REPUBLICA DE COLOMBIA

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

RESOLUCIÓN NÚMERO 71667 DE 2018
(26 SEP 2018)

Por medio de la cual se decreta una medida preventiva

Radicación: 18-238452

EL DIRECTOR DE INVESTIGACIONES DE PROTECCIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, en especial por las conferidas por la Constitución Política, la Ley 1341 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que la Ley 1341 de 2009 *"[p]or 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 del Espectro y se dictan otras disposiciones*", establece en el numeral 4° del artículo 2º como principio orientador en la materia, el de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones en el siguiente sentido: *"[e]l Estado velará por la adecuada protección de los derechos de los usuarios de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, así como por el cumplimiento de los derechos y deberes derivados del Hábeas Data, asociados a la prestación del servicio. Para tal efecto, los proveedores y/o operadores directos deberán prestar sus servicios a precios de mercado y utilidad razonable, en los niveles de calidad establecidos en los títulos habilitantes o, en su defecto, dentro de los rangos que certifiquen las entidades competentes e idóneas en la materia y con información clara, transparente, necesaria, veraz y anterior, simultánea y de todas maneras oportuna para que los usuarios tomen sus decisiones."*

SEGUNDO: Que el artículo 7º de la Ley 1341 de 2009, señala que el citado cuerpo normativo se interpretará en la forma que mejor garantice el desarrollo de los principios orientadores establecidos en la misma, con énfasis en la promoción y garantía de la libre y leal competencia y la protección de los derechos de los usuarios.

TERCERO: Que el artículo 53 del Título VI de la precitada Ley, dedicado al Régimen de Protección al Usuario prevé lo siguiente:

> *"RÉGIMEN JURÍDICO. El régimen jurídico de protección al usuario, en lo que se refiere a servicios de comunicaciones, será el dispuesto en la regulación que en materia de protección al usuario expida la CRC <u>y en el régimen general de protección al consumidor</u> y sus normas complementarias en lo no previsto en aquella (…)".*

Asimismo, la citada Ley en el numeral 12 del artículo 64 indica que constituyen infracciones específicas al ordenamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones:

> *"<u>Cualquier otra forma de incumplimiento o violación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales o regulatorias en materia de telecomunicaciones</u>".*

CUARTO: Que el inciso segundo del artículo 2° de la Ley 1480 de 2011, respecto de la aplicación de la normativa prevista en el Estatuto de Protección al Consumidor estableció lo siguiente:

> *"**Artículo 2°. Objeto**. Las normas de esta ley regulan los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente.*
>
> ***"Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.** (…)"* (Destacado fuera de texto)

QUINTO: Que en virtud de lo establecido en el numeral 22 del artículo 1° del Decreto 4886 de 2011, la Superintendencia de Industria y Comercio –SIC- es competente para conocer y adelantar las investigaciones que considere pertinentes para la protección de los derechos de los consumidores y decretar las medidas que considere necesarias para salvaguardar tales derechos:

> "**Artículo 1°. *Funciones generales***. *La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335,1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de República.*
>
> *La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:*
>
> *(…)*
>
> *22. Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y dar trámite a las reclamaciones o quejas que se presenten, cuya competencia no haya sido asignada a otra autoridad, con el fin de establecer las responsabilidades administrativas del caso y ordenar las medidas que resulten pertinentes.*
>
> *(…)*".

SEXTO: Que el numeral 32 del artículo 1º del Decreto 4886 de 2011 establece como funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la de *"[v]elar en los términos establecidos por la ley y la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, por la observancia de las disposiciones sobre protección al consumidor y los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y dar trámite a las quejas o reclamaciones que se presenten."*

SÉPTIMO: Que por otra parte, el numeral 3 del artículo 13 del Decreto 4886 de 2011, establece dentro de las funciones de la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, la de *"[t]ramitar y decidir las investigaciones en contra de proveedores de servicios de telecomunicaciones por presuntas infracciones al régimen de protección a usuarios de los servicios de telecomunicaciones y adoptar las medidas y sanciones que correspondan de acuerdo con la ley".*

Por medio de la cual se decreta una medida preventiva

OCTAVO: Que el artículo 2.1.3.5 de la Resolución CRC 5050 de 2016, *"[p]or la cual se compilan las Resoluciones de Carácter General vigentes por la Comisión de Regulación de Comunicaciones*", establece lo siguiente:

"**Artículo 2.1.3.5. SERVICIOS DE INTERNET Y SERVICIOS DE VOZ**. *<Artículo modificado por el artículo 1 de la Resolución 5111 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> En el contrato de prestación del servicio de acceso a internet fijo o móvil, se incluirán: velocidad contratada (para servicios fijos), capacidad máxima incluida en el plan (cuando aplique), tarifas y si el mismo es un servicio de banda ancha (cuando aplique).*

Antes de suscribir el contrato, el operador deberá informar al usuario los principales factores que limitan la velocidad efectiva que puede experimentar el usuario, diferenciando aquellos sobre los que tiene control el operador y los que son ajenos al mismo.

Los planes de acceso a Internet que sean publicitados o contratados bajo la categoría de ilimitados, no podrán tener ningún tipo de restricción, salvo aquella inherente a la tecnología empleada y a la velocidad efectiva ofrecida para el plan. En el caso de voz, los planes que sean publicitados o contratados bajo la categoría de ilimitados, no podrán tener restricciones o limitaciones a la cantidad de destinos. (Destacado propio).

NOVENO: Que la Dirección de Investigaciones de Protección de Usuarios de Servicios de Comunicaciones, en ejercicio de su función de supervisión y vigilancia el 26 de septiembre de 2018, realizó visita de inspección a la página web del proveedor **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.,** identificado con Nit. 800.153.993-7.

En desarrollo de la inspección se evidenció la oferta para la modalidad prepago, en la que se ofrece *"paquete todo incluido"*, con la alusión a contener servicios ilimitados, así:

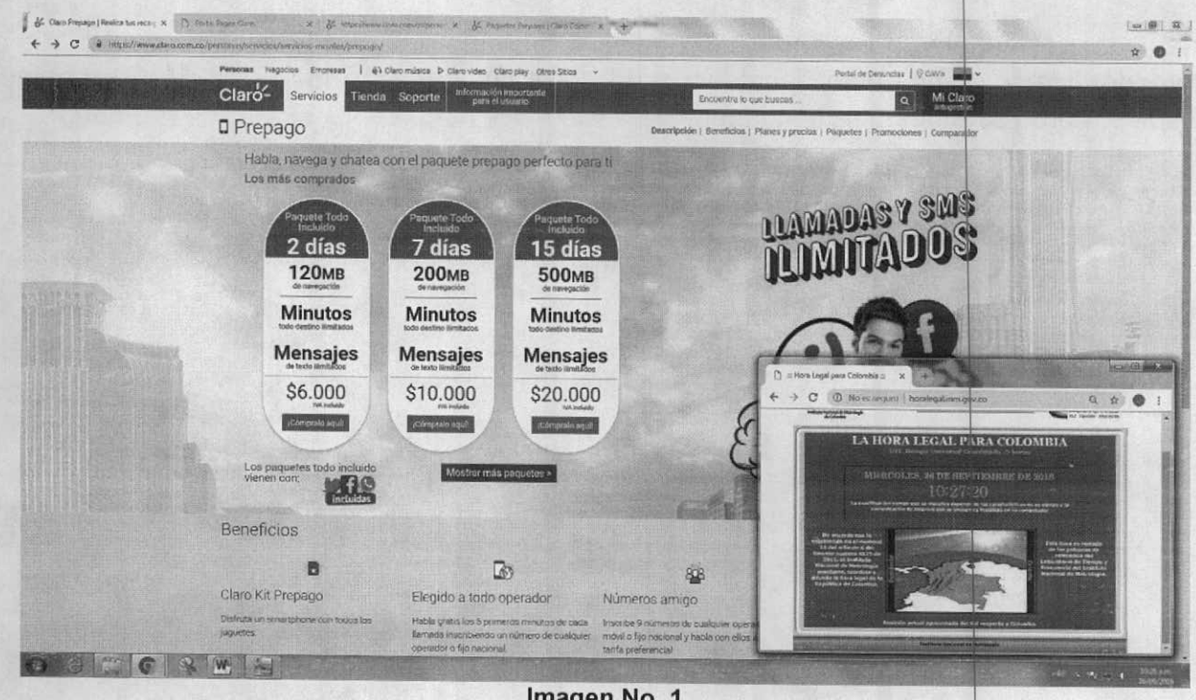

Imagen No. 1

Fuente: https://www.claro.com.co/personas/servicios/servicios-moviles/prepago/

Por medio de la cual se decreta una medida preventiva

Al elegir la opción de *"mostrar más paquetes"*, se direcciona al vínculo https://www.claro.com.co/personas/servicios/servicios-moviles/prepago/paquetes/, en el que se encuentra el listado de todos los planes vigentes, como se muestra a continuación:

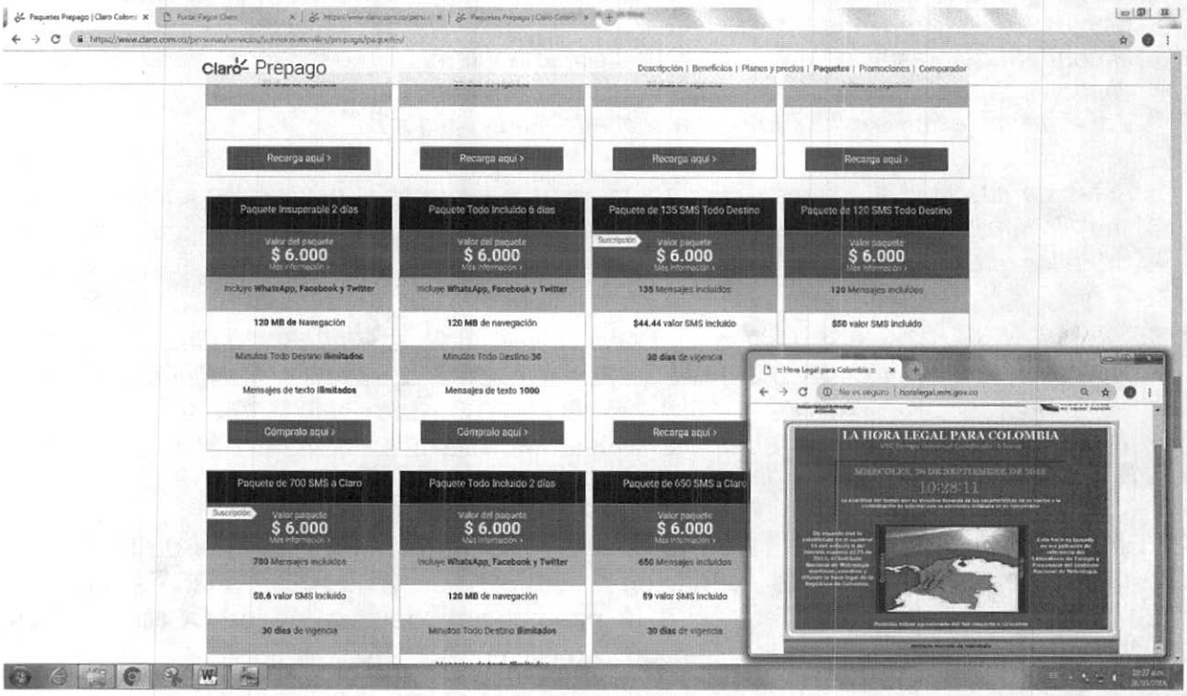

Imagen No. 2
Fuente: https://www.claro.com.co/personas/servicios/servicios-moviles/prepago/paquetes/

Al escoger el paquete, ingresando a la opción "Cómpralo aquí", la Dirección advirtió que el proveedor ofrece planes bajo la categoría de "ILIMITADOS" por dos (2), siete (7) y quince (15) días, como se muestra a continuación:

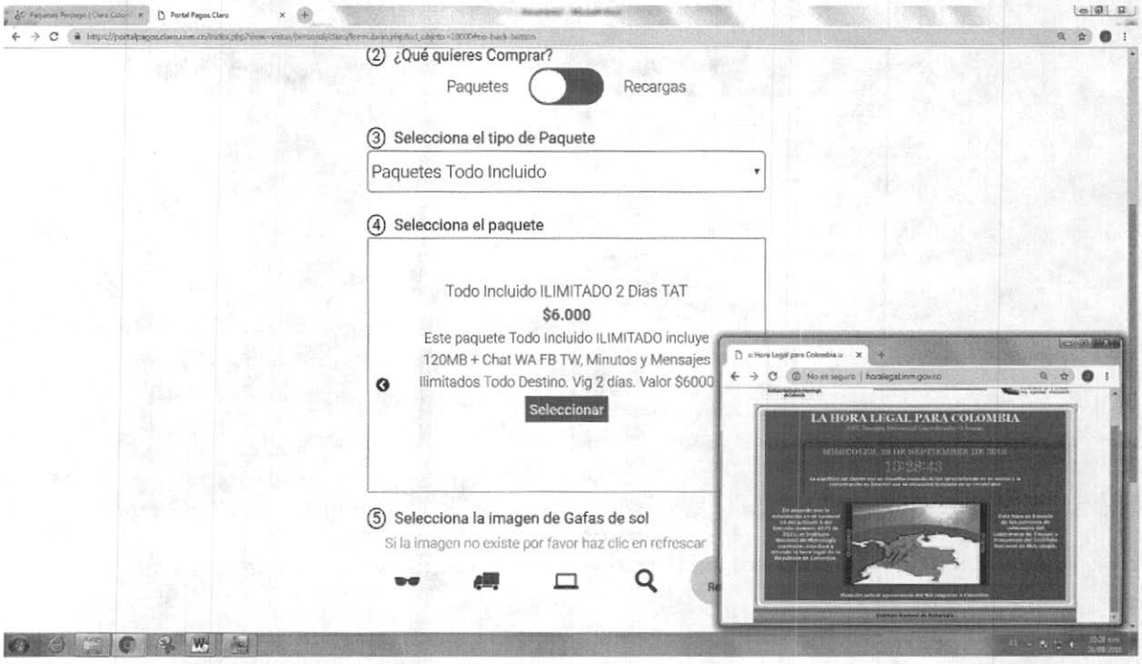

Imagen No. 3
Fuente:
https://portalpagos.claro.com.co/index.php?view=vistas/personal/claro/formulario.php&id_objeto=10000#no-back-button

Por medio de la cual se decreta una medida preventiva

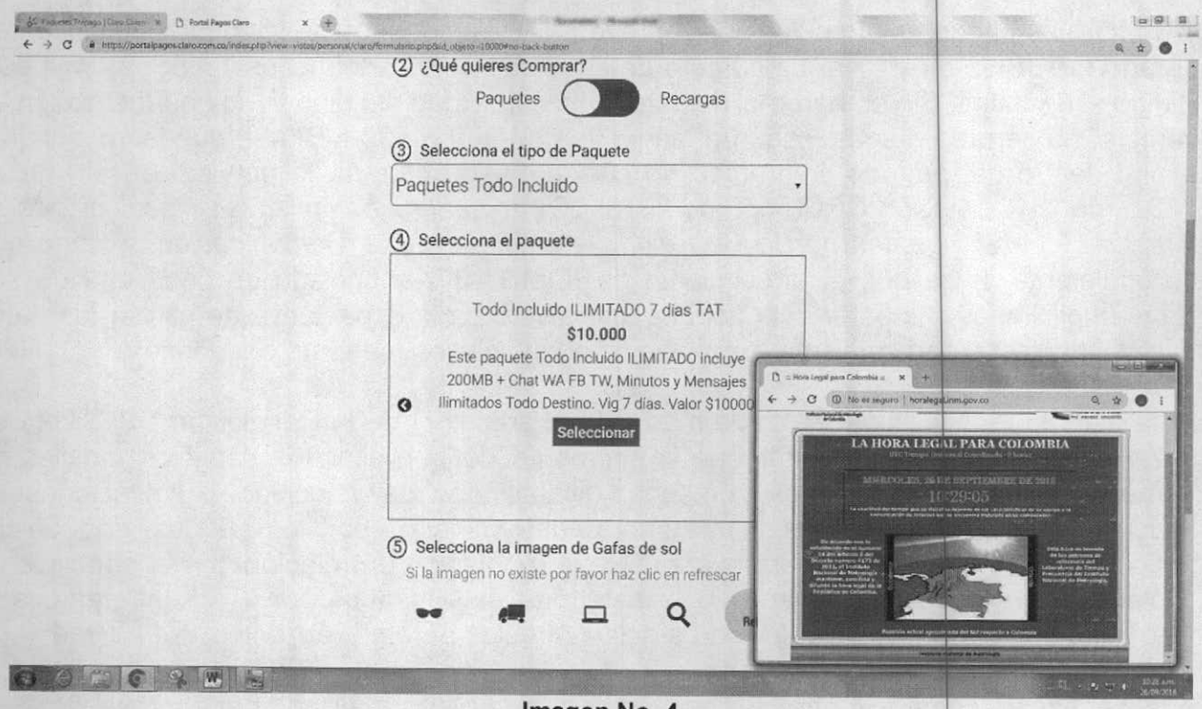

Imagen No. 4
Fuente:
https://portalpagos.claro.com.co/index.php?view=vistas/personal/claro/formulario.php&id_objeto=10000#no-back-button

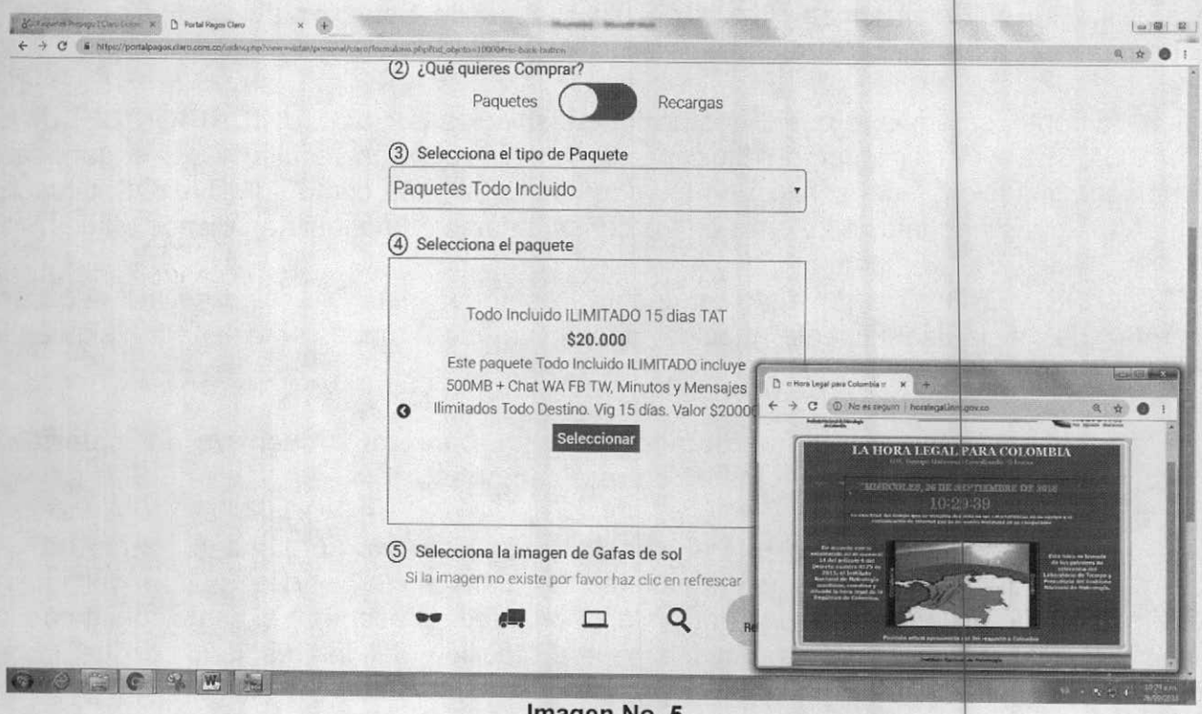

Imagen No. 5
Fuente:
https://portalpagos.claro.com.co/index.php?view=vistas/personal/claro/formulario.php&id_objeto=10000#no-back-button

En las últimas tres (3) imágenes, se evidencia que el proveedor ofrece a sus usuarios un paquete "*Todo Incluido ILIMITADO*" por un determinado número de días, sin embargo en las especificaciones de cada uno de ellos se indica que:

> "***Este paquete todo incluido ilimitado*** *incluye [según el paquete 120, 200 o 500] MB +ChatWA FB TW, Minutos y Mensajes Ilimitados Todo Destino. Vig [según plan 2, 7, o 15] Valor (…)".* Destacado propio

DÉCIMO: Las paquetes ofrecidos por el proveedor, relacionados previamente, coinciden en que en **TODOS** se ofrece por un número determinado de días todos los servicios ilimitados, incluido el de datos. Sin embargo el disfrute de la capacidad del plan tiene una restricción en cuanto al número de megas [según el paquete 120, 200 o 500 MB] que puede consumir el usuario dentro del período contratado, lo cual no solo contraría lo previsto en el artículo 2.1.3.5. de la Resolución CRC 5050 de 2016, *"Por la cual se compilan las Resoluciones de Carácter General vigentes por la Comisión de Regulación de Comunicaciones*", sino que adicionalmente, hace que el ofrecimiento de **ILIMITADO** anunciado en cada una de sus piezas publicitarias y a partir del cual el usuario se crea la expectativa de utilizar los datos móviles adquiridos con la misma experiencia de navegación, se torne engañoso.

.

Ahora bien, la modificación realizada mediante el artículo 1 de la Resolución CRC 5111 de 2017, buscó precisamente evitar que al momento de publicitar los servicios móviles de Internet Ilimitados los mismos contengan limitaciones de velocidad o limitaciones de capacidad luego de sobrepasar un umbral determinado, por lo que las dos únicas restricciones previstas de manera expresa en la regulación en relación con el ofrecimiento de planes de acceso a Internet bajo la categoría de ilimitados son (i) la inherente a la tecnología empleada y; (ii) la velocidad efectiva ofrecida para el plan.

En tal sentido, lo que encuentra la Dirección es que la oferta realizada por el proveedor bajo la premisa de ILIMITADOS, con una restricción en cuanto a capacidad de datos no está cubierta en ninguna de las dos restricciones previstas en el artículo 2.1.3.5 de la Resolución CRC 5050 de 2016 y, por el contrario, constituye una restricción que contraría abiertamente lo previsto en el Régimen de Protección a Usuarios de Servicios de Comunicaciones e induce en error a los consumidores.

Adicionalmente, se advierte que la restricción establecida por **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, en cuanto a la capacidad de navegación resultaría ser engañosa al establecer limitaciones del servicio en los paquetes ofertados como ILIMITADOS, situación que podría generar confusión y error en los consumidores que adquieran dichos planes.

DÉCIMO PRIMERO: Que teniendo en cuenta lo anterior, esta Dirección estima necesario decretar de oficio la siguiente medida preventiva, con fundamento en las siguientes consideraciones.

11.1. En cuanto a las medidas administrativas de carácter preventivo en materia de protección a usuarios de servicios de comunicaciones

Las medidas administrativas en el ámbito administrativo pretenden garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los consumidores y la guarda del interés general, por lo que constituyen una herramienta orientada a asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas de la Entidad y la protección del interés jurídico que le fue confiado salvaguardar. Ello parte de dos premisas fundamentales:

(i) La apariencia de comisión de una infracción administrativa o delito administrativo *(fumus commisi delicti)*[1]; y

(ii) El peligro que representa para ese interés jurídicamente protegido que se postergue su protección o tutela hasta que se profiera la decisión final (*periculum in mora* o peligro por la mora procesal).

Así las cosas, para que la administración pueda decretar una cautela administrativa, primero, debe estar ante una conducta con alta apariencia de ilicitud, es decir, de ser

[1] En el derecho procesal privado equivale al universalmente conocido *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho.

violatoria al bien jurídico o mandato que le corresponda proteger y, segundo, su actuación debe estar directamente relacionada con la necesidad de precaver el peligro de que la demora en el surtimiento del procedimiento administrativo signifique una afectación mayor o definitiva del bien jurídico por el cual le corresponde velar, lo cual pone en riesgo la efectividad del poder sancionatorio del Estado para garantizar el interés general y para prodigar los remedios necesarios en su guarda. La regla es: cuanta más apariencia de ilicitud de la conducta mayor capacidad cautelar; cuando mayor sea el riesgo por la mora procesal mayor capacidad cautelar; y cuando mayor sea la afectación al interés general mayor capacidad cautelar.

La cautela administrativa que aquí se refiere, está orientada a suspender o hacer **cesar el ofrecimiento de paquetes ilimitados con restricciones no previstas en el artículo 2.1.3.5 de la Resolución CRC 5050 de 2016** y asegurar así que lo ofrecido a los usuarios bajo denominación de *"Ilimitado"* se cumpla en su totalidad, evitando así el engaño a los consumidores.

La lógica atrás explicada, tiene además fundamento en el principio de eficacia de la función administrativa en razón a que las medidas cautelares administrativas se expresan como el ejercicio de un poder estatal que tiene como finalidad la supremacía del interés general y la vigencia del orden justo, que no es otra cosa, que las circunstancias, hechos, actos o actuaciones injustas no generen efectos o consecuencias y que de haberse producido, se suspendan o cesen y se adopten las medidas consecuenciales a que hubiere lugar para corregir la anómala situación, se reitera, todo en beneficio del interés general.

En tal sentido, la adopción de las medidas cautelares administrativas se sustentan en el artículo 209 de la Constitución Política[2], norma que a su vez se desarrolla en el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al establecer el principio de eficacia, según el cual "*las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa*".

En consecuencia, esta Dirección ante la necesidad de expedir medidas especiales con el propósito de evitar afectaciones a los derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones de la empresa **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A** de una conducta ilegal y con un potencial engañoso, procederá a emitir una medida de carácter preventivo conforme a lo previsto en el artículo 209 de la Constitución Política, artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, Ley 1341 de 2009 y el numeral 9 del artículo 59 de la Ley 1480 de 2011.

En ese sentido, esta Dirección **ORDENARÁ** a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A,** lo siguiente:

1. **CESAR** dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibo de la comunicación de la presente decisión, el ofrecimiento de todos y cada uno de los paquetes ilimitados relacionados en el presente acto administrativo y que incorporan como restricción la capacidad de datos, así como.

2. El cumplimiento de la medida debe efectuarse a más tardar al finalizar el jueves 27 de septiembre de 2018.

---

[2] "***Artículo 209:*** *La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones".*

Por medio de la cual se decreta una medida preventiva

3. **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A,** deberá acreditar el cumplimiento del cese preventivo de su publicidad dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación del presente acto administrativo.

En mérito de lo expuesto la Dirección,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: ORDENAR a **COMUNICACIÓN CELULAR S. A. COMCEL S.A.,** identificada con Nit.800.153.993, lo siguiente:

1. **CESAR** dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al recibo de la comunicación de la presente decisión, el ofrecimiento de todos y cada uno de los paquetes ilimitados relacionados en el presente acto administrativo y que incorporan como restricción la capacidad de datos, así como.

2. El cumplimiento de la medida debe efectuarse a más tardar al finalizar el jueves 27 de septiembre de 2018.

3. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A, deberá acreditar el cumplimiento del cese preventivo de su publicidad dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la comunicación del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: ADVERTIR a la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A,** que en caso de inobservar la medida ordenada por esta Entidad, podrá resultar sujeta de la imposición de multas hasta por la suma de **QUINCE MIL SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (15.000)** para personas jurídicas y de hasta **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (2.000 SMMLV)** para personas naturales, de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR por el medio más eficaz el contenido de esta resolución a la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A,** identificada con Nit.800.153.993, informándole que contra la misma no procede recurso alguno de acuerdo a lo previsto en el artículo 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D. C., 26 SEP 2018

El Director de Investigaciones De Protección De Usuarios De Servicios de Comunicaciones

FABIO ANDRÉS RESTREPO BERNAL

Comunicación:

Proveedor de servicios:	COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A
Representante legal:	CARLOS HERNAN ZENTENO DE LOS SANTOS
Identificación:	C.E. 590.584
Nit.:	800.153.993-7
Dirección:	Carrera 68 A # 24 B - 10
Ciudad:	Bogotá D.C.
Correo Electrónico:	notificacionesclaromovil@claro.com.co

Proyectó: JGG
Revisó: LPG
Aprobó: FRB