

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 62905 DE
2016 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso MOVISTAR
Acuerdos de Ventas Atadas

Investigados:
COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. - MOVISTAR.

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS	3
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	3
4. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	5
5. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	6

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 62905 DE 2016 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Caso MOVISTAR

Acuerdos de Ventas Atadas

Investigado:

COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. - MOVISTAR

1. Introducción

La actuación administrativa contra la investigada se inició a raíz de haber obtenido conocimiento de presuntas conductas desplegadas por el proveedor de servicios de comunicaciones COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., consistentes en: (i) condicionar el acceso a los incentivos asociados a las ofertas promocionales sobre equipos terminales móviles, a la suscripción y/o existencia de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad paspago, con un valor mensual del plan mínimo predeterminado y; (ii) condicionar la desaparición de los incentivos obtenidos por los usuarios al momento de suscribir el contrato de compraventa de equipos terminales móviles, frente a la ocurrencia de situaciones que den lugar a la modificación, terminación o incumplimiento del contrato de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago.

2. Conductas imputadas

Que la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones determinó iniciar investigación administrativa en los términos del artículo 67 de la Ley 1341 de 2009, mediante la Resolución No. 31078 de 25 de mayo de 2016, con la formulación de cargos en contra de la sociedad MOVISTAR por la presunta transgresión de lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución CRC 4444 de 2014) de la Resolución CRC 3066 de 2011, por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones.

3. Consideraciones de la Delegatura

Se pueden extraer las siguientes conclusiones de lo señalado por la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones:

1. La prohibición normativa de imposición de cláusula de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones, se materializa en la necesidad de garantizar – de manera prioritaria- el derecho a la libre elección catalogado por el Régimen de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones como aquel derecho en donde los usuarios pueden *“elegir libremente el proveedor, los equipos o aparatos necesarios para la prestación de los servicios, los servicios de su elección y el plan tarifario, lo anterior de acuerdo a sus necesidades personales.”*

Este derecho del que viene de hacerse referencia, se desarrolla a partir del contenido del principio de libre elección previsto en el artículo 4º de la Resolución CRC 3066 de 2011, el cual establece que *“ni los proveedores, ni persona alguna con poder de decisión o disposición respecto de la instalación o acceso a los servicios de comunicaciones, podrán obligar al usuario a la realización de acuerdos de exclusividad, ni limitar, condicionar o suspender el derecho a la libre elección del usuario.”*

De este modo, a partir de la inclusión realizada por el regulador del artículo 17A en la Resolución CRC 3066 de 2011, se evidencia que la elección de los planes y tarifas del servicio de comunicaciones, así como la del equipo terminal móvil, debe responder al análisis –autónomo e independiente- de cada uno de éstos, de acuerdo con las preferencias y necesidades personales de los usuarios, y no limitado como consecuencia de la distorsión generada por ofrecimientos y estrategias comerciales que nuevamente confundan y empaqueten los servicios de comunicaciones con los equipos terminales móviles.

En estas condiciones, se advierte que uno de los objetivos de la prohibición de las cláusulas de permanencia mínima, sea el de proporcionarle al usuario una mayor libertad – ya reconocida por el regulador en el Régimen de Protección de Usuarios – destinada a la escogencia del plan y tipo de servicio que mejor se adapten a su perfil y expectativas de consumo.

2. Asimismo, en aplicación del principio y derecho de libre elección, de manera expresa se estableció en el contenido del artículo 17A que entre los contratos de prestación de servicios de comunicaciones y los contratos de compraventa de equipos terminales móviles, debe existir total independencia y autonomía, de tal suerte que las condiciones y restricciones de uno no afecten, modifiquen o incidan en el otro y viceversa. En ese mismo sentido, las decisiones de consumo que libremente adopten los usuarios en determinado contrato tampoco pueden tener repercusiones en el otro.

Lo anterior, permite no solo la elección autónoma e independiente tanto del plan como del equipo terminal móvil, sino que además garantizar una mayor transparencia para los usuarios, pues facilita la individualización y contenido de las condiciones y consecuencias que se desprenden de cada contrato y, por ende, su ejecución y materialización independiente.

3. En aplicación del criterio de independencia contractual analizado en precedencia, en el artículo 17A incluido en la regulación sectorial, se estableció que los proveedores de

servicios de comunicaciones móviles no pueden condicionar la activación de servicios de comunicaciones a la adquisición de equipos terminales móviles, así como tampoco pueden condicionar “la compraventa o cualquier acto de enajenación de los equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles”.

Lo anterior quiere decir que, no solo los contratos de prestación de servicios y de compraventa de equipos terminales móviles deben suscribirse de manera separada y sus condiciones ser independientes, sino que la celebración de cualquiera de ellos, no podrá ser supeditada a la celebración del otro.

En tal sentido, los actos tendientes a la enajenación de equipos terminales o servicios de comunicaciones, también se rigen por la misma regla, de allí que, las ofertas, promociones o cualquier tipo de mensaje publicitario con o sin incentivos, sin importar su naturaleza, nicho de mercado al que se dirige, medio de difusión escogido, estrategia de mercadeo empleada o cualquier otra circunstancia que se pueda predicar de una pieza o campaña publicitaria, NO pueden incluir o informar de condicionamientos, remisiones, subordinaciones o sujeciones en todo o en parte con el propósito de mantener a la postre, ligado un contrato de compraventa de equipo terminal con un contrato de prestación de servicios de comunicaciones.

4. Otro de los propósitos que se promulgó con la eliminación de la cláusula de permanencia mínima, fue promover el uso de la portabilidad numérica, entendida por la Ley 1245 de 2008 como la posibilidad que tiene el usuario de conservar su número.

5. Finalmente, con la medida tomada por el ente regulador, los usuarios ya no pueden tener impedimentos al tomar la decisión de modificar y/o cancelar sus contratos de prestación de servicios de comunicaciones, o al momento de pasar de las redes de un proveedor a las redes del otro para la provisión de los servicios de comunicaciones, pues no asumirán costo alguno, como sí sucedía antes del desmote de la cláusula de permanencia mínima. De este modo, los usuarios pueden ejercer su derecho a la libre movilidad en el mercado y a la libre elección sin restricción alguna, situación que genera que los proveedores adopten medidas tendientes a mejorar la prestación de los servicios, la cobertura, la calidad y el deber de información con el fin de promover la libre y leal competencia en el sector.

Así, al extinguirse los denominados “*costos de cambio*”, el regulador lo que buscó fue dotar a los usuarios de una garantía consistente en que puedan basar su elección de compra en la calidad del servicio y no en costo del equipo terminal, así como –se reitera- una mayor libertad para escoger el plan y equipo que mejor se adapte a su perfil y expectativa de consumo.

4. Decisión de la Superintendencia

De acuerdo con lo establecido anteriormente, la SIC en el presente caso decidió:

“ARTÍCULO PRIMERO: *Imponer a la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P., identificada con Nit. 830.122.566-1, una sanción pecuniaria por la suma de TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$3.331'446.560), equivalente a CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS salarios mínimos mensuales legales vigentes (4.832 SMMLV), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.*

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá efectuarse utilizando la forma universal de recaudo, consignando en efectivo o cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-87028-2, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, Código Rentístico No. 03, Nit. 800,176.089-2, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución, pago que debe acreditarse en la ventanilla de la Tesorería de esta Superintendencia con el original de la consignación, donde le expedirán el recibo de caja aplicado a la resolución sancionatoria. Vencido este plazo se cobrarán intereses por cada día de retraso, liquidados a la tasa del 12% efectivo anual.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar a la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. identificada con Nit. 830.122.566-1, que proceda al cumplimiento de la medida administrativa prevista en el considerando DÉCIMO SEGUNDO de la presente Resolución, en la forma allí prevista, a partir de la fecha de emisión de este acto administrativo.

(...)”

5. Análisis y conclusiones

En este caso, la SIC determinó que:

(i) Se debe garantizar el derecho de libre elección del usuario, tanto para escoger el proveedor de servicios de comunicaciones, como los equipos, los servicios y planes tarifarios que atiendan sus necesidades.

(ii) A partir del 1 de julio de 2014, no se pueden ofrecer ni pactar o incluir cláusulas de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios móviles de comunicaciones, ya sea de manera individual o empaquetada, ni en los contratos de compraventa de equipos terminales móviles.

(iii) En aras de la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles y los contratos de compraventa de equipos terminales móviles, deberán pactarse o celebrarse de manera independiente, con el fin de que los usuarios conozcan las condiciones concretas y específicas que regirán en cada contrato, y puedan tomar sus decisiones de consumo de manera independiente frente a cada uno de ellos.

(iv) No se puede condicionar la compraventa de equipos terminales móviles o cualquier acto de enajenación de dichos equipos, a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles, comoquiera que debe respetarse en todas las

negociaciones contractuales la independencia de los contratos.

En consecuencia, de acuerdo a las consideraciones de la CRC y a los principios orientadores en materia de comunicaciones, así ha de interpretarse y entenderse la normatividad imputada.

Proyectado por: Diego Guarín