



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2012
()

53296 03 SEP 2012

Radicación No. 11-10624

"Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de facultades legales, especialmente las previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que de conformidad con lo establecido en la Ley 1340 de 2009¹ y en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011², corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales.

SEGUNDO: Que el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer multas, previa solicitud de explicaciones, por la inobservancia de las instrucciones u órdenes que imparta esta Superintendencia en desarrollo de sus funciones o por la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información que se requieran para el correcto ejercicio de las mismas.

TERCERO: Que el consejo de Estado mediante providencia del 7 de julio de 2011, otorgó a esta Entidad la competencia para realizar el seguimiento de los condicionamientos impuestos a TELMEX en la Resolución No. 1071 del 4 de septiembre de 2008, mediante la cual la Comisión Nacional de Televisión (en adelante CNTV) condicionó la integración entre TELMEX HOGAR S.A. (hoy TELMEX COLOMBIA S.A.) y TELEDINÁMICA³.

CUARTO: Que dentro de la actuación radicada con el número 11-10624, los días 13 de octubre de 2011 y 30 de noviembre de 2011 esta Superintendencia realizó las visitas administrativas a la instalaciones de TELMEX COLOMBIA S.A. (en adelante TELMEX), y una visita administrativa el 15 de diciembre de 2011 a las instalaciones de TÉCNICAS EN INVENTARIOS Y ALMACENAMIENTOS LTDA. (TIAL), por ser la empresa encargada del almacenamiento de la documentación de TELMEX.

¹ Ley 1340 de 2009, artículo 6.

² Decreto 4886 de 2011, numeral 6 del artículo 3 del.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Decisión del 7 de julio de 2011, Expediente No. 2011-00026.

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

QUINTO: Que en atención a lo dispuesto por los numerales 2 y 10 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011⁴, mediante oficio radicado con el No.11-10624-21 del 14 de marzo de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó al representante legal de **TELMEX**, rendir las explicaciones que estimara pertinentes y aportar o solicitar las pruebas que pretendiera hacer valer dentro de la actuación iniciada por el presunto incumplimiento de los condicionamientos impuestos mediante Resolución CNTV No.1071 de 2008⁵. Para tal efecto se concedió un plazo que vencía el 18 de abril de 2012.

SEXTO: Que dentro del término concedido para presentar la solicitud de explicaciones, **TELMEX** radicó las explicaciones y allegó las pruebas que consideró pertinentes. Las explicaciones fueron recibidas en esta Entidad el 18 de abril de 2012, mediante escrito radicado con el No. 11-10624-22.

SÉPTIMO: Que mediante la Resolución No. 42221 del 5 de julio de 2012, se decretaron las siguientes pruebas dentro de la presente actuación.

7.1 A SOLICITUD DE TELMEX COLOMBIA

7.1.1 Documentales

Se tuvo como prueba los documentos aportados al expediente mediante escrito radicado con el número 11-10624-22-1 de fecha 18 de abril de 2012, obrantes en el expediente radicado con el número 11-10624.

7.2 PRUEBAS DE OFICIO

7.2.2 Documentales

Se tuvo como prueba los documentos aportados al expediente radicado con el número 11-10624 durante el seguimiento de los condicionamientos previstos en la Resolución CNTV No.1071 de 2008.

7.2.3 Testimoniales

7.2.3.1 Se decretó de oficio el testimonio del señor **ÁLVARO DÍAZ RAMÍREZ**, en su calidad de auditor de la firma DELOITTE, firma encargada por la CNTV de realizar la auditoría de los condicionamientos impuestos a **TELMEX** en la Resolución CNTV No. 1071 de 2008, para efectos de realizar una exposición de los informes de auditoría presentados por **DELLOITTE** sobre los condicionamientos impuestos a **TELMEX COLOMBIA S.A.**

⁴Decreto 4886 de 2011. "Velar por el cumplimiento de las normas y leyes vigentes y proponer nuevas disposiciones." Y "iniciar e instruir los trámites de solicitud de explicaciones por el presunto incumplimiento de las obligaciones derivadas de la aceptación de garantías y aquellas que tengan como fundamento la aprobación de una integración sometida a condicionamientos."

⁵Decreto 4886 de 2011.

"Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción"

La Diligencia se llevó a cabo en las instalaciones de esta Superintendencia de Industria y Comercio, el 13 de julio de 2012.

OCTAVO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, así como en el numeral 4 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, y teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, procede esta Superintendencia a establecer si TELMEX cumplió con los condicionamientos impartidos por la CNTV en la Resolución No. 1071 de 2008.

8.1 FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO EN MATERIA DE PRÁCTICAS COMERCIALES RESTRICTIVAS

Con la expedición del Decreto 4886 de 2011, se señalaron las facultades y funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio indicando, entre otras, en el numeral 2 del artículo 1, la de velar por las disposiciones en materia de competencia en los mercados nacionales, como Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.

Esta facultad fue confirmada mediante concepto emitido por la sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que decidió el conflicto de competencia iniciado con la Comisión Nacional de Televisión para la verificación del cumplimiento de los condicionamientos impuestos por la Resolución CNTV No.1071 de 2008.

8.2 FACULTADES PARA IMPONER SANCIONES POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONAMIENTOS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra facultada para imponer sanciones por la *"violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones(...)"*.

De igual manera, el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, faculta al Superintendente de Industria y Comercio para imponer este tipo de sanciones, en los siguientes términos:

"Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan".

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

Respecto a la norma anterior la Corte Constitucional en la Sentencia C-228 de 2010 se pronunció señalando lo siguiente:

“(...) una de las características del derecho administrativo sancionador es la posibilidad de establecer, por parte del legislador, conductas a partir de proposiciones normativas amplias y genéricas, susceptibles de concretarse por la autoridad que ejerce la potestad de control. Basta entonces que el legislador establezca la conducta genérica objeto de reproche administrativo, pudiéndose delegar a la entidad que ejerce la función de inspección, vigilancia y control la posibilidad de definir el contenido concreto del tipo sancionable, dentro del marco de referencia previsto por la ley (...)”

Así pues, con fundamento en lo anterior, esta Entidad podrá, entre otras facultades, sancionar a cualquier persona que incumpla los condicionamientos impuestos dentro de los trámites de aprobación de integraciones empresariales, en el presente caso, los condicionamientos establecidos por la Comisión Nacional de Televisión.

Ahora, para efectos de lo anterior, es pertinente tener en cuenta que tal y como lo reconoce el CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y DE SERVICIO CIVIL⁶, la Ley 1340 de 2009.

*“modificó parcialmente el régimen sancionatorio previsto para el incumplimiento de materia de competencia, que se encuentra establecido en el Título V de la misma ley 1340 (de 2009), señalando en el inciso primero que la sanción se puede imponer “por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitud de información órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o **las derivadas de su aprobación bajo condiciones** o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías”(…).*

*De las disposiciones citadas se evidencia que el legislador estableció una **única autoridad para conocer de las investigaciones administrativas relacionadas con posibles incumplimientos de las condiciones impuestas para autorizar operaciones de integración empresarial, que es la Superintendencia de Industria y Comercio**; y también asignó a esa única autoridad la decisión de reversar la operación de integración empresarial, si se demuestran tales incumplimientos” (negrilla fuera de texto)*

Lo anterior tiene como consecuencia que para efectos del régimen aplicable para la violación de condicionamientos establecidos dentro de las operaciones de integración se seguirá la Ley 1340 de 2009.

8.3 DEL CASO CONCRETO

8.3.1 De los condicionamientos impuestos por la CNTV

⁶Decisión del 7 de julio de 2011, Radicado No. 11001-03-06-000-2011-00026-00.

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

Mediante la Resolución CNTV No. 1071 de 2008, esa Entidad teniendo presente la participación en el mercado nacional⁷ del concesionario de televisión por suscripción TELMEX HOGAR S.A. (hoy TELMEX COLOMBIA S.A.), aprobó su integración con la sociedad TELEDINÁMICA S.A., sujetándola al cumplimiento de las obligaciones impuestas mediante el artículo segundo de la citada resolución. Dentro de dichas obligaciones se encuentran el inciso 2 numeral 1 artículo 2 sobre el envío de los estados financieros trimestrales se dispuso que TELMEX:

“Deberá enviar a la Comisión Nacional de Televisión, en forma física y en medio magnético, en formato computable con Acces (sic), los estados financieros trimestrales detallados a 6 dígitos del PUC, en los cuales se refleje separadamente y para cada partida el resultado contable de la explotación de la concesión del servicio de televisión por suscripción.”

Y sobre las cláusulas de permanencia mínima el inciso 5 numeral 1 del mismo artículo:

“No podrá pactar ni hacer efectivas las cláusulas de permanencia mínima ni de prórroga automática en los contratos con sus suscriptores, lo cual deberá acreditar en cada informe trimestral de cumplimiento de los presentes condicionamientos.”

No obstante lo anterior, mediante radicado 11-10624-0 la CNTV da alcance a esta Superintendencia del posible incumplimiento de los condicionamientos, tras la presentación de quejas relativas al injustificado cobro de cláusulas de permanencia mínima frente al Grupo de Protección al Usuario de esa Entidad. Adicionalmente, dentro de las labores de verificación realizadas por esta Superintendencia, se encontraron indicios del presunto incumplimiento de estos dos condicionamientos, por lo que se procedió a realizar la solicitud de explicaciones.

8.3.2 La Solicitud de Explicaciones y su análisis

Mediante escrito radicado con el No. 11-10624-21 del 14 de marzo de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia solicitó a TELMEX las explicaciones correspondientes al presunto incumplimiento del condicionamiento establecido por la CNTV sobre la presentación de la información financiera que reflejara el resultado contable para la explotación de la concesión del servicio de televisión por suscripción, y frente a la prohibición de pactar y hacer efectivas las cláusulas de permanencia mínima para el servicio de televisión por suscripción.

⁷58.01% con datos a 30 de marzo de 2008. CNTV.

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

A continuación estudiaremos el incumplimiento de algunos de los condicionamientos que fueron establecidos a TELMEX mediante la Resolución CNTV No.1071 de 2008.

8.3.2.1 Frente a la presentación de la información financiera

Frente a la presentación de la información financiera, TELMEX señaló en las explicaciones, que la sociedad cumplió efectivamente este condicionamiento, en la medida que sus estados financieros fueron enviados trimestrales detallados a 6 dígitos del PUC y agrega que lo referente al costo de ventas:

“Telmex desagregó la información a 8 dígitos, de manera que fuera posible determinar los costos directos asociados a cada una de las actividades a las que se dedica Telmex, incluyendo la televisión por suscripción”⁸.

Adicionalmente, TELMEX dentro de su escrito de explicaciones, incluye un experticio técnico-contable que concluye entre otras cosas:

“PRIMERA: En mi criterio profesional, para cumplir con la exigencia sobre el envío periódico de la información contable, contenida en la Resolución 1071 de la Comisión Nacional de Televisión, TELMEX tenía que extraer de su contabilidad los saldos de todas las cuentas contables al final de cada trimestre, desagregadas a nivel de subcuentas, es decir a seis dígitos, y remitirlos a través de los medios exigidos por la CNTV, como efectivamente ocurrió.

SEGUNDA: De acuerdo con la forma como está estructurado el Plan Único de Cuentas del sector real, la desagregación a nivel de subcuentas permite conocer los elementos básicos de los resultados del negocio o actividad, es decir: los ingresos operacionales, los gastos operacionales y los costos de ventas o prestación de servicios.

TERCERA: En mi criterio profesional, el condicionamiento sobre información contable contenido en la Resolución N° 1071 de 2008, expedida por la CNTV, no implica la obligación de preparar estados financieros especiales para mostrar los resultados del servicio de televisión por suscripción⁹.

Luego de realizar una revisión de la información que obra en el expediente, se advierte el incumplimiento del condicionamiento establecido en la Resolución CNTV No. 1071 de 2008, relativo a la forma como debía realizarse el envío de los estados financieros en cuanto debían reflejar, para cada partida, el resultado de la explotación del servicio de televisión por suscripción.

⁸Expediente 11-010624, Radicado 11-10624-22 Folio 1919.

⁹Expediente 11-010624, Radicado 11-10624-22 Folio 1932

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

Si bien es cierto que TELMEX cumplió con la remisión oportuna de la información requerida por la CNTV en la Resolución No. 1071 de 2008, es preciso señalar que no se cumplió con la forma en la que debía enviarse tal información. Al respecto, se encuentra que en los informes trimestrales de auditoría que presentó Deloitte a la CNTV, actuando en su calidad de auditor externo, advirtió sobre el incumplimiento señalando que si bien TELMEX allegó los documentos contables oportunamente, la información aportada no reflejaba *“separadamente y para cada partida el resultado contable de la explotación de la concesión del servicio de televisión por suscripción”*¹⁰.

Frente a este particular, en testimonio rendido el 13 de julio de 2012, el señor ÁLVARO RÍOS RAMÍREZ, socio de Deloitte quien presentó los informes ante la CNTV, afirmó, que la metodología utilizada para la auditoría de los condicionamientos fue avalada por la Autoridad de Televisión y con base en ella se realizó la verificación de los condicionamientos impuestos por la Resolución CNTV No.1071 de 2008, precisando:

*“(…) para el caso en concreto, nosotros nos basamos en técnicas o en métodos utilizados de costeo que permitieran verificar que de acuerdo a esa técnica generalmente reconocida se aplicaba o fuera aplicada de manera general por la compañía. Nosotros llegamos a la conclusión que a la comparación realizada frente a ese criterio de carácter técnico frente a lo que hacía la sociedad, no cumplía con lo que estaba planteado y frente al requerimiento y como así consta nuestra posición en el informe correspondiente”*¹¹.

En la misma diligencia, también el señor RÍOS se pronunció acerca de la posibilidad de realizar los ajustes contables para cumplir el condicionamiento así:

“Despacho: *¿Dentro de su conocimiento, para efectos de dar cumplimiento al condicionamiento, podría Telmex haber cambiado sus metodologías para ajustarse a lo definido por la Comisión?*

A.R.: *Pues era un requerimiento que le pedía la comisión.*

Despacho: *¿Es técnicamente o contablemente es posible realizar estos cambios?*

A.R.: *Sí, como yo le digo posiblemente si (…)*¹².

Así entonces, con los informes presentados por la firma auditora, se evidenció que la forma en la que TELMEX presentó la información financiera no coincidía con las especificaciones dadas por la CNTV; en consecuencia, con la información suministrada no fue posible verificar para cada partida, el resultado de la explotación del servicio de televisión por suscripción.

¹⁰ Expediente 11-010624, Radicado 11-10624-12 CD 1 Folio 1143 y Folios 1490, 1507 y 1587.

¹¹ Expediente 11-10624. Radicado 11-10624-22. Folio 1955.

¹² Expediente 11-10624. Radicado 11-10624-22. Folio 1955.

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

La intención que la CNTV tuvo al imponer este condicionamiento fue la de realizar una supervisión sobre los ingresos y costos que la explotación del servicio de televisión por suscripción le generaba a TELMEX. Sin embargo, y dado que no fue posible realizar esta verificación, no se cumplió con la finalidad de este condicionamiento.

En efecto, es preciso aclarar que la situación que se reprocha en la presente actuación, no se centra en el cumplimiento de los tiempos establecidos para la remisión de la información contable por parte de TELMEX, es decir, no se está discutiendo su presentación oportuna. El reproche en particular, se centra en la presentación de los datos contables; en la forma como fue entregada la información, por cuanto tal como se presentó no fue posible hacer un seguimiento real y objetivo de los costos de la explotación de la concesión otorgada por la CNTV, aún cuando era posible y exigible dicha obligación.

8.3.2.2 Frente a las cláusulas de permanencia mínima (CPM)

En desarrollo de la visita del 15 de diciembre de 2011 a las instalaciones de TÉCNICAS EN INVENTARIOS Y ALMACENAMIENTO LTDA – TIAL, empresa encargada del manejo de la documentación de TELMEX, se realizó un muestreo aleatorio de contratos suscritos por la sociedad TELMEX con suscriptores de servicios de Televisión.

Los contratos analizados, correspondientes al periodo 2009 a 2010, son contratos pre-formato en los que, en algunos casos, se incluye un ANEXO DE COMPROMISO DE PERMANENCIA MÍNIMA Y/O ACEPTACIÓN DE PLAZO DE INSTALACIÓN.

El encabezado de dicho anexo es el siguiente:

TELMEX TELECOMUNICACIONES S.A. ESP NIT. No. 830140108-8 TELEFONIA LOCAL - TPBCL <input checked="" type="checkbox"/>	TELMEX COLOMBIA S.A. NIT. No. 830.053.800-4 SERVICIO DE INTERNET BANDA ANCHA <input checked="" type="checkbox"/> SERVICIO DE TELEVISION POR SUSCRIPCION <input checked="" type="checkbox"/>	
CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES ANEXO DE COMPROMISO DE PERMANENCIA MÍNIMA Y/O ACEPTACIÓN PLAZO DE INSTALACIÓN		
EL PRESENTE ANEXO INCLUYE CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, PRÓRROGA AUTOMÁTICA Y EFECTOS POR TERMINACIÓN ANTICIPADA, Y/O PLAZO DE INSTALACIÓN Y PROVISIÓN DEL SERVICIO, UNA VEZ HAYAN SIDO ACEPTADAS EXPRESAMENTE POR EL SUSCRIPTOR, LO VINCULAN DE ACUERDO CON LAS CONDICIONES PREVISTAS EN EL PRESENTE ANEXO		
CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA, PRÓRROGA AUTOMÁTICA Y EFECTOS POR TERMINACIÓN ANTICIPADA <input checked="" type="checkbox"/>	PLAZO DE INSTALACIÓN Y PROVISIÓN DEL SERVICIO <input type="checkbox"/>	

Dentro del texto de dicho documento aparecen las siguientes cláusulas

“3- Cláusula de Permanencia Mínima, En razón a que TELMEX está subsidiando el cargo de conexión y/u otorgando un descuento sobre la tarifa de los SERVICIO(S) o PAQUETE contratado, el suscriptor se obliga a no terminar anticipadamente la relación contractual que se ha generado en virtud del presente contrato, el SUSCRIPTOR se obliga a no terminar anticipadamente la relación contractual que se

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~3~~ - 53296 DE 2012 Hoja N° 9

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

ha generado en virtud del presente anexo durante el primer año de servicio contado a partir de la fecha indicada en la cláusula anterior.

4- Efectos de la Terminación Anticipada del Contrato: *En el evento en que el SUSCRIPUTOR decida terminar en forma unilateral o anticipada el(los) presentes contratos dentro del primer año de permanencia mínima estipulada, deberá presentar una solicitud escrita firmada por éste con fotocopia de la cédula y radicarla en cualquier de los puntos de atención definidos por TELMEX, Igualmente se debe proceder a cancelar a TELMEX dentro del plazo indicado en la factura que se emita, los valores que con ocasión de las tarifas especiales, financiamientos o subsidios deberá pagar el SUSCRIPUTOR, señalados en la siguiente tabla, para cada uno de los servicios, dependiendo del mes en que el suscriptor de por terminado el contrato durante el periodo de permanencia. Adicionalmente deberá pagar lo valores adeudados de cada contrato, hasta la fecha de terminación anticipada*

VALORES A PAGAR POR TERMINACION ANTICIPADA													
Servicio	12	11	10	9	8	7	6	5	4	3	2	1	0
Televisión*	\$360.000	\$360000	\$300.000	\$270000	\$240000	\$210000	\$180000	\$150000	\$120000	\$90000	\$60000	\$30000	\$0
Internet	\$420.000	\$420000	\$350000	\$315000	\$280000	\$245000	\$210000	\$175000	\$140000	\$105000	\$70000	\$35000	\$0
Telefonía	\$420.000	\$420000	\$350000	\$315000	\$280000	\$245000	\$210000	\$175000	\$140000	\$105000	\$70000	\$35000	\$0
A partir de 3 Línea Telefónica	\$336.000	\$336000	\$280000	\$252000	\$224000	\$196000	\$168000	\$140000	\$112000	\$84000	\$56000	\$28000	\$0

**Excepto Barranquilla*

PARAGRAFO 1: *Si la terminación anticipada del (los) contratos(s) es imputable a TELMEX, no se generarán los efectos indicados en el presente anexo. **PARAGRAFO 2.** No se generarán los efectos indicados en el presente anexo, cuando la solicitud de terminación efectuada por el SUSCRIPUTOR dentro de un proceso de insolvencia, liquidación voluntaria, judicial u obligatoria, para lo cual el SUSCRIPUTOR deberá acompañar su(s) solicitud(es) de terminación anticipada presentada(s) a TELMEX, de los documentos en que conste la iniciación del proceso de insolvencia o liquidatorio. **PARÁGRAFO 3.** En caso de dar anticipadamente por terminado uno de los varios servicios incluidos dentro del PAQUETE, se aplicará igualmente lo señalado en la tabla anterior. **PARAGRAFO 4.** En el caso indicado en el parágrafo anterior, TELMEX podrá, por una parte, reajustar a la tarifa plena vigente, el valor del servicio que no termina, continuando para dicho servicio la obligatoriedad de permanencia mínima hasta completar el año inicial o por la otra, no reajustar la tarifa pero iniciando el periodo de permanencia mínima para tal servicio”¹³.*

A modo de ejemplo, se hace una relación de algunos de los contratos encontrados que poseen cláusulas de permanencia pactadas.

No Contrato	Fecha de Firma	Ciudad	Folio Expediente
4706497	31/08/2010	Bogotá	1912
4587370	22/07/2010	Ibagué	1912
4537641	29/05/2010	Envigado	1912

¹³Expediente 11-10624. Radicado 11-10624-20. Folio 1912.

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

No Contrato	Fecha de Firma	Ciudad	Folio Expediente
4537111	19/06/2010	Medellín	1912
4464637	08/06/2010	Manizales	1912
4459877	28/04/2010	Medellín	1912
4458648	27/04/2010	Floridablanca	1912
4917846	18/05/2010	Bogotá	1912
4380819	29/04/2010	Bogotá	1912
4373865	24/04/2010	Bogotá	1912
4371393	28/08/2010	Bogotá	1912
4361200	22/04/2010	Bogotá	1912
4131460	26/03/2010	Barranquilla	1902
4249476	10/04/2010	Barranquilla	1902

De acuerdo con las explicaciones rendidas por TELMEX, la inclusión y aplicación de cláusulas de permanencia mínima se justifica en tanto, en virtud del mercado geográfico que tenía TELEDINÁMICA, su inaplicación únicamente recaía sobre la ciudad de Barranquilla. Este criterio es soportado en un concepto jurídico redactado por la firma de auditoría Deloitte, que se aporta con la respuesta a la solicitud de explicaciones. Adicionalmente, en las explicaciones, se reconoce la aplicación de dichas cláusulas en la ciudad de Barranquilla *“por errores operativos del sistema”*¹⁴, aclarando que de estos errores, 6 clientes pagaron la multa y que el monto les será devuelto.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta lo señalado por el señor ÁLVARO RÍOS RÁMIREZ, socio de Deloitte, durante el testimonio realizado el 13 de julio de 2012:

“Es una opinión independiente, dada por un tercero frente a un alcance de un acto solicitado, y como no somos titulados sus informes deben ser remitidos ante la Comisión Nacional de Televisión para que ellos verifiquen si se está cumpliendo o no los requisitos o unas obligaciones emanadas de un contrato o de una resolución (...).”

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera, en primera instancia, que el concepto emitido por Deloitte y aportado con la respuesta de TELMEX a la solicitud de explicaciones, no tiene la capacidad de aclarar o modificar un acto administrativo expedido por la CNTV, pues en caso de que hubiera lugar a hacerlo, es la entidad pública, en ejercicio de sus funciones, la que determina el alcance de los condicionamientos impuestos a TELMEX y la forma como los mismos deben cumplirse. Los conceptos de entidades privadas, si bien pueden generar responsabilidad entre las mismas no son vinculantes para las entidades públicas, más aún cuando la CNTV, entidad competente para definir el alcance de

¹⁴Expediente 11-10624. Radicado 11-10624-22. Folio 1923.

RESOLUCIÓN NÚMERO **53296** DE 2012 Hoja N°. 11

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

los condicionamientos, mediante memorando 20092500075373 se pronunció de la siguiente manera:

“Esta oficina le informa que el ámbito geográfico de aplicación del condicionamiento es en todo el territorio nacional, en tanto el objetivo de dicho condicionamiento es evitar que pacten o hagan efectivas cláusulas de permanencia mínima y de prórroga automática en los contratos para todos los usuarios del operador integrado, tanto en el territorio donde el operador TELEDINÁMICA S.A., prestaba servicio de televisión por suscripción, es decir, la ciudad de Barranquilla, como en los demás municipios donde TELMEX HOGAR S.A., presta este servicio”¹⁵.

En segundo lugar, se observa que, bajo el radicado No. 11-10624-17, TELMEX aportó en CD, como complemento de la información solicitada en la visita, un archivo de Excel en el cual aparecen las cuentas de usuarios que durante 2009 y 2010 tomaron el servicio de televisión por suscripción y terminaron su contrato en menos de un año, especificando lo siguiente:

- *“Una columna que determine si el usuario tuvo cobro por cláusula de permanencia mínima.*
- *Una columna que determine el valor del cobro*
- *Una columna que indique el valor de la nota a crédito si se efectuó”¹⁶.*

A continuación se presenta un fragmento extraído de dicho documento con el fin de mostrar el formato y la información contenida en el cuadro.

WTACCT	NOMBRE PRODUCTO	FECHA CANCELACION	Fecha_Venta	Cargos	Créditos	Por Concepto de CPM	Comunidad
10216554	TV	15/10/2010	14/11/2009	0	0	No	BOG
10227528	TV	09/11/2010	15/12/2009	65000	0	Si	BOG
10260792	TV	18/01/2010	09/06/2009	0	0	No	BOG
10326577	TV	09/03/2010	11/05/2009	0	0	No	BOG
10332260	TV	18/05/2010	26/09/2009	50000	0	Si	BOG

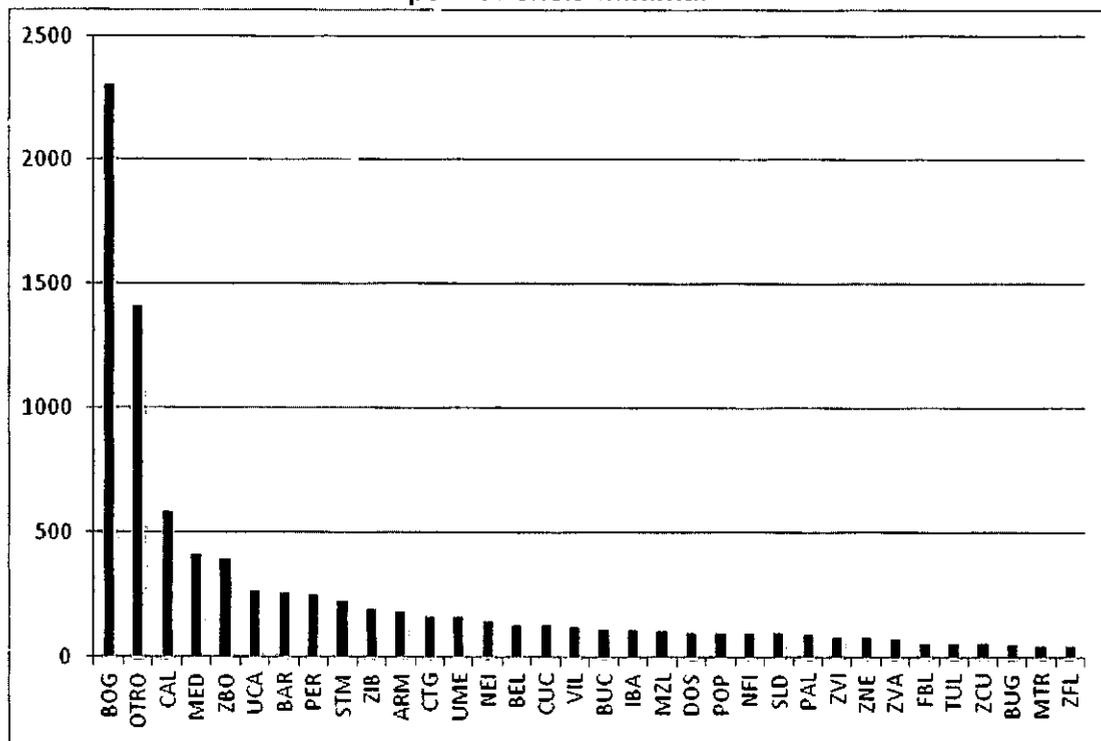
De acuerdo con esta información, este Despacho encontró que en todo el país, bajo las condiciones descritas, fueron cobradas 10.916 sanciones por concepto de CPM de un total de 38.048 cuentas que, durante el término de vigencia de los condicionamientos, iniciaron y terminaron su contrato en un período inferior a un año. Estas 10.916 cuentas se distribuyen geográficamente de la siguiente manera:

¹⁵ Expediente 11-10624. Radicado 11-10624-17. Folio 164. Respuesta a la pregunta: “¿Cuál es el ámbito geográfico de la condición impuesta a TELMEX HOGAR S.A., por la resolución 1071 del 4 de septiembre de 2008, es decir, dicho condicionamiento se predica de la totalidad de contratos suscritos o por suscribir en el territorio nacional, o solo aquellos localizados en la ciudad de Barranquilla?”

¹⁶ Expediente 11-10624. Radicado 11-10624-17. Folio 1802.

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

Gráfico 1: Distribución geográfica de los cobros por concepto de la cláusula de permanencia mínima.



Fuente: Radicado 11-10624-17. CD Anexo 1

El anterior gráfico en su eje vertical indica la cantidad de veces que TELMEX como proveedor del servicio de televisión por suscripción, hizo efectivas cláusulas de permanencia mínima. La mayor cantidad de cobros durante el período de enero de 2009 a septiembre de 2010, ocurrió en Bogotá con 2.310 cobros. La categoría "OTRO" agrupa todas aquellas poblaciones en las cuales se registraron menos de 50 cobros. Adicionalmente, los documentos entregados por la Empresa contradicen las explicaciones presentadas por la misma frente a los cobros realizados en la ciudad de Barranquilla.

Con base en el mismo documento, también se encontró que el total recaudado por concepto de CPM en el país fue de \$1.540.158.941 pesos sobre los contratos suscritos desde enero de 2009 hasta septiembre de 2010, período que no cubre la totalidad del tiempo de vigencia de los condicionamientos que iniciaba en septiembre de 2008. Es así como se evidencia que la intención de la CNTV de restringir al concesionario, al pactar y hacer efectivas cláusulas de permanencia mínima para todos quienes contrataron el servicio de televisión por suscripción con TELMEX, no se cumplió ni siquiera en la ciudad de Barranquilla.

8.4 DE LA SANCIÓN

Como ya se explicó en el considerando 8.2, la Ley 1340 de 2009 es la normatividad vigente y aplicable para la determinación de la sanción. Sobre esta base, con el fin de aplicar un criterio claro de dosimetría y con el fin de graduar

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

apropiadamente la sanción aplicable a TELMEX, es necesario analizar los criterios establecidos en el artículo 25 de la misma Ley.

8.4.1 Del beneficio obtenido por el afectado y del impacto de la conducta

El cobro de cláusulas de permanencia mínima por parte de TELMEX a sus usuarios en el territorio nacional, como ya se mencionó, obedeció a más de mil quinientos cuarenta millones de pesos. Asimismo, es importante recalcar que la conducta de TELMEX frente a este condicionamiento, no solo genera una fuente de recursos líquidos, sino que más importante aún, causa un efecto de retención de los clientes que desistieron de su intención de cambiar de proveedor del servicio de televisión por suscripción, como consecuencia del sobre costo que les implicaba la libre elección de un proveedor diferente a TELMEX.

Es claro así, que al incumplir la obligación de no pactar ni hacer efectivas CPM, el beneficio de TELMEX es significativamente superior a la cantidad de dinero recolectada por hacerlas efectivas y que el impacto de la conducta es la afectación que tuvo dicha medida sobre el mercado de televisión por suscripción a nivel nacional.

8.4.2 De la conducta procesal del investigado

Teniendo en cuenta que TELMEX dio respuesta a todos los requerimientos de la Entidad, y atendió debidamente las visitas realizadas por la misma, puede considerarse que la Empresa tuvo un comportamiento procesal óptimo y no incurrió en circunstancias agravantes de la conducta.

8.4.3 De la cuota de mercado de la empresa infractora y de sus activos involucrados en la infracción

La cuota de mercado de la infractora, según determinó la CNTV para marzo de 2008 era 58,01%, cifra importante considerando que la infracción cometida implicaba una baja movilidad de los usuarios. Por otra parte, tal como quedó expuesto anteriormente, no es posible determinar el porcentaje de participación de los activos de TELMEX correspondientes a la prestación del servicio de televisión por suscripción que se involucraron en la realización de las conductas aquí investigadas, puesto que dentro de la información presentada no se reflejó el resultado contable de la explotación de la concesión del servicio de televisión por suscripción; en consecuencia, no se podrá considerar este criterio para la graduación de la presente sanción.

8.4.4 Del patrimonio del infractor

Según la información reportada a la Superintendencia de Sociedades, la sociedad TELMEX COLOMBIA S.A. con corte de diciembre de 2011 contaba con un patrimonio de \$1.867.669.211.000 y unos ingresos operacionales correspondientes a \$3.901.471.154.000.

RESOLUCIÓN NÚMERO 27-53296 DE 2012 Hoja N°. 14

“Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción”

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal que obra en el expediente se estableció que el señor MAURICIO ESCOBEDO VÁSQUEZ desempeña el cargo de gerente de TELMEX COLOMBIA; sin embargo, no obra en el expediente prueba que lo relacione con la ejecución o autorización de la conductas que se sanciona en la presente decisión.

Con base en lo anteriormente señalado, esta Superintendencia considera sancionable la conducta realizada por TELMEX al incumplir los condicionamientos establecidos por la Comisión Nacional de Televisión, hoy Agencia Nacional de Televisión, mediante la Resolución No. 1071 de 2008.

NOVENO: Que teniendo en cuenta lo expuesto en el considerando octavo, en lo referente a que la sanción máxima aplicable no es la única medida a tomar para el restablecimiento de los daños causados como consecuencia del incumplimiento de los condicionamientos por parte de TELMEX, esta Superintendencia considera pertinente impartir instrucciones de acuerdo con las funciones otorgadas mediante el numerales 6 y 61 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, encaminadas a alcanzar los propósitos establecidos en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento de los condicionamientos impuestos por la Comisión Nacional de Televisión mediante la Resolución No 1071 del 4 de septiembre de 2008.

ARTÍCULO SEGUNDO: ORDENAR a la empresa TELMEX COLOMBIA S.A. identificada con el NIT. 830.053.800 la devolución del dinero obtenido mediante el cobro de cláusulas de permanencia mínima, con el ajuste de la inflación a precios de 2012, a todos los suscriptores del servicio de televisión por suscripción a los que les fue cobrado este concepto durante el periodo de vigencia de los condicionamientos impuestos por la Resolución CNTV No. 1071 de 2008. Para tal efecto, TELMEX COLOMBIA S.A. remitirá dentro de los quince días siguientes a la notificación de la presente Resolución, una certificación del Revisor Fiscal donde conste el listado de todas las personas a las que TELMEX COLOMBIA S.A. les cobró dicha cláusula de permanencia.

ARTÍCULO TERCERO: SOLICITAR a la sociedad TELMEX COLOMBIA S.A. la remisión mensual de un informe, suscrito por el representante legal y debidamente auditado, en el que se detalle la cantidad de personas a las que les ha sido devuelto el dinero y el monto devuelto en los términos del artículo primero de esta Resolución, hasta que se entienda cumplida la obligación.

ARTÍCULO CAURTO: ORDENAR la publicación del contenido resolutivo del presente Acto Administrativo en un diario de amplia circulación nacional en un

RESOLUCIÓN NÚMERO **EE-53296** DE 2012 Hoja N°. 15

"Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción"

término inferior a un mes contado desde la ejecutoria del acto y mantener esta publicación en la página web, blogs y perfiles de redes sociales controlados por la sociedad TELMEX COLOMBIA S.A. La publicación deberá contener adicionalmente información sobre el procedimiento que realizará la sociedad para dar cumplimiento al artículo primero, así como la información de contacto en caso de requerir mayor información.

Parágrafo: El contenido del texto publicado deberá contar con la previa aprobación de esta Superintendencia.

ARTÍCULO QUINTO: IMPONER a la empresa TELMEX COLOMBIA S.A. con el NIT. 830.053.800, una multa de VEINTIUN MIL SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (21.000), por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

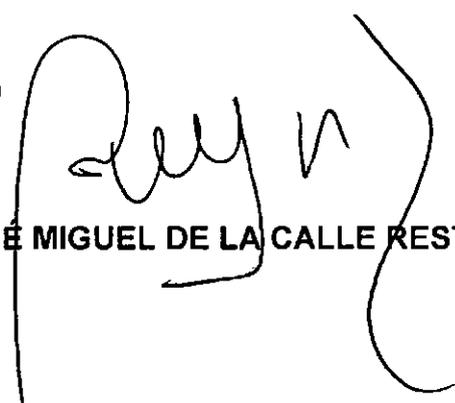
ARTÍCULO SEXTO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, cuenta corriente N° 062-754387, formato de recaudo nacional, código de referencia para el pago (03), a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio, y acreditarse ante la ventanilla de recaudos de esta Superintendencia, 3er. piso mediante presentación del original de dicha consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la ejecutoria de la resolución. El no pago de la multa dentro del plazo indicado genera intereses moratorios del 12% anual y el inicio de las acciones de cobro coactivo.

ARTÍCULO SÉPTIMO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **MAURICIO ESCOBEDO VÁSQUEZ** identificado con la Cédula de Extranjería Número 393.385, representante legal de **TELMEX**, o quien haga sus veces, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición el cual puede interponerse ante el Superintendente de Industria y Comercio dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **03 SEP 2012**

El Superintendente de Industria y Comercio


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

NOTIFICACIONES:

RESOLUCIÓN NÚMERO 53296 DE 2012 Hoja N°. 16

"Por la cual se verifica el cumplimiento de un condicionamiento impuesto a efectos de autorizar una operación de integración empresarial, se declara su incumplimiento y se impone una sanción"

Señor:

MAURICIO ESCOBEDO VÁSQUEZ

Gerente General.

TELMEX COLOMBIA S.A.

Carrera 7 No. 63-44

Teléfono: 2820058-2810707.

Correo Electrónico: Isaac.garcia@telmex.com

Proyectó: Carlos Felipe Dovale

Revisó: Melba Castro 

Aprobó: Carlos Pablo Márquez 