia Móvil en la que se hace constar que la Compañía recibe recursos de cooperación de los fabricantes.
5. El soporte de la información sobre las condiciones y restricciones de la promoción 'DESLIMITATE, por fin puedes tener el Smartphone que siempre soñaste (...) 60% por un año' la cual fue suministrada de manera previa a los usuarios que aceptaron dicha promoción.
6. Las certificaciones emitidas por los fabricantes de las marcas de equipos terminales móviles Alcatel, Huawei, Apple, Motorola, Samsung y Sony.
7. El documento en que se soporta una línea de tiempo en la que se registra que 'Claro' ha efectuado ese tipo de promociones en los meses de noviembre de 2014, enero, mayo, junio, octubre, noviembre y diciembre de 2015 y enero, febrero y abril de 2016. De igual forma 'Movistar' registró ese tipo de promociones en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2015 y enero y abril de 2016.

Ahora bien, nótese que las pruebas aportadas por Colombia Móvil tenían por objeto demostrar la inexistencia de subsidios cruzados, pues fue esa y no otra la infracción que se imputó al iniciarse la actuación administrativa, lo cual tiene una relevancia suficiente para reiterar que en la vulneración al principio de legalidad expuesta se vio inmerso y, por ende, afectado el derecho de defensa y al debido proceso de Colombia Móvil.

Pero, no sólo no se analizaron la totalidad de las pruebas aportadas, sino que las valoradas no son suficientes para que la SIC señale con certeza que existió una vulneración al régimen, pese a que - se insiste- esa no fue la infracción por la que se dio inicio a la actuación administrativa de carácter sancionatorio.

Es más, si de manera hipotética se aceptara que todas las deficiencias del Acto Administrativo en cuestión no existiesen y, se considerara que está la remota posibilidad de que la SIC dentro de su ejercicio como entre y vigilancia tenga la facultad de que en cualquier investigación que inicie acuda de manera supletoria a la infracción establecida en el numeral 12 del artículo 64 de la ley 1341 de 2009, lo que escuetamente es como señalar que si no es lo uno es lo otro, si se considerara que pese a todos los reparos expuestos eso es legítimo, habría de establecerse si con el análisis y valoración de unas piezas publicitarias se puede comprobar la generación de un hecho cierto de una envergadura tal, que configura un daño plausible al punto de considerarse, como ocurrió en este caso, que con ese actuar se vulneró el derecho de libre elección de los usuarios de los servicios de comunicaciones y se transgrede lo dispuesto en el artículo 17ª de la Resolución CRC 3066 de 2011 (...).

Se reitera, la actuación administrativa de carácter sancionatorio adelantada por la SIC, pese que genera confusión, no se sustenta en la suficiencia de información de la pieza publicitaria, sino en la transgresión, la comprobación real que con el efecto del condicionamiento se vulneró la independencia de los contratos, luego la posible afectación, la potencialidad de que ello se lleve a cabo, no puede ser objeto de reproche en una actuación cuya imputación jurídica no se compadece con esos postulados.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

En las palabras de la imputación fáctica: la presunta omisión de clarificar las condiciones de la promoción y el aparente condicionamiento ¿implica que se limitó la libertad de elección y el principio de independencia contractual? Se recuerda a la SIC que el análisis de la conducta debe ser objetivo y no debe verse permeado por subjetividades y es que, existe una clara falta de adecuación de la imputación fáctica en la infracción endilgada -se insiste- para que se genere una sanción debe existir una correcta adecuación de la conducta legalmente prohibida y esa adecuación se sustenta en el marco probatorio de la actuación.

En el peor de los escenarios, si la Compañía aceptara que existe una infracción, que su conducta en el ejercicio publicitario de la comercialización de los productos es merecedora de algún reproche, el mismo no puede darse bajo los postulados de la actuación administrativa adelantada por la SIC, como quiera que el sustento de la sanción no se edifica en la vulneración del régimen de publicidad.

Entonces, conforme a lo expuesto se solicita que se realice un ejercicio lógico sobre las conductas reprochadas y las pruebas que sustenta la imposición de la sanción y sobre la cual se importe (sic) la orden administrativa. Pues con una pieza publicitaria y las condiciones de la promoción que se involucra en la misma no se prueba la existencia de subsidios cruzados, ni la violación al régimen de comunicaciones, pues con la misma no se comprueba la realización de un daño real o una afectación directa, lo que en últimas es lo que, a la luz de la imputación jurídica realizada, puede ser objeto de reproche y, en consecuencia, de sanción”.

iii) “NO EXISTE AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN”.

Frente al argumento referido, la sociedad recurrente indicó que:

“(…) la conducta desplegada por Colombia Móvil atenta contra el derecho de libre elección que le asiste a los usuarios como quiera que la elección del equipo terminal y del plan de servicios de comunicaciones deben corresponder a un análisis autónomo e independiente de cada uno de éstos, de acuerdo a las necesidades personales de los usuarios y no limitado como consecuencia de la distorsión generada por ofrecimientos que nuevamente confundan el empaquetamiento del servicio con el equipo terminal.

Sin embargo, sorprende que se haya llegado a esa conclusión sin que se hubiese hecho un análisis completo del acervo probatorio, pues pese a que no se tuvo en cuenta, en el expediente obran pruebas fehacientes de que las promociones analizadas no afectaron la libre elección de los usuarios, pues para la época en que tuvieron vigencia era posible adquirir tanto los planes como los equipos en escenarios distintos al promovido por la promoción, es decir, el usuario para el caso tenía la posibilidad de: (i) adquirir la promoción; (ii) adquirir sólo el equipo terminal bien fuere bajo la modalidad de venta a plazos o pagando la totalidad del equipo al momento de efectuar la transacción, (iii) adquirir sólo el plan.

Entonces, muy por el contrario las promociones no afectaron la libre elección sino que diversificaron la elección del usuario, quien podría optar por la promoción, o no, y adquirir en cualquier modalidad el equipo o el plan.

Es más acudiendo al análisis realizado por la SIC, o mejor, al sustento probatorio debe decirse que las promociones iban dirigidas no a todos los potenciales compradores de ese equipo terminal o de ese plan, sino que el universo se encontraba limitado a aquellos que quisiesen adquirir los productos en esas condiciones, lo que finalmente se traduce que es el usuario quien define cual es la

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

opción que más se adapta a sus necesidades, pues cosa distinta es que durante la vigencia de las promociones si (sic) hubiera limitado el acceso a los equipos objeto de promoción o a los planes, pero de hecho, el usuario podía acceder a la opción que le resultare más conveniente, hecho que por demás se encuentra probado dentro del expediente y no fue objeto de análisis”.

iv) “NO EXISTE TRANSGRESIÓN DEL ARTÍCULO 17 A DE LA RESOLUCIÓN 3066 DE 2011”.

En lo relativo, la sociedad recurrente manifestó que:

“(…) no existe una afectación a la independencia contractual con la conducta desplegada por la Compañía, pues dentro del análisis de lo regulado por esta norma debe tenerse en cuenta que el ofrecimiento no corresponde a la oferta ordinaria de los productos, sino que se enmarca en una promoción y, como ya se indicó líneas atrás el hecho de que se presenten o publiciten de manera conjunta los productos no implica de por sí una violación, pues el mercado de Colombia Móvil se constituye por los servicios de comunicaciones y, al tener además una autorización legal para le (sic) venta de equipos terminales, resulta legítimo que al efectuar promociones se vincule la oferta conjunta de estos productos.

En otras palabras, la aplicación del artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011 es clara para la oferta ordinaria de los productos, esto es, cuando no se ofrecen promociones o incentivos, pero cuando se está en el marco de una promoción sí es posible ofrecer la adquisición conjunta de los productos, pues sobre esa base se establecen las condiciones más favorables para el usuario y, en consecuencia puede surgir, que para acceder al beneficio o incentivo se venda el equipo y el chip o "sim card" y mientras se garantice que uno y otro tienen contratos independientes con efectos independientes no puede existir vulneración al norma, pues lo que se proscribió aquí no es que se ofrezca de manera conjunta la venta de varios productos, es más la misma se legitima en el hecho de que pese a la promoción conjunta, esos productos, para el caso, el equipo y el servicio se pueden adquirir de manera separada.

Es que dar una interpretación tan limitada y cerrada, como la que propone la SIC, implica que resulta imposible para Colombia Móvil el establecimiento de promociones y, eso se traduce en una afectación directa al negocio, pues si bien la actividad principal de la empresa no es la venta de equipos terminales es a través de éstos que se presta el servicio, y si la posibilidad de ofrecer la compra de equipos terminal en condiciones más favorables está casi que proscrita, no se entiende cómo dentro de la comercialización se puede generar un libre juego en el mercado”.

v) “FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN IMPUESTA”.

Finalmente, en lo atinente a la proporcionalidad de la sanción impuesta, la investigada indicó que:

“Tal como lo ha señalado la Corte Constitucional, el derecho fundamental al Debido proceso comprende, no solamente las garantías del artículo 29 de la Carta, sino también otro cúmulo de valores y principios del mismo raigambre constitucional que hacen que vaya más allá del cumplimiento por parte de las autoridades de los requisitos que la ley procesal impone, lo anterior a través de la irrestricta

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

observancia de los demás derechos que permitan la vigencia de un orden justo (...)

De conformidad con lo anterior, la jurisprudencia Constitucional ha establecido que "los principios del derecho penal - como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplica, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado de igual forma se ha indicado que en el derecho administrativo sancionador, 'la definición de una infracción debe respetar los principios de legalidad y proporcionalidad que gobiernan la actividad sancionadora del Estado' y que 'la ponderación de los dos en una actuación debe responder a la gravedad de la falta y al bien jurídico afectado'.

Analizando entonces estas premisas, se considera que la sanción impuesta es desproporcionada como quiera que:

1. Se tasó con base en el número total de abonados de Colombia Móvil sin tener en cuenta que la posible afectación está limitada al número de usuarios que accedieron a la promoción que, en cualquier caso, no es el número total de los abonados.

2. Colombia Móvil con ocasión de la investigación suspendió las promociones que podrían considerarse objeto de sanción, mientras que los competidores mantuvieron de manera continuada esa conducta, lo cual se evidenció en la línea de tiempo aportada al plenario en la que se registró que "Claro" ha efectuado ese tipo de promociones en los meses de noviembre de 2014, enero, mayo, junio, octubre, noviembre y diciembre de 2015 y enero, febrero y abril de 2016. De igual forma "Movistar" registró ese tipo de promociones en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2015 y enero y abril de 2016. De hecho, ésta denuncia no se tuvo en cuenta al momento de atenuar el monto de la sanción.

3. Que la suspensión de comercialización de productos en esas condiciones tuvo como efecto que Colombia Móvil registrara una pérdida superior a ciento tres mil millones de pesos (\$103.000.000.000) equivalente a una pérdida superior de 117.000 usuarios, mientras que el operador dominante registró una ganancia de ciento ochenta y nueve mil millones de pesos (\$189.000.000.000) como consecuencia de las promociones que mantuvo vigentes y sumó a su base de clientes 214.000 usuarios.

Por lo anterior, se solicita que si los fundamentos de hecho y de derecho que se exponen en el siguiente escrito no son, a criterio de la SIC, suficientes para la revocación del Acto Administrativo, se disminuya de manera de manera (sic) considerable el monto de la multa impuesta a Colombia Móvil, atendiendo lo expuesto y el comportamiento de mercado analizado por la CRC con ocasión de las medidas impuestas con la resolución 4444 de 2014".

TERCERO: Que mediante Resolución No. 87847 del 20 de diciembre de 2016, se resolvió el recurso de reposición 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, así:

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

a) Síntesis del caso.

El presente caso trata de diversas piezas publicitarias conocidas y recaudadas por la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor, a través de las cuales se extrae que el proveedor estaría condicionando la compra de los equipos terminales móviles a la suscripción y/o existencia de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago con un cargo básico predeterminado, así como también que los incentivos asociados a la suscripción del contrato de compraventa de equipos terminales móviles desaparecerían en el evento de presentarse situaciones que dieran lugar a la modificación, 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) no estaba ofreciendo esquema de financiación alguno; (ii) la oferta consistía en brindar condiciones especiales para la adquisición de los equipos móviles a los consumidores sin que tal conducta significara la ocurrencia de una venta atada; (iii) lo mínimo que puede exigir el proveedor es incluir como condiciones a sus promociones la fidelización del cliente con el servicio; (iv) la investigada no está subsidiando la promoción con el servicio porque los recursos que destina Colombia Móvil para otorgar los incentivos provienen de recursos de cooperación que suministran los fabricantes de equipo para apoyo en actividades de comercialización; (v) dentro del contrato de prestación de servicios de comunicaciones no se establece ninguna cláusula de permanencia mínima y (vi) los potenciales consumidores cuentan con una oferta comercial ordinaria a través de la cual se ofrece el plan "Arma tu Plan" con los mismos equipo terminales que se ofrecen en la promoción a precio de lista, como se les ofreció en las mismas condiciones del anuncio.

Estos argumentos no fueron aceptados por el fallador de primera instancia y, en consecuencia, determinó que la sociedad investigada con su actuar: (i) impidió o limitó el ejercicio del derecho de libre elección del usuario de escoger de manera libre y espontánea el plan, tarifa y proveedor del servicio de comunicaciones, atendiendo a sus necesidades personales 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 pos-pago, motivo por el cual se determinó la inobservancia de 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 vulneró 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.

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

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

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”.

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 descuentos 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 por el proveedor de servicios en el escrito de los recursos.

i. Frente al argumento “LA RESOLUCIÓN SE EXPIDIÓ CON INFRACCIÓN DE LAS NORMAS EN QUE DEBERÍA FUNDARSE”.

Teniendo en cuenta que el argumento de la investigada sugiere una variedad de inconformidades respecto a la presente investigación, pues según su dicho esta Superintendencia ha vulnerado postulados de la Constitución Política y del Código de

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Procedimiento de Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a lo largo de la actuación, el Despacho procede a estudiar cada una de las tesis del proveedor, así:

- **Frente al argumento “Vulneración al principio de legalidad”.**

Como bien lo resalta la investigada en el recurso de apelación que se resuelve mediante el presente acto administrativo, la Corte Constitucional ha establecido respecto al principio de legalidad:

“En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica. Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa’, es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión”³.

Lo anterior implica que la administración tiene la obligación dentro de un procedimiento sancionatorio de investigar y sancionar las conductas presuntamente vulneradoras de bienes jurídicos siempre que estas hayan sido tipificadas con anterioridad a los hechos que son materia de indagación.

Al respecto, se recuerda que la presente investigación administrativa inició con la Resolución **No. 93787 de 30 de noviembre de 2015** en la cual se comunicó al proveedor de servicios de forma expresa que su conducta estaría transgrediendo lo previsto en (**Imputación jurídica No. 1**) el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10, el parágrafo 1 del artículo 17 A y el artículo 31 de la Resolución CRC 3066 de 2011, además de lo establecido en (**Imputación jurídica No. 2**) el numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y el parágrafo 2 del artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

De igual forma, fue comunicada al proveedor de servicios la Resolución **No. 94185 de 1 de diciembre de 2015** en la cual se le informó que el actuar objeto de investigación podría estar transgrediendo (**Imputación jurídica No. 1**) el numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10, el inciso final y el parágrafo 1 del artículo 17 A y el artículo 31 de la de la Resolución CRC 3066 de 2011, así como (**Imputación jurídica No. 2**) el numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y el parágrafo 2 del artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Fue acorde a lo mencionado y con ocasión de la relación entre los hechos materia de estudio de la Resolución **No. 93787 de 30 de noviembre de 2015** y de la Resolución **No. 94185 de 1 de diciembre de 2015**, que mediante Resolución **No. 39406 de 21 de junio de 2016** se acumularon las investigaciones administrativas con apego a lo establecido en el artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior demuestra la sujeción del Despacho a las garantías propias del principio de legalidad, pues resulta evidente que desde el inicio de la actuación el proveedor ha sido informado de las normas presuntamente vulneradas con su conducta, las cuales fueron

³ Sentencia C-412 de 2015. Corte Constitucional.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

incorporadas al Régimen de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de forma previa a los hechos materia de investigación.

Por tanto, se recuerda a la investigada que la sanción contenida en la Resolución No. 58270 de 31 de agosto de 2016 se impuso en respuesta a la limitación al derecho de libre elección de los usuarios de servicios de comunicaciones, así como por el condicionamiento a los contratos de compraventa de equipos móviles, lo cual transgrede los supuestos de hecho contenidos en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y en el artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011. No obstante, vale la pena resaltar que en ese mismo acto administrativo sancionatorio fue exonerado el proveedor de servicios de cualquier responsabilidad frente al resto de normas imputadas.

En este sentido, el Despacho no comparte el argumento de la investigada dirigido a cuestionar la legalidad de la presente actuación pues según su decir la liberación de cualquier reproche por la exoneración frente al numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 supone la revocatoria de la sanción impuesta.

Lo anterior resulta desatinado a todas luces pues si bien el proveedor de servicios investigado demostró que no vulneró el supuesto fáctico contenido en el numeral 8, lo cierto es que este Despacho determinó la responsabilidad de Colombia Móvil S.A. E.S.P., por la transgresión de las demás normas referidas en las formulaciones de cargos, como lo son el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y el artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Por tanto, no es cierto que la presente investigación esté viciada de vulneración alguna al principio de legalidad como lo manifiesta la recurrente, pues ha quedado demostrado a lo largo de la actuación que las normas imputadas se encontraban tipificadas desde antes de que el proveedor realizara su conducta vulneradora y las mismas fueron comunicadas de forma correcta desde la apertura de esta investigación.

Por lo anteriormente expuesto, se rechaza el argumento del recurrente.

• **Frente al argumento “Violación del artículo 29 de la Constitución Política”.**

Ahora bien, con respecto a las garantías propias del principio contenido en el artículo 29 de la Constitución Política y referido al “Debido Proceso” se recuerda lo establecido por la Corte Constitucional así:

“El artículo 29 de la Constitución dispone, de una parte, que toda actuación se desarrolle con sujeción al procedimiento legalmente preestablecido en la materia. Y, de otra, constituye una limitación a los poderes del Estado, habida cuenta de que corresponde al legislador establecer previamente la infracción, las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en estas y la definición de las autoridades públicas o administrativas competentes para realizar la investigación y, consecuentemente, imponer la sanción”⁴.

Lo anterior quiere decir que todas las actuaciones, en particular del Estado, deben garantizar el cumplimiento del procedimiento para la materia específica, la sujeción a las infracciones y sanciones que se encuentren tipificadas para la época de los hechos y el conocimiento por parte de las autoridades competentes.

En ese sentido el Despacho resalta que la presente actuación, como consta en todos los actos administrativos de la investigación, ha sido realizada acorde a la norma procesal

⁴ Ibíd.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

correspondiente como es el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009 y al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para lo no regulado en aquel.

Ahora bien, en el numeral anterior fue advertido que las infracciones imputadas se encontraban tipificadas al momento de la realización de la conducta vulneradora y la sanción fue impuesta acorde al principio de legalidad, motivo por el cual el Despacho encuentra superada esta parte de la discusión.

Por último, frente al requisito que establece el principio del “Debido proceso” referido a la competencia de la autoridad que conoce la actuación basta con recordar el contenido del numeral 32 del artículo 1° y el numeral 3 del artículo 13 del decreto 4886 de 2011, en los cuales se menciona de forma expresa que es función de esta Superintendencia velar por el cumplimiento de lo establecido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones en materia de protección a consumidores de servicios de comunicaciones, así como tramitar y decidir las investigaciones en contra de los proveedores de estos mismos servicios.

Así las cosas, el Despacho demuestra que la presente investigación es respetuosa del principio aludido. Sin embargo, el recurrente insiste en que la falta de revocatoria de la sanción impuesta por la exoneración frente al supuesto de hecho contenido en el numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 vulnera la garantía establecida en el artículo 29 de la Constitución Política.

No obstante, el Despacho ha advertido reiteradamente a lo largo de este acto que las normas vulneradas son el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y el artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011, pues como quedó demostrado el proveedor de servicios con su actuar impidió la elección libre de los usuarios de los equipos para la prestación del servicio y condicionó la compra de los mismos.

Por lo anterior, se equivoca la investigada en su argumento pues no existe transgresión alguna dentro de la presente actuación del principio aludido toda vez que se han cumplido las garantías propias del debido proceso tales como el apego al procedimiento especial, la tipicidad de la norma imputada, la legalidad de la sanción y la competencia de la autoridad, motivo por el cual debe ser desestimado.

• **En relación al argumento “Afectación a la libertad de la empresa y la iniciativa privada de Colombia Móvil”.**

Teniendo en cuenta que la investigada alude a los conceptos de libertad de empresa e iniciativa privada contenidos en el artículo 333 de la Constitución Política, vale la pena recordar la interpretación que hace la Corte Constitucional respecto de los mismos, así:

“En el modelo de economía social de mercado se reconocen las libertades económicas en cabeza de los individuos, entendidas éstas como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio; libertades que no son absolutas, pudiendo ser limitadas por el Estado para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad”⁵.

En este sentido, es claro que la Constitución de 1991 al escoger como modelo para el Estado colombiano el de “Social de Derecho”, acogió el concepto de “economía social de mercado” en el cual es aceptada la importancia de la empresa como pilar para el desarrollo de la economía nacional. De hecho, la injerencia del Estado en el mercado está sujeta a distintas consideraciones entre las cuales se encuentran las planteadas por la Corte Constitucional,

⁵ Sentencia C – 263 de 2011. Corte Constitucional.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

dentro de las cuales se encuentra que "(...) cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad"⁶.

Sin embargo, tales consideraciones no obstan para que el Estado cumpla con su obligación de intervenir el mercado cuando se presenten fallas dentro del mismo. En ese orden de ideas, vale precisar que la Corte Constitucional en el marco de las relaciones de consumo surgidas con ocasión de las promociones y ofertas anunciadas por los agentes del mercado para incrementar la demanda de sus productos realizó una ponderación entre el derecho a la libertad de empresa y la protección de los derechos de los consumidores y en consecuencia señaló mediante sentencia C-830 de 2010 que la publicidad es una forma de permitir las transacciones económicas, por lo cual, resulta procedente la imposición de restricciones, siempre y cuando éstas no limiten derechos fundamentales o tratamientos desproporcionados contra el agente económico que hace uso de la publicidad, quien deberá tener en cuenta que su derecho a la libertad de empresa no es absoluto en consideración al principio de la prevalencia del interés general o bien común, como se cita a continuación:

"Estas previsiones constitucionales llevan a concluir que la delimitación conceptual de las libertades económicas se insertan en el equilibrio entre el reconocimiento de las garantías necesarias para el intercambio económico y la obligación estatal correlativa de intervenir en el mercado con el fin de (i) garantizar la supremacía del bien común, representado en los objetivos identificados por el Constituyente como propios de ese interés general; y (ii) corregir en el marco de la protección de la igualdad de oportunidades las imperfecciones de dicho mercado que se conformen como barreras para el acceso de los bienes y servicios de las personas de menores ingresos o en condiciones de debilidad manifiesta.

*De la misma manera, las citadas disposiciones implican que la libertad de empresa y la libre iniciativa económica deban entenderse como garantías constitucionales, que carecen en sí mismos de connotación iusfundamental y, en tal sentido, incorporan en su definición las restricciones e intervenciones legítimas que la Carta Política impone, razón por la cual, como sucede con los demás derechos y garantías no tienen **carácter absoluto**. Se trata, en cualquier caso, de libertades de raigambre constitucional que, merced su vinculación con la función social y ecológica de la propiedad y la dirección general de la economía por parte del Estado, **son de naturaleza autorrestringida**.*

(...)

Las consideraciones anteriores permiten identificar los ejes de la constitucionalidad de las limitaciones y restricciones impuestas por el legislador a la publicidad comercial. Se ha señalado que el mensaje publicitario se expresa en los planos económicos, de información al consumidor y del discurso limitadamente protegido por la libertad de expresión. Ello debido a que en el mismo pueden identificarse dos tipos de contenido, responden a dos materias constitucionales diferenciadas. De un lado, está el componente de la publicidad comercial dirigido a informar al consumidor para que tome decisiones sustentadas en el mercado, ámbito que logra mayores niveles de protección en razón de la necesidad de garantizar la adecuada y suficiente información necesaria para la

⁶ Ibid

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

comercialización de bienes y servicios (art. 78 CP). De otro, está el contenido del mensaje publicitario que tiene por objeto promocionar la adquisición de un bien o servicio, el cual puede ser válidamente limitado, incluso intensamente mediante sus restricción o prohibición, siempre y cuando se adviertan criterio de razonabilidad y proporcionalidad”.

En consecuencia, no puede considerarse que las obligaciones impuestas por el regulador en la normatividad endilgada afecten la libertad de empresa, toda vez que frente a este derecho es permitido imponerse limitaciones o cargas relacionadas con el interés general.

Por tanto, puede ser afirmado que la regulación en materia de comunicaciones no prohíbe la búsqueda de aumentos en la comercialización y venta de bienes y servicios a través de promociones y ofertas dirigidas a los consumidores, siempre que éstas no vayan en contravía a lo dispuesto por el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones.

Sin embargo, del análisis de las piezas publicitarias se determinó que la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP 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 la modificación, terminación o incumplimiento del contrato de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago.

Así las cosas, puede ser afirmado para el caso en concreto que este Despacho ha realizado la presente investigación con ocasión de la competencia legalmente atribuida y en ese sentido ha respetado en todo momento la libertad con la cual cuenta la investigada para desarrollar su objeto de negocio. Es decir, no se observa en esta investigación ni en ninguna otra que la Superintendencia de Industria y Comercio haya propuesto formula alguna encaminada a determinar la forma en la cual COLOMBIA MÓVIL cumpla su objeto social.

Ahora bien, lo que sí tiene lugar dentro de la presente actuación administrativa es la intervención de esta Superintendencia al ejercicio publicitario de la investigada como quiera que quedó demostrada la vulneración del Régimen de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones con su conducta.

Por tanto, la investigada no puede decir que el cumplimiento de las facultades de inspección, vigilancia y control que ostenta esta Entidad se entienda como una transgresión a la libertad de empresa y a la iniciativa privada, pues las condiciones a los contratos de prestación de servicios de comunicaciones investigadas que pautó la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.SP., justifican (i) la intervención del Estado a las practicas realizadas por el proveedor en desmedro de los consumidores de servicios de comunicaciones, (ii) la sanción impuesta y (iii) la medida administrativa ordenada.

Así las cosas, es necesario el pronunciamiento del despacho respecto a la medida administrativa incluida en la Resolución No. 58270 de 31 de agosto de 2016 la cual, según el decir de la investigada, carece proporcionalidad, razonabilidad y validez.

En ese sentido, frente a la proporcionalidad y razonabilidad de la medida administrativa debe decirse que es producto de la actividad protectora de este Despacho de los derechos de los consumidores de servicios comunicaciones y consecuencia de la conducta vulneradora de la investiga. De hecho, esta Superintendencia ha cumplido con los requisitos que propone la

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

corte constitucional para evaluar la razonabilidad y la proporcionalidad de una medida que limite las libertades económicas, como lo son:

“(...) en primer lugar, el Legislador debe tener en cuenta el tipo de actividad que desarrollan las empresas a las que va dirigida la regulación, su estructura organizativa, el mercado en el que se insertan, el tipo de financiamiento al que apelan, el servicio que prestan o el bien que producen o distribuyen, etc.; y en segundo lugar, se apela al juicio de proporcionalidad, mediante el cual se examina la finalidad de la medida, la idoneidad del medio elegido y su proporcionalidad en estricto sentido”⁷.

De hecho, la evaluación de criterios objetivos como cesar la comisión de la conducta reprochada por parte de la investigada, dio lugar a la disminución de la sanción impuesta. Sin embargo, tal cesación no significa que este Despacho, en virtud de su competencia, no pueda imponer una medida administrativa que evite la reincidencia en la comisión de los hechos investigados.

Es así como se determinó que dichas condiciones se entenderían no aplicadas para el caso de los suscriptores que accedieron a los equipos terminales acogidos a los incentivos propuestos y se ordenó al proveedor de servicios que se abstuviera de emitir publicidad alguna que pudiera seguir transgrediendo el supuesto de hecho de las normas imputadas.

Por último, frente a la validez de la medida administrativa debe decirse que es claro a la luz del artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que los recursos en esta jurisdicción son resueltos con efecto suspensivo, motivo por el cual hasta tanto no sean resueltos y notificada la decisión de los mismos, no estará en firme la sanción ni la orden. Sin embargo, como quiera que este acto administrativo habrá de confirmar la actuación adelantada hasta ahora, se entenderá que la decisión en su integralidad contará con la existencia, validez y eficacia necesaria a partir de la notificación del mismo.

ii. Frente al argumento **“FALSA MOTIVACIÓN”**.

Frente a lo mencionado, debe recordarse lo establecido por el Consejo de Estado respecto a la motivación de las sanciones administrativas, así:

“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 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”⁸. (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

⁷ Ibid

⁸ Consejo de Estado, radicado 47001-23-31-000-2010-000-31-01(18757). 15 de marzo de 2012

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

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.

Sin embargo, el impugnante señaló que el acto administrativo sancionatorio adolece de falsa motivación pues, según su decir, la sanción fue impuesta mediante la habilitación arbitraria de del numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 pese a que la imputación correspondía al numeral 8 de la misma norma y sin que fuera realizado el análisis adecuado de las pruebas obrantes en el expediente.

Al respecto, debe ser mencionado que las Resoluciones No. 93787 de 30 de noviembre de 2015 y No. 94185 de 01 de diciembre de 2015 mediante las cuales fueron formulados los cargos en contra de la investigada, incluyeron de forma expresa en el numeral tercero de cada acto administrativo, el supuesto de hecho contenido en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 junto con las demás normas imputadas.

Es decir, el proveedor de servicios fue informado del marco jurídico de la presente investigación y específicamente del contenido del numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, desde el momento en el cual tuvieron inicio las actuaciones administrativas que posteriormente fueron acumuladas mediante Resolución No. 39406 de 21 de junio de 2016.

Así las cosas, se equivoca la investigada al manifestar que el acto sancionatorio carece de motivación por la exoneración al proveedor de cualquier responsabilidad respecto al incumplimiento del numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, pues lo cierto es que tal norma no era la única incluida en las imputaciones jurídicas realizadas por el Despacho.

En este orden de ideas se le recuerda a la sociedad investigada que la presente investigación administrativa está circunscrita al marco de las denominadas "Tecnologías de la Información y las Comunicaciones", lo cual sugiere que esta actuación al tener por eje central una temática específica debe ser desarrollada en virtud de la norma referida a esa misma especialidad, que para el caso en concreto corresponde sin lugar a dudas a la Ley 1341 de 2009.

Lo anterior, ha sido respaldado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en el sentido de manifestar que "(...) *El principio de especialidad se deriva de la locución latina: "lex specialis derogat lex generalis", adagio jurídico popular según el cual la ley especial debe ser aplicada de preferencia sobre la general (...)*"⁹.

Ahora bien, el artículo 53 de la Ley pluricitada, amplía el marco de referencia respecto del Régimen Jurídico en lo que se refiere a la protección de usuarios de servicios de comunicaciones pues incluye lo dispuesto por la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias, de la siguiente manera:

"Artículo 53. Régimen Jurídico. El régimen jurídico de protección al usuario en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la CRC y en el régimen general de protección al consumidor y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella (...)". (Destacado propio).

Así mismo, el numeral 12 del artículo 64 de la ley referida establece:

"Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones".

⁹ Sentencia C-464 de 2014. Corte Constitucional.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Es decir, que el Régimen Jurídico de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones no se agota en la Ley 1341 de 2009, sino que además por remisión expresa de su artículo 53 y del numeral 12 del artículo 64, incluye lo dispuesto en las Resoluciones de la CRC y en la Ley 1480 de 2011 para lo no previsto en aquellas.

Así las cosas, vale decir que la mención del contenido del numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 no resulta del capricho de la administración, sino como el sustento legal que faculta a este Despacho para la imputación de las normas que aun cuando no hacen parte de la ley referida, sí corresponden a disposiciones legales, reglamentarias, contractuales o regulatorias en materia de comunicaciones cuyo cumplimiento es objeto de inspección, vigilancia y control por parte de esta Superintendencia.

En ese sentido, la alusión al numeral 12 del artículo 64 obedece precisamente a la obligación que tiene el Despacho de motivar; (i) la imputación del literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y del artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011 como marco jurídico de la presente actuación y (ii) la sanción contenida en la Resolución No. 58270 de 31 de agosto de 2016 por el incumplimiento de estos.

Adicional a lo mencionado, debe ser aclarado que el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 es una norma o tipo en blanco, cuya inclusión en la formulación de cargos y en la resolución sancionatoria no vulnera el principio de legalidad, defensa o debido proceso siempre y cuando sea posible llevar a cabo la correspondiente remisión normativa o interpretación sistemática que permita establecer o determinar la conducta típica que es objeto de reproche para la administración como sucede en el presente caso.

Al respecto considera esta instancia importante traer a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional:

"(...) Esta forma de definir la tipicidad de la conducta a través de la remisión a normas complementarias, comporta un método conocido por la doctrina y la jurisprudencia como el de las normas o tipos en blanco, que consiste precisamente en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. La jurisprudencia constitucional ha admitido la existencia de tipos en blanco en materia disciplinaria, sin que ellos vulneren los principios de tipicidad y legalidad, siempre y cuando sea posible llevar a cabo la correspondiente remisión normativa o interpretación sistemática que le permita al operador jurídico establecer y determinar inequívocamente el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente(...)"¹⁰.
(Subrayado fuera de texto).

De igual forma, debe tenerse en cuenta, que tal como lo señaló el recurrente, el principio de tipicidad en materia sancionatoria administrativa, ha sido definido por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"(...) Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad, se habrán de reunir tres elementos, a saber: que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; que exista una sanción

¹⁰ Sentencia C-030 de 2012. Corte Constitucional.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

*cuyo contenido material esté definido en la ley; que exista correlación entre la conducta y la sanción (...)*¹¹. (subrayado fuera de texto).

En consecuencia, esta instancia determina que en el asunto sub examine no se infringe el principio de legalidad, de acuerdo con las consideraciones desarrolladas por la Corte Constitucional, ya que el numeral 12 del artículo 64 de la citada Ley, es una disposición que viene a ser determinada a partir de la aplicación de otras disposiciones de carácter legal, reglamentario, regulatorio o contractual, que se ponen de presente en desarrollo del recurso que se analiza, como lo son del literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y del artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Por último, el Despacho resalta que la sanción impuesta por el incumplimiento de las normas imputadas encuentra su asidero jurídico gracias al examen minucioso de los elementos materiales probatorios que han sido recaudados a lo largo de la investigación.

De hecho, se encuentra consignado en el acto sancionatorio que las distintas piezas publicitarias dan cuenta de las condiciones que deben cumplir los usuarios para acceder a los incentivos relacionados con el precio de adquisición del equipo terminal móvil, entre las que se resaltan afirmaciones tales como “(...) el usuario deberá activar el equipo en arma tu plan desde \$41.900(...)”, “(...) la promoción solo aplica para planes Arma tu Plan (...)”.

Así mismo, frente a las condiciones para conservar el incentivo se encuentra que la investigada afirmó “(...) el usuario debe mantener o incrementar el cargo básico de su plan durante los 12 ó 24 meses de vigencia del contrato de compraventa (...)”, “(...) si el cliente disminuye su cargo básico perderá el beneficio de la promoción a partir del cambio de plan (...)”.

De igual forma, se encuentra demostrado que la investigada afirmó mediante la publicidad recaudada por el despacho que los usuarios perderían los beneficios adquiridos mediante afirmaciones como “(...) Una vez solicitada la terminación del contrato de servicios, el usuario perderá el obsequio de las cuotas de financiación objeto de la promoción(...)”, “(...) En caso de cualquier incumplimiento del contrato de compraventa y/o del contrato de prestación de servicios, el usuario perderá los descuentos(...)” y “(...) El beneficio de la promoción aplica solo para clientes que tengan las cuentas de facturación unidas. Si el cliente realiza la separación de cuentas perderá el beneficio de la promoción (...)”.

Por lo anterior, resulta equivocado el argumento de la investigada referido a la falta de sustento de la sanción y la omisión en el análisis de la totalidad de las pruebas obrantes en el proceso, pues con la revisión de las piezas publicitarias citadas se demuestra el incumplimiento a las normas imputadas.

Así las cosas, el Despacho precisa que “En un sentido general puede decirse que una prueba inconducente o no pertinente es inútil, puesto que ningún servicio puede prestarle al proceso, e incluso, algunos autores y legisladores se abstienen de estudiar o reglamentar la utilidad de la prueba como un requisito separado, como que la consideran un aspecto de su consonancia o pertinencia y, desde un punto de vista más general, de su eficacia. En estos requisitos deben incluirse también los de pertinencia y utilidad. La ausencia de norma legal expresa no es obstáculo para que el juez tenga en cuenta el principio elemental de que es inadmisibles la prueba manifiestamente inútil(...)”¹².

¹¹ Sentencia C-343 de 06. Corte Constitucional.

¹² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo Primero. Quinta Edición. Editorial Temis. 2002, pág. 331.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

Teniendo en cuenta lo anterior, debe concluirse que una prueba es útil cuando aporta elementos de juicio idóneos para probar los supuestos de hecho y convencer al investigador de lo que se esté imputando o alegando en virtud de unos descargos.

Así mismo, no debe perderse de vista que la pertinencia de una prueba *“consiste en que haya alguna relación lógica o jurídica entre el medio y el hecho por probar, y puede existir a pesar de que su valor de convicción resulte nugatorio (...)”*¹³.

De este modo, debe concluirse que una prueba es pertinente cuando la relación entre el hecho objeto de ésta y los fundamentos de hecho de la cuestión por decidir, sea del objeto de la actuación administrativa.

Por ello, frente a las consideraciones anteriores, se encuentra que los elementos probatorios tales como las piezas publicitarias recaudadas por el despacho poseen la utilidad y suficiencia para cumplir su cometido, dado que se pudo verificar el incumplimiento a los supuestos de hecho imputados.

Así, con ocasión de todo lo mencionado, este despacho concluye que la resolución recurrida no adolece de error de hecho ni de derecho alguno, 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 y los elementos probatorios estudiados dan cuenta de las infracciones por la cuales fue sancionado el proveedor de servicios de comunicaciones.

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 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. Frente al argumento “NO EXISTE AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE ELECCIÓN”.

La censura del recurrente se orienta a señalar que la investigada no limitó el derecho a la libre elección de los usuarios, como quiera que la modalidad de contratación ofrecida les otorga a aquellos la posibilidad de (i) adquirir la promoción, (ii) adquirir solo el equipo terminal bajo la modalidad de venta a plazo o pagando la totalidad del equipo o (iii) adquirir solo el plan.

Así las cosas, según lo manifestado por la investigada su actuar no vulnera las normas imputadas pues tanto el plan de servicios como el equipo terminal están disponibles a los consumidores de manera independiente. Sin embargo, resulta evidente para el despacho la transgresión de la libertad que tienen los usuarios de elegir los aparatos necesarios para la prestación del servicio pues como lo reconoce el mismo recurrente, la entrada y permanencia en el plan de servicios referidos dependía de la compra del dispositivo móvil bajo las condiciones publicitadas.

Al respecto es pertinente informar a la investigada que la libertad de elección corresponde a un principio que debe regir las relaciones de consumo entre los usuarios y los proveedores de servicios de comunicaciones desde la oferta, la celebración del contrato y durante la

¹³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo Primero. Quinta Edición. Editorial Temis. 2002, pág. 324.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

ejecución pues la jerarquía del mismo prohíbe a los proveedores o terceros la intromisión en la elección de los usuarios respecto de las condiciones en las cuales desea utilizar su servicio.

Lo anterior, encuentra fundamento 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 junto con el plan tarifario, de acuerdo a sus preferencias personales, toda vez que tal facultad le corresponde exclusivamente a ellos.

Así las cosas, en el caso concreto se tiene que este derecho cobra especial relevancia y la protección al mismo está determinada con claridad por el regulador en el Régimen de Protección a Usuarios, específicamente 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.

Ahora bien, 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 quedó demostrado, pues del análisis de la publicidad anunciada a los usuarios se evidencia de forma palmaria que el acceso a los incentivos económicos para la adquisición de los equipos terminales móviles, estaba sujeto a la suscripción de un contrato de servicios de comunicaciones bajo una modalidad específica, lo cual resulta contrario al derecho que le asiste únicamente a los usuarios de escoger el plan tarifario que más se ajuste a sus necesidades personales.

Es decir, el Despacho demostró que la publicidad objeto de estudio señaló de manera expresa la procedencia del incentivo económico solo si los usuarios diferían la compra del equipo a un número de cuotas y activaban un plan en la modalidad pospago, aparentemente escogido por el usuario, pero que estaba limitado por un cargo básico predeterminado por el proveedor.

En consecuencia, mal hace la investigada al manifestar que respeta el derecho de libre elección de los usuarios pues la presente investigación ha demostrado que en el evento en el cual sea adquirido un equipo terminal bajo el incentivo ofrecido -caso en el que deben cumplir con las condiciones del mismo-, 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.

iv. Frente al argumento “NO EXISTE TRANSGRESIÓN DEL ARTÍCULO 17 A DE LA RESOLUCIÓN 3066 DE 2011”.

Sobre este punto es preciso señalar que el artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011, 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, quien entiende que las conductas objeto de reproche obedecen únicamente a condicionar la compraventa de los equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones.

Por tanto, la investigada equivoca su interpretación pues la norma en comento regula (i) la independencia que debe existir en los contratos de adquisición de equipos terminales móviles o cualquier acto de enajenación de aquellos y los contratos de prestación de servicios de comunicaciones cuando se pacten con los usuarios, así como de las condiciones de cada uno de ellos y (ii) la prohibición de condicionar la venta o cualquier acto de enajenación de

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de servicios de comunicaciones y viceversa.

Frente a lo mencionado 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, con base en los análisis adelantados en el año 2014, la necesidad de separar **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”. (Destacado propio).

Así las cosas, el Despacho informa que la interpretación de la norma corresponde a lo manifestado por el ente regulador por lo cual no admite consideraciones distintas como las propuestas por la investigada y en ese sentido puede ser afirmado que la actuación de esta Superintendencia se ajusta a la función establecida en el numeral 32 del Decreto 4886 de 2011 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 la cual debe ser desarrollada en armonía con la normatividad aplicable que 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 ese sentido se obtiene 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 relacionada con el contrato de servicios de comunicaciones**, es decir, que las condiciones o estipulaciones contractuales del contrato de adquisición de los citados equipos o cualquier acto de enajenación no pueden estar sometidas a una condición que se sustente en la suscripción del contrato de servicios de comunicaciones o en el devenir de dicho contrato.

Así, 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 incurriría en la referida prohibición dispuesta por el regulador y rompería el principio de independencia

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

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.

Lo anterior encuentra sustento en el análisis realizado a las piezas publicitarias referenciadas en el pliego de cargos y en el acto administrativo sancionatorio, pues son evidentes las condiciones tales como i) mantener o incrementar el plan durante los 12 meses de vigencia del contrato, ii) permanecer en el plan denominado "arma tu plan", iii) evitar la cancelación de la línea, entre otros, lo cual transgrede de forma indiscutible el contenido del artículo objeto de estudio.

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

V. Frente al argumento "FALTA DE PROPORCIONALIDAD EN LA SANCIÓN IMPUESTA".

En relación con los planteamientos empleados por la investigada en el sentido de cuestionar la proporcionalidad entre la sanción impuesta y la falta cometida, es preciso señalar que la Corte Constitucional en materia de imposición de sanciones por parte de la administración, ha establecido en su jurisprudencia lo siguiente:

"Para la Corte es claro que la potestad de evaluación de la gravedad de la falta debe dejarse a juicio de la Administración, pues sólo ella tiene conocimiento inmediato de la dimensión y repercusiones de la conducta reprochable.

Por ello no resulta violatorio del principio de reserva de ley en materia sancionatoria que la Administración evalúe la gravedad de la conducta e imponga las sanciones dentro del marco establecido por el legislador, pues con que la ley haya determinado las faltas y las sanciones se entiende satisfecho el principio de legalidad"¹⁴.

No obstante, es necesario anotar que la graduación de la sanción que esta Superintendencia realiza en virtud de la facultad sancionatoria legalmente a ella atribuida, obedece principalmente a una facultad que no es absoluta, esto es, no depende de la aplicación de criterios subjetivos.

En efecto, el monto de la sanción que se aplica en cada caso particular, se encuentra gobernado por criterios definidos legalmente, entre los cuales se encuentra el de proporcionalidad entre la falta y la sanción, y que en materia de servicios de comunicaciones se encuentran previstos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009.

Precisamente, la norma que particularmente autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones, para el caso concreto es el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, el cual estableció unos rangos máximos en atención a la naturaleza de la infracción, los que sirven de parámetro a la autoridad sancionadora para la determinación de la correspondiente sanción, permitiendo la imposición de multas por una cantidad que oscila entre uno (1) y quince mil (15000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por lo tanto, y en consonancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, en el cual se estableció como criterio para la definición de las sanciones, entre otros, la proporcionalidad, este despacho concluye que evaluada la conducta objeto de reproche, la

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-1153 de 2005.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

gravedad de la misma se desprende de la potencialidad de la información divulgada pues el contenido de esta resulta vulnerador del principio de libre elección y de la independencia de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones.

Así, en el acto administrativo recurrido se valoró la gravedad y la proporcionalidad entre la falta y la sanción desde la perspectiva e implicaciones previamente señaladas, esto es, teniendo en cuenta la afectación de los derechos de los usuarios, pues con la publicación de las piezas referidas, así como la efectiva suscripción de los contratos bajo tales condiciones, el proveedor de servicios desconoce el supuesto de hecho de las normas imputadas.

De otro lado, se adecuó el monto de la sanción pecuniaria a dicho juicio de valor y a la finalidad perseguida por la norma, aplicando de esta manera un análisis de proporcionalidad entre la falta y la sanción.

De hecho, del examen minucioso de la relación entre la conducta de la investigada y la sanción impuesta, junto con la valoración de los argumentos propuestos por la recurrente resulta la disminución de la multa incluida en la Resolución No. 58270 de 31 de agosto de 2016.

Es decir, si bien la Dirección tuvo en cuenta el número total de abonados de la investigada para calcular el monto de una sanción que tuviera el alcance suficiente como resultado de su conducta vulneradora, también es cierto que ese mismo Despacho valoró en la oportunidad procesal correspondiente el actuar de la investigada dirigido a suspender las promociones y la comercialización de los equipos móviles bajo las condiciones referenciadas, para luego modificar el valor a pagar por parte del proveedor de servicios de comunicaciones.

Así las cosas, la sanción impuesta resulta proporcional y adecuada a la infracción cometida pues la conducta desplegada por la sociedad investigada desconoció lo establecido en la regulación infringida, por lo cual no es procedente el argumento dirigido a cuestionar la proporcionalidad de la sanción, pues como bien se indicó la graduación de la sanción impuesta fue el resultado del criterio antes señalado, de las pruebas obrantes en el expediente y en consideración a las circunstancias particulares de la investigación que ocupa la atención de este despacho.

Por tanto, esta instancia no encuentra que los argumentos de la recurrente discutan fundadamente la valoración que sobre la gravedad e importancia de la falta hizo la primera instancia, desde la perspectiva e implicaciones previamente señaladas, esto es, teniendo en cuenta la afectación de los derechos de los usuarios.

Por lo ya expuesto, no resulta fundado el argumento de la recurrente y no existe motivo para revocar la sanción impuesta en el acto administrativo recurrido.

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. 58270 de 31 de agosto de 2016, la que a su vez fue modificada en cuanto al valor de la multa impuesta y confirmada en el resto de sus partes por la resolución no. 87847 del 20 de diciembre de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Por la cual se resuelve un recurso de apelación

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de este acto administrativo a la sociedad COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., identificada con NIT. 830.114.921-1 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:	COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P.
Identificación:	Nit 830.114.921-1
Apoderado judicial:	Tatiana Sedano Orozco
Identificación:	C.C. No. 52.709.233 de Bogotá.
Correo electrónico:	notificacionesjudiciales@TigoUne.com
Dirección:	Av. Calle 26 No. 92 – 32. Módulo G1
Ciudad:	Bogotá D.C.

JALC