



Libertad y Orden

**RAMA JURISDICCIONAL  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., ocho (8) de octubre de dos mil veinte (2020)

**PROCESO No.:** 2500023410002017001464-00  
**ACCIÓN:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
**DEMANDANTE:** COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
**DEMANDADO:** SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
**ASUNTO:** SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

**Magistrado Ponente:  
FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**

Procede la Sala a dictar sentencia en primera instancia dentro del proceso instaurado por la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio.

**SENTIDO DE LA DECISION:**

La Sala procederá a negar las pretensiones con base en las razones que se explican en desarrollo de la presente providencia.

**1. ANTECEDENTES.**

**1.1. DE LAS PRETENSIONES.**

Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, a través de apoderado judicial, ejerció la acción ordinaria contencioso administrativa en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin que se declare lo siguiente:

**"PRIMERA:** Que se declare la nulidad total de la actuación administrativa integrada por los siguientes actos:

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- 1.1. La **Resolución No. 62905 del veintiséis (26) de septiembre de 2016** "por medio de la cual se impone una sanción y se imparte una medida administrativa" proferidas por el director de investigaciones de protección de usuarios de servicios de comunicaciones de la SIC.
- 1.2. La **Resolución No.87848 del veinte (20) de diciembre de 2016** "por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el de apelación" proferida por el director de investigaciones de protección de usuarios de servicios de comunicaciones de la SIC.
- 1.3. La **Resolución No. 7867 del veintisiete (27) de febrero de 2017** "por la cual se resuelve un recurso de apelación" proferido por el superintendente delegado para la protección del consumidor.

**SEGUNDA:** Que como consecuencia de lo anterior, se restablezca el derecho de **TELEFÓNICA** en los siguientes términos:

- 2.1. Que la Nación - **Superintendencia de Industria y Comercio** reconozca y pague a **Colombia telecomunicaciones S.A. ESP** la suma de **TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS M/CTE (\$3.331.446.560) M/cte.**, equivalente a **CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS** salarios minimos mensuales legales vigentes (4.832 SMMLV), que fueron pagados por **TELEFÓNICA** a la SIC con ocasión de la expedición de los actos cuya nulidad se solicita.
- 2.2. Que la Nación - **Superintendencia de Industria y Comercio**, reintegre a **TELEFÓNICA** las sumas indicadas en el numeral precedente, debidamente Texas u actualizadas desde la fecha de su pago, hasta la devolución efectiva de estas sumas de dinero a mí representada.

**TERCERA:** solicito que se condene en costas a la SIC"<sup>1</sup>

### 1.1.2. DE LOS HECHOS EXPUESTOS EN LA DEMANDA.

La parte actora en el escrito de demanda, expuso las situaciones fácticas que se resumen a continuación:

1º. A través de la Resolución No. 31078 de 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio inició una investigación administrativa y elevó pliego de cargos en contra de la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP por presunta infracción de lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. 3066 de

---

<sup>1</sup> Folio 2 del expediente

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011, modificado por el artículo 3 de la Resolución CRC 4444 de 2014.

2°. Luego de rendir descargos, la Superintendencia decidió imponer sanción por medio de la Resolución No. 62905 del 26 de septiembre de 2016 a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP porque a su juicio encontró demostrado el incumplimiento frente a la prestación del servicio de comunicaciones.

3°. Contra la anterior decisión, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación. En la Resolución No. 87848 del 20 de diciembre de 2016 se confirmó la sanción impuesta y, en la Resolución No. 7867 del 27 de febrero de 2017 se confirmó la Resolución No. 87848 del 20 de diciembre de 2016.

**1.2. DE LAS NORMAS VIOLADAS Y DEL CONCEPTO DE VIOLACIÓN.**

Los demandantes señalan como quebrantadas las siguientes normas jurídicas:

**Constitucionales:**

- Artículos 4, 29, y 333 de la Constitución política.

**Legales y Reglamentarias:**

- Artículos 64, 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009.
- El literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. 3066 de 2011 y del artículo 17 A modificado por el artículo 3° de la Resolución CRC 4444 de 2014.

El concepto de la violación se examinará en el desarrollo de esta providencia.

**1.3. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida la demanda<sup>2</sup> y luego de notificada<sup>3</sup>, la Superintendencia de Industria y Comercio la contestó<sup>4</sup>, por intermedio de apoderado judicial, con oposición a las pretensiones de la misma, cuyos argumentos de defensa se centran en el hecho que los actos administrativos ahora demandados se encuentran ajustados a la ley.

Sobre los supuestos de la contestación de la demanda se hará mención al momento de realizar la valoración de cada uno de los cargos formulados por la parte demandante.

#### **1.4. DE LAS PRUEBAS.**

A través de auto de 15 de febrero de 2019<sup>5</sup> proferido en audiencia inicial, se abrió el período probatorio, decisión en la que fueron reconocidas las pruebas aportadas con la demanda y la contestación de la demanda.

Obran en el expediente suficientes pruebas para decidir de fondo el asunto.

En la medida de su necesidad, se hará mención especial del medio probatorio pertinente.

#### **1.5. DE LOS ALEGATOS.**

Dentro del término concedido para el efecto, las partes presentaron alegatos de conclusión<sup>6</sup> en los que reiteraron su posición jurídica esgrimida en el escrito de demanda y su contestación.

#### **1.6. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

El señor Agente del Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

---

<sup>2</sup> Folios 147 a 148 del expediente.

<sup>3</sup> Folios 152 a 161 del expediente.

<sup>4</sup> Folios 166 a 180 del expediente.

<sup>5</sup> Folios 192 a 199 del expediente.

<sup>6</sup> Folios 205 a 222 del expediente.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

## **2. CONSIDERACIONES.**

### **2.1. COMPETENCIA.**

En atención a que en ese caso se ejerce la acción ordinaria contencioso administrativa en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se controvierte un acto administrativo cuya cuantía excede de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de presentación de la demanda, de conformidad con el numeral 3º del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, y en atención a que el acto acusado fue expedido dentro del Distrito Judicial Administrativo de Cundinamarca, este Tribunal es competente para conocer y decidir en primera instancia del proceso de la referencia.

### **2.2. TRÁMITE PROCESAL.**

No encontrándose causal de nulidad que pueda afectar la validez del proceso que deba declararse de oficio en los términos del artículo 133 del Código General del Proceso y ss., y determinada la competencia por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitida la demanda y trabada la relación jurídica procesal en legal forma, luego de haberse surtido la audiencia inicial, la cual se hizo en los términos del artículo 180 de la Ley 1437 del 2011, en la cual se reconocieron las pruebas presentadas por las partes y, al haberse recaudado la totalidad de las pruebas, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y, al señor agente del ministerio público, para que rindiera concepto.

Basado en el principio de la justicia rogada, la Sala procede a estudiar los cargos formulados por la actora, atendiendo la posición de la parte demandada, y otorgándole el valor probatorio que corresponde a los medios de prueba, en la forma señalada en la presente providencia.

Por lo anterior, procede la Sala a proferir la sentencia que en derecho corresponde, en el proceso que en ejercicio de la acción ordinaria Contencioso Administrativa, en el

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, que se ha tramitado en primera instancia.

### 2.3. FIJACIÓN DEL LITIGIO.

Corresponde a la Sala pronunciarse sobre los siguientes actos administrativos demandados, a saber:

<b>1. Resolución No. 62905 de 26 de septiembre de 2016.</b>	Por la cual se impone una sanción administrativa y se imparte una orden administrativa, proferida por el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.
<b>2. Resolución No. 87848 de 20 de diciembre de 2016.</b>	Por la cual se resuelve un recurso de reposición y se concede el de apelación, proferida por el Director de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Telecomunicaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio.
<b>3. Resolución No. 7867 de 27 de febrero de 2017.</b>	Por la cual se resuelve un recurso de apelación, proferida por la Superintendente Delegada para la Protección del Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sobre los actos administrativos antes mencionados, la Sala pone de presente que se pronunciará sobre su legalidad de conformidad con los cargos formulados por la parte demandante y lo indicado por la demandada.

### 2.4. PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en decidir si los actos administrativos demandados, esto es, las Resoluciones Nos. 62905 de 26 de septiembre de 2016, 87848 de 20 de diciembre de 2016 y 7867

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de 27 de febrero de 2017, adolecen de los vicios de nulidad i) violación del debido proceso por falta de tipicidad de la sanción administrativa y, por imponer una sanción por una supuesta conducta o infracción inexistente; ii) Inexistencia de la presunta transgresión de lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. CRC 3066 de 2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011: por que la promoción ofrecida, no atenta contra el derecho de libre elección que le asiste los usuarios; no desconoce el criterio de independencia de los contratos, ni subordina la celebración de uno a la firma del otro, y; garantiza el derecho a la portabilidad del usuario, el derecho de los usuarios a la libre movilidad en el mercado y a la libre elección sin restricción alguna; las promociones y ofertas como parte del derecho a la libre empresa y a la libre iniciativa privada; la oferta de telefónica no conlleva financiación, ni subsidio equipos. iii) violación del debido proceso por carencia de criterios para la determinación de la sanción administrativa.

### **RESPUESTA AL PROBLEMA JURIDICO:**

La Sala considera que los cargos endilgados contra los actos administrativos demandados no tienen vocación de prosperidad y, en consecuencia, se denegarán las súplicas de la demanda.

La decisión se soporta en los argumentos que se relacionan a continuación:

#### **2.5. CALIFICACION DE LOS CARGOS FORMULADOS CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.**

**2.5.1. Los actos sancionatorios proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio son violatorias del debido proceso por falta de tipicidad de la sanción administrativa y, por imponer una sanción por una supuesta conducta o infracción inexistente.**

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

### **2.5.1.1 Posición de la demandante**

Señala que se echan de menos los criterios y preceptos fundamentados en la Ley 1341 de 2009, para la determinación de la conducta infractora y, su correspondiente sanción. Que para cumplir con el requisito de tipicidad para efecto de imponerse una multa debe cumplirse con unos presupuestos lógicos que permitiría la configuración del silogismo sancionatorio.

Advierte que cualquier tipo de sanción administrativa impuesta por una autoridad en materia de telecomunicaciones, debe ser ajustada a la lógica jurídica de los artículos 64, 65, y 66 de la ley 1341 2009.

Que la autoridad administrativa facultada para imponer una sanción de las contenidas en el artículo 65 de la ley 1341 de 2009 , debe determinar la adecuación de la conducta del proveedor del servicio a alguna de las infracciones establecidas en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Del contenido del artículo 64 ibidem se colige que el legislador de manera acuciosa tipificó en 13 conductas las infracciones al régimen de telecomunicaciones que puede ser sustento de una sanción administrativa.

Aduce que en el acto administrativo sancionatorio no se evidencia que la Superintendencia de Industria y Comercio haya realizado un análisis juicioso en cuanto a la adecuación de las presuntas acciones endiligadas a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP (literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. CRC 3066 de 2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011, modificado por el artículo 3º de la Resolución CRC 4444 de 2014) a las conductas establecidas en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

En el caso sometido a examen, la Superintendencia de Industria y Comercio se basó en señalar la violación de lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 1341 2009, sin

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

embargo, echó de menos que debía indicar, cuál era la infracción cometida por Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, respecto al catálogo de infracciones establecidas en el artículo 64 anteriormente referido.

No puede entenderse como vulnerado lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. CRC 3066 de 2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011, modificado por el artículo 3º de la Resolución CRC 4444 de 2014, ya que la Superintendencia de Industria y Comercio cometió un error de subsunción del caso particular bajo la norma, pues no existe tal conducta contenida en la imputación fáctica.

#### **2.5.1.2 Posición de la demandada**

El apoderado de la entidad demandada señala que la sociedad demandante presenta de forma equivocada el tema relacionado con la falta de tipicidad relación con el acto administrativo, pues aduce que la tipicidad se predica de la conducta desplegada por el sujeto infractor de la norma.

Señala que para que pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad se deben reunir tres elementos: i) que la conducta sancionable está escrita de manera específica y precisa bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas ii) que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley y iii) que exista correlación entre la conducta y la sanción.

Que a partir del acto administrativo por medio del cual se inició la investigación, la Superintendencia pudo determinar con precisión las normas a partir de las cuales se fundó la misma, las cuales precisa que fueron demostradas, para posteriormente sancionar a la sociedad demandante. Manifiesta que resulta claro que la sanción impuesta se efectúa en virtud de las facultades establecidas en el artículo 65 de la Ley

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1341 de 2009, ante las infracciones en que incurran los proveedores de servicios por violación de las disposiciones allí contenidas.

En el presente caso la conducta sancionable fue terminada partir de la imputación jurídica que se hiciera del acta de formulación de cargos por la presunta inobservancia de lo previsto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. CRC 3066 de 2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011, modificado por el artículo 3º de la Resolución CRC 4444 de 2014.

### 2.5.1.3 Posición de la Sala

Para resolver el cargo señalado se procederá a analizar el principio de tipicidad en materia sancionatoria y los tipos en blanco en nuestro ordenamiento jurídico, así:

Sobre la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad en el derecho administrativo sancionatorio, la Corte Constitucional<sup>7</sup> ha señalado lo siguiente:

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

#### PRINCIPIO DE TIPICIDAD-Alcance

El principio de tipicidad como desarrollo del de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutivo de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que le permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que

<sup>7</sup> Sentencia C 412 de 2015

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

acarrea su transgresión. Conviene precisar que si bien es cierto que en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los reglamentos, -con el fin de complementar el tipo allí descrito-, también lo es que la remisión se encuentra limitada al núcleo esencial de lo que se ha estipulado en la ley. De allí que la tipificación para la descripción de la conducta y la sanción, corresponde por mandato constitucional al legislador, mientras que la aplicación de la misma para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito, corresponde a la administración.

De la jurisprudencia transcrita se tiene que para la imposición de una sanción administrativa; la sanción, la falta o conducta reprochable debe estar tipificada en una norma previamente expedida a los hechos que se cuestionan y esta norma debe tener el rango de una ley ya que es función del legislador describir el acto, hecho u omisión que es reprobable, así como la sanción que acarrea.

Si bien se permite que la norma haga referencia a un reglamento, será la ley la que deba describir los elementos de la conducta antijurídica.

Pese a lo anterior, la Sala reconoce que el legislador no está obligado a detallar todos y cada uno de los elementos del tipo, por medio de los cuales se puede ejecutar la infracción reprochada. Los tipos en blanco o los llamados conceptos jurídicos indeterminados, se ajustan al principio de tipicidad y son admisibles constitucionalmente, cuando pueden ser completados y precisados por el intérprete autorizado, logrando éste realizar a satisfacción el respectivo proceso de adecuación típica de la infracción.<sup>8</sup>

Jurisprudencialmente, los tipos en blanco se han definido "como aquel en que el supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal".

Los tipos en blanco permiten hacer una remisión normativa sea tanto a disposiciones con rango de ley o normas de inferior jerarquía. En el primer caso se denominará remisión propia y, en el segundo, remisión impropia.

---

<sup>8</sup>Sentencia C-393 de 2006

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Sobre la remisión normativa, la Corte Constitucional<sup>9</sup> ha señalado lo siguiente:

“Los tipos penales en blanco responden a una clasificación reconocida por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia constitucional colombiana ante la incapacidad práctica de abordar temas especializados y en permanente evolución, siempre que la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente. Distintas cuestiones surgen respecto de los tipos penales en blanco y el principio de legalidad en materia penal. La primera de ellas es si la normatividad a la cual se acude por remisión, debe ser preexistente o precedente al tipo penal en blanco. Al respecto, esta Corporación ha expresado que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado. También se ha indagado si se ajusta al principio de legalidad cuando la remisión opera respecto de disposiciones que no tengan la entidad de ley en sentido formal. Frente a este interrogante la Corte ha distinguido entre la remisión que ocurre frente a disposiciones de igual jerarquía y aquella que ocurre frente a normas de inferior jerarquía, denominada remisión propia e impropia, según el caso, para concluir que es posible el reenvío a normas de inferior jerarquía, en la medida que una vez integrado el tipo penal este adquiere unidad normativa pues “ ... la remisión que opera por virtud del tipo penal en blanco constituye simplemente una técnica legislativa de integración del tipo. La norma complementaria se adosa al tipo penal básico para integrar el “tipo penal”, momento a partir del cual éste tiene vigencia y poder vinculante completo. Ambas forman una unidad normativa que tiene plena vigencia”

Como ejemplo de la remisión impropia, tenemos que una norma también puede ser completada con lo dispuesto en un acto administrativo. Sobre el particular, la Corte Constitucional<sup>10</sup> ha señalado:

“Ahora bien, la remisión o reenvío del tipo penal en blanco a normas de rango administrativo tiene sus propias reglas. Estas reglas están diseñadas para conservar las garantías derivadas del principio de legalidad en el marco de una metodología que renuncia a dar aplicación estricta al mismo. Para la Corte, la remisión que opera en la complementación del tipo penal en blanco debe cumplir cuatro requisitos fundamentales. En primer lugar, la remisión debe ser precisa; en segundo lugar, debe ser previa a la configuración de la conducta. La norma de complemento debe ser, en tercer término, de conocimiento público y, finalmente, debe preservar, como cualquier norma del ordenamiento, los principios y valores constitucionales.

La claridad, precisión e identificación de la normativa destino de la remisión permiten al usuario de la regulación penal conocer el alcance exacto del tipo integrado. Al decir la Corte que “*esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío*

<sup>9</sup> Sentencia C 442 de 2011

<sup>10</sup> Sentencia C-605 de 2006

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

*normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente”<sup>11</sup>, lo que la Corporación pretende resaltar es la necesidad de que la remisión goce de tal nivel de claridad, que el intérprete comprenda su alcance sin ambages, anfibologías o equívocos. Ello porque, sólo a partir de la certeza de la remisión se garantiza plenamente el principio constitucional dependiente del debido proceso que impone la prohibición de que alguien sea condenado por motivo no establecido en la ley.” (Subrayas de la Sala).*

Para que una remisión de un tipo penal en blanco a normas de rango administrativo cumpla con el principio de legalidad, se requiere: *i)* que la remisión sea precisa; *ii)* debe ser previa a la configuración de la conducta; *iii)* la norma debe ser de conocimiento público y, *iv)* la norma debe preservar los principios y valores constitucionales. Solo cuando se cumpla con lo anterior, la disposición de rango administrativo concretará el alcance de la conducta proscrita.

Es del caso precisar que en las Resoluciones CRC 3066 de 2011 y CRC 4444 de 2014 se encuentran reguladas las conductas que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró infringidas por la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y por las que le impuso la sanción que ahora se cuestiona.

Frente al asunto en particular, se tiene que la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP fue sancionada por quebrantar lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. CRC 3066 de 2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011, modificado por el artículo 3º de la Resolución CRC 4444 de 2014, normas que disponen lo siguiente:

- **Resolución 3066 de 2011 “Por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones”.**

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

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

<sup>11</sup> Sentencia C-559 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(...)

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

(...)

- **Resolución CRC 4444 de 2014 “Por la cual se prohíbe el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima en los servicios de comunicaciones móviles, y se dictan otras disposiciones”**

“(…) **ARTÍCULO 3o.** Adicionar el artículo 17a a la Resolución CRC 3066 de 2011, el cual quedará de la siguiente manera:

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

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

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

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

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Ahora, de acuerdo con lo previsto en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2011, constituye infracción cualquier forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones, así:

**Artículo 64. Infracciones.** Sin perjuicio de las infracciones y sanciones previstas en otras normas, constituyen infracciones específicas a este ordenamiento las siguientes:

[...]

12. Cualquiera otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones. (Subrayas de la Sala)

De la lectura de la norma transcrita observa la Sala que se considera como infracción específica administrativa cualquier tipo de incumplimiento a las disposiciones legales o regulatorias en materia de telecomunicaciones (tipo en blanco) sin embargo se debe llenar dicha norma con otra que estructure la subsunción típica de la conducta de forma tal que sin mayores procesos de razonamiento se determine la conducta que vulnera una obligación, deber o derecho contenida en una disposición legal (tipo complementario).

Como una excepción a la regla general de la subsunción típica, el tipo en blanco en materia disciplinaria permite la aplicación de disposiciones normativas como en el caso, sin una descripción completa de la infracción que remite a otras normas para complementar su contenido punitivo.

Así las cosas, en el caso sometido a examen se tiene que al verificarse el incumplimiento de que trata el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, tipo en blanco que se complementó con lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución CRC 3066 de 2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011, modificado por el artículo 3º de la Resolución CRC 4444 de 2014, la decisión sancionatoria adoptada mediante la Resolución No. 62905 de 2016 “por la cual se impone una sanción” se encuentra ajustada a derecho.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Por otra parte, la sociedad demandante considera que los actos administrativos demandados han sido expedidos de forma irregular al imponerse una sanción por una supuesta conducta o infracción inexistente, esto es, al no sustentarse la sanción en lo dispuesto, en el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, en la medida en que la Superintendencia de Industria y Comercio no especificó las conductas infractoras por las que fue impuesta la sanción, omisión de la que aduce que, por demás, vulneró el derecho fundamental al debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

En este sentido, la demandante aduce que se echan de menos los criterios y preceptos fundamentados en la Ley 1341 de 2009 para la determinación de la conducta infractora y su correspondiente sanción. Pues manifiesta que cualquier tipo de sanción administrativa impuesta por una autoridad en materia de telecomunicaciones debe ser ajustada a la lógica jurídica los artículos 64, 65, 66 de dicha norma jurídica. En consecuencia señala que la Superintendencia de Industria y Comercio debió determinar la adecuación de la conducta del proveedor del servicio a alguna de las infracciones establecidas en el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009.

Alega la demandante que se vulneró el derecho al debido fundamental al debido proceso, por que no se especificó qué conducta infractora cometió la demandante que origina la sanción impuesta.

La causal de expedición irregular de los actos administrativos acusados, invocada por la parte demandante, entre otros, hace referencia como lo ha indicado en diversos pronunciamientos el Consejo de Estado a una violación directa de la norma contenida en el artículo 137 de la Ley 1437 2011 y ocurre cuando se configura una de las siguientes situaciones: i) falta aplicación ii) aplicación indebida o, iii) interpretación errónea.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Frente a lo anterior, la doctrina del órgano de cierre en lo Contencioso Administrativo<sup>12</sup> ha puesto de presente lo siguiente:

“ocurre la primera forma de violación esto es, **la falta de aplicación** de una norma, ya porque el juzgador ignora su existencia, o porque a pesar de que conoce la norma, tanto que la analiza o sopesa, sin embargo, no la aplica a la solución del caso. También sucede esa forma de violación cuando el juez acepta una existencia ineficaz de la norma en el mundo jurídico, pues no tiene validez en el tiempo o en el espacio. en los dos últimos supuestos, el juzgador puede examinar la norma pero cree, equivocadamente, que no es la aplicable al asunto que resuelve, evento en el cual se está ante un típico caso de violación por falta de aplicación, no e interpretación errónea, en razón de que la norma por haber sido aplicada no trascendió el caso.

Se presenta la segunda manera de violación directa, esto es, por **aplicación indebida**, cuando el precepto o preceptos jurídicos de qué se hacen valer se usan o se aplican a pesar de no ser los pertinentes para resolver el asunto qué es objeto de decisión.

El error por aplicación indebida puede originarse en dos circunstancias 1.- porque el juzgador se equivoca al escoger la norma por inadecuada valoración del supuesto de hecho que la norma consagra y 2.- por qué no se establece de manera correcta la diferencia o la semejanza existente entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto.

Y, finalmente, se viola la norma sustancial de manera directa, **cuando ocurre una interpretación errónea**, esto es, cuando el precepto o preceptos que se aplican son los que regulan el asunto por resolver, pero el juzgador los entiende equivocadamente, y así, erróneamente comprendidos, los aplica. es decir, ocurre cuando el juzgador le asigna la norma un sentido alcance que no le corresponde.”

En el presente caso, la Sala aclara que en el trámite administrativo sancionador, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicó el marco normativo que corresponde en derecho, pues como se señaló anteriormente, la Ley 1341 de 2009 *“Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”*, en el numeral 12 del artículo 64 dispuso como infracción al régimen de tecnologías de la información y comunicaciones:

<sup>12</sup> Consejo de Estado, sección cuarta. sentencia del 15 de marzo de 2012, Exp. No. 16660, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

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

En relación con las sanciones, la norma clasificó los tipos de sanción que la Superintendencia de Industria y Comercio podía imponer a las empresas que no cumplieran con lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009. Las sanciones se establecieron de la siguiente manera:

**"Artículo 65. Sanciones.** Modificado por el art. 44, Ley 1753 de 2015. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrir el infractor, la persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo 64 de la presente ley, será sancionada, además de la orden de cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en esta ley, con:

1. Amonestación.
2. Multa hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales.
3. Suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses.
4. Caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.

**Artículo 66. Criterios para la definición de las sanciones.** Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La gravedad de la falta.
2. Daño producido.
3. Reincidencia en la comisión de los hechos
4. La proporcionalidad entre la falta y la sanción.

En todo caso, el acto administrativo que imponga una sanción deberá incluir la valoración de los criterios antes anotados".

De otro lado, Resoluciones CRC 3066 de 2011 y CRC 4444 de 2014 regulan las conductas que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró infringidas por la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y por las que le impuso la sanción que ahora se cuestiona.

Para la Sala queda claro que, en el caso sometido a examen, no se trata de un tema de interpretación de las normas aplicables al caso en concreto, pues en las leyes, tanto la general (Ley 1341 de 2009) como la específica (Resoluciones CRC 3066 de 2011 y

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

CRC 4444 de 2014) se encuentran contenidas las disposiciones normativas en las cuales se sustenta la sanción impuesta a la sociedad demandante.

De acuerdo con el numeral 12 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, constituye una infracción, cualquier forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones y, que, al haber incurrido Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP en la violación del literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. CRC 3066 de 2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011, modificado por el artículo 3º de la Resolución CRC 4444 de 2014, resulta claro que le son aplicables las sanciones contenidas en el artículo 65 de la Ley 1341 de la citada ley, razón por la cual encuentra la Sala que la sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio se encontraba previamente consagrada en la normatividad vigente que rige la materia.

Así mismo, se advierte que al revisar las pruebas que aparecen en el expediente, se encontró que desde el inicio de la actuación administrativa, esto es, desde que la demandante fue notificada de todas las actuaciones adelantadas en la investigación administrativa, respondió a los requerimientos, presentó pruebas y controvertió la resolución sancionatoria, mediante los recursos presentados. Caso distinto es que esos argumentos no hubiera tenido la entidad suficiente para desvirtuar los presupuestos por los que se le imponía dicha sanción.

Ante el incumplimiento de la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. de las obligaciones endilgadas por la SIC, era procedente la imposición de una sanción en concordancia con lo establecido en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009, puesto que los motivos esgrimidos como fundamentos de hecho eran concordantes con el material probatorio allegado a la actuación administrativa.

El cargo no prospera.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

**2.5.3 Inexistencia de la presunta transgresión de lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. CRC 3066 de 2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011: por que la promoción ofrecida, no atenta contra el derecho de libre elección que le asiste los usuarios; no desconoce el criterio de independencia de los contratos, ni subordina la celebración de uno a la firma del otro, y; garantiza el derecho a la portabilidad del usuario, el derecho de los usuarios a la libre movilidad en el mercado y a la libre elección sin restricción alguna; las promociones y ofertas como parte del derecho a la libre empresa y a la libre iniciativa privada; la oferta de telefónica no conlleva financiación, ni subsidio equipos.**

#### **2.5.3.1 Posición de la parte demandante**

La Superintendencia de Industria y Comercio al momento de formular la imputación fáctica cometió un error, toda vez que, sancionó a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP sin tener en cuenta que en ningún momento se presentó un comportamiento estratégico por parte de la compañía destinado vulnerar las normas señaladas en el pliego de cargos, pues aduce que en ningún momento se encuentra infringido el derecho que le asiste al usuario de elegir libremente, el prestador de servicios o el proveedor de bienes.

Los usuarios que acceden a la promoción de cuotas gratis no se encuentran obligados a mantener una relación jurídica contractual por un tiempo determinado con telefónica y más aún si se tiene en cuenta que Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP no condiciona la prestación del servicio a la venta del celular, por tratarse de los contratos de servicio de venta de equipos, de contratos principales e independientes uno de otro, y no accesorios, tal como lo señaló la demandante en líneas anteriores.

Concluye afirmando qué Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP jamás impidió el ejercicio del derecho de libre elección de planes tarifarios qué le es propio a los usuarios

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de los servicios de comunicaciones sin más aún si se tiene en cuenta que existe un amplio catálogo de planes a los cual es puede suscribirse el usuario, escogiendo así el más conveniente según sus necesidades y el que se ajuste más a su capacidad económica.

En cuanto a la inexistencia de la presunta transgresión de lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. CRC 3066 de 2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011, modificado por el artículo 3º de la Resolución CRC 4444 de 2014 asegura que con la oferta realizada, Colombia Telecomunicaciones, no desconoció los fundamentos que conllevan el derecho de libre elección que le asiste a los usuarios estipulada que las normas anteriormente referidas.

Pone de presente que debe analizarse la promoción frente a cada una de las cinco conclusiones a las que llega la Superintendencia de Industria y Comercio, a través de las cuales se explican las razones por las cuales, el regulador, en este caso, la Comisión de Regulación de Comunicaciones, eliminó las cláusulas de permanencia mínima en los términos del artículo 17 A en la Resolución 3066 de 2011.

Señaló que Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP no es conoció la intención del legislador a través de la Resolución No. 4444 de 2014 quiere asegurar la transparencia de la información respecto a las condiciones que deben regir en cada contrato el derecho a la libre elección y a la maximización de bienestar de los usuarios.

Que Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP establece unas reglas para acceder a un beneficio sobre el pago de las cuotas respecto de 8 equipos celulares de los más de 90 equipos vendidos no durante la vigencia de la promoción.

El derecho que le asiste al usuario elegir libremente tanto el proveedor como los productos y servicios no se limitó a través del beneficio otorgado por Colombia telecomunicaciones toda vez que a partir de información clara y transparente el usuario era quien elegía si accedía o no a la misma con la posibilidad de escoger entre un

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

catálogo de ofertas el tipo de plan que mejor se ajusta a sus necesidades por lo que es posible afirmar que al usuario no se le impone la obligación de suscribirse a un único y determinado plan.

Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP no limitó el derecho de libre elección que le asiste a los usuarios teniendo en cuenta que no existe comportamiento estratégico por parte de la compañía destinado a vulnerar las normas en delgadas toda vez que no se reduce la sustituibilidad frente a servicios prestados por otros proveedores pues no existe multa o penalidad alguna que asuma el usuario si se decide cambiar de proveedor de servicio de comunicaciones móviles de modo que pueda elegir libremente el prestador de servicios o el proveedor de bienes.

El usuario puede cambiar de proveedor si lo desea sin que impliquen sanciones de ningún tipo toda vez que no se distorsiona ni el precio de los equipos ni el precio de los servicios pues cómo se indicó y demostró en el curso de la investigación administrativa el cumplimiento por parte del cliente los términos y condiciones de la promoción sólo conlleva la pérdida del beneficio ofrecido por la compañía de regalar unas cuotas gratis.

La Superintendencia de Industria y Comercio adujo que no sólo los contratos de prestación de servicios de compra venta de equipos terminales móviles deben suscribirse de manera separada y sus condiciones ser independientes, sino que la celebración de cualquiera de ellos no puede ser supeditada o subordinada a la celebración del otro.

Manifiesta que la adquisición de Smartphone en 24 cuotas con la posibilidad de obtener hasta 12 cuotas gratis se realiza a través de un contrato de compra de equipos terminales móviles totalmente independiente y separado del contrato que se celebra con el usuario para el plan de servicio.

Respecto a la consideración de la Superintendencia de Industria y Comercio y no subordinar la celebración de un contrato la firma del otro, señala que más allá del hecho

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de que la compañía maneja un contrato único de servicios, a través del cual se explica las condiciones para la prestación del mismo, el cliente celebró de manera independiente un contrato de compra de equipos con pago cuotas sin financiación, que no incluyen el de prestación de servicios, el usuario conoce las condiciones de cada uno de los contratos, de modo que señala que la información es clara y transparente, por lo que aduce que puede identificar y distinguir tanto el precio por la provisión de los servicios de comunicaciones como los valores por la compra del equipo.

Señala que prueba de que se trata de contratos independientes, no subordinados, es el hecho de que Colombia telecomunicaciones no condiciona la prestación del servicio a la venta del celular, por tratarse de contratos principales e independiente sino accesorios, en el evento que se presenten demoras en el pago del equipo terminal móvil, la demandante no procede con la suspensión de los servicios contratados.

La Superintendencia de Industria y Comercio no fundamentó en los actos administrativos sancionatorios preferidos, su afirmación sobre la no existencia de independencia de los contratos, y no tuvo en cuenta que los contratos conexos son negocios que se celebran bajo un régimen de independencia.

Pone de presente que explicó y demostró en la investigación administrativa que se trata de contratos independientes por la causa de los contratos, por el objeto de los contratos, por los efectos del contrato y, por el comportamiento de las partes contratantes desarrollo de cada uno de los contratos.

Aduce que el usuario se puede ir en el momento en que él lo decida, sólo con las consecuencias por él conocidas, esto es, pierde el beneficio de las cuotas gratis y por ende debe pagar lo que falte para cubrir la totalidad del valor del bien.

Asevera que cuando el usuario decidiera no cumplir las condiciones, podría llevarse el equipo sí problema y activarlo en cualquier otro operador, conservando su número móvil.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Asegura que el usuario pueda elegir libremente el prestador de servicio o el operador de bienes y cambiar de proveedor si lo desea, sin que se impliquen sanciones de ningún tipo, toda vez que no se distorsiona ni el precio de los equipos, ni el precio de los servicios.

Dijo que el hecho de que el cliente tuviese que pagar las cuotas gratis que faltaban, es decir perder el beneficio por fidelidad, no puede confundirse con una multa, sanción o restricción económica alguna, sino que simplemente corresponde al valor del equipo que adquirió con la compañía prestadora del servicio de comunicaciones.

### **2.5.3.2 Posición de la parte demandada**

En relación con la presunta inexistencia de violación al derecho de libre elección señaló que se demostró que las prácticas desplegadas por la sociedad demandante era violatorio del régimen de protección usuarios de servicios de comunicaciones.

Que los objetivos que se trazaron con las medidas adoptadas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones a través de la Resolución CRC 4444 de 2014 se encuentran dirigidas a que la elección de los planes y tarifas de servicio de comunicaciones así como la del equipo terminal móvil debe responder al análisis autónoma independiente sin que sea posible el proveedor de servicio de comunicaciones incluir condicionamientos en los contratos.

Qué frente al caso sometido a examen, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de las competencias que le han sido asignadas por la Constitución y la Ley, efectuó un análisis a las pautas publicitarias efectuadas por el proveedor del servicio a partir de las cual es se publicitaban incentivos asociados a las ofertas promocionales sobre equipos terminales móviles, se encuentra condicionado a la suscripción y/o existencia de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pago cuyo cargo básico mensual se encuentra preestablecido por el proveedor.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Qué como resultado de dicho análisis se encontró que el texto del contrato contaba con una condición que indicaba que el incentivo sólo sería aplicable, al diferir la adquisición del equipo a cuotas, siempre y cuando se activará dicho equipo en un plan con un cargo básico mínimo establecido por el proveedor en cada una de las piezas publicitarias analizadas.

Señaló qué bajo dichas condiciones, solamente activando el plan postpago bajo las condiciones mínimas que imponía el proveedor, resultaría procedente la aplicación del incentivo asociado a la adquisición del equipo terminal móvil.

En el caso sometido a examen la Resolución CRC 3066 de 2011 y, en especial ,el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 no previó excepción alguna a la prohibición de limitar o condicionar el derecho de elección de los usuarios al momento de adquirir equipos o planes, salvo la cláusula de permanencia mínima que estuvo vigente hasta el 31 de julio 2014, y que al momento de la publicación de las ofertas objeto análisis y posterior sanción, ya se encontraba proscrita del ordenamiento jurídico colombiano.

En consecuencia señaló que el actuar de la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP sí estuvo dirigido en el sentido de limitar al usuario y la decisión del mismo de permanecer con determinadas condiciones. Que dichas limitantes se encuentran contenidas en los contratos.

Respecto a la violación al criterio independencia de los contratos manifestó que con la medida de la eliminación de las cláusulas de permanencia mínima, el regulador separó los contratos de compra venta de los equipos terminales móviles de los contratos de prestación de los servicios de comunicaciones móviles, en aras de otorgar una mayor transparencia en la información a los usuarios y así estos selección en aquel plan tarifario equipo que mejor se adapte a sus necesidades.

De manera expresa se previó en el contenido del artículo 17 a que entre los contratantes de prestación de servicio de comunicaciones y los contratos de compra venta de

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

equipos terminales móviles de existir total independencia y autonomía, de tal suerte que las condiciones y restricciones de uno no afecten, modifiquen coinciden en el otro y viceversa. las decisiones de consumo que libremente adapten los usuarios en determinado contrato tampoco pueden tener repercusiones en el otro.

Lo anterior permitió no sólo la elección autónoma independiente tanto el plan como el equipo terminal móvil, sino que además garantiza una mayor transparencia para los usuarios, pues señala que facilita la individualización hay conocimiento de las condiciones y consecuencias que se desprenden de cada contrato sí por ende su ejecución y materialización independiente.

Señaló que en el asunto objeto de análisis, si bien, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP tiene dos contratos tipo para cada uno de los negocios jurídicos que suscribe con el usuario i) Contrato único de servicios móviles pospago y, ii) contrato de venta con pago a cuotas sin financiación, también es lo cierto que existe una indudable interdependencia del contrato de compra venta de equipo terminal móvil al contrato de prestación de servicios de comunicaciones, esto, de acuerdo a qué tal cómo se analizó en la resolución sancionatoria, las condiciones de los contratos se interrelacionaban en la aplicación, sin que pudiera cuando menos presumir la independencia de contratos.

Adujo que el requisito independencia de los contratos no se cumple únicamente cuando se separan físicamente un contrato del otro o cuando por falta de pago el equipo terminal móvil no se suspenda el servicio, sino que tiene una exigencia más amplia, y es que en todo momento incluso en el ofrecimiento y ejecución de las estrategias comerciales implementadas por el proveedor para la venta de equipos y servicios, cada uno deberá guardar su autonomía y aplicación aislada, de modo que aduce que los efectos de uno no estén condicionados al otro.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

### 2.5.3.2 Posición de la Sala

Para resolver los cargos relacionados el presente capítulo, es necesario, hacer relación a los apartes contenidos en la Resolución No. 62905 de 2016 “por la cual se impone una sanción administrativa y se imparte una orden administrativa”, en donde la Superintendencia de Industria y Comercio pone de presente las consideraciones frente a las normas que sustentan la sanción impuesta a la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP y, en relación con las normas que señaló como infringidas por parte de dicha sociedad, manifestó lo siguiente:

OCTAVO: Consideraciones.

8.1. Consideraciones sobre la eliminación de la cláusula de permanencia mínima y otros de sus propósitos.

La medida regulatoria sobre el modelo de adquisición y financiamiento de equipos terminales y el servicio de comunicaciones y por ende de la independencia de los contratos, adoptada por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, tuvo como ejes fundamentales de protección de los usuarios de los servicios de comunicaciones, los siguientes: la transparencia de la información respecto de las condiciones que regirán en cada contrato, el derecho de libre elección y la maximización del bienestar de los usuarios, de modo que se reduzcan los costos de cambio cuando el usuario opta por cambiar de proveedor.

De manera previa a la eliminación de las cláusulas de permanencia mínima, los proveedores estaban legitimados para empaquetar — en ejecución de sus estrategias comerciales — la venta de equipos terminales móviles a precios subsidiados, siempre y cuando éstos se adquirieran junto con un plan de consumo de telefonía móvil vigente por un periodo mínimo garantizado mediante la incorporación en el contrato de una cláusula de permanencia mínima.

Así lo concibió la Comisión de Regulación de Comunicaciones. —CRC- en el estudio denominado “MODELOS DE ADQUISICIÓN DE TERMINALES MÓVILES: CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA EN LOS SERVICIOS DE COMUNICACIONES Y SUBSIDIOS A LOS TERMINALES MÓVILES” de noviembre del año 2013, en donde realizó un análisis de la propuesta regulatoria relacionada con los mecanismos de adquisición de terminales móviles atados a la suscripción de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones que incluyen cláusulas de permanencia mínima, que a la postre se convertiría en regulación sectorial a través de la Resolución CRC 4444 de 2014. En aquel momento, indicó lo siguiente: “Ni siquiera con ocasión del financiamiento o subsidio de equipos terminales móviles, ni del financiamiento o subsidio del cargo por conexión, ni por la inclusión de tarifas especiales que impliquen un descuento sustancial.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

"La venta de equipos a un precio subsidiado, siempre y cuando se adquieran junto con un plan de consumo de telefonía móvil vigente por un periodo mínimo garantizado mediante una cláusula de permanencia, representa una práctica clara de empaquetamiento. En este caso se están empaquetando un bien y una cantidad de servicio, que puede entenderse como el consumo potencial ofrecido en el plan durante el periodo en el que la cláusula de permanencia se encuentre vigente. Este caso en particular se conoce como "empaquetamiento mixto" en la literatura económica, ya que, desde el momento en que se migro' al establecimiento de obligaciones a los operadores a vender los equipos con las bandas abiertas, el usuario no está obligado a comprar el equipo y el servicio juntos. El efecto de esta estrategia por parte de los operadores (productores) sobre el bienestar neto de la sociedad no es evidente desde la teoría económica".

Por su parte, al efectuar la revisión teórica respecto del empaquetamiento del equipo terminal y el servicio de comunicaciones, el regulador — en el mismo texto citado previamente — referenció lo siguiente:

"Durante el periodo en el que está vigente esta cláusula de permanencia, que puede entenderse como un periodo en que el usuario está en deuda con el operador, el costo de cambiar de operador se incrementa, lo que distorsiona su decisión. Esto es lo que se denomina "lock in" o "encerramiento" y adicionalmente puede tener efectos negativos sobre la competencia, resultando en barreras de entrada para nuevos operadores. Es por esto que surge la pregunta de si es posible corregir esta distorsión eliminando el empaquetamiento, y reemplazando el subsidio con una financiación explícita al equipo por parte de un tercero, distinto al operador o bien por el mismo operador, pero separando el contrato del servicio del contrato de financiación del equipo. Esto reduciría el costo de cambiar de operador, permitiéndole al usuario cambiarse libremente en el momento que lo desee, y llevándose consigo la deuda que adquirió para comprar el equipo".

De este modo, la CRC llegó a la conclusión que el empaquetamiento mixto de equipos móviles y servicios de comunicaciones, generaba un detrimento al bienestar de los consumidores, pues les imponía la obligatoriedad de permanecer vinculados como suscriptores de los servicios de comunicaciones del proveedor, no por las bondades de éstos, sino por la deuda que habían contraído en razón del subsidio del equipo terminal móvil. En otras palabras, la prestación del servicio, en la práctica, se estaba convirtiendo en un beneficio marginal asociado a la adquisición de equipos terminales móviles con mayor componente tecnológico y/o mayor costo económico.

Por lo anterior, el regulador consideró que resultaba necesario "garantizar que los proveedores de servicios de comunicaciones móviles no puedan pactar ni asociar ni subordinar el suministro de equipos terminales móviles, entre ellos, los dispositivos móviles inteligentes a la contratación de servicios de comunicaciones".

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Así las cosas, desde el análisis de los modelos de adquisición y financiamiento de equipos terminales del equipo terminal y el servicio de comunicaciones, el regulador señaló lo siguiente:

"es fundamental separar completamente los contratos de compraventa o de cualquier modo de adquisición de los equipos terminales móviles, en aras de otorgar una mayor transparencia en la información a los usuarios y así éstos reciban la información correcta tanto en los precios de los servicios de comunicaciones como de los equipos terminales móviles y seleccionen aquel plan tarifario que mejor se adapte a su consumo, y en últimas se maximice el bienestar de los usuarios. Los primeros deben hacer explícitos la tasa de interés, el descuento, y/o el plazo de financiación otorgada de una forma estandarizada que permita a la CRC recopilar esta información y publica/la para efectos de comparación a todos los usuarios. Las condiciones del crédito no deben estar ligadas de forma alguna al tipo de plan que desee contratar el usuario y, por lo tanto, cualquier plan debe estar disponible para cualquier usuario que tenga capacidad de pago, independientemente del teléfono que escoja.

(...)

Finalmente, frente a las mencionadas preocupaciones de algunos proveedores, es importante reiterar que una potencial prohibición de las cláusulas de permanencia mínima con ocasión de la financiación o subsidio de equipos termina/es, propende por la reducción de los costos de cambio que enfrentan los usuarios cuando deciden cambiar de proveedor, lo que se traduce en una herramienta competitiva para los proveedores y, permite que los usuarios basen su elección de compra en la calidad del servicio y no en el costo del equipo terminal, así como una mayor libertad del usuario para escoger el plan y equipo que mejor se adapte a su perfil de consumo.

(...)

Que en el marco de la discusión de la propuesta regulatoria de la CRC (...) la SIC también participó activamente, habiendo allegado comunicación (...) sus comentarios, observaciones y propuestas al proyecto de resolución (...) y su respectivo documento soporte. En dichos comentarios y observaciones, la SIC, en línea con lo expuesto ante el Senado, consideró que la medida genera eficiencias y incentivos y que además es acertado desligar el contrato de prestación de servicios de comunicaciones, del contrato de compraventa del equipo móvil terminal, pues con ello se garantiza una mayor transparencia para el usuario en razón a que podrá conocer las condiciones por las que se regirá cada contrato"

(...)

Lo anterior, implica que los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, deban separar completamente los contratos de compraventa o de cualquier modo de adquisición de los equipos terminales móviles de los contratos de prestación de los servicios de comunicaciones móviles, en aras de otorgar una mayor transparencia en la información a los usuarios y así estos reciban la información correcta tanto en los precios

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

de los servicios de comunicaciones como de los equipos terminales móviles y seleccionen aquél plan tarifario que mejor se adapte a su consumo. y en últimas se maximice el bienestar de los usuarios.

(...)

Así las cosas, del análisis efectuado por el regulador se pueden extraer las siguientes conclusiones:

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 "[e]legir 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 "[n]i 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" (destacado propio).

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 estos, 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 garantiza una mayor transparencia para los usuarios, pues facilita la individualización y

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

conocimiento 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 del otro para la provisión de los servicios de comunicaciones, pues no asumirán costo alguno, como si sucedía antes del desmonte 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 el 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."

(...)

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Frente al anterior argumento, se le reitera al proveedor que con la medida de la eliminación de las cláusulas de permanencia mínima, entre otras, consideró el regulador fundamental separar completamente los contratos de compraventa o de cualquier modo de adquisición de los equipos terminales móviles de los contratos de prestación de los servicios de comunicaciones móviles, en aras de otorgar una mayor transparencia en la información a los usuarios y así éstos seleccionen aquél plan tarifario y equipo que mejor se adapte a sus necesidades, y en últimas se maximice el bienestar de los usuarios. Así pues, el objeto de estas previsiones, que en efecto dieron fin a las cláusulas de permanencia, fue independizar completamente las estrategias comerciales de prestación del servicio de las de ventas de los equipos terminales móviles.

En ese sentido, de manera expresa se previó 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 garantiza una mayor transparencia para los usuarios, pues facilita la individualización y conocimiento de las condiciones y consecuencias que se desprenden de cada contrato y, por ende, su ejecución y materialización independiente. Y es que el criterio de independencia contractual analizado en precedencia e incluido en el artículo 17A de la regulación sectorial, 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 de compraventa de los terminales móviles deben suscribirse de manera separada sus condiciones se rinde tendientes sino que la celebración de cualquiera de ellos no podrá ser supeditada o subordinada a la celebración del otro.

Asimismo, 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 dirigido 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 su elecciones 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.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En ese orden de ideas, para el caso particular, si bien es cierto que, Movistar tiene dos contratos tipo para cada una de los negocios jurídicos que suscribe con el usuario, a saber: i) "Contrato único de servicios Móviles Pospago", y; ii) otro "Contrato de venta con pago a cuotas sin financiación", también lo es que la interdependencia del contrato de compraventa de equipo terminal móvil al contrato de prestación de servicios de comunicaciones, es diáfananamente identificable a lo largo de la información divulgada en las diferentes piezas publicitarias analizadas. Así, pues, las cinco (5) condiciones que se resumen continuación y que fueron ampliamente explicadas atrás, ilustran la manera en la que, siendo situaciones que (...)"

De lo anteriormente señalado destaca la sala que La Superintendencia de Industria y Comercio señaló que a partir de la inclusión realizada por la comisión regulación de comunicaciones el artículo 17 a la elección de los planes y tarifas del servicio de comunicaciones, así como el equipo terminal móvil, debe responder el análisis autónomo independiente de cada uno de estos de acuerdo con las necesidades personales de los usuarios y sin limitar o extorsionar con ofrecimientos y estrategias comerciales que confundan los servicios de comunicaciones con equipos terminales móviles.

De allí advierte la Superintendencia de Industria y Comercio en el acto administrativo sancionatorio que 1 de los objetivos de la prohibición de las cláusulas de permanencia mínima, es el de proporcionarle al usuario del servicio de comunicaciones móviles una mayor libertad destinada a la escogencia del plan y tipo de servicio que mejor se adapte a su perfil y expectativas de consumo.

En aplicación del principio derecho de libre elección se estableció de manera expresa entre los contratos de prestación de servicios de comunicaciones y los contratos de compraventa de equipos terminales móviles debe existir total independencia y autonomía, por lo cual las condiciones y restricciones de uno de estos no debe afectar, modificar o incidir en el otro.

Para la sala resulta claro que la conducta del proveedor investigado, esto es, Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP, sí se encuentra justificada en el interés de incidir en la decisión de consumo de los usuarios, pues que la estrategia de ofrecimiento utilizada

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

por el proveedor el servicio de comunicaciones móviles se encuentra atado a la contratación de planes de prestación de servicios de comunicaciones previsto en las resoluciones expedidas por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, señaladas como infringidas, pues está claro que en dicho régimen se encuentra expresamente prohibido, tal como en lo dispuesto en el artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011, que las condiciones de celebración ejecución de los contratos de prestación de servicios y los de compraventa de equipos terminales móviles no de deberán incidir, afectar o modificar el uno del otro.

De las pruebas allegadas durante la actuación administrativa se encuentra claro que de las imputaciones fácticas presentadas por la Superintendencia de Industria y Comercio resulta clara la condición en la que se somete a los usuarios del servicio de comunicaciones móviles a que deben mantener por ejemplo el cargo básico de su plan, so pena de la pérdida del beneficio o incentivo asociado a la promoción en la adquisición del equipo terminal móvil.

El artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011, indica que a partir del 1º de julio 2014, los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, no podrán ofrecer ni pactar o incluir cláusulas de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios móviles de comunicaciones, de manera individual o empaquetada, tampoco en los contratos de compraventa de equipos terminales móviles.

Así mismo, dicha disposición normativa con, dispone que los proveedores de servicios de comunicaciones móviles tampoco podrán condicionar la compraventa o cualquier acto de enajenación de los equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles.

Pone de presente la Sala que la Superintendencia de Industria y Comercio frente al caso sometido a examen, señaló que una vez analizadas las piezas publicitarias que motivaron el inicio de la investigación administrativa, se advirtió que el acceso a los incentivos asociados a las ofertas promocionales sobre equipos terminales móviles, se

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

encuentra condicionado a la suscripción y/o existencia de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad de pospago cuyo cargo básico mensual se encuentra preestablecido por el proveedor del servicio de comunicaciones frente a cada caso particular.

Con lo anterior queda claro que las actuaciones adelantadas por la sociedad demandante, condicionan al usuario del servicio de comunicaciones, de manera que en ningún caso se podrán ofrecer a éstos, ni incluir en los contratos tanto de prestación de servicios de comunicaciones móviles como de compraventa de equipos terminales móviles, cláusula de permanencia mínima, ni siquiera con ocasión del financiamiento o subsidio de equipos terminales móviles, ni por la inclusión de tarifas especiales que impliquen un descuento sustancial, como el ofrecido en el predente caso por la sociedad demandante y que fue objeto de sanción a través de los actos administrativos objeto de la presente demanda.

Por otra parte la conducta desplegada por la Sociedad demandante atenta contra el derecho al libre elección que le asiste a los usuarios del servicio de comunicaciones móviles prevista en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en la que se dispone además que, los usuarios de los servicios de comunicaciones móviles, podrán seleccionar libremente el proveedor de servicio de comunicaciones con el cual quieren vincular contractualmente los servicios de su elección, así como el plan y las tarifas correspondientes y los equipos para la prestación de los servicios que ha decidido contratar con la compañía prestadora del servicio.

La Superintendencia de Industria y Comercio señala que esta disposición guarda estrecha relación con lo previsto en el artículo 4º de la Resolución CRC 3066 de 2011, pues en ella se dispuso que tampoco se podrá limitar ni condicionar suspender el derecho a la libre elección del usuario del servicio de comunicaciones móviles.

entiende la sala que cualquier conducta tendiente limitar o condicionar las decisiones que pueda tomar un usuario referente al tipo de plano servicios que pretende adquirir

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

resulta violatorio del régimen de protección de usuarios de servicios de comunicaciones previsto en la resoluciones de la comisión de regulación de comunicaciones señaladas por la Superintendencia como infringidas y por ende corresponde al ente administrativo imponer las sanciones conforme a lo previsto en los artículos 64 y 65 de la ley 1341 de 2009.

El cargo no prospera.

#### **2.5.4 Violación del debido proceso por carencia de criterios para la determinación de la sanción administrativa.**

##### **2.5.4.1 Posición de la parte demandante**

No se tuvieron en cuenta los criterios de dosimetría sancionatoria y el criterio de gravedad fue expuesto de manera vaga, imprecisa y descontextualizada.

Considera que en el acto administrativo acusado no se expusieron las razones de hecho y de derecho que motivaron la imposición de la sanción.

Que la Superintendencia incumplió con dicha obligación porque no tuvo en cuenta ninguno de los factores objetivos para su graduación, esto es, *la gravedad de la falta, el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y la proporcionalidad entre la falta y la sanción.*

Pone de presente que, en el desarrollo de las imputaciones y en lo señalado en el acapite de dosimetría sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio, no hizo análisis alguno, respecto al daño producido y la reincidencia en la comisión de los hechos.

La Superintendencia de Industria y Comercio solo tuvo en cuenta uno de los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, en el sentido de argumentar la

EXPEDIENTE:	250002341000201701464-00
ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP
DEMANDADO:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

gravedad de la falta, sin embargo, omitió hacer amplia referencia a los tres criterios adicionales que se encuentran dispuestos en el mencionado artículo.

Adujo que la Superintendencia de Industria y Comercio no dio plena aplicación del artículo 66 de la ley 1341 de 2009 dado que en el momento establecer la dosimetría sancionatoria inicialmente hace referencia a que la facultad sancionatoria que le asiste es discrecional y, posteriormente, procede determinar la proporcionalidad entre la falta y la sanción, sin hacer alusión a los criterios de daño producido y la reincidencia en la comisión de los hechos.

Señala que se echa de menos la valoración fáctica y jurídica de los elementos del caso en concreto con arreglo a determinar cuál fue la entidad de la garantía socavada, la naturaleza de la infracción y, la pertinencia y adecuación de la sanción; así como la mención de los criterios cualitativos y cuantitativos que determinaron el monto de la sanción. Pues asegura que la anterior omisión afecta gravemente el principio de seguridad jurídica que ha de observar todo agente del Estado y, evidencia el desconocimiento del imperativo legal impuesto por la Superintendencia con sustento en el artículo 66 de la Ley 1341.

**2.5.4.2. Posición de la parte demandada**

La Superintendencia de Industria y Comercio evidenció que la sociedad demandante transgredió las disposiciones previstas en el régimen de protección de usuarios del servicio de comunicaciones en razón de las condiciones pactadas en los contratos suscritos por los usuarios, a través de los cuales se pautaba la pérdida de unos beneficios asignados como consecuencia de la decisión de no continuar con las condiciones allí establecidas.

Aduce que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 1341 2011 se establecen los tipos de sanciones que se pueden imponer frente a la comisión de las conductas descritas en las normas endilgadas a la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El valor de la multa se encuentra más cerca al mínimo que el máximo establecido como margen sancionatorio con el que contaba la Superintendencia de Industria y Comercio, pues al momento se encuentra firmemente relacionado con naturaleza y gravedad de la infracción, esto es, la vulneración de los derechos constitucionales y legales de preciados bienes constitucionales como lo son los consumidores.

Asevera que sí se tuvieron en cuenta los criterios del artículo 66 de la misma disposición normativa al momento de imponer el monto de la sanción y, señala que, esto se evidencia en la argumentación que se encuentra plasmada en la resoluciones demandadas. Que se el criterio tenido en cuenta hace referencia a la naturaleza de la falta, ante el desconocimiento por parte de la sociedad demandante frente a lo establecido en el ordenamiento de protección a los usuarios de servicios de comunicaciones.

Que contrario a lo afirmado por la parte demandante, si existe una observación cuidadosa a dichos criterios, de modo tal, que este argumento no es óbice en forma alguna para sostener que las resoluciones demandadas sean nulas.

#### **2.5.4.3 Posición de la Sala**

Respecto de la vulneración de los principios de legalidad, tipicidad y proporcionalidad ya que no se evidencia cómo determinó que la conducta imputada a la hoy actora es catalogada como infractora, es del caso manifestar lo siguiente:

De la revisión de los actos administrativos demandados se observa que efectivamente el criterio con base en el cual se resolvió imponer la sanción fue la *gravedad de la falta, daño producido, reincidencia en la comisión de los hechos y proporcionalidad entre la falta y la sanción*, las cuales, se encuentran debidamente fundamentada en la Resolución No. 62905 de 2016, así:

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

**10.1. Gravedad de la falta.**

El primero de los criterios dispuestos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 para la definición de las sanciones, es la gravedad de la falta.

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse a través de su sentencia C-292 del 15 de marzo de 2000 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, en la que hizo relación al contenido de la sentencia C-708 de 1999 donde se analizó "la posibilidad de graduación de las faltas disciplinarias con fundamento en los criterios establecidos en la norma acusada". Al respecto, la Corte expresó lo siguiente:

"De manera pues que, no todas las faltas disciplinarias afectan gravísimamente los bienes jurídicos protegidos por el régimen disciplinario; de ahí que, a partir de la valoración de los diversos niveles de lesión, el legislador, como resultado del ejercicio de sus facultades, apoyado en la intensidad de afectación que observe en esos bienes jurídicos por cada una de tales faltas y siguiendo la gravedad del injusto, tenga la potestad de crear y clasificar las conductas tipificadas como infractores, en formas atenuadas o agravadas para efectos de la imposición de la sanción".

La posición adoptada por la Corte Constitucional en este tema particular, pero en referencia al derecho disciplinario, aplica mutatis mutandi para la determinación punitiva que nos aprestamos a realizar, pues el derecho disciplinario y el derecho administrativo sancionatorio, comparten la vocación de ser portadores de la potestad punitiva que le compete al Estado.

Así, pues, queda claro que el legislador estableció que debía valorarse al momento de definir la sanción, la gravedad de la falta en que se hubiere incurrido, lo que a partir de la cita realizada, puede entenderse como la cuantificación y cualificación del grado de lesión que sufrió el ordenamiento jurídico a partir de la comisión de la conducta desplegada — en este caso — por el proveedor de servicios de comunicaciones.

Por lo tanto, y en consonancia con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, en el cual se estableció como criterio para la definición de las sanciones la gravedad de la falta, esta Dirección concluyó que evaluada la conducta objeto de reproche, la gravedad de la misma es de tal entidad que contraviene en varias formas lo dispuesto en -l literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y en el artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011 el artículo 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011, teniendo en cuenta que:

- Limitó el ejercicio del derecho de libre elección del usuario de escoger de manera libre y espontánea el plan tarifario del servicio de comunicaciones, atendiendo a sus necesidades personales.
- Por otra parte, condicionó la desaparición de los incentivos obtenidos por los usuarios al momento de suscribir el contrato de compraventa de equipos terminales móviles, de darse situaciones que deriven en la disminución, terminación o incumplimiento de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

- Asimismo, debe manifestarse que las ofertas publicitarias sometidas a análisis, fueron difundidas tanto en la página web del proveedor (www.movistarco), como en periódicos escritos de circulación Nacional y Departamental (diario El Tiempo, ADN y El País), que no está de más decirlo, son los que circulan en las cinco de las más grandes ciudades de Colombia.

De igual manera, se pudo establecer a partir del análisis de las piezas publicitarias que obran en el expediente, que la investigada emitió este tipo de publicidad por lo menos desde el 9 de mayo de 2015 hasta el 29 de febrero de 2016, línea de tiempo durante la cual subordinó los incentivos asociados en las ofertas promocionales y obtenidos por los usuarios al momento de suscribir el contrato de compraventa de los equipos terminales a la celebración y cumplimiento de los contrato de prestación de servicios de comunicaciones en la modalidad pospago, lo que le imprime mayor gravedad a la falta en la que incurrió el proveedor.

La implementación de este tipo de estrategias comerciales y/o publicitarias, revela una actitud tendiente a maximizar el potencial de afectación de la conducta ilegal desplegada, pues a partir de la divulgación de las ofertas promocionales que fueron objeto de análisis, pretendió animar a mayor número de potenciales clientes a vincularse como usuarios de sus servicios, por la vía del ofrecimiento de equipos terminales móviles en las condiciones que fueron reprochadas en la parte considerativa del presente acto administrativo.

En síntesis, la sociedad hoy sancionada pretendió aumentar su base de usuarios, a partir de un ofrecimiento publicitario cuyo contenido resulta vulneratorio del Régimen Integral de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones.

De lo anterior, se desprende que el actuar de la investigada desconoció: (i) 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 "[e]legir 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" y; (ii) el criterio de independencia contractual previsto en el artículo 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011, a partir del cual los proveedores de servicios de comunicaciones móviles no 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".

A juicio de esta Dirección la conducta desplegada por la sociedad investigada, terminó por condicionar y vincular los efectos del contrato de prestación de servicios de comunicaciones con el contrato de compraventa de equipos terminales móviles. pese a que la norma regulatoria que se incorporó al RPU a partir de la vigencia de la Resolución CRC 4444 de 201435 lo prohibió expresamente, desde la etapa pre—contractual y aún en la etapa de ejecución de los contratos. Así lo reconoció el mismo proveedor en su escrito de descargos, en donde indicó que: "(...) la venta de los teléfonos, no es su actividad principal pero al constituir el medio para que los clientes puedan hacer uso del servicio, cobra importancia el hecho de ofrecer

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

en condiciones especiales la adquisición del equipo junto con el servicio, como estrategia de mercadeo para motivar a los consumidores a la compra del servicio (...)”(destacado y negrilla fuera de texto).

Esto último, resulta ser evidencia incontrastable de la infracción directa a lo previsto en el artículo 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011 en que incurrió la investigada, pues de manera voluntaria, decidió incorporar o mantener a los usuarios dentro de su órbita de prestación de servicios de comunicaciones. a través del ofrecimiento de incentivos asociados con la adquisición de equipos terminales móviles, que desaparecerían ante la toma de decisiones contrarias a ese designio por parte del usuario, o frente a la ocurrencia de situaciones propias de la ejecución del contrato de prestación de servicios de comunicaciones.

**10.2. Daño producido.**

Frente a este criterio, esta Dirección ¿considera que para la presente investigación es suficiente con evaluar si la sociedad investigada cumplió o no con las directrices previstas en literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y el artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011, y por ende si está a salvo la protección del interés general; por tal motivo, no es necesario establecer el daño particular causado a los usuarios por parte de la investigada.

Por lo tanto, no se tendrá en cuenta este criterio para la dosificación de la sanción a imponer.

**10.3. Reincidencia en la comisión de los hechos.**

Tratándose del sustento jurídico del factor reincidencia, debe decirse que en el marco de la presente investigación, la reincidencia no es un criterio a tener en cuenta para la dosificación de la sanción a imponer por cuanto se determinó que la sociedad investigada no ha sido sancionada por la misma infracción a lo establecido en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y en el artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011, ni esta Dirección ha tenido conocimiento alguno de que la conducta reprochada al proveedor se haya presentado en otros casos diferentes a los analizados en la presente investigación.

**10.4. Proporcionalidad entre la falta y la sanción.**

Al respecto, es necesario anotar que la graduación de la sanción que esta Superintendencia realiza en virtud de la facultad sancionatoria legalmente a ella atribuida, obedece principalmente a una facultad discrecional<sup>37</sup> que no es absoluta, esto es, que se debe adecuar a los fines que la norma autoriza y debe ser proporcional a los hechos que le Sirven de causa.

Así las cosas, el monto de la sanción a imponer no es arbitrario ni caprichoso ya que respeta el principio de legalidad que gobierna la actuación administrativa, y se impone dentro de los límites pecuniarios establecidos por la ley.

Precisamente, la norma que particularmente autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones, para el caso concreto

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

es el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 modificado por el artículo 44 de la Ley 1753 de 2015, el cual estableció unos rangos máximos en atención a la naturaleza de la infracción, los que sirven de parámetro a la autoridad sancionadora para la determinación de la correspondiente sanción, permitiendo la imposición de multas hasta por el equivalente a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando se trate de personas jurídicas, tal como sucede en este caso.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es necesario imponer una sanción acorde con la gravedad de la conducta por sí misma considerada y que genere un reproche adecuado y proporcional, ante un comportamiento en abierta contradicción con el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones por vía de la trasgresión de lo establecido en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y en el artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011.

En el caso concreto, para la dosificación de la sanción, se tendrá en cuenta el promedio del número de abonados pospago de la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP. para el año 2015; asimismo se tomarán en cuenta sus ingresos operacionales para el año 2015, valor al que se le aplicó una fracción porcentual de los ingresos operaciones para evitar que la sanción afecte sensiblemente la operación financiera de la sociedad, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

Por lo expuesto hasta este punto, esta Superintendencia impondrá una sanción por valor de TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS MICTE (\$3.331'446.560), equivalente a CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS salarios mínimos mensuales legales vigentes (4.832 SMMLV).

Comparte esta Sala el argumento expuesto por la Entidad demandada de que la infracción cometida no solo contraviene lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución No. CRC 3066 de 2011 y el inciso final del artículo 17 A de la Resolución No. 3066 de 2011, modificado por el artículo 3º de la Resolución CRC 4444 de 2014, sino que contraria los deberes de los operadores de servicios de comunicaciones, los cuales se constituyen de carácter fundamental y de especial protección cuando se trata de relaciones establecidas con los consumidores, en el presente caso, los usuarios de telecomunicaciones.

Así las cosas, no puede decirse que la decisión de imponer una sanción no tenía sustento, puesto que la infracción cometida fue grave, se tuvo en consideración por demás el daño producido, la reincidencia en la comisión de los hechos y proporcionalidad entre la falta y la sanción ya que no solo existió una violación al

EXPEDIENTE:	250002341000201701464-00
ACCIÓN	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE:	COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP
DEMANDADO:	SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
ASUNTO	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

régimen de servicios públicos, sino que además, dicha violación, tal como lo señaló la Superintendencia de Industria y Comercio limitó el ejercicio del derecho de libre elección del usuario de escoger de manera libre y espontánea el plan tarifario del servicio de comunicaciones, atendiendo a sus necesidades personales y condicionó la desaparición de los incentivos obtenidos por los usuarios al momento de suscribir el contrato de compraventa de equipos terminales móviles, de darse situaciones que deriven en la disminución, terminación o incumplimiento de los contratos, razón por la cual se justificada que la Superintendencia de Industria y Comercio adoptara la medidas sancionatorias pertinentes.

Ahora bien, respecto al argumento de si era necesario que la Superintendencia de Industria y Comercio analizara los cuatro (4) criterios del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, es de señalar que el artículo en mención demanda que al momento de definir las sanciones a imponer, la Entidad deberá tener en cuenta los criterios establecidos en la norma, más no reclama que se deban analizar todos y menos aún que deban configurarse todos éstos para que se justifique la imposición de una sanción.

No obstante lo anterior, encuentra la Sala que la Superintendencia de Industria y Comercio, para el presente caso, analizó los cuatro (4) criterios descritos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, tal como se encuentra reseñado en el acto administrativo sancionatorio.

**“ARTÍCULO 66. CRITERIOS PARA LA DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES.** Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La gravedad de la falta.
2. Daño producido.
3. Reincidencia en la comisión de los hechos.
4. La proporcionalidad entre la falta y la sanción.

En todo caso, el acto administrativo que imponga una sanción deberá incluir la valoración de los criterios antes anotados.”

El listado contenido en la norma transcrita son criterios que están llamados a orientar la decisión de imposición de una sanción y que deben ser analizados por la Entidad que adelanta la investigación con el fin de que se respeten los principios de legalidad, debido

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

proceso e igualdad de los investigados y que, en efecto, la decisión sancionatoria no se base en criterios subjetivos y arbitrarios.

El deber de las Entidades Públicas es que, en la parte motiva de los actos administrativos sancionatorios, se realice una valoración de tales criterios y que con base en ellos se defina la imposición y cuantificación de la sanción.

En el caso objeto de estudio se encontró que la Superintendencia de Industria y Comercio impuso una sanción a Colombia Telecomunicaciones S.A. ESP con base en los criterios de *gravedad de la falta, daño producido, reincidencia en la comisión de los hechos y proporcionalidad entre la falta y la sanción*, puesto que la infracción no podía calificarse de otra manera ya que como se dijo, éste implicó la vulneración limitó el ejercicio del derecho de libre elección del usuario de escoger de manera libre y espontánea el plan tarifario del servicio de comunicaciones, atendiendo a sus necesidades personales y condicionó la desaparición de los incentivos obtenidos por los usuarios al momento de suscribir el contrato de compraventa de equipos terminales móviles, de darse situaciones que deriven en la disminución, terminación o incumplimiento de los contratos que constituyen un deber fundamental y de especial protección.

Finalmente, encuentra la Sala que las sanciones pecuniarias no resultan desproporcionadas si se tiene en cuenta que el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 dispone que éstas pueden oscilar entre 1 y 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y, que las mismas, resultan razonables si se tiene en cuenta que la conducta es reincidente por parte del proveedor del servicio.

El cargo no prospera.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

### CONCLUSIÓN

Para la Sala la parte actora no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos acusados, por cuanto éstos fueron expedidos sin transgredir ninguna norma de índole superior, razón por la cual se denegarán las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho invocadas con la demanda. Se conserva entonces, la validez de los actos demandados.

### 3. CONDENA EN COSTAS<sup>13</sup>

De otra parte, se condenará en costas en esta instancia a la parte vencida, cuya liquidación se hará por la Secretaría de la Sección conforme a lo dispuesto en el artículo 188 del de la Ley 1437 de 2011, en armonía con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Ley 1437 de 2011. Artículo 188: Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

<sup>14</sup> Código General del Proceso. ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

6. Cuando fueren dos (2) o más litigantes que deban pagar las costas, el juez los condenará en proporción a su interés en el proceso; si nada se dispone al respecto, se entenderán distribuidas por partes iguales entre ellos.

7. Si fueren varios los litigantes favorecidos con la condena en costas, a cada uno de ellos se les reconocerán los gastos que hubiere sufragado y se harán por separado las liquidaciones.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

9. Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas. Sin embargo podrán renunciarse después de decretadas y en los casos de desistimiento o transacción.

**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:

1. El secretario hará la liquidación y corresponderá al juez aprobarla o rehacerla.

2. Al momento de liquidar, el secretario tomará en cuenta la totalidad de las condenas que se hayan impuesto en los autos que hayan resuelto los recursos, en los incidentes y trámites que los sustituyan, en las sentencias de ambas instancias y en el recurso extraordinario de casación, según sea el caso.

3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En consecuencia, **el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A"**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO.- NIEGÁNSE** las pretensiones de la demanda, por las razones aducidas en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO. - CONDÉNASE** en costas a la parte demandante; en consecuencia, por Secretaría, **LIQUÍDENSE** las costas procesales, de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

**TERCERO.-** Por Secretaría **DEVUÉLVASE** al actor el remanente de los gastos de proceso, previa liquidación.

**CUARTO.- ARCHÍVESE**, previa ejecutoria.

---

autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

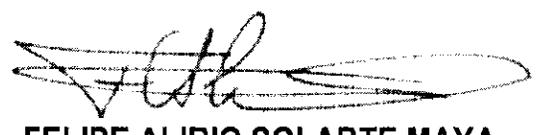
5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo.

6. Cuando la condena se imponga en la sentencia que resuelva los recursos de casación y revisión o se haga a favor o en contra de un tercero, la liquidación se hará inmediatamente quede ejecutoriada la respectiva providencia o la notificación del auto de obediencia al superior, según el caso.

EXPEDIENTE: 250002341000201701464-00  
 ACCIÓN NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
 DEMANDANTE: COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP  
 DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO  
 ASUNTO SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

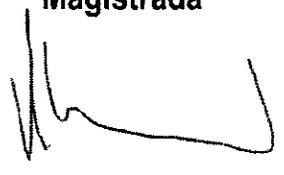
Discutido y aprobado en sesión de la fecha según acta No



**FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**  
Magistrado



**CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO**  
Magistrada



**LUIS MANUEL LASSO LOZANO**  
Magistrado