

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

(23-12-2024)

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

Radicación No. 21-311226

**VERSIÓN ÚNICA**

### LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

En ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, especialmente las previstas en las leyes 1341 de 2009 y 1437 de 2011, en 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, (en adelante la Dirección), a través de la Resolución No. 28551 del 13 de mayo de 2022<sup>1</sup> inició una investigación administrativa y formuló cargos en contra de la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, identificada con el NIT 800.153.993-7, en adelante la recurrente o COMCEL, por presuntamente no suministrar información clara, veraz, suficiente, comprobable, cierta, completa y oportuna, que no indujera en error; en las piezas publicitarias que fueron divulgadas con ocasión de la promoción «HBO Max Gratis hasta el 31 de diciembre de 2021», pues en estas no se informaba y/o describían en qué momento y/o bajo qué condiciones comerciales un cliente obtenía la calidad de «Todo Claro», atributo y cualidad que debía de ostentar para acceder al beneficio ofertado.

En consecuencia, se consideró que las piezas publicitarias podrían haber inducido en error, engaño y/o confusión a los usuarios y a los potenciales clientes del proveedor de servicios de comunicaciones, a través de la emisión y divulgación de publicidad engañosa.

Con fundamento en lo anterior se formuló un cargo único, en el cual se imputó la presunta infracción de lo previsto en el «numeral 2º del artículo 53 de la Ley 1341 de 2009, así como lo dispuesto en los artículos 23 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo señalado por el numeral 2.1.1.2.4 del artículo 2.1.1.2 y el artículo 2.1.6.1 de la misma resolución (sic) de la Resolución CRC 5050 de 2017 (sic), modificado por el artículo 1º de la Resolución CRC 5111 de 2017, en consonancia con el numeral 2.1.1. del Capítulo Segundo del Título III de la Circular Única de esta Superintendencia, lo que conllevaría a la configuración del supuesto de hecho previsto en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009».

**SEGUNDO:** Que la Dirección, por medio de la Resolución No. 74331 del 29 de noviembre de 2023<sup>2</sup>, resolvió imponer una sanción pecuniaria en favor de la Nación por la suma de **MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA MIL PESOS M/CTE (\$1.553.579.460)**, equivalente a **MIL SETECIENTOS DIEZ SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (1.710 SMLMV)** al momento de la infracción, al comprobar la comisión de la infracción imputada en la formulación de cargos.

**TERCERO:** Que el 3 de enero de 2024, dentro del término concedido para la interposición de los recursos<sup>3</sup>, COMCEL presentó el de reposición y en subsidio

<sup>1</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-6.

<sup>2</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-19.

<sup>3</sup> Al respecto, se debe tener en cuenta que la Resolución No. 74331 del 29 de noviembre de 2023, por la cual se impuso la sanción administrativa, fue notificada a COMCEL el 18 de diciembre de 2023 mediante el Aviso 31002 de 2023, por lo cual, desde el día hábil siguiente a la fecha de notificación esto es, desde el 19 de

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

el de apelación, con el fin de que se revoque la Resolución No. 74331 del 29 de noviembre 2023 y archive la investigación o, en su defecto, se reduzca sustancialmente la multa impuesta.

**CUARTO: Argumentos del recurso.** La recurrente fundamentó su recurso en los argumentos que se resumen a continuación:

### **4.1. Irregularidades procesales posteriores al acto administrativo sancionatorio – violación al debido proceso por falta de acceso al expediente.**

En este punto, la recurrente señaló que por medio de los consecutivos 22 y 23 del radicado No. 21-311226 solicitó el acceso al expediente, sin obtener respuesta por parte de esta Superintendencia. En su opinión, lo anterior limitó su capacidad de preparar los recursos legales con base en los medios probatorios expuestos en la resolución impugnada, lo que a su vez significó una violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Por esta razón, solicitó que por medio de un acto administrativo se corrijan las irregularidades y a partir del acceso efectivo al expediente se corra nuevamente el término para interponer los recursos legales.

### **4.2. Aclaración preliminar: La SIC confunde las condiciones, tiempo y forma como se desarrolló la promoción «HBO MAX».**

#### **4.2.1. La SIC no tuvo en cuenta la ampliación de la oferta «HBO MAX».**

La recurrente consideró importante poner de presente que la oferta «HBO MAX» se desarrolló en dos etapas, i) una inicial para clientes «Todo Claro», del 10 al 31 de julio de 2021, con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021, y otra ii) a partir del 31 de julio de 2021 y hasta el 31 de diciembre de ese mismo año, ampliada a todos los usuarios con servicio hogar.

Dicha precisión consideró que es fundamental para la investigación, pues sostuvo que esta Superintendencia presentó piezas publicitarias sin tener en cuenta «que a partir del 31 de julio de 2021 «TODOS» los usuarios con servicio hogar tenían acceso al beneficio». Para demostrar lo anterior se refirió a la «línea del tiempo con piezas publicitarias» y a los términos y condiciones que aportó en su recurso.

#### **4.2.2. Se remitieron distintas comunicaciones a los usuarios que cumplían con el requisito para acceder a la oferta. Comcel suministró la información, en las condiciones exigidas, por distintos medios: no había ningún riesgo de que el consumidor se viera «confundido».**

Al respecto, COMCEL reclamó que la Dirección no tuvo en cuenta un elemento fundamental y es que remitió múltiples comunicaciones a los usuarios que a su juicio cumplían con las condiciones exigidas en la norma, tales como las «facturas de venta de octubre de 2021» que envió a los usuarios. Sobre el particular, indicó que cuando la oferta ya se había ampliado para todos los usuarios de servicios hogar, en los que los usuarios que cumplieran los requisitos podían conocer la oferta, condiciones y formas de acceder.

Asimismo, señaló que envió correos electrónicos con las instrucciones para acceder a «HBO MAX» a los usuarios que cumplieran con las condiciones y, por último, envió mensajes interactivos SAT PUSH, SMS y WhatsApp, hasta el 31 de julio de 2021 a los clientes «Todo Claro» y con posterioridad «Con servicios Hogar a su nombre», los cuales indican que solo quienes recibieron estos mensajes fueron quienes cumplían con las condiciones para acceder a la oferta, lo que prueba con la certificación que allegó con su escrito de impugnación.

---

diciembre de 2023 la recurrente contaba con diez (10) días hábiles para interponer el recurso de reposición y en subsidio el de apelación. Siendo así, el término para interponer recursos venció el 3 de enero de 2024, razón por la cual, dado que COMCEL interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación el mismo 3 de enero de 2024, lo hizo dentro de la oportunidad procesal prevista para tal efecto.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

En su opinión, lo expuesto acredita su diligencia y significa que los usuarios no tenían la más mínima duda o error por parte de los usuarios para saber si eran beneficiarios de la oferta.

### **4.3. No se está analizando la publicidad de forma completa, tampoco los términos y condiciones.**

Sobre el particular, la recurrente con base en los pronunciamientos de esta Superintendencia sostuvo que el análisis de las piezas publicitarias, para determinar si son o no engañosas, deben estudiarse en conjunto.

Así, señaló que (i) las piezas publicitarias utilizaban la expresión «Todo Claro» de manera visible y (ii) que no se podía exigir que toda la información se mencionara en la publicidad, pues se ha aceptado la remisión a términos y condiciones, debido a la naturaleza de la publicidad, los tiempos, los costos, entre otros.

En la misma línea, afirmó que (iii) en el video que se divulgó por televisión se señaló que la oferta de «HBO MAX» aplicaba para usuarios «Todos Claro», lo que significa que cualquier consumidor medio estaba en capacidad de identificar que la oferta solo aplicaba para ese tipo de usuarios, sobre todo porque esos aspectos también estaban desarrollados en los términos y condiciones, y en la medida en que no era necesario que se explicaran todas las posibles combinaciones de «Todo Claro».

Para sustentar el hecho de que el análisis debe ser conjunto, puso de presente parte del inicio del video donde aparecían las imágenes de una casa y un celular con la frase «Todo Claro».

Por otra parte, la recurrente se opuso a que esta Superintendencia le reprochara que el usuario «Tripleplay» no conocía que también debía adquirir un plan móvil, pues eso no era cierto y no fue algo que se pusiera de presente en el pliego de cargos, lo que a su juicio desconoce el principio de congruencia. A lo dicho, sobre el cuestionamiento frente a la imposibilidad de los usuarios de conocer si cumplían con las condiciones de ser Todo Claro y si podía registrarse como tal, reiteró que los usuarios actuales que cumplían con los requisitos fueron informados por correo electrónico, SMS y WhatsApp.

Ahora bien, (iv) en lo que a la valla plana paraderos se refiere, COMCEL también señaló que las piezas publicitarias debían ser examinadas en su totalidad, «incluyendo las imágenes». Así, puso de presente que, además de incluir los términos y condiciones, las piezas publicitarias se acompañaron «de una casa y un celular» junto al detalle en la parte inferior, por lo cual no existía riesgo de inducir a engaño, error o confusión al consumidor.

De otro lado, en relación con la (v) publicidad digital, la recurrente también destacó la inclusión de los términos y condiciones y de la condición de ser «Todo Claro», e insistió en que no se debía incluir toda la información y las posibles combinaciones, aunque el consumidor estaba en capacidad de identificarlas.

Igualmente, respecto a los (vi) canales de comunicación alternos, reiteró que las comunicaciones únicamente se remitieron a los usuarios que cumplían con las condiciones para acceder al beneficio de «HBO MAX», primero a los clientes «Todo Claro» y luego del 31 de julio de 2021 «con servicios hogar a su nombre», tal como lo acredita con el certificado que remitió. En este último, se lee, entre otras cosas, que la líder de producto de COMCEL confirmó «que las bases generadas para el envío de comunicación vía SMS, SAT PUSH, WhatsApp y correo electrónico cumplían con las condiciones específicas para acceder a la oferta. "HBO MAX"».

En ese sentido, propuso que se diera la misma aplicación que para los volantes físicos y no tenerlos en cuenta, para posteriormente concluir que con las comunicaciones alternas no existía riesgo de confusión o error, pues si el

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

consumidor lo recibió es porque cumplía los requisitos para acceder al beneficio, por lo que se leía «Eres Todo Claro».

De igual manera, la recurrente se refirió a los (vii) otros canales de comunicación alternos, correo electrónico, en relación con los cuales también precisó que se enviaron únicamente a los usuarios que cumplían con los requisitos para acceder al beneficio.

Luego, en lo que al (viii) aviso de prensa del periódico «El Tiempo» se refiere, con base en un pronunciamiento anterior de esta Superintendencia partió por indicar que se debían valorar de manera conjunta todos los elementos que integran la publicidad. En efecto, sostuvo que la autoridad se contradijo pues en este caso revisó la publicidad de «forma parcial, sesgada e incompleta», ya que, en su opinión, la autoridad se limitó al enunciado o título, en relación con lo cual señaló que «por ser una nota informativa el titular lo desarrolla el medio de comunicación, no el operador», para después sostener que entregó toda la información requerida. Del aviso de prensa que relacionó en su recurso destacó las frases «aquellos con servicios móviles y hogar» y «Todo Claro».

Para concluir, COMCEL afirmó que (ix) en «TODAS» las piezas publicitarias señalaban que aplicaban condiciones y restricciones, tanto de «HBO MAX» como de «Todo Claro», tal como lo publicó en su página web. Además, mencionó que esta Superintendencia pudo verificar que las condiciones de «Todo Claro» podían vislumbrarse con facilidad con un sistema interactivo que permitía conocer «¿Cómo ser Todo Claro?».

**4.4. La SIC no tuvo en cuenta las condiciones particulares para la prestación del servicio de telecomunicaciones en donde se debe surtir un riguroso trámite que implica que existan distintos filtros que impiden por completo que el usuario pueda encontrarse «confundido o engañado».**

En este punto COMCEL recapituló sus argumentos, con base en los cuales señaló que no existió confusión o engaño, ya que los usuarios actuales que cumplían con los requisitos recibieron múltiples comunicaciones en las que se les informó cómo podían acceder a la oferta. De igual forma, mencionó que en lo que corresponde a los usuarios nuevos, las piezas publicitarias cumplían con la información requerida bajo el concepto de «Todo Claro», acompañadas de las imágenes del celular y la casa junto a los términos y condiciones.

Por otra parte, señaló que la contratación de servicios de telecomunicaciones, regulada por la Ley 1341 de 2009 y normativa de la CRC, exige un proceso formal con etapas estrictas, lo cual diferencia esta adquisición de la compra de bienes simples como productos en grandes superficies.

Así, con base en la Resolución CRC 5050 de 2016, indicó que las promociones deben incluir detalles como vigencia, precio y características, y que dicha información debe ser accesible, incluso después de presentada. Posteriormente, sugirió que la información sobre una promoción u oferta no se extingue al momento de la publicidad, sino que se debe surtir hasta antes de que el usuario acepte una promoción u oferta. A propósito, sostuvo que en este caso no se probó la omisión de información antes de la aceptación de la oferta.

**4.5. El análisis se debe realizar desde la óptica del consumidor medio y atendiendo a su deber de informarse.**

Al respecto, COMCEL argumentó que para determinar si una publicidad resultaba engañosa, se debía analizar desde la perspectiva de un consumidor medio o racional. Para probar su postura, con base en el concepto 18-142794-3 de esta Superintendencia, manifestó que si el error era generalizado se atribuía a la información, pero si se trataba de un error aislado correspondía a interpretaciones individuales.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

En efecto, destacó que en este caso no existió un solo consumidor que manifestara algún error o engaño de cara a una pieza en particular, de lo que tampoco existe prueba en la sanción, lo que evidenciaba que la publicidad no era engañosa. A lo anterior, agregó que la publicidad incluyó información completa sobre términos, condiciones y detalles relevantes, tanto en las piezas promocionales como en la página web.

Asimismo, le reprochó a esta Superintendencia que presuntamente aplicara un estándar de un consumidor «irracional, insensato e imprudente», al exigir explicaciones sobre la palabra «Todo» y pasar por alto el deber de los consumidores de informarse.

Por último, COMCEL manifestó que esta Superintendencia, «en su deseo de sancionar», presentó «conjeturas etéreas y deshilvanadas que no se acompañan con el estándar exigido de un proceso administrativo sancionatorio en donde la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la SIC como consecuencia de la presunción de inocencia».

#### **4.6. Para tratar de sustentar lo insustentable se está desconociendo el principio de congruencia.**

En este punto, la recurrente señaló que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, el pliego de cargos debía exponer con precisión y claridad los hechos que lo originaron, las personas naturales o jurídicas objeto de investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las posibles sanciones. A su vez, con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>4</sup>, sostuvo que el acto de apertura de la investigación administrativa era esencial para garantizar el derecho de defensa y enmarcar el debate probatorio.

En este orden de ideas, concluyó que debía existir una correspondencia estricta entre el pliego de cargos y el acto de sanción, pues cualquier contradicción o incorporación de nuevos elementos violaba el principio de congruencia. En este caso, opinó que la Resolución No. 74331 del 29 de noviembre de 2023, resultaba incongruente respecto al acto de apertura, al incluir aspectos como el «Tripleplay» que no fueron analizados en la Resolución 28551 del 13 de mayo de 2022.

#### **4.7. Frente a la publicación en Twitter (ahora X) del usuario @Rodrigo\_docente: No existe ninguna pieza publicitaria, por lo tanto, NO debe ser tenida en cuenta.**

La recurrente indicó que el análisis de la publicidad engañosa debe partir de un primer supuesto, que es la publicidad. Así, señaló que no era posible estudiar el mensaje de la publicidad engañosa que reclamó el usuario @Rodrigo\_docente, pues no había publicidad. En este orden, cuestionó que en la resolución impugnada se dejara abierto el análisis de la publicación, pero no se expusiera nada más sobre el particular.

Finalmente, sostuvo que esta Superintendencia omitió pronunciarse sobre el argumento que presentó en los descargos, en el cual indicó que el mencionado usuario no era «Todo Claro», lo que a continuación demostró con una captura pantalla del sistema en la que se explica que no podía acceder a la oferta por esa razón. A lo dicho, agregó que le alarmaba que por la premura de sancionar se adelantaran procesos sancionatorios «con base en capturas incompletas, publicaciones descontextualizadas de "usuarios", provocando una clara violación de los derechos de contradicción y defensa de los investigados».

<sup>4</sup> La recurrente citó: «Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda. Sentencia del 16 de febrero de 2012. Rad. 11001-03-25-000-2010-0048-00. C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren».

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

### **4.8. La SIC desconoció sus propios precedentes y el principio de igualdad pues a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. le impuso una multa muy inferior a la de Comcel, a pesar de que la conducta resultaba mucho más gravosa y reincidente.**

En su escrito, la recurrente se refirió a la igualdad como derecho y principio según lo dispuesto en los artículos 3 de la Ley 1437 de 2011 y 13 de la Constitución Política, este último desde lo considerado por el Consejo de Estado en una providencia de la cual no se relacionó la referencia.

Con base en lo anterior, afirmó que en el presente caso el acto administrativo impugnado violó el principio de igualdad, pues no se tuvo en cuenta que esta Superintendencia había sostenido que para analizar si una pieza es engañosa se debe revisar en su integridad y está permitida la remisión a términos y condiciones, ya que no se busca que se presente absolutamente toda la información. Al respecto, relacionó los casos de las Resoluciones No. 30541 de 2021 y 51362 de 2016.

Para continuar con su argumento, COMCEL reiteró que en este caso no se analizaron las piezas de forma completa, «sino desmembrada», lo que en su opinión configura «una mirada parcial, no panorámica, desconociendo sus precedentes. Además de ignorar por completo los términos y condiciones».

Posteriormente, adujo que se impuso «una excesiva e irracional multa de \$1.553.579.460 COP», si se tiene en cuenta que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. ha incurrido en conductas similares, e inclusive más gravosas, en las que a pesar de la reincidencia se le han impuesto multas muy inferiores. Para sustentar su argumento puso de presente las Resoluciones No. 42605 de 2021 y 83165 de 2022.

En este orden, sostuvo que, a pesar de que la infracción de la compañía mencionada en el párrafo anterior resultó más gravosa y era reincidente, la sanción fue de casi menos de la mitad.

Por lo tanto, aunque consideró que no se le debe sancionar, solicitó que en caso de mantener la decisión la sanción se debe reducir sustancialmente, pues de lo contrario se daría un trato preferente a otros operadores lo que supondría un desconocimiento a la igualdad.

### **4.9. Se están analizando mensajes subjetivos que no deben ser tenidos en cuenta.**

En este punto, la recurrente expuso que para el análisis de la publicidad engañosa, se deben diferenciar los mensajes subjetivos de los objetivos, donde solo los últimos deben ser estudiados por la autoridad.

Con el fin de sustentar lo anterior, se refirió al concepto 18-142794-3 para señalar, entre otras cosas, que los mensajes objetivos contienen información de las características propias del producto o servicio, mientras que los subjetivos son los juicios o elogios que el anunciante hace de sus productos o servicios. En efecto, resaltó que con la publicidad simplemente se exige que cuando se refiera a elementos objetivos, la misma no debe ser engañosa, es decir, que debe corresponder a la realidad y ser suficiente.

En este marco, cuestionó que esta Superintendencia desconoció sus propios pronunciamientos al analizar elementos subjetivos como «más poder».

### **4.10. La multa resulta abiertamente desproporcionada.**

En sus argumentos, la recurrente sostuvo que la multa no atendió el principio de proporcionalidad y fue arbitrariamente excesiva.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

Lo dicho, pues al referirse al daño o peligro grave la Dirección se refirió a la participación de COMCEL en el mercado, pese a que las cifras del MINTIC tomadas no son ciertas en las condiciones que las planteó ni permitió que se ejerciera el derecho de defensa frente a ellas, ya que solo fueron relacionadas hasta el momento de la sanción.

A su vez, reprochó que no se explicara una relación entre el porcentaje de participación y el monto de la sanción de cara al derecho del consumo; que se hiciera referencia a los clientes nuevos, quienes no tenían nada que ver con su participación en el mercado; que no estaba justificado que la tasación de la sanción debía considerar la participación en el mercado; y, que la promoción «Todo Claro» solo estuvo vigente por 20 días hasta el 31 de julio de 2021, sin que se hubiera probado que los consumidores se vieron confundidos o equivocados, por el contrario, certificó que fueron múltiples usuarios los beneficiados.

Por otra parte, la recurrente se opuso al criterio de reincidencia, pues en su opinión falta motivación, en la medida en que no se presentaron las razones por las cuales ocurría y, si eso era, se trataba de supuestos fácticos diferentes.

Posteriormente, reiteró la referencia a las Resoluciones No. 42605 de 2021 y 83165 de 2022, para señalar que en otros casos con conductas similares se han impuesto multas muy inferiores a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., a pesar de su reincidencia. Dicho esto, reclamó que no se tuviera en cuenta su diligencia, demostrada con las comunicaciones que les envió a los usuarios por distintas vías, en las cuales les informó que eran beneficiarios de la oferta.

Ahora bien, en lo que se refiere al rechazo de la aplicación de los criterios atenuantes, por no haber acreditado que cesó los actos u omisiones que dieron inicio a la actuación administrativa, la recurrente sostuvo que esta Superintendencia olvidaba que la manifestación «al finalizar el 2021 NO se ofreció más la promoción HBO MAX» se trataba de una negación indefinida, razón por la cual estaba exenta de prueba, tal como lo establece el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP).

Al respecto, destacó que no podía demostrar que cada día desde el 1 de enero de 2022 no ofertó más la promoción, salvo una eventual certificación que aportó, mientras que la autoridad sí podría haber acreditado que después de dicha fecha existió una publicación sobre la promoción «HBO MAX». A su vez, como fundamento de su tesis, indicó que en los términos y condiciones se estableció la vigencia, por lo que lo normal es que a partir de aquella la promoción hubiera terminado, es más, afirmó que no se podía olvidar que en virtud de su presunción de inocencia y buena fe, le correspondía a la autoridad sancionadora probar que la publicidad se extendió más allá del 31 de diciembre de 2021, por lo que no se puede pretender ahora, de manera ilegal, invertir la carga de la prueba.

Por último, COMCEL insistió en que la multa era más alta que las impuestas a los demás operadores, por lo que indicó que radicó un derecho de petición en el que solicitaba información al respecto, y concluyó, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, que la discrecionalidad no podía llevar a la arbitrariedad ni a ejercicios desproporcionados.

**QUINTO:** Que a través de la Resolución No. 41980 del 26 de julio de 2024<sup>5</sup>, la Dirección decidió el recurso de reposición interpuesto por COMCEL.

En virtud de lo anterior, en los artículos 1, 2 y 3 de dicha resolución se resolvió, en su orden, incorporar como pruebas la «línea del tiempo con las piezas publicitarias en donde se demuestra (sic) las condiciones iniciales de la oferta, la ampliación y el cese», la «certificación remisión comunicaciones y beneficiarios» y la «certificación línea del tiempo de la oferta (desarrollo, tiempo y cese)»; rechazar la incorporación y práctica del «derecho de petición radicado

<sup>5</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-33.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

en la SIC solicitando información respecto de las sanciones impuestas a los demás operadores por publicidad engañosa» y el «testimonio del señor Germán Picón Ruiz»; y modificar el artículo 1 de la Resolución No. 74331 del 29 de noviembre de 2023, para ajustar la equivalencia del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la infracción con los términos de Unidad de Valor Básico (UVB).

Por último, la Dirección confirmó en lo demás su decisión sancionatoria y concedió el recurso de apelación interpuesto de forma subsidiaria.

**SEXTO:** Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011, este Despacho resolverá las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, así:

### **6.1. Corrección de errores formales.**

Antes de evaluar los argumentos propuestos por COMCEL en su recurso, esta Delegatura debe señalar que, al revisar el cargo único formulado en el considerando 12.1.2 de la Resolución No. 28551 del 13 de mayo de 2022, encontró que la Dirección se refirió, entre otras cosas, a la presunta infracción de lo previsto en «el numeral 2.1.1.2.4 del artículo 2.1.1.2 y el artículo 2.1.6.1 de la misma resolución (sic) de la Resolución CRC 5050 de 2017 (sic), modificado por el artículo 1º de la Resolución CRC 5111 de 2017»<sup>6</sup>. Así mismo, en algunos apartes de la decisión sancionatoria, como en las conclusiones del considerando noveno, se refirió a la norma con el mismo año 2017 subrayado<sup>7</sup>.

Al respecto, resulta necesario precisar que la Resolución CRC 5050 es del año 2016 y no del 2017 como lo señaló la Dirección en sus actos administrativos. Ahora, si bien es cierto que en algunas oportunidades no fue relacionado el año correcto, también lo es que en otros apartes se indicó la anualidad adecuada, según puede observarse en el artículo 1 de la Resolución No. 28551 de 2022<sup>8</sup> y en los considerandos 8.1.2<sup>9</sup> y 8.1.4<sup>10</sup> de la Resolución No. 74331 de 2023.

Por otra parte, se apreció que la Dirección sustentó la formulación de cargos y la decisión sancionatoria en «el numeral 2.1.1. del Capítulo Segundo del Título III de la Circular Única de esta Superintendencia», aunque dicho numeral corresponde al Título II de la mencionada Circular. No obstante, en este caso pudo advertirse que la Dirección en los dos actos administrativos<sup>11</sup> transcribió de manera correcta el contenido del numeral 2.1.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia, lo que significa que el error en el título habría sido de digitación y no de fondo.

Aunado a lo anterior, hay que decir que no se encontró que los errores señalados hubieran afectado de manera alguna los derechos de defensa y contradicción de la recurrente, quien dentro de sus argumentos se opuso a cualquier reproche sobre información engañosa, promociones y ofertas, sin ninguna limitación. A su vez, las correcciones o aclaraciones que se efectúan al respecto no dan lugar a cambios en el sentido material de la decisión ni reviven los términos legales para demandar el acto.

En este orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011, procede aclarar que el cargo único de la investigación objeto de estudio se refirió, entre otros, a la Resolución CRC 5050 de 2016, modificada por la Resolución CRC 5111 de 2017, y al numeral 2.1.1. del Capítulo Segundo del Título II de la Circular Única de esta Superintendencia.

<sup>6</sup> Resolución No. 28551 de 2022, hoja N°19.

<sup>7</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°42.

<sup>8</sup> Resolución No. 28551 de 2022, hoja N°22.

<sup>9</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°3.

<sup>10</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°4.

<sup>11</sup> Resolución No. 28551 de 2022, hoja N°21 y 74331 de 2023, hoja N°8.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

### **6.2. En relación con el argumento «Irregularidades procesales posteriores al acto administrativo sancionatorio – violación al debido proceso por falta de acceso al expediente».**

Con el objetivo de verificar la falta de acceso al expediente alegada por la recurrente, resulta oportuno analizar el requerimiento que efectuó la Dirección a la Oficina de Tecnología e Informática de la Superintendencia, así como la respuesta brindada por la Coordinación del Grupo de Sistemas de Información de la entidad sobre la consulta de trámites, así:

#### **Imagen N°1 Solicitud de la Dirección sobre el acceso al expediente – Tomada del consecutivo 29 del radicado No. 21-311226<sup>12</sup>**

Amablemente solicito su colaboración a fin de que nos sea informado si entre los días 29 de noviembre de 2023 y 04 de enero de 2024, hubo alguna falla técnica o de cualquier tipo en los sistemas, que haya afectado o impedido el acceso a consultar los expedientes a través de la consulta externa pública de la SIC.

Lo anterior, debido a que mediante consecutivos 22 y 24 del radicado del asunto, el apoderado de la sociedad investigada COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., manifestó lo siguiente: \"(...) Investigación administrativa Comunicación Celular S.A-Comcel S.A. Proceso No.: 2021-311226 Asunto: Solicitud revisión de expediente (sic) JAIRO PARRA CUADROS, en calidad de apoderado de Comunicación Celular S.A-Comcel S.A., respetuosamente solicito acceso al expediente del proceso 2021-311226, toda vez que dentro del mismo reposan documentos privados, así mismo comparto mi usuario de la SIC para que me puedan habilitar el acceso. USUARIO: contacto2792 CONTRASEÑA: 2430966 Agradezco su pronta respuesta. (...)\"

#### **Imagen N°2 Respuesta de la coordinadora del Grupo de Sistemas de Información – Tomada del consecutivo 31 del radicado No. 21-311226<sup>13</sup>**

En respuesta a su solicitud registrada bajo el número de referencia, deseamos informarle que entre el 24 y el 29 de noviembre, llevamos a cabo una ventana de mantenimiento en los servidores de nuestra entidad. Esta acción resultó en la temporal indisponibilidad de ciertas funcionalidades, entre ellas la CONSULTA DE TRÁMITES, lo cual impidió a nuestros usuarios acceder para verificar el estado de sus diversos trámites con nosotros.

Una vez finalizado el mantenimiento el 29 de noviembre a las 10 a.m., la funcionalidad fue reactivada. Sin embargo, durante la semana siguiente, se presentaron algunas intermitencias en el servicio mientras se estabilizaban los servidores y la conectividad.

Como se puede observar, la Dirección indagó por los inconvenientes que se hubieran presentado en el sistema en el período comprendido «entre el 29 de noviembre de 2023 y el 4 de enero de 2024», ya que COMCEL por medio del consecutivo 22 radicado el 20 de noviembre de 2023 y el consecutivo 24 radicado el 27 de diciembre de 2023, mediante los cuales solicitó el acceso al expediente en cuestión.

Por su parte, en la respuesta emitida por la coordinadora del Grupo de Sistemas de Información puede verse que aclaró que se había presentado una indisponibilidad temporal de ciertas funcionalidades entre el 24 y 29 de noviembre de 2023 y que la intermitencia se presentó durante la semana siguiente, mientras que se estabilizaban los servicios.

Así las cosas, este Despacho confirma lo que señaló la Dirección al resolver el recurso de reposición<sup>14</sup>, y es que la indisponibilidad temporal entre el 24 y el 29 de noviembre de 2023 no afectó la consulta que pudo realizar la recurrente del expediente para ejercer su derecho de defensa frente a la sanción impuesta, toda vez que en el período comprendido desde la notificación de la resolución sancionatoria hasta el último día de plazo para interponer los recursos legales, es decir, entre el 18 de diciembre de 2023<sup>15</sup> y el 3 de enero de 2024, no se presentó una restricción que le impidiera a COMCEL acceder a la consulta del expediente en el sistema de trámites de la Superintendencia.

<sup>12</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-29, «requerimiento interno – página 1».

<sup>13</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-31, «respuesta requerimiento interno – página 1».

<sup>14</sup> Resolución No. 41980 de 2024, hojas N°7 y 8.

<sup>15</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-23, «certificación informe notificación – página 1».

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

A lo dicho, vale la pena agregar que los consecutivos 22 y 24 del radicado No. 21-311226 presentados por la recurrente son del 20 y 27 de diciembre de 2023, respectivamente, fechas para las cuales se pueden descartar dificultades técnicas en el sistema con base en lo explicado previamente. Ahora bien, en dichos radicados tampoco se observa que la recurrente hubiera aportado prueba alguna sobre la dificultad de acceder al expediente ni de la imposibilidad de consultar documentos registrados como privados.

Aunado a lo anterior, resulta particular que la recurrente alegara presuntos inconvenientes al consultar los documentos del expediente, cuando lo cierto es que esta situación no la había señalado con anterioridad a la expedición y notificación de la Resolución No. 74331 del 29 de noviembre de 2023, es más, de la revisión de sus escritos defensivos como de los de descargos<sup>16</sup> y alegatos<sup>17</sup> de conclusión, no se advierte alguna mención o referencia con este aspecto, por el contrario, indican que conoció y se pudo pronunciar sobre la totalidad del contenido del expediente.

Así mismo, llama la atención que el apoderado de la recurrente, por medio del consecutivo 43 del radicado No. 21-311226, solicitara «el envío del link mediante el cual puede ser consultado el expediente del proceso de la referencia», ya que según lo expuesto hasta este punto se ha podido confirmar que lo ha podido consultar, lo que indica que conocía el medio por el cual podía acceder al expediente. En todo caso, esta Superintendencia debe indicar que dio respuesta a tal requerimiento por medio del consecutivo 44 del radicado No. 21-311226.

Para concluir, se encuentra que COMCEL logró consultar el expediente de la investigación antes y después de proferirse la resolución impugnada, en especial, se demostró que no tuvo dificultades para valorar su contenido en el término que tenía para interponer los recursos legales, lo que significa que no existió una vulneración a los derechos al debido proceso y defensa como lo alegó.

### **6.3. En relación con el argumento «Aclaración preliminar: La SIC confunde las condiciones, tiempo y forma como se desarrolló la promoción «HBO MAX»».**

#### **6.3.1. En relación con el argumento «La SIC no tuvo en cuenta la ampliación de la oferta HBO MAX».**

Sobre el particular, COMCEL sugirió que la forma de revisar las piezas publicitarias podía variar si se consideraba que la oferta lanzada el 10 de julio de 2021 aplicaba para clientes «TODO CLARO», mientras que desde el 31 de julio de 2021 dicha oferta se amplió para «todos los clientes actuales que tuvieran servicio hogar», tal como lo señaló en su «CERTIFICACIÓN CONDICIONES Y DESARROLLO DE LA OFERTA "HBO MAX" – LÍNEA DE TIEMPO»<sup>18</sup>, en primer lugar, hay que decir que desde las averiguaciones preliminares fue la misma recurrente quien no diferenció las piezas publicitarias bajo tal supuesto, tal como se puede verificar a continuación:

#### **Imagen N°3 Respuesta de COMCEL al requerimiento de la Dirección – Tomada del consecutivo 5 del Radicado No. 21-311226<sup>19</sup>**

1. Soporte de la totalidad de piezas publicitarias (impresos, videos y audios) emitidas para la oferta de "HBO MAX GRATIS" hasta el 31 de diciembre de 2021, para clientes "TODO CLARO". Para el caso de los soportes de las piezas publicitarias impresas, alléguelas en color en formato JPG, para el caso de archivos de audio remita los mismos en formato mp3 sin codificar y los archivos de video deberán estar en formato MPEG.

De acuerdo a lo solicitado, procedemos a remitir la totalidad de piezas publicitarias emitidas para la oferta "HBO MAX GRATIS" hasta el 31 de diciembre de 2021, para clientes "TODO CLARO".

<sup>16</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-13.

<sup>17</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-18.

<sup>18</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-25, «presentación recurso reposición en subsidio de apelación – página 6».

<sup>19</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-4, «complemento de información – página 2», hoja N°1.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

De esta manera, cuando COMCEL brindó su respuesta el 9 de noviembre de 2021, remitió las piezas publicitarias sin realizar distinción alguna sobre la aplicación de la oferta a partir del 31 de julio de 2021, para todos los usuarios actuales que contaran con servicio hogar. En efecto, si el cambio en la aplicación de la oferta ameritaba una supuesta revisión diferente de las piezas publicitarias, aquello no fue advertido por la propia recurrente, pese a que habría sido una situación que se presentó antes de que radicara su respuesta.

Por lo tanto, si la misma recurrente no consideraba que se debía hacer distinción alguna entre las piezas publicitarias que aportó, tampoco hay lugar a recriminarle a la Dirección que no lo hiciera.

En todo caso, si lo anterior no es suficiente para descartar los reproches planteados por la recurrente, se encuentra que las demás pruebas tampoco soportan su tesis. Veamos:

### Imagen N°4 Publicación en El Tiempo – Tomada de los anexos del escrito de descargos de COMCEL<sup>20</sup>



De la anterior imagen, que fue tomada de una publicación del 15 de julio de 2021 del diario El Tiempo, se ha destacado que hacía referencia a «Todo Claro (hogar y móvil)», afirmación que en criterio de la recurrente podía resumirse en las imágenes de una casa y un celular, tal como lo defendió en su recurso de apelación. Ahora, bajo dicho razonamiento de COMCEL, no son claras las razones por las cuales después del 31 de julio de 2021, cuando presuntamente se le otorgó la oferta a todos los usuarios actuales con servicios hogar, aún relacionaba las mismas imágenes en las piezas publicitarias como se puede ver a continuación:

### Imagen N°5 Publicidad revista 15 Minutos – Tomada del consecutivo 5 del Radicado No. 21-311226<sup>21</sup>



<sup>20</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-13, «descargos – página 2», hoja N°67.

<sup>21</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 3», «impresos», «REVISTA 15 MINUTOS ED. SEPTIEMBRE.jpg».

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

En este orden de ideas, bajo el supuesto de haber otorgado la oferta a todos los usuarios actuales con servicio hogar, y según el razonamiento de la recurrente sobre el significado de las imágenes en su publicidad, no es claro el motivo por el cual en piezas publicitarias como la anterior no se limitó a incluir la imagen de la casa.

Por cierto, no sobra precisar que se entiende que la imagen relacionada previamente fue posterior al 31 de julio de 2021, toda vez que COMCEL al aportarla la denominó «REVISTA 15 MINUTOS ED. SEPTIEMBRE.jpg». En efecto, como que la misma recurrente sostuvo que el lanzamiento de la oferta se efectuó el 10 de julio de 2021, aportó la imagen el 10 de noviembre de 2021 y la identificó con el mes de septiembre, hay razones para concluir que se trató de una pieza publicitaria de septiembre de 2021.

Así las cosas, si lo que pretende señalar la recurrente es que la realidad fue que otorgó la oferta a todos los usuarios actuales con servicio hogar, en el marco de esta investigación resulta aún más preocupante que, a pesar de ello, con posterioridad hubiera emitido publicidad en la que se sugería que los usuarios también debían contar con servicios móviles, situación que claramente induciría a error, engaño y confusión a los usuarios, que es lo que precisamente se reprocha.

En este orden de ideas, no son de recibo los argumentos por los cuales se cuestionó que esta Superintendencia no tuviera en cuenta la ampliación de la oferta HBO MAX.

**6.3.2. En relación con el argumento «Se remitieron distintas comunicaciones a los usuarios que cumplían con el requisito para acceder a la oferta. Comcel suministró la información, en las condiciones exigidas, por distintos medios: no había ningún riesgo de que el consumidor se viera confundido».**

En relación con las múltiples comunicaciones que COMCEL mencionó, con el fin de acreditar su diligencia y demostrar que los usuarios no tuvieron duda sobre su calidad de beneficiarios de la oferta, resulta necesario recordar algunas consideraciones que expuso la Dirección en la resolución impugnada y agregar otras observaciones que tiene este Despacho sobre el tema.

Para iniciar, en lo que se refiere al «sobre de facturas de venta», vale recordar que la resolución recurrida claramente indicó que se evidenciaba «que COMCEL informó a los destinatarios de la factura que podían acceder a la promoción por el hecho de recibir la comunicación del sobre, sin mencionar en este caso la condición "Todo Claro". En consecuencia, estas piezas no serán tenidas en cuenta»<sup>22</sup>.

De esta manera, es evidente que para la Dirección dichos sobres no fueron objeto de reproche alguno, posición que en esta instancia se comparte, pues es cierto que desde la imputación fáctica se cuestionó la falta de precisión sobre las condiciones que debían cumplirse para obtener la calidad de «Todo Claro», razón por la cual, si en el caso de estos documentos no se incluía tal requisito, resultaba inconducente discutir al respecto.

En efecto, si en gracia a la discusión se adoptara la tesis de la recurrente, debatir sobre unas pruebas en las que no se incluyó el requisito de «Todo Claro», porque supuestamente estaban dirigidas a usuarios actuales con servicios hogar, de ninguna manera conduciría a establecer si a los usuarios que se les requirió ser «Todo Claro» para acceder a la oferta, se les habría brindado una información clara, veraz, suficiente, comprobable, cierta, completa y oportuna, que no indujera en error al respecto. Con base en lo anterior, se descarta el argumento de la recurrente.

<sup>22</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°28.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

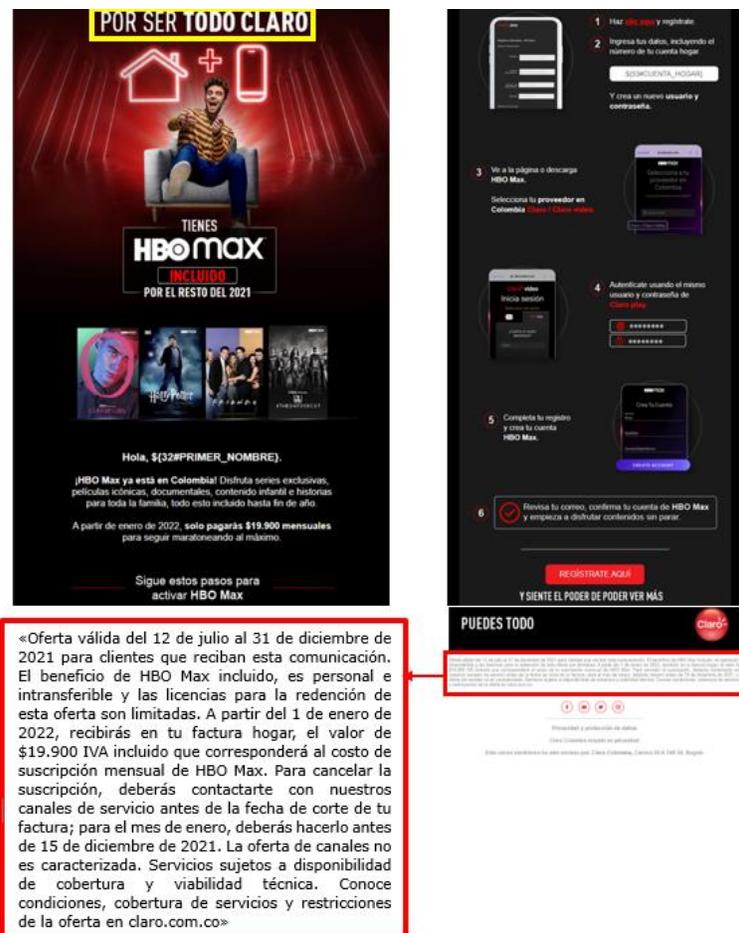
A su vez, que COMCEL sostuviera que las facturas demostraban que desplegó toda una estrategia para que los usuarios que cumplieran con los requisitos conocieran de la oferta, las condiciones y forma de acceder, resulta contradictorio con sus propios argumentos y no aporta a la resolución del objeto de debate. Lo dicho, pues la recurrente no puede indicar, por una parte, que las facturas se entregaban a sus usuarios actuales que contaban con servicios hogar y, por la otra, pretender que con esto se entendiera que frente a los usuarios a quienes se les exigía el requisito de ser «Todo Claro», que según sus explicaciones eran diferentes, había realizado esfuerzos para que conocieran las condiciones de la oferta.

Por otra parte, en lo que se refiere a los correos electrónicos remitidos a «los usuarios que cumplieran con las condiciones», lo primero que se debe advertir es que, a diferencia de los documentos aportados como facturas de octubre, COMCEL no indicó si dichos correos fueron enviados antes del 31 de julio de 2021 o después de dicha fecha, cuando sostuvo que se decidió ampliar la oferta para todos los clientes que tuvieran el servicio hogar.

De todas maneras, ya que en aquellos incluyó el requisito de «Todo Claro», más allá de la fecha en que fueron remitidos o los usuarios que los recibieron, la discusión se debe centrar en lo que fundamentó el cargo formulado, esto era la precisión de las condiciones para adquirir tal calidad y poder acceder a la oferta de «HBO MAX».

Así las cosas, vale la pena revisar no solo el paso a paso que incluyó COMCEL en su recurso, sino la totalidad del correo electrónico, de la siguiente manera:

Imagen N°6 Correo electrónico – Tomada del consecutivo 5 del Radicado No. 21-311226<sup>23</sup>



Al observar la anterior imagen se advierte que a los usuarios se les comunicó que «POR SER TODO CLARO», tenían «HBO MAX INCLUIDO POR EL RESTO DEL 2021»; sin embargo, la pieza publicitaria no informó o describió de qué manera se había adquirido la calidad de «Todo Claro» o cómo se podía adquirir para acceder a la oferta, es más, aunque adelante precisó algunos aspectos como su

<sup>23</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 9», «CRM», «MAIL.jpg».

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

validez entre el 12 de julio y el 31 de diciembre de 2021, la característica de personal e intransferible del beneficio, el carácter limitado de las licencias y que a partir del 1 de enero de 2022 se recibiría un cobro mensual por el servicio de \$19.900 IVA incluido, nada aclaró sobre los que se debía entender por «Todo Claro».

En adición, pese a que la publicidad remitió a la página claro.com.co para consultar las condiciones, cobertura de servicios y restricciones de la oferta, lo cierto es que los términos y condiciones que se encontraban en dicha página no aclaraban en qué consistía ser «Todo Claro». Para sustentar lo anterior, obsérvese que la Dirección en la visita de inspección que realizó entre el 10 y el 23 de julio de 2021 al sitio web <https://www.claro.com.co/personas/> encontró unos términos y condiciones que se limitaban a relacionar condiciones generales como «Los usuarios nuevos que adquieran Tripleplay Claro a su nombre y que sean Todo Claro, podrán disfrutar de **HBO Max** sin cobro hasta el 31 de diciembre de 2021»<sup>24</sup>.

Ahora, por medio del consecutivo 5 del radicado No. 21-311226 fueron aportados dos términos y condiciones, unos que señalaban una vigencia «✓ Del 10 de julio 2021 al 31 de diciembre 2021»<sup>25</sup> y otros «✓ Cliente actual: 10 de julio 2021 al 31 de diciembre 2021. ✓ Cliente nuevo: 21 de julio 2021 al 31 de diciembre 2021»<sup>26</sup>. El primero, dentro de sus condiciones generales indicaba «Los usuarios actuales que tengan servicios de hogar Claro a su nombre, podrán disfrutar de HBO Max de forma promocional hasta el 31 de diciembre del 2021 y recibirán un mensaje informando la promoción», mientras que los segundos eran los mismos términos y condiciones encontrados en la visita, en los cuales se hacía referencia a la condición de «Triple Claro Play» y «Todo Claro».

Como se puede ver, en ninguno de los términos y condiciones se precisaba en qué consistía la calidad de «Todo Claro» gracias a la cual se podía acceder a la oferta. En efecto, tiene sentido que la Dirección desde su visita de inspección a la página web hubiera tenido que consultar otras opciones de dicho sitio para establecer en qué consistía esa condición, tal como se explicó en la resolución impugnada<sup>27</sup>, donde se indicó que se habían encontrado combinaciones para ser «Todo Claro» como la del «Cliente actual con servicios Claro hogar + cliente nuevo plan postpago con Claro»<sup>28</sup>.

A propósito, aunque la Dirección hubiera encontrado la anterior información en la página web de COMCEL, aquella tampoco habría resultado concluyente para establecer en qué consistía ser «Todo Claro», pues no se puede olvidar que la recurrente cuando dio respuesta al requerimiento de información de la Dirección brindó una explicación de esa condición diferente a la que se había encontrado. Lo dicho, queda en evidencia cuando explicó que los usuarios «Todo Claro» se establecían en tres escenarios, a saber, «Usuarios personas naturales de Comcel S.A. que cuenten con servicios de hogar y móvil pospago a su nombre», «Cliente claro que tenga servicio hogar y lo combine con otro cliente que tenga servicio móvil pospago» y «Cliente claro que tenga servicio móvil pospago y lo combine con otro cliente que tenga servicio hogar»<sup>29</sup>.

Por otra parte, aunque dentro de sus argumentos COMCEL expuso que las imágenes de la casa y el celular debían tenerse en cuenta como una muestra de la claridad de la información de lo que se debía entender por «Todo Claro», una valoración de los términos y condiciones como la expuesta conduce a concluir lo contrario. Esto, toda vez que si en los términos y condiciones se habló, por ejemplo y sin que se entienda como un reproche que no se presentó, de «Triple

<sup>24</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-0, «presentación – página 2», hoja N°10.

<sup>25</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 29».

<sup>26</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 30».

<sup>27</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°33.

<sup>28</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°33, imagen No. 28.

<sup>29</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 32».

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

Play Claro» que podría sugerir más de un servicio hogar como internet, telefonía fija y televisión, lleva a cuestionarse si la sola imagen de la casa agruparía todos los servicios mencionados o implica que con tener uno solo es suficiente. Lo anterior, evidentemente refleja la falta de claridad de la información.

En este orden de ideas, esta Delegatura comparte las consideraciones de la Dirección, quien en la resolución impugnada indicó sobre los correos, entre otras cosas, que «resultaba esencial conocer las condiciones para ser Todo Claro cuando no se estaba otorgando directamente el beneficio como en este caso»<sup>30</sup>.

De otro lado, respecto a los mensajes interactivos SAT PUSH, SMS y WhatsApp, la recurrente pasó por alto lo que la Dirección observó, en concreto, que faltaba información sobre las condiciones o las combinaciones posibles para ser «Todo Claro», pese a que aquello habría sido la única determinante para otorgar el beneficio<sup>31</sup>. En efecto, aunque en gracia a la discusión se pudiera aceptar que si los usuarios recibieron los mensajes fue porque cumplían la condición de ser «Todo Claro», aquello no acredita que la información suministrada por la recurrente les hubiera permitido comprender en qué consistía tal calidad que les otorgaba el beneficio.

Adicionalmente, las explicaciones ofrecidas por COMCEL en su recurso de apelación vuelven más confusa la información transmitida por medio de los mensajes, toda vez que indicaron «Basta con revisar la imagen para concluir sin mayores elucubraciones que esa información se remitió hasta el 31 de julio de 2021 a los clientes "Todo Claro" y con posterioridad "Con servicios Hogar a su nombre"»<sup>32</sup>. Lo dicho, pues esto se podría interpretar en que los mensajes, con el mismo contenido, fueron transmitidos después del 31 de julio de 2021 a los clientes con servicios hogar, pese a que supuestamente no era necesario que fueran «Todo Claro».

Dicho de otra manera, si la oferta se extendió después del 31 de julio de 2021 a los usuarios con servicio hogar, tal como lo sostuvo la recurrente, no tendría sentido que se les indicara en los mensajes que eran «Todo Claro», donde al parecer se requería tener servicios móviles, pues supuestamente no tendrían necesidad de serlo.

En la misma línea, frente al incremento de usuarios beneficiarios que presuntamente iban más allá de los «Todo Claro», que según la certificación de COMCEL fueron 3.169.926 entre el 1 de agosto y el 31 de diciembre<sup>33</sup>, lo mínimo que se podía esperar era una explicación como la dada en esta instancia, donde se sostuvo que a los usuarios con servicios hogar se les había extendido la oferta. Sobre todo, cuando la Dirección en el punto 7 del requerimiento de información expresamente le indicó «Allegue las demás explicaciones y pruebas que considere pertinentes».

Por lo tanto, contrario a lo que sostuvo la recurrente, se puede inferir que no hay certeza en que los mensajes fueron enviados únicamente a quienes cumplían con las condiciones para acceder a la oferta.

Para concluir, se considera que el sobre de facturas de venta, los correos remitidos y los mensajes enviados no demuestran que los usuarios no tenían dudas sobre su calidad de beneficiarios de la oferta ni la diligencia de COMCEL.

Por el contrario, lo que acreditan es que es cierto que la información que les fue suministrada a los usuarios no resultó ser clara, veraz, suficiente, comprobable, cierta, completa, oportuna y los indujo a error, engaño o confusión, por no precisar las condiciones en las que se adquiriría la calidad de «Todo Claro» para acceder a la oferta.

<sup>30</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°28.

<sup>31</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°26.

<sup>32</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-25, «presentación recurso reposición en subsidio de apelación – página 2», página 6.

<sup>33</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-25, «presentación recurso reposición en subsidio de apelación – página 5».

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

### **6.4. En relación con el argumento «No se está analizando la publicidad de forma completa, tampoco los términos y condiciones».**

Para iniciar, este Despacho comparte que el análisis que se efectúe frente a los avisos y mensajes contenidos en las piezas publicitarias, en efecto debe efectuarse de manera conjunta, posición que no solo había fijado esta Superintendencia en la Resolución No. 30541 del 20 de mayo de 2021<sup>34</sup> citada por la recurrente, sino que fue expuesta por la Dirección en la resolución impugnada, así:

En derecho comparado, concretamente la Federal Trade Commission, para analizar la publicidad engañosa utiliza el concepto de "net impression", con el cual, a juicio de dicha corporación, el juzgador no necesita mirar más allá del primer contacto con el consumidor para determinar cuál es esa impresión general que el mensaje o la pieza publicitaria causó en él<sup>35</sup>; en otras palabras, lo que se quiere que el consumidor retenga luego de dar a conocer la campaña publicitaria. Para lograr ese propósito, se deben valorar de manera conjunta todos los elementos que integran la publicidad, como, a manera de ejemplo, textos, diálogos, sonidos, imágenes, marcas, cualquier otra información contenida en ellas y, en especial, el mensaje transmitido que se construye a partir de los elementos enunciados<sup>36</sup>. (Subrayado por fuera de texto).

De la consideración transcrita de la Dirección, se resaltó que el juzgador con base en el «primer contacto» podrá determinar la impresión general de la pieza publicitaria sobre el consumidor, pues es cierto que ese primer acercamiento resulta vital en la verificación de una inducción a error, engaño o confusión. Esta tesis será desarrollada al revisar argumentos relacionados con el consumidor medio y racional, al igual que en lo que se refiere a la información incluida en los términos y condiciones.

A propósito, vale la pena precisar desde ya que es cierto que los operadores cuentan con la opción de indicar claramente si la publicidad está sujeta a condiciones, restricciones o excepciones, pero aquello, por sí solo, no sufre la obligación de informar conforme a los requisitos de ley a los consumidores, para que puedan adoptar decisiones en consonancia con sus intereses.

Ahora, en línea con lo indicado en la resolución impugnada, hay que decir que el Despacho llevará a cabo un estudio conjunto de todos los elementos que integraban las piezas publicitarias para definir si existió publicidad engañosa, así como verificará que la Dirección haya realizado su análisis de la misma manera.

Conforme a lo expuesto, para el caso en concreto las piezas publicitarias y la información relacionada con ellas se analizarán en conjunto para establecer si el mensaje brindado cumplió con los atributos desarrollados en la normativa que sustentó el cargo único formulado.

#### **6.4.1. Sobre la pieza publicitaria de televisión y otras consideraciones.**

En relación con el video que fue aportado al expediente, este Despacho desde el principio observa que la Dirección realizó un análisis conjunto de la pieza publicitaria, lo cual queda en evidencia en la resolución recurrida<sup>37</sup>, donde se incluyeron el mensaje de la voz superpuesta que tenía el video, las capturas de pantalla de aquel, la información incluida en letra pequeña y la información

<sup>34</sup> Radicación No. 17-317273, Resolución No. 30541 de 2021, hoja No. 136. Esta Resolución, modificada por la Resolución No. 28537 del 13 de mayo de 2022, fue confirmada por la Delegatura para la Protección del Consumidor al resolver el recurso de apelación por medio de la Resolución No. 34381 del 2 de junio de 2022.

<sup>35</sup> La Dirección citó: «Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América. <http://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/09/federal-appeals-court-upholds-district-court-order-permanently>. Case: 13-4169 Document: 36-2 Filed: 09/08/2014. En esta decisión la FTC resaltó una decisión de la Corte Federal de apelaciones de los Estados Unidos, así: "Los acusados no pueden hacer considerables declaraciones falsas a consumidores y luego entregar correcciones y limitaciones de responsabilidad en las comunicaciones posteriores"».

<sup>36</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja No. 41.

<sup>37</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja No. 16.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

brindada al finalizar el comercial. Lo anterior, para referirse al concepto de «Todo Claro», en el que también tuvo en cuenta las imágenes de la casa y el celular registradas en la captura de pantalla.

Ahora, pese a que lo dicho en el párrafo anterior permite descartar desde el principio que la Dirección no hubiera realizado un análisis conjunto de los elementos que contenía la pieza publicitaria, y a riesgo de repetir el ejercicio que ya se efectuó en la resolución recurrida, a continuación, se volverá a revisar la pieza publicitaria, debido a los reproches que manifestó COMCEL frente a su estudio.

Así, de la cortinilla de televisión que ya se había analizado en la Resolución No. 74331 del 29 de noviembre de 2023, este Despacho se permite revisar las siguientes imágenes:

**Imagen N°7 Captura de pantalla de la cortinilla de televisión – Tomada del consecutivo 5 del Radicado No. 21-311226<sup>38</sup>**

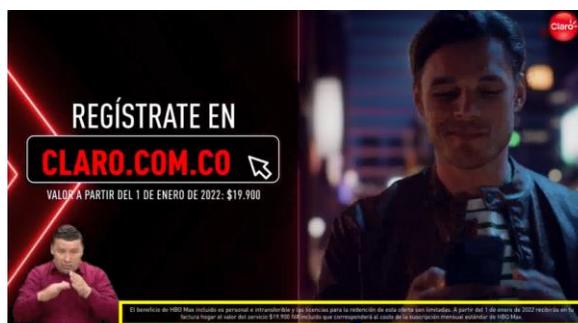


**Imagen N°8 Captura de pantalla de la cortinilla de televisión – Tomada del consecutivo 5 del Radicado No. 21-311226<sup>39</sup>**



Oferta válida del 12 de julio al 31 de diciembre de 2021 para clientes actuales y nuevos Todo Claro que tengan servicios hogar a su nombre. Si eres cliente nuevo deberás adquirir el paquete Triple Play con HBO Max incluido.

**Imagen N°9 Captura de pantalla de la cortinilla de televisión – Tomada del consecutivo 5 del Radicado No. 21-311226<sup>40</sup>**



El beneficio de HBO Max incluido es personal e intransferible y las licencias para la redención de esta oferta son limitadas. A partir del 1 de enero de 2022 recibirás en tu factura hogar el valor del servicio \$19.900 IVA incluido que corresponderá al costo de la suscripción mensual estándar de HBO Max.

<sup>38</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 35», «CORTINILLA TV.mpeg», segundo 00:01.

<sup>39</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 35», «CORTINILLA TV.mpeg», segundo 00:04.

<sup>40</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 35», «CORTINILLA TV.mpeg», segundo 00:06.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Imagen N°10 Captura de pantalla de la cortinilla de televisión – Tomada del consecutivo 5 del Radicado No. 21-311226<sup>41</sup>



Adicionalmente, las capturas de pantalla relacionadas, resulta relevante transcribir la voz superpuesta que tuvo el video, ejercicio que no sobra decir que ya había realizado la Dirección en la resolución impugnada<sup>42</sup>. Así, en el desarrollo de la cortinilla se dijo lo siguiente:

Si eres TODO CLARO con servicios en casa a tu nombre, ya tienes HBO MAX incluido por el resto del año. Regístrate en claro.com.co y siente el poder, de poder ver más<sup>43</sup>

De esta manera, en relación con la cortinilla de televisión puesta de presente, hay que decir que la primera captura de pantalla refleja que el video inicialmente incluyó las imágenes de la casa y el celular con la frase «TODO CLARO» en la parte inferior, lo cual, contrario a lo que alegó COMCEL, no resulta concluyente para la comprensión de la condición planteada con dicha frase. De hecho, si en gracia de discusión se aceptara que tales imágenes eran suficientes para entender que los usuarios debían contar con servicios hogar y telefonía móvil, queda abierta la discusión sobre los servicios hogar requeridos, que podrían haber sido los de internet, telefonía, televisión o todos ellos, así como resultaría impreciso con la sola imagen del celular si bastaba con tener servicios móviles en una modalidad de pago prepago o pospago.

Ahora, el análisis conjunto de los elementos de la pieza publicitaria evidencia que la situación fue todavía más confusa, pues sumado a que las imágenes de la casa y el celular no eran suficientes para establecer en qué consistía la condición de ser «TODO CLARO», con la voz superpuesta del video a esa condición se le agregó que los usuarios contarán con servicios en casa a su nombre. Lo mismo ocurrió en la letra pequeña del video relacionada en una de las anteriores capturas de pantalla, en la cual se indicó que la oferta era válida del 12 de julio al 31 de diciembre de 2021 «para clientes actuales y nuevos Todo Claro que tengan servicios hogar a su nombre». En efecto, si presuntamente la condición de «TODO CLARO» implicaba que los usuarios tuvieran servicios hogar como lo alegó la recurrente sustentada en la imagen de la casa, sobraba que la recurrente agregara la condición de contar con dichos servicios.

Por otra parte, para continuar con el análisis de la letra pequeña y verificar si en ella se precisó lo que significaba ser «Todo Claro», se encuentra que la pieza publicitaria también indicó «Si eres cliente nuevo deberás adquirir el paquete Triple Play con HBO Max incluido». Pues bien, en relación con aquella frase que fue analizada por la Dirección, la recurrente cuestionó la congruencia de la decisión sancionatoria frente a la manera en que fueron formulados los cargos, por referirse a otros aspectos como «Triple Play»; sin embargo, una revisión de la forma en que fue abordada la frase y el estudio conjunto de los mensajes, permite comprender que ese aspecto no fue objeto de reproche y que se

<sup>41</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 35», «CORTINILLA TV.mpeg», segundo 00:07.

<sup>42</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja No. 16.

<sup>43</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 35», «CORTINILLA TV.mpeg», segundo 00:01 – 00:10.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

mencionó para definir la condición que era objeto de investigación, es decir, ser «Todo Claro».

De hecho, esta Delegatura comparte las inquietudes de la Dirección, pues es cierto que resultó confuso que, por una parte, COMCEL, después de poner de presente unas imágenes de una casa y un celular, les comunicara a los usuarios nuevos que podían acceder a la oferta si eran «Todo Claro» y tenían servicios hogar a su nombre y, por la otra, que debían adquirir el paquete «Triple Play» con HBO incluido. Con razón en la resolución impugnada se preguntó: «(sic) Cómo podía un cliente nuevo saber que no le bastaba con adquirir el paquete Tripleplay para ser Todo Claro?»<sup>44</sup>.

De esta forma, puede confirmarse que la referencia al «Triple Play» no se realizó con el ánimo de hacerle reproche alguno a la recurrente, es más, con la lectura de la resolución impugnada puede verse que el acto administrativo no planteó ningún debate sobre lo que debía entenderse por tal concepto, ni cuestionó que la información brindada al respecto no cumpliera con los requisitos legales, como sí ocurrió con la condición de «Todo Claro» que fue materia de investigación.

De otro lado, hay que decir que en la letra pequeña de la pieza publicitaria se explicaron otras condiciones de la oferta como el valor de la suscripción mensual de \$19.900 IVA incluido a partir del 1 de enero de 2022; que era personal e intransferible; que para cancelarla debía hacerlo antes del 15 de diciembre de 2021, pero en ninguna parte se indicó el significado de ser «Todo Claro». En consecuencia, se puede decir que, a pesar de que la mencionada condición era esencial para acceder al beneficio, la pieza publicitaria por sí sola no precisó en qué consistía el concepto.

Por lo tanto, aunque se pasarán a analizar los términos y condiciones, ya que la letra pequeña de la cortinilla indicaba «Conoce condiciones, cobertura de servicios y restricciones de la oferta en Claro.com.co», antes de continuar resulta necesario referirse a la Resolución No. 83165 del 25 de noviembre de 2022, puesta de presente por COMCEL para sostener que en la publicidad no se podía exigir que se mencionara absolutamente toda la información.

En dicho acto administrativo, la Dirección en efecto indicó «la normativa vigente no busca que se incluya toda la información en las piezas publicitarias, sino **solo aquella que resulte esencial y determinante para que los usuarios cuenten con los elementos de juicio suficientes para tomar una decisión de consumo razonable**»<sup>45</sup>, destacado originalmente como se indica. Así, puede verse que aunque COMCEL solo resaltó la primera parte en la que se reconoce que no toda la información debe ser incluida en las piezas publicitarias, no se le puede restar importancia a la segunda parte, donde se precisó que la información que se incorpore debe ser la que «resulte esencial y determinante» en la decisión de consumo de los usuarios.

En la misma línea, téngase en cuenta que a través de la Resolución No. 78342 del 12 de diciembre de 2023, por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la mencionada Resolución No. 83165 del 25 de noviembre de 2022, esta Delegatura, frente a la remisión a los términos y condiciones que se encontraban en la página web del proveedor, precisó lo siguiente:

(...) es oportuno mencionar que la remisión a dicho portal, con el fin de que los consumidores consulten los términos y condiciones de cada una de las promociones publicadas, no resulta suficiente para transmitir la totalidad de la información esencial que dejaron de incluirse en las piezas publicitarias, pues si bien es un medio válido para suministrar información, dicho medio es complementario y no puede constituirse en el único vehículo que permita dar a conocer los elementos esenciales de una publicidad, comoquiera que la sola emisión y circulación de piezas publicitarias que no incluyan la información esencial de la promoción u

<sup>44</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja No. 18.

<sup>45</sup> Radicación No. 20-178284, Resolución No. 83165 de 2022, hoja N°23.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

oferta, hace que el mensaje sea insuficiente y tenga la potencialidad de generar error, confusión o engaño en el consumidor. En tal sentido, se indica que cada pieza publicitaria debe ser comprensible por sí misma y contener la totalidad de los elementos esenciales<sup>46</sup>. (Subrayado por fuera de texto).

En este orden de ideas, para el caso en concreto se ha podido verificar que la pieza publicitaria que correspondió a la cortinilla de televisión no incluía información en la que se describieran las condiciones para adquirir la calidad de «Todo Claro», elemento que resultaba esencial para acceder a la oferta. Aquello, según lo explicado desde investigaciones anteriores, como la radicada con el número 20-178284 que fue relacionada previamente, hace que el mensaje sea insuficiente e induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión a los usuarios, sin olvidar que pasa por alto que la pieza publicitaria debe ser comprensible por sí misma e incluir todos los elementos esenciales.

En este marco, sin que se considere que los términos y condiciones pueden reemplazar la entrega de la información sobre los elementos esenciales que debe brindarse desde las piezas publicitarias, procede analizar lo ocurrido con dichos términos en el caso objeto de estudio.

A propósito, no sobra decir que la Dirección en la resolución impugnada, al valorar la pieza publicitaria de la cortinilla de televisión, también revisó los términos y condiciones<sup>47</sup>, después de lo cual concluyó que « la investigada ofreció la promoción para clientes nuevos y actuales "Todo Claro", sin explicar lo requerido para ser considerado como tal, por lo que la información brindada, tanto en la publicidad como en sus términos y condiciones, resulta incompleta, insuficiente, confusa e incongruente»<sup>48</sup>.

Realizada la anterior observación, procede retomar y resaltar que la Dirección realizó una visita de inspección entre el 10 y el 23 de julio de 2021 al sitio web <https://www.claro.com.co>, en la cual encontró unos términos y condiciones que se limitaban a relacionar unas condiciones generales en las que no se precisó en qué consistía ser «Todo Claro». Veamos:

**Imagen N°11 Extracto de los términos y condiciones, vigencia «Cliente actual 10 de julio de 2021 al 31 de diciembre de 2021» «Cliente nuevo: 21 de julio de 2021 al 31 de diciembre de 2021» - Tomada de la visita de inspección al sitio web <https://www.claro.com.co>**<sup>49</sup>

CONDICIONES GENERALES:

- ✓ Claro en búsqueda de brindar siempre el mejor servicio, ha diseñado un beneficio que consiste en entregar 1'000.000 de licencias de acceso a la plataforma de HBO Max a clientes nuevos y actuales Todo Claro que tengan servicios triples de hogar Claro a su nombre. Los clientes que reciban la licencia y deseen registrarse en la plataforma de HBO Max, podrán disfrutar de su contenido hasta el 31 de diciembre del año 2021; a partir del 1 de enero del año 2022 este servicio tendrá cobro de \$19.900 pesos IVA incluido, el cual será cargado en la factura del servicio hogar.
- ✓ Los usuarios nuevos que adquieran Tripleplay Claro a su nombre y que sean Todo Claro, podrán disfrutar de HBO Max sin cobro hasta el 31 de diciembre del 2021. Los usuarios tendrán incluido el servicio desde el momento en que adquieran los servicios hogar Claro.
- ✓ Los usuarios actuales que tengan servicios triples de hogar Claro a su nombre y que sean Todo Claro, podrán disfrutar de HBO Max sin cobro hasta el 31 de diciembre del 2021 y recibirán un mensaje informando la promoción.
- ✓ Los usuarios nuevos y actuales con servicio triple de hogar Claro a su nombre, que sean Todo Claro y deseen suscribirse a la plataforma de HBO Max, no se les generará cobro del servicio hasta el 31 de diciembre de 2021. A partir del 1 de enero del año 2022, el valor de HBO Max será de \$19.900 pesos IVA incluido el cual será cargado en la factura del servicio hogar.
- ✓ Los usuarios que deseen continuar con el acceso a la plataforma de HBO Max, deberán pagar a partir del 1 de enero del año 2022, el valor de HBO Max de \$19.900 pesos IVA incluido el cual será cargado en la factura del servicio hogar.
- ✓ Los usuarios que se hayan registrado en la plataforma de HBO Max y no deseen que se les realice el cobro de esta suscripción a partir 1 de enero del año 2022, deberán solicitar la cancelación de HBO Max a través de los canales de atención antes de 15 de diciembre del año 2021.
- ✓ Los usuarios que tengan o adquieran un plan de HBO Premium que incluye 8 canales lineales, podrán acceder a HBO Max sin costo adicional durante su suscripción.

✓ El usuario podrá cancelar el servicio de HBO Max en cualquier momento a través de los canales de atención.

✓ Para poder acceder a la plataforma de HBO Max, el usuario debe ingresar a Claro Play <http://miclaro.claro.com.co/wps/portal/co/aplicaciones/mi-claro/registro-miclaro> y luego seguir el proceso de registro en HBO Max <https://play.hbomax.com/page/lum:hbo:page:home> siguiendo los siguientes pasos:

Como se puede apreciar, las condiciones generales de los términos y condiciones indicaban que se iba a entregar acceso a la plataforma de HBO Max a «clientes nuevos y actuales Todo Claro que tengan servicios triples de hogar Claro a su nombre»; «los usuarios nuevos que adquieran Tripleplay Claro a su nombre que

<sup>46</sup> Radicación No. 20-178284, Resolución No. 78342 de 2023, hoja N°14.

<sup>47</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hojas N°19 y 20.

<sup>48</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hojas N°20.

<sup>49</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-0, «presentación – página 2», hojas N°10 y 11.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

sean Todo Claro»; y «los usuarios actuales que tengan servicios triples de hogar Claro a su nombre y que sean Todo Claro». Así, a pesar de las diferentes opciones para acceder al beneficio en las que se mencionaba la condición «Todo Claro», lo cierto es que por ninguna parte se aclaraba en qué consistía tal condición.

Cabe señalar, que por medio de su respuesta al requerimiento de información de la Dirección la recurrente aportó los anteriores<sup>50</sup> y otros términos y condiciones, cuya vigencia era del 10 de julio de 2021 al 31 de diciembre de 2021 y estaban dirigidos a «clientes actuales que tengan servicios de hogar Claro a su nombre»<sup>51</sup>. En estos últimos, no se hacía referencia a la condición de «Todo Claro» y, por supuesto, tampoco se precisaba en qué consistía tal concepto.

En este orden de ideas, se puede concluir que en los términos y condiciones que dio a conocer COMCEL a los usuarios tampoco se informaba ni describía en qué momento o bajo qué condiciones comerciales un cliente obtenía la calidad de «Todo Claro», cualidad que debía ostentar para acceder al beneficio de HBO Max ofertado. Esto significa que ni en las piezas publicitarias ni en los términos y condiciones se informó a los usuarios sobre un elemento esencial para acceder a la oferta.

Por otra parte, aunque lo corroborado hasta el momento sobre las piezas publicitarias y los términos y condiciones sería suficiente para concluir que se presentó la emisión y divulgación de publicidad engañosa, lo que daría lugar a ratificar la transgresión de la normativa que fundamentó el cargo único formulado, puede verse que la Dirección en el considerando 8.3.6 de la Resolución No. 74331 de 2023 continuó con el análisis de las pruebas aportadas al expediente para determinar si en aquellas se había logrado precisar en qué consistía la condición de «Todo Claro»<sup>52</sup>, revisión que en esta instancia también se llevará a cabo para determinar si finalmente se logró probar en qué consistía la condición.

En esta medida, como ya se ha explicado, téngase en cuenta que la Dirección entre el 10 y al 23 de julio de 2021 efectuó una visita de inspección a la página web <https://www.claro.com.co>, en la cual encontró, sin que fueran los términos y condiciones como ella misma lo aclaró<sup>53</sup>, lo siguiente:

**Imagen N°12 Combinaciones Todo Claro – Tomada de la visita de inspección del 10 al 23 de julio de 2021 a la página web <https://www.claro.com.co><sup>54</sup>**

COMBINACIONES TODO CLARO	BENEFICIO	VALOR
Cliente actual con servicios Claro hogar + cliente nuevo plan postpago con Claro	100%	100%
Cliente actual Claro hogar + cliente actual postpago con Claro	100%	100%
Cliente nuevo Claro hogar + cliente nuevo postpago con Claro	100%	100%
Cliente nuevo Claro hogar + cliente actual postpago con Claro	100%	100%
Cliente actual hogar que realicen una compra adicional de productos fijos, que se pase a la oferta comercial vigente para servicio de internet fijo y adquieran o tengan servicios postpago con Claro	100%	100%
Cliente nuevo oferta Mintic + cliente nuevo postpago con Claro	100%	100%
Cliente nuevo oferta Mintic + cliente actual postpago con Claro	100%	100%
Cliente actual oferta Mintic + cliente nuevo postpago con Claro	100%	100%
Cliente actual oferta Mintic + cliente actual postpago con Claro	100%	100%

<sup>50</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 30».

<sup>51</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 29».

<sup>52</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°33.

<sup>53</sup> En la hoja N°33 de la Resolución No. 74331 de 2023 la Dirección especificó: «(...) como quiera que el concepto "Todo Claro" es fundamental para la presente investigación, y que esta información no se encontraba de ninguna manera contenida dentro de las piezas de la oferta ni en sus términos y condiciones, esta Dirección consideró necesario, en desarrollo de la visita de inspección del mes de julio de 2021, revisar integralmente toda la página web de la sociedad investigada, con el fin de aproximarse a las características, condiciones comerciales o servicios que identifican a esta categoría de clientes, encontrando, se repite, sin que estuviera referida en los términos y condiciones de la oferta en cuestión, un sitio con la siguiente información (...)».

<sup>54</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-0, «presentación – página 2», hoja N°14.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

Imagen N°13 ¿Cómo ser Todo Claro? –Tomada de la visita de inspección del 10 al 23 de julio de 2021 a la página web <https://www.claro.com.co><sup>55</sup>



Como se puede ver, por medio de la página web, en una ubicación que no correspondía a los términos y condiciones, COMCEL brindaba información sobre las maneras en que los usuarios podían ser «Todo Claro»; sin embargo, para el caso en concreto estas explicaciones en vez de brindar claridad generan confusión en lo que se debía entender por la condición para acceder a la oferta de HBO Max, sumado a que tampoco coincidían entre ellas.

Prueba de lo dicho está en que en las combinaciones Todo Claro se contemplaban opciones en las que los usuarios actuales podían unirse con usuarios nuevos y viceversa, según los servicios de hogar y postpago que tuvieran, para cumplir con la condición y acceder a la oferta. A esta conclusión no podía llegarse con las solas piezas publicitarias, en las que no solo se omitía cualquier referencia a la opción de realizar combinaciones, sino que se limitaban a las imágenes de una casa y un celular acompañadas de la frase «Todo Claro», de las que hay que destacar con el solo celular no podría comprenderse que se trata de un servicio postpago.

Para continuar, sobre las posibles combinaciones de las «ofertas MinTic», no hay que entrar en mayores detalles para concluir que en las piezas publicitarias ni en los términos y condiciones no se hacía ninguna referencia al respecto.

Ahora bien, aunque la recurrente se opuso a que la Dirección supuestamente pretendiera que en la publicidad explicara todas las posibles combinaciones de «Todo Claro», no se observa que en la resolución impugnada se haya planteado tal exigencia, sino que se buscaba que la información sobre un elemento esencial para acceder a la oferta fuera clara, veraz, suficiente, comprobable, cierta, completa y oportuna y no indujera a error a los consumidores. Precisamente, ante las múltiples opciones que al parecer existían para adquirir la calidad que permitían acceder al beneficio, resultaba necesario que por lo menos se hubiera brindado un acercamiento más preciso al elemento esencial que representaba ser «Todo Claro».

De otro lado, sobre las explicaciones de ¿Cómo ser Todo Claro?, no solo se advierten diferencias con las combinaciones explicadas, como el hecho de no referirse a una oferta MinTic, sino que pueden observarse imágenes que no habían sido relacionadas en las piezas publicitarias, en las cuales solamente se habían incorporado una casa y un celular. Así, en este caso se advierten imágenes de una persona acompañada de un celular y una persona acompañada de una casa, que en la publicidad emitida no se había incluido. A su vez, este Despacho está de acuerdo en que, a partir de las imágenes y la información suministrada, no podían comprenderse otros aspectos como cuáles servicios hogar se debían tener para cumplir con la condición de ser todo claro.

Hasta aquí, se puede confirmar que con la información reunida en la página web de COMCEL tampoco existía precisión sobre el momento o las condiciones bajo las cuales los usuarios eran considerados «Todo Claro» y podían acceder al

<sup>55</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-0, «presentación – página 2», hoja N°15.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

beneficio de HBO Max ofertado. Ahora, esta situación tampoco cambió con la respuesta de la recurrente al requerimiento de la Dirección en el que se le preguntó al respecto, a lo que contestó:

### **Imagen N°14 Clientes «Todo Claro» - Tomada de la respuesta de COMCEL al requerimiento de información de la Dirección<sup>56</sup>**

4. Señale bajo que segmento pertenecen los clientes "TODO CLARO" y cuáles son los servicios que tiene activos y contratados con la sociedad que usted representa.

Los clientes "TODO CLARO" se encuentran establecidos en tres escenarios:

Usuarios personas naturales de Comcel S.A. que cuenten con servicios de hogar y móvil pospago a su nombre.

Cliente claro que tenga servicio hogar y lo combine con otro cliente que tenga servicio móvil pospago.

Cliente claro que tenga servicio móvil pospago y lo combine con otro cliente que tenga servicio hogar.

Al respecto, además de las observaciones efectuadas en el considerando 8.3.4. de la Resolución No. 74331 de 2023<sup>57</sup>, debe indicarse que al confrontar la cortinilla de televisión analizada previamente con lo explicado por la recurrente en la respuesta al requerimiento de la Dirección, no se advierte que lo señalado en la pieza publicitaria tenga el alcance de comprender, por ejemplo, que se podían realizar combinaciones entre los planes hogar y móvil de diferentes usuarios ni que aplicara solo a personas naturales.

De hecho, es cierto que resulta particular que en la primera de las tres opciones se hubiera mencionado en plural «servicios hogar» y en las dos restantes se utilizara el singular «servicio hogar», pues aquello no brinda certeza sobre cuántos servicios hogar debían tener los usuarios para adquirir la calidad de «Todo Claro» que les permitía acceder al beneficio. Ahora, si lo anterior se confronta con las piezas publicitarias de la cortinilla de televisión, la dificultad es más grande, pues la sola imagen de la casa no indica el número de servicios hogar o si bastaba con uno solo, en plural, aunque si se continúa con la lectura de la letra pequeña se advierte que se hacía referencia a «servicios hogar», lo que en todo caso no precisa si se trataba de dos, tres o más servicios.

Así las cosas, después de revisar la pieza publicitaria transmitida por televisión, los términos y condiciones, la página web de COMCEL y la respuesta de la recurrente al requerimiento de información de la Dirección, se puede decir que no existió certeza sobre el momento o las condiciones comerciales en las cuales un usuario obtenía la calidad de «Todo Claro» que le permitía acceder al beneficio de HBO Max incluido. Mucho menos, podría afirmarse que la pieza publicitaria, por sí sola, hubiera brindado una información al respecto que cumpliera con las características legales requeridas, lo cual implicó que se configurara una publicidad engañosa.

Por otra parte, con base en lo expuesto, este Despacho considera que, si se entiende al consumidor medio como «aquel que no efectúa un examen muy riguroso y detallado, pero tampoco muy negligente»<sup>58</sup>, en el caso de la pieza publicitaria correspondiente a la cortinilla, no podría sostenerse que un usuario que realizara un estudio normal de aquella lograra comprender en que momento o bajo qué condiciones podía adquirir la calidad de «Todo Claro» que le permitía acceder al beneficio de HBO Max. De hecho, se ha demostrado que ni siquiera con una revisión más allá de la pieza publicitaria y los términos y condiciones podía tenerse claridad al respecto. En cuanto al tema del consumidor medio se profundizará más adelante.

Ahora bien, en lo que se refiere al argumento según el cual los usuarios que cumplían con los requisitos fueron informados por diferentes medios como correo electrónico, SMS y WhatsApp, en líneas anteriores ya se emitió un pronunciamiento al respecto, por lo que en este punto se acoge la respuesta que fue proferida sobre la materia.

<sup>56</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-5, «complemento de información – página 32».

<sup>57</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hojas N°15 y 16.

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sección primera, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, sentencia del 31 de julio de 2018, radicación número 11001-03-24-000-2010-00153-00.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

### 6.4.2. En relación con las piezas publicitarias relacionadas en valla plana paraderos, publicidad digital y canales de comunicación alternos.

Bajo este subtítulo, se han agrupado los argumentos que se refieren a piezas publicitarias que fueron dadas a conocer por diferentes medios, toda vez que las tesis planteadas por COMCEL coinciden con las expuestas para la pieza publicitaria transmitida por televisión y con lo dicho sobre la ampliación de la oferta de HBO Max y las distintas comunicaciones que se remitieron solo a los usuarios que cumplieran con los requisitos para acceder a la oferta.

En efecto, dado que la recurrente reiteró que las piezas publicitarias debían ser analizadas en su totalidad incluidas las imágenes; que no era necesario incluir toda la información, ya que se habían referido a términos y condiciones; que en la publicidad se habían incluido las imágenes de una casa que indicaban en qué consistía ser «Todo Claro», palabra que además se había destacado; y que solo a quienes eran beneficiarios de la oferta de HBO Max se les había comunicado al respecto, resulta procedente remitirse a las consideraciones que fueron expuestas con anterioridad.

Además, esta Delegatura debe decir que en las piezas publicitarias diferentes a la que fue transmitida por televisión, también se observan las imágenes de la casa y el celular, los textos en letra pequeña que ya fueron analizados y, en general, que se hace referencia a ser «Todo Claro» para acceder al beneficio de la oferta de HBO Max incluido, pero sin informar o describir en qué condiciones o en qué momento se adquiere tal calidad. En consecuencia, si se realiza con ellas el mismo ejercicio que se efectuó con la cortinilla de televisión, el resultado también va a ser que se presentó publicidad engañosa.

En este sentido, se debe resaltar que en la resolución impugnada la Dirección relacionó y analizó cada una de las piezas publicitarias<sup>59</sup>, no solo para destacar que ya fueron valoradas en detalle, sino para confirmar las conclusiones sobre publicidad engañosa que se observa que estuvieron debidamente sustentadas.

Por último, resulta improcedente la solicitud de darle el mismo tratamiento que a los volantes físicos a las comunicaciones remitidas por SMS, Sat push WhatsApp, para no tenerlas en cuenta, pues ya se explicó que en aquellos también podía constatarse la forma en que la información suministrada a los usuarios constituía publicidad engañosa.

### 6.4.3. En relación con el aviso de prensa del periódico El Tiempo.

Sobre el particular, toda vez que la recurrente sostuvo que la autoridad se contradijo porque «en este caso la publicidad la revisó de forma parcial, sesgada e incompleta», en principio debe analizarse la pieza publicitaria frente a lo considerado por la Dirección, así:

**Imagen N°15. Extracto de la Publicación en El Tiempo – Tomada de los anexos del escrito de descargos de COMCEL<sup>60</sup>**



<sup>59</sup> Resolución No. 74331 de 2023, ver desde la hoja N°16 hasta la 28.

<sup>60</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-13, «descargos – página 2», hoja N°67.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

### Imagen N°16 Extracto de la Publicación en El Tiempo – Tomada de los anexos del escrito de descargos de COMCEL<sup>61</sup>

**C**laro Colombia anunció que hasta diciembre de 2021 sus clientes **Todo Claro** (hogar y móvil) podrán disfrutar gratis de **HBO Max** el mas reciente servicio de streaming de series y películas lanzado en el país, que cuenta con grandes títulos como Game of Thrones, Harry Potter, Friends, The Big Bang Theory y La Liga de la Justicia, entre otros.

Para disfrutar del servicio, los clientes de **Claro Hogar** deben cumplir con un procedimiento de activación en **Claro Play**. Luego de diciembre de 2021 el servicio tendrá un costo de \$19.900 al mes.

### Imagen N°17 Extracto de la publicación en El Tiempo – Tomada de los anexos del escrito de descargos de COMCEL<sup>62</sup>

Claro Play para recibir todo el entretenimiento de **HBO Max**, incluido en el plan actual, hasta el 31 de diciembre de este año. Una vez cumplido este tiempo el cliente deberá pagar por el servicio el valor de \$19.900", afirmó Rodrigo de Gusmao, director Segmento masivo de Claro Colombia.

El cliente decide si sigue o no con el servicio de HBO Max luego de diciembre de 2021, pues no hay permanencia.

El beneficio aplica a todos los clientes que sean 'Todo Claro', es decir, que tengan contratado su servicio de internet y TV en casa, y también un plan móvil a su nombre con esa empresa.

Para activar el beneficio de HBO Max gratis:

Ahora, algunas de las observaciones expuestas en la resolución impugnada frente a la pieza publicitaria anterior, fueron las siguientes:

Que en el título del aviso publicado en el periódico el Tiempo, en grandes letras en el titulo se informó: "**Cientes Claro tendrán HBO Max**".

Sin embargo, más adelante se restringió a aquellos que sean "*Todo Claro*", situación que en dicho título fue omitida, y con ello se induce a creer que solo por ser cliente de Claro se podía acceder a la promoción, aspecto esencial sobre el que en este artículo se brindó la siguiente información:

(...)

Según la información brindada en este artículo, ser Todo Claro es tener contratado en casa los servicios de internet, televisión y un plan móvil a nombre propio con Claro.

Por primera vez se observa que se haya suministrado información respecto a lo que se requiere para ser "Todo Claro", sin embargo, difiere de los criterios dispuestos por la misma investigada y comunicados por esta a la Entidad al atender el requerimiento, en la medida en que restringe las posibilidades de ser Todo Claro solo a aquellos que tengan estos tres servicios a nombre propio, y deja por fuera las posibles combinaciones con servicios de un tercero<sup>63</sup>.

En este contexto, puede advertirse que la Dirección tuvo en cuenta lo informado desde el inicio del aviso, en cuyo título se incluyó la frase «Clientes Claro tendrán HBO Max», en el cual se aclaró que la calidad de «Todo Claro» era por tener contratado en casa los servicios de internet, televisión y un plan móvil a nombre propio con Claro. Por lo tanto, si la revisión fue de la totalidad de la pieza publicitaria, no se advierte de qué forma el análisis pudo ser parcial o incompleto.

<sup>61</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-13, «descargos – página 2», hoja N°67.

<sup>62</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-13, «descargos – página 2», hoja N°67.

<sup>63</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°31.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

De igual manera, no se encuentra que la revisión resultara sesgada, como lo afirmó COMCEL, o que se hubiera desviado del objeto de análisis de la investigación, pues lo cierto es que la Dirección revisó si la información ofrecida brindaba certeza sobre lo que se debía entender por la calidad de «Todo Claro».

La resolución impugnada señaló que, con la publicidad emitida en El Tiempo, por primera vez se observaba que se había suministrado información respecto a lo que se requería para ser «Todo Claro», observación que en esta instancia se comparte, pues lo cierto es que las demás piezas publicitarias no brindaban una explicación de esta manera sobre lo que significaba la calidad que permitía acceder al beneficio.

Ahora, esta Delegatura también está de acuerdo con la Dirección en que, a pesar de que el aviso de este punto explicaba en qué consistía ser «Todo Claro», difería de los criterios dispuestos por la misma recurrente, en la medida en que restringía las posibilidades de ser «Todo Claro» solo a aquellos que tuvieran los tres servicios de internet, televisión y un plan móvil a nombre propio, pero dejaba por fuera las posibles combinaciones con servicios de un tercero. Sobre el tema, ya se ha explicado que la definición «Todo Claro» no fue consistente con lo informado en la página web ni con la respuesta al requerimiento de información que aportó COMCEL, en las cuales es cierto que se hizo referencia a las posibles combinaciones entre usuarios actuales y nuevos.

Por último, no es claro para esta Delegatura lo que pretendió la recurrente cuando afirmó que la Dirección «Se limitó al enunciado o título -dicho sea de paso, por ser una nota informativa el titular lo desarrolla el medio de comunicación, no el operador». Sin embargo, no sobra ponerle de presente a COMCEL, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1480 de 2011 «El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave». Este tema no fue materia de discusión en la investigación administrativa sancionatoria objeto de la presente, ni lo abordó COMCEL, más allá de la afirmación previamente relacionada.

**6.5. En relación con el argumento «La SIC no tuvo en cuenta las condiciones particulares para la prestación del servicio de Telecomunicaciones en donde se debe surtir un riguroso trámite que implica que existan distintos filtros que impiden por completo que el usuario pueda encontrarse confundido o engañado».**

En primer lugar, resulta necesario señalar que bajo este subtítulo COMCEL reiteró argumentos que había planteado en puntos anteriores, tales como los relacionados con el envío de comunicaciones a los usuarios en las que se les informaba que eran beneficiarios de la oferta, con las imágenes del celular y la casa, así como con los términos y condiciones. Pues bien, ya que los mencionados argumentos fueron resueltos con anterioridad en la presente, este Despacho remite y se acoge a las consideraciones que expuso al respecto.

Ahora sí, en lo que se refiere a los cuestionamientos de la recurrente, con el fin de revisar su tesis sobre el contrato de servicios de comunicaciones regulado por la Ley 1341 de 2009 y la normativa de la CRC, vale la pena reiterar lo que ya se ha explicado con base en pronunciamientos anteriores de esta Delegatura y es «que cada pieza publicitaria debe ser comprensible por sí misma y contener la totalidad de los elementos esenciales»<sup>64</sup>.

Bajo este entendido, desde el principio se debe descartar que por el hecho de celebrar un contrato con posterioridad a que los usuarios conocieron las piezas publicitarias, pueda considerarse que se brindó una información con el cumplimiento de los requisitos legales y que no se incurrió en publicidad engañosa.

<sup>64</sup> Radicación No. 20-178284, Resolución No. 78342 de 2023, hoja N°14.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

Aunado a lo anterior, resulta oportuno decir que la información que se incorpora en el aviso publicitario, en concreto los elementos objetivos, constituyen una obligación precontractual, «Pues se incorporan al contenido contractual de celebrarse un negocio jurídico sobre ese bien o servicio anunciado» (Bernal, 2023)<sup>65</sup>.

En consecuencia, para este Despacho carece de fundamento que se pretenda desligar lo anunciado en las piezas publicitarias de los posteriores contratos que habrían suscrito los usuarios con COMCEL y que, además, se reclame porque presuntamente no se probó que la información no fue brindada antes de aceptar la oferta o promoción.

Por el contrario, todas las pruebas que se analizaron en la investigación y que fueron revisadas en la presente, indican que la información no fue suministrada conforme a los requisitos legales y que se incurrió en publicidad engañosa.

Por su parte, la recurrente no probó, y en el recurso tampoco explicó cómo lo habría hecho, que aparte de las piezas publicitarias sí entregó la información de las condiciones y restricciones en debida forma, si acaso, en su defensa expuso que les había enviado diferentes comunicaciones a los usuarios, pero se pudo comprobar que aquellas pruebas tampoco acreditaron que no transgredió la normativa, esto sin contar que los términos y condiciones no ofrecían una información clara sobre la calidad de «Todo Claro», tal como se explicó en puntos anteriores.

### **6.6. En relación con el argumento «El análisis se debe realizar desde la óptica del consumidor medio y atendiendo a su deber de informarse».**

Con el objetivo de abordar los argumentos de la recurrente, esta Delegatura considera necesario partir por definir el concepto de consumidor medio con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual ha precisado lo siguiente:

*"En este orden de ideas, para la Sala es claro que, en primer lugar, el consumidor medio es aquel que no efectúa un examen muy riguroso y detallado, pero tampoco muy negligente, es decir, efectúa un estudio normal del producto debido a que conoce las características generales del mismo, en atención a que tiene un conocimiento y una capacidad de percepción corriente, por cuanto se trata de un producto de consumo masivo y, en segundo lugar, el consumidor especializado es aquel que presta un mayor cuidado y atención en el producto que va a adquirir, debido a que se trata de productos dirigidos a determinado grupo de personas por su especialidad, conocimiento, calidad de vida, capacidad adquisitiva, costo del producto o sus características especiales, debido a que se trata de productos de consumo selectivo"<sup>66</sup>. (Subrayado por fuera de texto original).*

Bajo este concepto, analicemos y resumamos la situación del consumidor en el caso concreto, para lo cual podemos utilizar el ejemplo de la publicidad emitida con la cortinilla de televisión analizada previamente.

Así, el usuario observó un video en el que se incluyeron las imágenes de una casa, un signo más (+) y un celular, acompañados de la frase «TODO CLARO», posteriormente encontró la frase «HBO max INCLUIDO POR EL ESTO DEL 2021», pudo leer una letra pequeña en la que se indicaba, entre otras cosas, que la oferta era válida del 12 de julio al 31 de diciembre de 2021, «para clientes actuales y nuevos Todo Claro que tengan servicios de hogar a su nombre. Si eres cliente nuevo, deberás adquirir el paquete Tripleplay con HBO Max incluido» y, mientras todo lo anterior ocurría, escuchó la voz superpuesta en la

<sup>65</sup> Juan Carlos Varón Palomino, Mauricio Rengifo Gardeazábal, Fernando Peña Bennett. (2023). Derecho del consumo: Tomo II, Derecho privado del consumo. Bogotá D.C: Universidad de los Andes. Mariana Bernal Fandiño, Capítulo II, El Deber de Información en el Derecho del Consumo: Más allá del cumplimiento de una formalidad. P.36. Consultado en <https://ediciones-uniandes-edu-co.ezproxy.uniandes.edu.co/reader/derecho-del-consumo-tomo-ii-derecho-privado-del-consumo?location=8>.

<sup>66</sup> Consejo de Estado, Sección primera, C.P. Hernando Sánchez Sánchez, Sentencia del 31 de julio de 2018, radicación número 11001-03-24-000-2010-00153-00.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

que le indicaba que «Si eres TODO CLARO con servicios en casa a tu nombre, ya tienes HBO MAX incluido por el resto del año».

En efecto, y como ya se ha explicado, con las solas imágenes de la casa y el celular el usuario no podía comprender cuantos servicios hogar y qué plan móvil debía tener para acceder al beneficio de HBO Max que se otorgaba por ser «Todo Claro», situación que al avanzar la publicidad resulta más confusa, pues no se definió en qué consistía dicha calidad, es más, aunque las imágenes parecían sugerir que con ser «Todo Claro» era suficiente, en la letra pequeña se indicó que si era cliente nuevo debía adquirir Tripleplay con HBO Max incluido, mientras que los clientes actuales no solo debían ser «Todo Claro», sino que les correspondía tener servicios hogar a su nombre.

En suma, con la sola publicidad resulta evidente que no se informaba en qué momento o en qué condiciones se obtenía la calidad de «Todo Claro», cualidad que debía de ostentar para acceder al beneficio ofertado. Ahora, si el usuario quería comprender en qué consistía tal calidad y decidía ingresar a la página web de COMCEL, iba a encontrar unos términos y condiciones que tampoco definieron en qué consistía ser «Todo Claro», tal como ya se ha explicado.

Ahora, si lo anterior no fuera suficiente, y el usuario decidía continuar la búsqueda por la página, finalmente encontraría otras explicaciones de la calidad de «Todo Claro», aunque resultarían contradictorias entre sí y, además, brindaban otra información que ni siquiera se podía imaginar con la pieza publicitaria, por ejemplo, que podía realizar combinaciones con los planes de otros usuarios.

Para esta Delegatura, situaciones como la descrita previamente fueron las que precisamente buscaron prevenir las normas que sustentaron la sanción impuesta, pues lo cierto es que, si la información hubiera resultado clara, veraz, suficiente, comprobable, cierta, completa, oportuna y no hubiera inducido a error, el usuario desde su primer acercamiento con la pieza publicitaria habría podido comprender en qué consistía ser «Todo Claro».

Dicho de otra manera, el deber de información a cargo de un «consumidor medio o racional» no puede ser excusa para que los operadores de servicios impongan cargas adicionales a los consumidores. En efecto, el usuario cuando interpreta el mensaje le da a este el alcance natural que tengan tanto las palabras como las imágenes, razón por la cual no tenía la obligación ni debió trasladársele la carga de tratar de comprender en qué consistía la calidad que debía ostentar para acceder a la oferta o promoción.

Finalmente, en el marco de lo que se ha explicado para el consumidor medio y los análisis que ya se han realizado, se considera que no era necesario probar que los usuarios se habían quejado sobre las piezas publicitarias para definir la existencia de una publicidad engañosa, aspecto que se desarrollará al evaluar el criterio del daño que fue aplicado como un agravante en la dosimetría de la sanción.

### **6.7. En relación con el argumento «Para tratar de sustentar lo insustentable se está desconociendo el principio de congruencia».**

Con el fin de resolver lo planteado por la recurrente, quien sostuvo que presuntamente se vulneró el principio de congruencia porque en la Resolución No. 28551 de 2022 se hizo referencia a aspectos como «Triple Play», es necesario confrontar ambas resoluciones de la siguiente manera:

#### **Resolución No. 28551 del 13 de mayo de 2022<sup>67</sup>:**

##### **12.1.1. Imputación fáctica.**

Esta Dirección advierte que, de acuerdo con la información recaudada, el proveedor de servicios **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL**

<sup>67</sup> Resolución No. 28551 de 2022, hoja N°19.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

**S.A.** presuntamente no suministró información clara, veraz, suficiente, comprobable, cierta, completa y oportuna, que no induzca en error; en las piezas publicitarias e informativas que fueron divulgadas con ocasión de la oferta o **promoción "HBO Max Gratis hasta el 31 de diciembre de 2021"**, pues en estas no se informaba y/o describían en qué momento y/o bajo qué condiciones comerciales un cliente obtenía la calidad de **"Todo Claro"**, atributo y/o cualidad que debía de ostentar para acceder al beneficio ofertado.

En consecuencia, las piezas publicitarias podrían haber inducido en error, engaño y/o confusión a los usuarios y a los potenciales clientes del proveedor de servicios de comunicaciones, a través de la emisión y divulgación de publicidad engañosa.

### **Resolución No. 74331 del 29 de noviembre de 2023<sup>68</sup>:**

Al difundir o divulgar la promoción a través de diversos medios masivos de comunicación a nivel nacional, la publicidad del proveedor tuvo un alto alcance en la población de consumidores o usuarios de servicios de comunicaciones en Colombia, a los que podía inducir a error con el mensaje de lo beneficioso que podía resultarles ser "Todo Claro", omitiendo las condiciones para ser usuario actual o nuevo de esa categoría, y sobre las opciones que el proveedor contempla para acceder a la calidad de Todo Claro, diferentes a tener que suscribir todos los servicios con este operador<sup>69</sup>.

De esta manera, al confrontar la formulación de cargos con la resolución sancionatoria impugnada, resulta evidente que en ambas fue objeto de reproche la información que fue suministrada sobre las condiciones para obtener la calidad de «Todo Claro». Ahora, resulta apenas lógico que en la decisión la Dirección haya profundizado en el tema, pues la conclusión a la que llegó tuvo en cuenta no solo las pruebas que ya se habían aportado desde las averiguaciones preliminares, sino las que fueron allegadas con posterioridad, así como valoró los argumentos de defensa que expuso la recurrente a través de sus escritos como los de descargos y alegatos de conclusión.

En todo caso, no se advierte que se haya apartado desde el objetivo fijado de la formulación de cargos, que consistía en establecer si en las piezas publicitarias se había suministrado información clara, veraz, suficiente, comprobable, cierta, completa, oportuna y que no indujera sobre la calidad de «Todo Claro» que debían tener los usuarios para acceder a la oferta o promoción de HBO Max. Por su puesto, sin dejar de lado que en el desarrollo del acto administrativo se advierte que se analizó si la publicidad resultó engañosa, en lo que a dicha calidad se refería.

Por otro lado, vale la pena destacar que en sus conclusiones la Dirección no realizó mención alguna ni reprochó cualquier falta de claridad que se hubiera podido presentar sobre la calidad de «Triple Play» que ostentaran los usuarios.

Dicho esto, hay lugar a confrontar la imputación jurídica de la resolución de inicio con las conclusiones sobre las normas vulneradas de la resolución sancionatoria, así:

### **Resolución No. 28551 del 13 de mayo de 2022<sup>70</sup>:**

#### **12.1.2. Imputación jurídica.**

Conforme a lo expuesto, esta Dirección advierte que la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** con la conducta anteriormente descrita, presuntamente infringió lo previsto en el numeral 2º del artículo 53 de la Ley 1341 de 2009, así como lo dispuesto en los artículos 23 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo señalado por el numeral 2.1.1.2.4 del artículo 2.1.1.2 y el artículo 2.1.6.1 de la misma resolución (sic) de la Resolución CRC 5050 de 2017

<sup>68</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°42.

<sup>69</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°42.

<sup>70</sup> Resolución No. 28551 de 2022, hoja N°19.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

(sic), modificado por el artículo 1º de la Resolución CRC 5111 de 2017, en consonancia con el numeral 2.1.1. del Capítulo Segundo del Título III de la Circular Única de esta Superintendencia, lo que conllevaría a la configuración del supuesto de hecho previsto en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009<sup>71</sup>.

### **Resolución No. 74331 del 29 de noviembre de 2023<sup>72</sup>**

#### **NOVENO. CONCLUSIONES**

Con la conducta descrita, el proveedor infringió lo previsto en el numeral 2º del artículo 53 de la Ley 1341 de 2009, así como lo dispuesto en los artículos 23 y 30 de la Ley 1480 de 2011, en concordancia con lo señalado por el numeral 2.1.1.2.4 del artículo 2.1.1.2 y el artículo 2.1.6.1 de la Resolución CRC 5050 de 2017 (sic), modificado por el artículo 1º de la Resolución CRC 5111 de 2017, en consonancia con el numeral 2.1.1. del Capítulo Segundo del Título III de la Circular Única de esta Superintendencia, lo que conllevó a la configuración del supuesto de hecho previsto en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Como se puede observar, las normas consideradas en la formulación de cargos y las que se estableció que fueron transgredidas en la resolución que adoptó la decisión fueron idénticas, por lo que no se podría alegar una falta de correspondencia entre ellas que implique suponer que el principio de congruencia fue vulnerado.

En este orden de ideas, se puede concluir que existió correspondencia entre el sustento fáctico y jurídico de las Resoluciones No. 28551 del 13 de mayo de 2022 y 74331 del 29 de noviembre de 2023, por lo que no podría alegarse que la Dirección fue incongruente frente a la manera en que inició la investigación administrativa.

Ahora bien, dado que los cuestionamientos de COMCEL se soportaron en que la Dirección en su decisión hizo referencia a aspectos como «Triple Play», no sobra aclarar que lo que se encontró en la resolución impugnada es que cuando se hizo referencia a dicho término fue como parte del análisis conjunto de los elementos que contenían las piezas publicitarias, en lo que tanto insistió la recurrente que se debía cumplir, para constatar si se había informado en debida forma en qué consistía la calidad de «Todo Claro» que era materia de investigación. Así, difícilmente podía omitirse mencionar el término, cuando estaba incluido en las piezas publicitarias, según pudo verse en la letra pequeña que se incluía.

Esto no representaba un reproche diferente, pues, se insiste, fue valorado a la luz de determinar la calidad de «Todo Claro», con la que debían cumplir los usuarios para acceder a la oferta o promoción de HBO Max.

#### **6.8. En relación con el argumento «Frente a la publicación en Twitter (ahora X) del usuario @Rodrigo\_docente: No existe ninguna pieza publicitaria, por lo tanto, NO debe ser tenida en cuenta».**

Al respecto, es cierto que en la resolución impugnada la Dirección indicó que «en el pliego de cargos la Dirección resaltó la información suministrada por la investigada al consultante de la promoción y no analizó la pieza publicitaria porque el usuario no la aportó<sup>73</sup>». En este orden, se puede inferir que, si desde descargos hasta la decisión se reconoció que la pieza publicitaria no fue aportada, la sanción no la tuvo en cuenta.

<sup>71</sup> Resolución No. 28551 de 2022, hoja Nº19.

<sup>72</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja Nº42.

<sup>73</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja No. 13.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

**6.9. En relación con el argumento «La SIC desconoció sus propios precedentes y el principio de igualdad pues a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. le impuso una multa muy inferior a la de Comcel, a pesar de que la conducta resultaba mucho más gravosa y reincidente».**

Para iniciar, debe ponerse de presente que bajo este subtítulo COMCEL reiteró argumentos que había planteado en puntos anteriores, tales como la necesidad de revisar integralmente las piezas publicitarias y la posibilidad de remitir a los términos y condiciones. Pues bien, ya que los mencionados argumentos fueron resueltos con anterioridad en la presente, este Despacho remite y se acoge a las consideraciones que expuso al respecto.

Realizada la precisión respectiva, frente a los cuestionamientos de la recurrente por el presunto desconocimiento de los precedentes, hay que decir que las decisiones de cada investigación administrativa deben ser valoradas conforme a las circunstancias particulares que las motivaron, tal como se le ha explicado a COMCEL en investigaciones anteriores<sup>74</sup>.

Para comprender mejor lo anterior, téngase en cuenta que cada investigación administrativa, y su correspondiente sanción, debe estar fundamentada en hechos diferentes, con el fin de no desconocer principios como el del *non bis in idem* dispuesto en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011. Ahora, existe la posibilidad de que ante hechos similares se presente una fundamentación jurídica diferente, lo que por supuesto no descarta que aquella coincida. En este orden, puede observarse que desde la fundamentación fáctica y jurídica se presentarían diferencias que influirían en la adopción de una medida sancionatoria.

Aunado a lo anterior, se debe comprender que pueden existir otras circunstancias que influyen en la tasación de las sanciones como podrían ser, por ejemplo, el año en que se configuraron los hechos, lo que define el valor de los salarios mínimos legales mensuales vigentes de la multa; el periodo de vigencia de la promoción u oferta, en los casos de publicidad engañosa; o la situación económica de la compañía, pues lo cierto es que la sanción no será igual de rigurosa para una sociedad en liquidación que para otra que cuente con una situación financiera sólida.

En este orden de ideas, las circunstancias particulares de cada caso las observa la autoridad administrativa al momento de tasar una sanción, lo que no resulta reprochable, pues precisamente se espera que, en el marco de la discrecionalidad sancionatoria, se realice un ejercicio razonado que encuentre sustento en las características de cada investigación.

Por lo tanto, no se considera desacertado que la Dirección en el análisis de los criterios de la dosimetría sancionatoria haya valorado que la recurrente tenía una participación en el mercado de servicios móviles del 50% y del 41% en el mercado de servicios fijos<sup>75</sup>, conforme a los datos del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – MINTIC, a segundo trimestre del año 2021.

A propósito, aunque COMCEL por medio de su recurso de apelación afirmó que «las cifras del MinTIC no son ciertas en esas condiciones», tampoco demostró lo contrario, razón por la cual no es comprensible que cuestione que no se le permitió contradecir las cifras con anterioridad, pero ahora que las conoce no pruebe la supuesta falta de certeza. De todas maneras, no sería lógico que antes de la decisión, cuando COMCEL todavía se presumía inocente, la Dirección le hubiera dado a conocer la motivación de la multa, soportada en cifras como las reprochadas. A su vez, hay que decir que la recurrente, como un buen hombre

<sup>74</sup> Ver la radicación No. 20-158454, Resolución No. 31563 de 2024, hoja No. 33.

<sup>75</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja N°44.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

de negocios, difícilmente podría sostener que desconocía su participación en el mercado para aquella época frente a los servicios móviles y fijo.

Aunado a lo anterior, aunque la recurrente cuestionó que después de mencionar las cifras la Dirección se refiriera a los clientes nuevos, ya que era lógico que no hacían parte de aquellas, debe aclararse que al leer la decisión de la Dirección se comprende lo contrario, y es que la publicidad iba más allá de quienes ya eran usuarios de COMCEL y se consideraban en su participación en el mercado. Para comprender lo dicho, se resalta que la resolución impugnada señaló lo siguiente: «Debe considerarse que la difusión de esta publicidad iba dirigida no solo a los entonces clientes del operador, sino a cualquiera otro que se convirtiera en cliente nuevo». Así, puede verse que, contrario a lo que sostuvo la recurrente, la Dirección diferenció a los clientes actuales de los nuevos.

Ahora bien, en la investigación que nos ocupa se ha podido confirmar que no hubo un cambio de una posición de fondo por parte de la Dirección, por el contrario, atendió lo dispuesto en la normativa para valorar la configuración de publicidad engañosa en el mismo sentido que lo ha hecho en casos anteriores. De esta manera, y según la revisión de los argumentos del recurso objeto de la presente, puede decirse que COMCEL cuestionó principalmente el monto de la sanción impuesto frente a las multas de otras investigaciones. Al respecto, por las razones expuestas en párrafos anteriores, no se considera que debatir sobre los valores de las multas conduzca a determinar si la Dirección desconoció sus precedentes.

Para finalizar, aunque las consideraciones anteriores son suficientes para concluir que la Dirección no desconoció sus precedentes, no vulneró el derecho a la igualdad ni ningún otro derecho, en gracia a la discusión hay que decir que en la Resolución No. 83165 del 25 de noviembre de 2022, citada por COMCEL para fundamentar su argumento, la Dirección consideró: «Finalmente, se advierte que los demás criterios de graduación establecidos en el artículo 50 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a saber: (...) (ii) reincidencia en la comisión de la infracción (...) no resultan aplicables y por ende, no serán tenidos en cuenta para dosificar la multa a imponer»<sup>76</sup>.

Así las cosas, en la citada resolución el criterio de reincidencia no fue aplicado en la tasación de la sanción, como si lo fue en la investigación que nos ocupa, lo que ratifica que cada investigación debe ser valorada conforme a las circunstancias particulares que la motivaron.

### **6.10. En relación con el argumento «Se están analizando mensajes subjetivos que no deben ser tenidos en cuenta».**

Para resolver el cuestionamiento de COMCEL, viene al caso señalar que en la resolución impugnada se encontró que la única observación que realizó la Dirección sobre la frase «viene con más poder», fue la siguiente:

Esta pieza de publicidad impresa quiere llamar la atención respecto a que ser Todo Claro ahora es mejor, literalmente expresa: "viene con más poder" porque tener tal categoría permitía acceder a una oferta de HBO Max. Nuevamente, si ser Todo Claro es lo que da ese poder, un requisito esencial para acceder a la oferta. ¿cómo podía saber cualquier persona si lo era o cómo serlo en ausencia de información de las condiciones?<sup>77</sup>

Así las cosas, puede advertirse que la Dirección de ninguna manera consideró o concluyó que la frase «viene con más poder» hubiera inducido a error, engaño o confusión a los usuarios.

Lo que se observa, es que ocurrió una situación similar a la que ya se explicó para el término de «Triple Play», en la cual se hizo referencia a la mencionada

<sup>76</sup> Radicación: 20-178284, Resolución No. 83165 del 25 de noviembre de 2022, hoja No. 101.

<sup>77</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja No. 25.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

frase como parte del análisis conjunto de los elementos que contenían las piezas publicitarias, para constatar si se había informado en debida forma en qué consistía la calidad de «Todo Claro» que era materia de investigación. Así, en este caso tampoco podía omitirse mencionar la frase «viene con más poder», cuando en la pieza publicitaria que se analizó ya no estaba en la letra pequeña, sino de manera prominente junto a la calidad de «Todo Claro» que era materia de investigación.

Para una mayor comprensión de lo dicho, si se realiza una lectura detenida y contextualizada de la pregunta «¿cómo podía saber cualquier persona si lo era o cómo serlo en ausencia de información de las condiciones?», puede concluirse que se indagaba por la calidad de «Todo Claro» y no se efectuaba reproche alguno sobre la frase «viene con más poder».

### **6.11. «La Multa resulta abiertamente desproporcionada».**

Para iniciar, en este punto se encuentra que COMCEL reiteró argumentos que ya fueron abordados, tales como su oposición a la utilización de la participación en el mercado para la dosimetría de la sanción, que la multa fue más alta que la impuesta a otros operadores y que por medio de diferentes comunicaciones les informó a los usuarios que eran beneficiarios de la oferta. Por lo tanto, este Despacho se acoge y remite a las consideraciones que ya ofreció sobre los mencionados temas.

Realizada la aclaración correspondiente, procede pronunciarse sobre los argumentos que expuso COMCEL frente a los criterios utilizados en la dosimetría sancionatoria.

Así, en relación con el criterio del numeral 1 del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, correspondiente al «daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados», esta Delegatura debe recordar que las multas que se imponen dentro de los procesos administrativos sancionatorios, como el presente, no constituyen ninguna cuantificación de perjuicios materiales o morales, es decir, no se trata de la cuantificación de un daño cierto y resarcible como sucede en el régimen civil de responsabilidad. Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el sentido de la sanción, que observa el daño o la potencialidad del daño generado a los usuarios, se encamina a proteger los derechos de quienes se encuentran en una relación desigual frente a los proveedores de servicios.

Lo anterior, en aras de verificar si con la conducta reprochada se llegó a causar un daño al interés jurídico tutelado de los usuarios, toda vez que con la sola vulneración de la directriz normativa se configura una potencialidad en el daño a sus intereses. Al resolver el recurso de reposición, la Dirección ya le explicó a COMCEL<sup>78</sup> con base en la sentencia del 22 de octubre de 2012 del Consejo de Estado, que «el derecho administrativo sancionador se caracteriza por la exigencia de puesta en peligro de los bienes jurídicos siendo excepcional el requerimiento de la lesión efectiva»<sup>79</sup>.

En este orden, para la Delegatura es claro que a lo largo de la actuación administrativa se pudo corroborar que COMCEL puso en peligro los intereses jurídicos tutelados de los usuarios, porque acorde con los lineamientos que se fijaron en la imputación fáctica y jurídica del cargo único que le imputó la entidad, la conducta que desplegó la recurrente de emitir publicidad engañosa, constituyó una infracción normativa.

Para una mejor comprensión de lo dicho, téngase en cuenta que considerar que la transgresión de la norma pone en peligro los intereses jurídicos tutelados de los usuarios, responde al interés general que busca proteger el Régimen de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones.

<sup>78</sup> Resolución No. 41980 de 2024, hoja N°28.

<sup>79</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, sentencia del 22 de octubre de 2012, Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"

En consecuencia, el daño generado no se debe medir según las quejas que presenten los usuarios por publicidad engañosa, como lo propuso la recurrente cuando destacó que no existía «una avalancha de quejas», sino en relación con los usuarios en general que busca proteger el mencionado régimen.

Al respecto, COMCEL se refirió a la certificación de los beneficiarios; sin embargo, aquella prueba, sin contar las contradicciones que fueron explicadas sobre sus cifras, se referiría a los usuarios que recibieron el beneficio, por lo que resulta inconducente para establecer si la publicidad resultó engañosa y con ello se configuró la transgresión de la normativa, lo cual debe revisarse para aplicar el criterio del daño. La misma inferencia se puede realizar sobre el argumento de la vigencia de la oferta o promoción, pues lo cierto es que, en lo que se refiere al criterio del daño, más allá de su duración lo que se debe considerar es la transgresión de la normativa.

En este orden de ideas, resulta indispensable para la Delegatura ratificar que al momento de hacer el análisis del numeral 1 del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, lo que se buscó por parte de la administración fue corroborar si con la conducta de la recurrente se pusieron en peligro los intereses jurídicos tutelados, porque de ser así, se debe propender por la protección del interés general. Además, con el objetivo de, entre otras cosas, evitar futuras comisiones e infracciones al Régimen de Protección de Usuarios de los Servicios de Comunicaciones.

De otro lado, en lo que al criterio de reincidencia se refiere, este Despacho después de revisar los radicados No. 18-160979 y 20-376371, verificó que en aquellas investigaciones COMCEL también fue sancionada por incurrir en publicidad engañosa. De esa manera, no hay duda de que la recurrente volvió a incurrir en una conducta que vulneró el Régimen de Protección de Usuarios de los Servicios de Comunicaciones, lo que daba lugar a que se agravara la sanción.

Adicionalmente, este Despacho está de acuerdo en que se le ponga de presente a COMCEL que las decisiones adoptadas en las mencionadas investigaciones le fueron debidamente notificadas<sup>80</sup> y que están ejecutoriadas, lo que significa que conocía perfectamente de qué se trataban y, a su vez, deja en evidencia que carece de fundamento reclamar razones para comprender porqué se configuraba el agravante.

Ahora bien, ya que COMCEL reclamó que no se tuviera en cuenta su diligencia, acreditada con las múltiples comunicaciones en las que les informó a los usuarios que eran beneficiarios de la oferta, resulta necesario reiterar que esta Delegatura ya se pronunció al respecto y que no encontró que las mencionadas comunicaciones hubieran demostrado que no se incurrió en publicidad engañosa.

Así mismo, en esta instancia se considera que, si la recurrente hubiera sido prudente y diligente en atender sus deberes y aplicar las normas pertinentes, no habría incurrido en publicidad engañosa y con ello en la transgresión de la normativa relacionada en la formulación de cargos. A su vez, COMCEL más allá de las comunicaciones enviadas, que ya fueron analizadas, no acreditó su prudencia y diligencia, pese a la cual habría transgredido las normas.

En este orden, el mencionado criterio relacionado con el actuar prudente y diligente que se esperaba de COMCEL en modo alguno puede considerarse como atenuante, es más podría haberse implementado como un agravante; sin embargo, ya que la Dirección no aplicó el criterio, en esta instancia no es posible adoptar una decisión en ese sentido, de conformidad con el principio de «no *reformatio in pejus*» dispuesto en el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011. Esta última posición también la adoptó la Dirección al resolver el recurso de reposición<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Ver el consecutivo 49 del radicado No. 18-160979 y el consecutivo 116 del radicado No. 20-376371.

<sup>81</sup> Resolución No. 41980 de 2024, hoja No. 29.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

Una vez revisada la aplicación de los criterios del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 que reclamó la recurrente, hay lugar a revisar la procedencia de haber aplicado los atenuantes establecidos en el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 28 de la Ley 1978 de 2019. Para ello, se considera necesario partir por mencionar lo expuesto en la resolución impugnada, así:

Si bien la investigada informó en su documento de solicitud de aplicación que la promoción ya no se encontraba vigente en tanto finalizó el año 2021 de acuerdo con los términos y condiciones, es por esta misma circunstancia que no puede decirse que hayan cesado los actos u omisiones que dieron lugar a la actuación administrativa.

Como es natural, la promoción está atada a un término de vigencia, tal y como lo define el numeral 10 del artículo 5 de la Ley 1480 de 2011:

**"Artículo 5º. Definiciones.** Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

**10. Promociones y ofertas: Ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor.** Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos" (destacado fuera del texto original).

Entonces, el hecho de que la promoción, temporal por definición, hubiera finalizado al haberse cumplido el término previsto para su vigencia, no significa que dicha circunstancia pueda alegarse válidamente como un cese o interrupción de la conducta que sustentó el cargo formulado en la presente investigación por parte de la investigada<sup>82</sup>. (Subrayado por fuera de texto).

Sobre el particular, este Despacho coincide en que, por la definición misma de las promociones y ofertas, conforme a la cual se entiende que el ofrecimiento en condiciones especiales favorables o gratuitas de los productos es temporal, como en este caso, resulta obvio que al cumplirse el término anunciado lo promocionado u ofertado pierde vigencia, o como lo explicó la misma recurrente «si se fija dicha fecha, lo normal es que a partir de esta termine».

Ahora, aunque se podría decir que si bien es cierto que lo «normal» es que las campañas publicitarias cesen con el cumplimiento de la vigencia de las promociones y ofertas, esto precisamente da pie a pensar que podrían configurarse situaciones excepcionales en las que se continúe con la emisión de piezas publicitarias, pese al cumplimiento del término señalado. En este orden, se podría haber presentado que, por ejemplo, después del 31 de diciembre de 2021 COMCEL todavía tuviera en su página web un banner publicitario con la información «TIENES HBO MAX POR EL RESTO DE 2021».

En el marco de una situación como la anterior, puede verse que existiría la posibilidad de probar, a través de capturas de pantalla como las de la visita de inspección que realizó la Dirección, que la publicidad no se encontraba en un tiempo determinado, después del 31 de diciembre de 2021, y en un espacio específico, la página web de COMCEL. Por lo tanto, no sería cierta la tesis de la negación indefinida si se observa que el Consejo de Estado, precisamente, ha explicado que «las afirmaciones o negaciones indefinidas son aquellas que ni indirecta o implícitamente conllevan ninguna afirmación o negación opuesta: que no sólo son indeterminables en el tiempo y en el espacio, sino que, en la práctica, no son susceptibles de probar por medio alguno<sup>83</sup>». [Subrayado por fuera de texto].

<sup>82</sup> Resolución No. 74331 de 2023.

<sup>83</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Alvaro Lecompte Luna, Sentencia del 7 de octubre de 1992, radicación número 4442.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

Así las cosas, hay que decir que la certificación que fue aportada, en la que se indicó, entre otras cosas, que la campaña no se encontraba vigente en la actualidad, no logra acreditar que cesaron los actos u omisiones que dieron lugar al inicio de la actuación administrativa<sup>84</sup>.

De todas formas, si se deja de lado la anterior discusión, y se retoma lo dicho sobre la temporalidad de las ofertas y promociones, esta Delegatura tampoco encuentra que los argumentos de COMCEL estén llamados a prosperar, pues pretender que por el vencimiento de la vigencia de la oferta o promoción se entienda que se dejaron de configurar los actos u omisiones que dieron lugar al inicio de la actuación administrativa, representa un aprovechamiento del contenido de unas piezas publicitarias que transmitieron publicidad engañosa. Así, podría decirse que la posición de COMCEL entra en el campo de desconocer el principio general del derecho según el cual nadie puede alegar su propia culpa"

Aunado a lo anterior, cuando la recurrente sostuvo que no debía acreditar que no continuó emitiendo publicidad engañosa, y que era a la Dirección a quien le correspondía demostrar que lo había seguido haciendo, desconoció que en la investigación se probó que transgredió la normativa, conforme a la carga de la prueba que le correspondía a la autoridad administrativa, pero sobre todo pasó por alto lo dispuesto los tres numerales del parágrafo 1 del artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 28 de la Ley 1978, donde claramente disponen que «el investigado acredite que se ha producido el cese de los actos u omisiones».

Por otra parte, ya que COMCEL cuestionó la proporcionalidad de la sanción y el monto de la multa impuesta, es oportuno referirse a los conceptos de dosimetría de la sanción y proporcionalidad, con el objetivo de establecer si fueron atendidos por la Dirección al proferir la resolución impugnada.

Así las cosas, téngase en cuenta que según el Consejo de Estado la proporcionalidad de la sanción «no está determinada por la argumentación o retórica que alrededor de ella se haga o no en los actos sancionatorios, sino por la relación de la magnitud de la sanción con las características y circunstancias de los hechos que le sirvan de fundamento, atendiendo los parámetros señalados en el artículo 36 del C.C.A., esto es, que sea adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a esos hechos (...)»<sup>85</sup>.

Sumado a lo anterior, el legislador otorgó una órbita discrecional a la autoridad administrativa en la fijación del monto de la sanción, la cual encuentra límite en la preceptiva legal contenida en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, en concordancia con el análisis exhaustivo de las condiciones específicas de cada caso particular, valoración que en el presente caso correspondía al cumplimiento de la normatividad vigente que establece el Régimen de Protección a los Usuarios de Servicios de Comunicaciones, cuya finalidad es proteger los derechos de los usuarios.

Ahora, a pesar de la discrecionalidad que ostenta la administración, es claro que la sanción a imponer debe estar precedida de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, con el propósito de evitar que el sancionador caiga en la arbitrariedad, lo que se traduce en que la autoridad administrativa está obligada a imponer una sanción que respete los límites establecidos por la norma y que esté razonablemente fundada en los hechos y pruebas demostrados en el curso de la actuación administrativa.

En este contexto, para el caso objeto de estudio se encuentra que la sanción impuesta es proporcional a los hechos que la motivaron, pues se analizó la conducta desplegada y las explicaciones de la recurrente frente a las disposiciones legales incumplidas, es decir, la normativa correspondiente a los

<sup>84</sup> Sistema de Trámites de esta Superintendencia. Radicado No. 21-311226-12, «complemento de información-página 2», página 2.

<sup>85</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. sentencia del 18 de agosto de 2005, expediente No. 2002-00524-01.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

cargos formulados, lo que llevó a una conclusión sobre su responsabilidad. Lo anterior, en el marco de la importancia del derecho que tienen los usuarios a recibir información clara, cierta, completa, oportuna y gratuita, para que pueda tomar decisiones conociendo las condiciones del servicio que le es ofrecido o prestado y a no ser objeto de la publicidad engañosa que se encuentra expresamente prohibida por la ley.

Por cierto, para el caso en concreto sobre los montos máximo y mínimo de la sanción a imponer, en la resolución impugnada la Dirección precisó: « La norma que autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones es el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 44 de la Ley 1753 de 2015, el cual estableció diversos tipos de sanciones, que van desde la amonestación hasta la imposición de multas a personas jurídicas por una cantidad de hasta los quince mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (15.000 SMLMV)»<sup>86</sup>.

En efecto, se destaca que, en uso de la facultad prevista en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 44 de la Ley 1753 de 2015, así como en atención a los criterios de los numerales 1 y 3 del artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, la Dirección impuso la respectiva sanción, la cual no se observa que resulte desproporcionada si se tiene en cuenta que al haber sido por MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$1.553.579.460), equivalentes a MIL SETECIENTOS DIEZ SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (1.710 SMLMV), se encontraba dentro del umbral legal previsto en el numeral 3 del artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 44 de la Ley 1753 de 2015, a saber quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, es más, la sanción impuesta correspondió al 11,4% de la multa más alta que podía imponer la Dirección.

Por último, en lo que se refiere al derecho de petición que radicó la recurrente para solicitar el listado de sanciones impuestas a otros operadores, este Despacho comparte que se haya rechazado su incorporación y práctica como prueba, toda vez que es cierto que resultaba impertinente, ya que no guarda relación alguna con los hechos materia de la presente actuación, ni con los fines de la investigación. No obstante, también resulta oportuno señalar que el derecho de petición fue contestado el 29 de enero de 2024 por medio del consecutivo 8 del radicado No. 24-3320.

Así mismo, se confirma que se haya rechazado por inútil la prueba testimonial del señor Germán Picón Ruiz, pues es verdad que los hechos que pretendía demostrar podían ser acreditados con otros medios probatorios.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO 1: CONFIRMAR** la Resolución No. 74331 del 29 de noviembre de 2023, modificada a su vez por la Resolución No. 41980 del 26 de julio de 2024, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

# ESPACIO EN BLANCO

<sup>86</sup> Resolución No. 74331 de 2023, hoja No. 43.

## RESOLUCIÓN NÚMERO 81357 DE 2024

*"Por la cual se resuelve un recurso de apelación"*

**ARTÍCULO 2: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución a la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.**, identificada con el NIT 800.153.993-7, a través de su apoderado, entregándole copia de la misma e informándole que contra esta no procede recurso alguno.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C, el 23 de diciembre 2024

### **LA SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR**

**MARÍA CAROLINA RAMÍREZ GARCÍA**

**Notificación:**

<b>Recurrente:</b>	<b>COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.</b>
<b>Nit.</b>	800.153.993-7
<b>Apoderado especial:</b>	<b>JAIRO PARRA CUADROS</b>
<b>Identificación:</b>	C.C. 1.018.431.327
<b>Tarjeta Profesional:</b>	244.720 del C. S. de la J.
<b>Correo electrónico 1:</b>	<a href="mailto:jparracuadros@pqcabogados.com">jparracuadros@pqcabogados.com</a>
<b>Correo electrónico 2:</b>	<a href="mailto:nataliahiguera@pqcabogados.com">nataliahiguera@pqcabogados.com</a>
<b>Dirección:</b>	Carrera 5 No. 71-45, Edificio La Strada, Oficina 304
<b>Ciudad:</b>	Bogotá D.C.

Proyectó: HAGM  
Revisó: LPG  
Aprobó: MCRG