



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

RESOLUCIÓN NÚMERO № - 7 6 7 6 DE 2017

(27 FEB 2017)

Radicación: 13-277605

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD-HOC

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013³, confirmada mediante la Resolución No. 66934 del 19 de noviembre de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco de la investigación radicada con el No. 11-137485, sancionó a **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** (en adelante **COMCEL**) por infringir lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) al realizar prácticas tendientes a limitar la libre competencia; y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abusar de su posición dominante por obstruir el acceso de terceros a canales de comercialización).

SEGUNDO: Que en el **ARTÍCULO CUARTO** de la mencionada Resolución No. 53403 de 2013, se ordenó lo siguiente:

"ARTÍCULO CUARTO: REMITIR copia de la presente Resolución a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia, con el fin de que evalúe si existe mérito suficiente para iniciar una averiguación preliminar contra JUAN CARLOS ARCHILA CABAL e HILDA MARÍA PARDO HASCHE, por haber presuntamente incurrido en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el sentido de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las infracciones que se sancionan en el presente acto administrativo."

TERCERO: Que en virtud de la anterior remisión, y luego de incorporar al expediente de la presente investigación copia auténtica certificada del expediente radicado con el No. 11-137485 y realizar el correspondiente análisis, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura"), mediante la Resolución No. 42871 del 11 de julio de 2014⁴, abrió una investigación y formuló Pliego de Cargos contra:

(i) **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** (Presidente de **COMCEL** para la época de los hechos), con el fin de determinar si incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las dos (2) conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia por las cuales resultó sancionado **COMCEL** mediante la mencionada Resolución No. 53403 de 2013, esto es, por la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) al realizar prácticas tendientes a

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ Folio 3 al 128 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Cuando en la presente actuación se haga referencia al "Expediente" el mismo corresponde al Radicado con No. 13-277605.

⁴ Folios 189 a 214 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

limitar la libre competencia (abultamiento de cifras); y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abusar de su posición dominante por obstruir el acceso de terceros a canales de comercialización) consistente en la obstrucción del desbloqueo de bandas.

(ii) **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** (Vicepresidenta Jurídica y de Asuntos Corporativos de **COMCEL** para la época de los hechos) con el fin de determinar si incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta violatoria del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (abusar de su posición dominante por obstruir el acceso de terceros a canales de comercialización) consistente en la obstrucción del desbloqueo de bandas por la que resultó sancionado **COMCEL**.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas⁵, la Delegatura resolvió la nulidades propuestas por los investigados y decretó de oficio y a solicitud de los investigados las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para efectos de la investigación administrativa⁶.

QUINTO: Que mediante Decreto 070 de 17 de enero de 2017, se designó al Superintendente de Sociedades, **FRANCISCO HERNANDO REYES VILLAMIZAR**, como Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc, para conocer y decidir sobre todos los asuntos que deba atender en relación con la investigación radicada con el No. 13-277605 que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio contra **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**.

SEXTO: Que culminada la etapa probatoria y practicada la audiencia de descargos prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁷, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio su Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción⁸, en el que recomendó sancionar a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

A continuación se resumen los principales aspectos del Informe Motivado:

(i) En relación con la conducta de obstrucción por bloqueo de bandas

Frente a la responsabilidad de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en relación con la conducta de bloqueo de las bandas de los equipos terminales, la Delegatura, a partir del análisis de las pruebas obrantes en el expediente, tales como correos electrónicos, testimonios y varias quejas de usuarios que se vieron perjudicados por la conducta de **COMCEL** de obstruir el desbloqueo de bandas, concluyó lo siguiente:

- **COMCEL** exigió requisitos adicionales de los estipulados en la regulación para desbloquear los equipos terminales (tales como la exhibición de la factura de compra del kit adquirido en **COMCEL** y la permanencia mínima de 12 meses para los usuarios prepago) y no dar trámite inmediato a dichas solicitudes, en desarrollo de una política empresarial promovida por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y conocida por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**. Esta conducta se convirtió en un obstáculo para aquellos usuarios de telefonía móvil abonados a **COMCEL** que tenían la intención de cambiar de operador, en uso de la Portabilidad Numérica Móvil (PNM).

- Esta política empresarial de **COMCEL**, que fue promovida, tolerada o ejecutada por los investigados, impedía a los operadores receptores competidores de **COMCEL** la prestación de servicio, pues si no se desbloqueaba el equipo terminal era prácticamente imposible, con dicho equipo terminal, acceder a sus redes.

⁵ Decreto 2153 de 1992, artículo 52, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.

⁶ Resolución No. 61240 del 10 de octubre de 2014, (folios 2254 a 2263 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente) y Resolución No. 6626 del 15 de febrero de 2016 (folios 2480 a 2485 del Cuaderno Público No. 11)

⁷ Modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, a su vez modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

⁸ Folios 2936 a 3026 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- El procedimiento reprochado implementado por **COMCEL** fue promovido y conocido por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, sin presentarse por parte de estos ningún cambio, modificación u objeción que permitiera ajustarlos adecuadamente a la libre competencia y a las disposiciones regulatorias que aplicaban en materia de desbloqueo de bandas.

- Contrario de lo ordenado por la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES** (en adelante **CRC**), en desarrollo de una política empresarial que contó con la participación de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, **COMCEL** comercializó con posterioridad al 1 de octubre de 2011 equipos terminales con bandas bloqueadas, circunstancia que, en últimas, limitó la libre competencia económica en el mercado.

Con base en lo anterior, la Delegatura encontró acreditado que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** participaron en la realización de las conductas anticompetitivas relacionadas con el bloqueo de las bandas de los equipos terminales, las cuales fueron objeto de investigación dentro del expediente No. 11-137485 y por las cuales resultó sancionado el agente de mercado **COMCEL**.

(ii) En relación con la conducta de abultamiento de cifras

En cuanto a la responsabilidad de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en su condición de persona natural frente a las conductas relacionadas con el abultamiento de cifras, la cual derivó en la infracción por parte de **COMCEL** del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la Delegatura concluyó lo siguiente:

- **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** conoció y aprobó, junto con su comité comercial, el incentivo destinado a la red de distribución de **COMCEL** con el fin de promover las portaciones *In* hacia ese operador. Este estímulo comercial se implementó con medidas preventivas pero que, sin embargo, careció de las acciones de seguimiento, validación y control que permitieran reducir las potenciales anomalías que finalmente se presentaron con la entrada en vigencia de dicho incentivo.

- **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** tuvo conocimiento desde diciembre de 2011 de la posible práctica fraudulenta realizada por la red de distribución de **COMCEL** con el fin de obtener portaciones *In*, conducta que distorsionó a favor de ese operador las cifras de los procesos de portación en el país. A pesar de que el investigado conoció de las posibles anomalías que se habrían podido estar presentando en la red de distribución de **COMCEL** por distintas fuentes y en diferentes tiempos, las acciones correctivas solo se tomaron varios meses después cuando los resultados netos acumulados de portaciones *In* resultaron superavitarios.

- En **COMCEL** se generaron reportes periódicos de las cifras de portabilidad, en los que se resaltaban en detalle el número de portaciones *In* y las portaciones *Out* que tenían en el mercado y su comportamiento en comparación con la competencia, discriminado por canal de ventas. Esta información, que advertía de la situación que se estaba presentando en el mercado, era compartida con **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**.

Con fundamento en lo anterior, la Delegatura encontró acreditado que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** toleró la realización de las conductas anticompetitivas relacionadas con el abultamiento de cifras de Portabilidad Numérica Móvil en el país, las cuales fueron objeto de investigación dentro del expediente No. 11-137485 y por las cuales resultó sancionado el agente de mercado **COMCEL**.

En consecuencia, la Delegatura recomendó declarar administrativamente responsables y sancionar a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** por incurrir en la responsabilidad descrita en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SÉPTIMO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes dentro del término establecido para tal fin, manifestaron sus observaciones, las cuales se resumen a continuación:

7.1. Argumentos planteados por HILDA MARÍA PARDO HASCHE

- La presente investigación es inoportuna toda vez que se tuvo conocimiento de las conductas que le dieron origen al mismo tiempo que se conocieron las de **COMCEL** y, sin embargo, no fueron

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

objeto de la misma investigación sino de una distinta y posterior. Además, consideraron que en la ley no está contemplada la posibilidad de realizar dos investigaciones separadas con el propósito de analizar conductas relacionadas.

- La responsabilidad de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** está íntimamente ligada con la de **COMCEL**, y por tal motivo ha debido dársele la oportunidad de debatir las pruebas y argumentos que sirvieron de fundamento para la sanción impuesta a dicha empresa, lo cual no fue permitido.
- **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** no tuvo la oportunidad de oponerse a las imputaciones contra **COMCEL** en la investigación radicada con el No. 11-137485, ni pudo aportar pruebas o presentar recursos, toda vez que no fue vinculada en ninguna medida.
- Los cargos por los que se sancionó a **COMCEL** corresponden a normas de protección al consumidor, previstas en la Ley 1341 de 2009 y en la regulación de la **CRC**, que tratan específicamente los temas de portabilidad numérica móvil.
- El numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 no puede aplicarse a **COMCEL**, pues dicha norma está dirigida exclusivamente a Mipymes y tanto **COMCEL** como sus competidores no ostentan tal calidad.

Las conductas por las que se investigó y sancionó a **COMCEL** se basan en muy pocos casos y por lo tanto no puede considerarse que sean significativas o que afectaron la rivalidad en el mercado. Además, dichos casos no se mencionaron en la Resolución de Apertura ni en el Acto de Pruebas y están por fuera del periodo en el que supuestamente ocurrieron los hechos endilgados, el cual fue delimitado en la Resolución de Apertura como el segundo semestre de 2011.

- La misma Superintendencia de Industria y Comercio en varias resoluciones expedidas por la Delegatura de Protección al Consumidor ha señalado que la portabilidad es un tema que corresponde al derecho de los usuarios y en ningún caso al derecho de la competencia.
- La Portabilidad Numérica Móvil no es un canal de comercialización sino un derecho de los usuarios, lo que desvirtúa el supuesto abuso de posición de dominio de **COMCEL**.
- La Resolución de Apertura fue proferida por **GERMÁN BACCA MEDINA**, pese al evidente impedimento en el que se encontraba, por haber sido el funcionario instructor de la investigación contra **COMCEL** por los mismos hechos que ahora se endilgan a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**.
- Se pretermitió la etapa de averiguación preliminar, como lo requieren el artículo 47 del C.P.A.C.A. y el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.
- El traslado de las pruebas del expediente No. 11-137485 es una violación al debido proceso porque no cumplió con el requisito de identidad de las partes establecido en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto dichas pruebas corresponden a una investigación cuyo único investigado fue **COMCEL** y no los acá investigados.
- El traslado de las pruebas superó lo permitido por la ley al pretender incorporar la valoración realizada en el proceso No. 11-137485 adelantado contra **COMCEL**, pues en lugar de valorarlas en la etapa de averiguación preliminar, decidió basarse únicamente en las Resoluciones No. 53403 y 66934 de 2013 para abrir y adelantar la presente investigación.
- El traslado de las pruebas no puede tomarse como una prueba anticipada porque no se configuran los supuestos necesarios para darles a las pruebas practicadas en la investigación contra **COMCEL** el carácter de anticipadas.
- Existe una vulneración del derecho al debido proceso derivado unas citas en el Informe Motivado: *"[p]ara poder revisar las pruebas que ahora cita el Delegado en su informe, tuvimos que gastar horas y horas frente al expediente, consultando varios discos compactos con rutas de archivos interminables. Para ser más claros, sin la cita que hace el Delegado en el informe motivado no hubiésemos podido llegar, nunca, a los archivos precisos de las pruebas (...). Esta situación vulnera claramente el debido proceso y la publicidad de la prueba."*

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- Las quejas de las que trata el Informe Motivado son hechos nuevos no establecidos en la imputación, pues en ella nada se dijo en relación con que el cargo contra **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** era la participación en una política corporativa para no desbloquear equipos ni la exigencia de requisitos adicionales para dicho desbloqueo.
- Las quejas de las que trata el Informe Motivado fueron trasladadas de cuadernos reservados del expediente 11-137485, en el que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** no fue parte ni tercero interviniente y a las que solo tenía acceso **COMCEL**.
- Teniendo en cuenta que la Resolución CRC 3066 de 2011 solo entraría a regir el 1 de octubre de 2011 y que la modificación introducida por la Resolución CRC 3136 de 2011 igualmente entraría a regir en esa misma fecha, debe observarse que las cinco (5) denuncias relacionadas con la sanción a **COMCEL** sobre eventuales demoras u obstáculos en la apertura de bandas de equipos, se formularon con anterioridad a dicha vigencia (agosto y septiembre de 2011), y por lo tanto, no les son aplicables las reglas contenidas en tales disposiciones, es decir, que hasta el 30 de septiembre de 2011 siguió rigiendo lo contemplado en la Resolución CRC 1732 de 2007.
- El correo electrónico enviado por **ANA MARÍA QUINTANA LUCAS** (Directora de Servicio al Cliente de **COMCEL** para la época de los hechos) el 31 de agosto de 2011, que según la Delegatura es uno de los elementos que demuestran la responsabilidad de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, fue enviado más de un mes antes de que la regulación que supuestamente fue violada entrara en vigor.
- El correo electrónico enviado por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** el 5 de octubre de 2011 constituye una opinión jurídica amparada por la reserva cliente-abogado de la cual no puede derivarse ningún tipo de responsabilidad para **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**. Prueba de lo anterior es la respuesta de **ANA MARÍA SANABRIA** señalando que no estaba de acuerdo con la propuesta porque era inmanejable a nivel logístico.
- De la Vicepresidencia Jurídica y de Asuntos Corporativos de **COMCEL**, en la cual se desempeña **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, no depende ningún área de carácter comercial, lo cual quiere decir que no tiene influencia alguna sobre la Dirección de Logísticas y Compras de la cual formaba parte **ANA MARÍA SANABRIA**, quien evidenció la imposibilidad de implementar las medidas sugeridas en un principio por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**.
- La Delegatura ignoró que **COMCEL** y los demás operadores de Telefonía Móvil Celular - TMC estaban en la obligación de coordinar el cumplimiento de las normas de Portabilidad Numérica Móvil con las normas sobre hurto de celulares, de conformidad con las cuales la empresa debía solicitar al usuario que solicitara una portación, la factura de compra del equipo, una fotocopia de la cédula, que el equipo se presentara con batería cargada y que no estuviere reportado por robo o pérdida.
- La **CRC** dio a entender el 3 de febrero de 2012 que reconocía que la adopción de medidas para cumplir con las obligaciones impuestas en sus resoluciones tomaba su tiempo, contrario a lo que ha venido señalando la Superintendencia de Industria y Comercio, que interpreta las obligaciones de una forma más restrictiva y pone a las compañías en una situación imposible de cumplir con sus obligaciones de manera inmediata.
- Pueden pasar tres (3) meses desde que se coloca la orden de compra hasta que el equipo llega a manos de un usuario final, teniendo en cuenta que los proveedores de equipos celulares están ubicados principalmente en China.
- Una vez **COMCEL** recibió respuesta por parte de la **CRC** el 14 de octubre de 2011, adoptó medidas tendientes a dar cumplimiento a sus obligaciones en la medida de sus posibilidades, lo cual fue certificado por los revisores fiscales de **COMCEL**, que señalaron que: (i) desde el 1 de octubre de 2011 todas las órdenes de compra se realizaron con la exigencia de adquirir equipos con bandas abiertas; (ii) **COMCEL** nunca ofreció a sus propietarios la posibilidad de adquirir equipos con bandas abiertas o cerradas; (iii) **COMCEL** realizó la apertura de bandas a todos los usuarios que lo solicitaron sin excepción alguna; y (iv) todos los fabricantes proveedores desde el 1 de octubre de 2011 recibieron la orden de compra de **COMCEL** de teléfonos móviles con bandas abiertas.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- Al momento en que la **CRC** dio orden de no vender teléfonos con las bandas bloqueadas, **COMCEL** tenía en bodega más de tres millones de teléfonos. Era obvio que la compañía y su Vicepresidenta Jurídica estuvieran seriamente preocupados por esta insólita situación.
- La actitud de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y su posición profesional dentro de **COMCEL** ha sido expresada en el sentido del más estricto cumplimiento de las leyes y regulaciones expedidas por las autoridades, lo cual fue reconocido por varios funcionarios de **COMCEL** en la investigación.
- **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** en el ejercicio de su actividad laboral como Vicepresidente Jurídico de **COMCEL**, emite constantemente opiniones legales para la compañía que están claramente protegidas por el secreto profesional, tales como el concepto legal en el que expresó su entendimiento sobre cómo debían aplicarse las normas emitidas por la **CRC** sobre portabilidad numérica y bloqueo de celulares.
- La cadena de correos que la Delegatura califica como un ardid, en la que se indica a un proveedor de **COMCEL** que haga caso omiso a un correo anterior, consta en el expediente como una de las pruebas ilegalmente trasladadas.

Los siguientes argumentos presentados por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** en sus observaciones al Informe Motivado, hacen referencia a la conducta de abultamiento de cifras. En relación con lo anterior, este Despacho, respetuosamente, se permite recordarle, que no se le imputó responsabilidad y, por consiguiente, no resultan pertinentes para su defensa:

- El hecho que los distribuidores de **COMCEL** actúen bajo instrucciones o lineamientos comerciales de **COMCEL**, no significa que no sean realmente personas jurídicas diferentes e independientes de dicha empresa, pues son autónomos para la toma de sus propias decisiones y manejan sus propios asuntos con libertad. Por lo tanto, su responsabilidad en el supuesto aprovechamiento del abultamiento de cifras no podría ser trasladada a **COMCEL**.
- Entre **COMCEL** y los sub-distribuidores contratados por los distribuidores no existe ningún tipo de nexo contractual.
- Una vez **COMCEL** recibió una comunicación de **TELEFÓNICA** el 21 de diciembre de 2011 en la que se le advertía que algunos de sus sub-distribuidores estaban haciendo portaciones fraudulentas, inició lo más rápido que le fue posible un proceso de revisión de las portaciones realizadas en los meses de diciembre de 2011 y enero y febrero de 2012, y una vez realizada esta tarea compleja y dispendiosa, requirió al distribuidor implicado el 30 de marzo de 2012 para que se pronunciara sobre las presuntas irregularidades.
- En el mes de marzo de 2012, como mecanismo de control para las portaciones ficticias, **COMCEL** emitió una circular general modificando la campaña promocional de portabilidad, imponiendo el consumo de servicios en cada línea portada para que se generara el incentivo.
- En una actitud evidentemente respetuosa de la ley, **COMCEL** retornó a los operadores donantes los números que fueron dados de baja por los operadores receptores en virtud de las portaciones ficticias. Por lo tanto, la actitud de **COMCEL** no puede ser catalogada como una supuesta estrategia o negligencia intencional para abultar cifras, sino como una prueba de su buena fe.

No existe prueba en el expediente de que el número de portaciones realizadas durante la época de los hechos investigados distorsionó y causó un efecto negativo en el sentido de haber influenciado la intención de los consumidores en relación con el operador que debían escoger para quedarse o cambiarse.

7.2. Argumentos planteados por JUAN CARLOS ARCHILA CABAL

- La presente investigación es inoportuna toda vez que se tuvo conocimiento de las conductas que le dieron origen al mismo tiempo que se conocieron las de **COMCEL** y, sin embargo, no fueron objeto de la misma investigación si no de una distinta y posterior. Además, consideraron que en la ley no está contemplada la posibilidad de realizar dos investigaciones separadas para

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

investigar conductas relacionadas, y que, de hecho, este caso constituye la primera vez que esto sucede.

- La Superintendencia de Industria y Comercio se equivocó al declarar responsable a **COMCEL** por violación a las normas de competencia por medio de la Resolución 53403 de 2014, toda vez que los hechos presentados en la época relacionados con el desbloqueo de bandas fueron confusos y **COMCEL** cumplió con la regulación impuesta en esa época.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se equivocó frente a la declaratoria de responsabilidad de **COMCEL** por la conducta de abultamiento de cifras, ya que **COMCEL** tomó inmediatamente las acciones necesarias para detectar, sancionar y suspender el fraude que algunos distribuidores estaban haciendo a **COMCEL**.
- No existió violación de las normas de competencia, porque todos los hechos presentados son temas relacionados exclusivamente con el régimen de protección de consumidores o usuarios, o bien violaciones de normas de telecomunicaciones.
- El presente caso es considerado de protección al consumidor y no de derecho de la competencia, pues tanto la portabilidad como el desbloqueo de bandas están relacionados con los derechos de los usuarios.
- Se evidenció que las situaciones en las que hubo irregularidades frente a los usuarios constituían un número insignificante, lo que implica ausencia de significatividad como supuesto para adelantar una investigación, en la medida en que esas situaciones no podrían afectar el funcionamiento del mercado y la sana competencia del mismo.
- Se incumple el principio de *non bis in ídem*, pues por estos mismos hechos **COMCEL** fue sancionada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante "MINTIC") en los años 2015 y 2016.
- No se acreditó la posición de dominio de **COMCEL** como presupuesto necesario para establecer la conducta de abuso, por cuanto no se definió correctamente el mercado relevante ni se determinó que **COMCEL** pudiera determinar las condiciones de dicho mercado.
- El numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 no es aplicable, pues tiene por objeto evitar prácticas restrictivas contra las pequeñas y medianas empresas, y ni **COMCEL** ni sus competidores pueden clasificarse dentro de esta categoría de empresas.
- En el Informe Motivado la Delegatura no incluyó un acápite donde se demuestre cómo se probó que **COMCEL** incurrió en prácticas comerciales restrictivas, por lo que la investigación contra **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** debería ser archivada pues su responsabilidad es derivada de facilitar, autorizar, tolerar o ejecutar una conducta anticompetitiva de **COMCEL**, como lo es la obstrucción a terceros el acceso a los mercados o canales de comercialización.
- No hubo un efecto exclusorio de un canal de comercialización, pues las cifras de portación del año 2012 demuestran que se efectuaron las portaciones desde **COMCEL** hacia otros operadores, por lo que no puede afirmarse que dichos operadores quedaron excluidos del supuesto canal de comercialización.
- No existe en el expediente una sola prueba directa que indique que existió una política empresarial de bloqueo de bandas como se afirma en el Informe Motivado. Las quejas en las que se basa esta conclusión de la Delegatura no tienen, por razones cualitativas y cuantitativas, contundencia probatoria dentro de las reglas de la sana crítica.
- La Resolución CRC 3066 de 2011, que entraba en vigencia el 1 de octubre de 2011 y establecía las condiciones de la apertura de bandas de los terminales móviles, fue modificada intempestivamente por la Resolución CRC 3136 del 26 de septiembre de 2011, obligando a los operadores a ajustar los procedimientos de apertura de bandas con los fabricantes, proceso que toma más de los 30 segundos que señala la Resolución de sanción de **COMCEL**.
- Las denuncias que presentaron los usuarios y que sirvieron como pruebas para la sanción de **COMCEL**, se formularon con anterioridad a la vigencia de la regulación sobre apertura de

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

bandas. No se cita en este expediente prueba alguna sobre situaciones de bloqueo posteriores al 5 de octubre de 2011.

- El Informe Motivado no tuvo en cuenta la estructura comercial de **COMCEL** y la independencia y autonomía respecto de las acciones realizadas por los distribuidores.
- Está acreditado que **COMCEL**, una vez realizada la investigación sobre las portaciones fraudulentas de los meses de diciembre 2011, enero y febrero 2012, sancionó a su distribuidor basándose en sus facultades contractuales y modificó el incentivo comercial que otorgó a sus distribuidores.
- No puede afirmarse que hubo una negligencia intencional de **COMCEL** o algún tipo de responsabilidad, pues fue una víctima de un engaño por parte del distribuidor **SER COMUNICACIONES**, quien fue el que realizó las portaciones fraudulentas.
- No obra en el expediente prueba alguna de que las cifras de portabilidad influenciaron a los consumidores de forma que alteraran su decisión de portarse a un operador distinto a **COMCEL**.
- La Delegatura violó el debido proceso porque no permitió que se discutiera la responsabilidad de **COMCEL** por la infracción a las normas de protección de la libre competencia, dándola por acreditada en el proceso, a pesar de que la responsabilidad de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** como persona natural es derivada de la existencia de una violación previa al régimen de competencia por parte de **COMCEL**.
- En el Informe Motivado, la Delegatura trae nuevos hechos y nuevas pruebas para argumentar que **COMCEL** desarrolló el abultamiento de cifras, pero no permitió discutir la responsabilidad de **COMCEL**.
- Se violó el debido proceso de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, toda vez que se dio por probada la responsabilidad de **COMCEL** en otra actuación administrativa en la cual no se le vinculó, ni se le dio a conocer como persona natural para actuar como tercero investigado.
- Se violó el debido proceso por no permitírsele controvertir las pruebas trasladadas de la investigación que tuvo como resultado la sanción contra **COMCEL**, toda vez que son investigaciones diferentes y la valoración de la conducta de la persona jurídica y de la persona natural debe ser independiente.
- No hay responsabilidad de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en el desbloqueo de bandas, pues como Presidente de **COMCEL** dio instrucción para que se enviaran correos a los fabricantes de equipos solicitando detener el suministro de celulares bloqueados para ajustarse a la regulación.
- Se demostró que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** tuvo una conducta diligente frente a la nueva regulación relacionada con la apertura de bandas, toda vez que realizó varias acciones tendentes a implementarla. Así, se reunió con los fabricantes de terminales, dio instrucciones para el desbloqueo de bandas en los Centro de Atención al Cliente - CAC e impartió instrucciones claras al área comercial frente a las nuevas órdenes de compra de terminales.
- Para que se pueda imputar la responsabilidad personal prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 es preciso que exista conocimiento de la conducta anticompetitiva en la que se colabora.
- El correo electrónico de **ANA MARÍA QUINTANA LUCAS** no debió ser asumido por la Delegatura como una prueba de una conducta omisiva de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** frente al cambio de una presunta política empresarial, ya que, en primer lugar, no fue dirigido a él sino en copia y, en segundo lugar, porque el procedimiento estaba acorde con la regulación vigente en la fecha de su envío.
- La Delegatura omitió todas las pruebas existentes en el expediente relacionadas con la existencia del conflicto regulatorio entre la norma de hurto de celulares y la de apertura de bandas.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** no tuvo una actitud pasiva frente al correo electrónico del 5 de octubre de 2011 de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, toda vez que fue solo una opinión jurídica y se demostró que nunca se aplicó en **COMCEL**. Por el contrario, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** fue diligente y dio órdenes oportunas para la aplicación de la nueva regulación.
- En el expediente no se demostró que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** dio alguna orden en el sentido de no aplicar la nueva regulación.
- Con varias pruebas obrantes en el expediente (correos electrónicos, testimonios, certificaciones de los fabricantes) se probó que la instrucción clara que dio **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** fue que todos los teléfonos comprados o pedidos a partir del 1 octubre de 2011 deberían venir con las bandas desbloqueadas.
- En el Informe Motivado se usaron cuatro (4) quejas posteriores a la expedición de la nueva regulación y resoluciones por las que se sancionó a **COMCEL** por violación a los derechos de los usuarios, que nunca se pusieron de presente en la investigación y no pudieron ser controvertidas por los investigados.
- La Delegatura valoró equivocadamente el interrogatorio de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, toda vez que se encuentra probado que por medio del correo electrónico del 26 de octubre de 2011, fue **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** quien dio instrucciones claras de la apertura de bandas, incluso contradiciendo a **HILDA MARIA PARDO HASCHE**.
- No hubo ningún artificio para manipular la prueba del correo electrónico de **JUAN GUILLERMO PIÑEROS SUÁREZ**, toda vez que la Delegatura no tuvo en cuenta que el correo electrónico del 4 de octubre de 2011 a las 2:35 p.m. estaba dirigido solamente a **NOKIA**, no formó parte de la cadena de correos y omitió un tercer correo del 25 de octubre de 2011 donde se confirmó la orden inicial.
- El correo electrónico del 4 de octubre de 2011 a las 2:35 p.m. no fue aportado por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, sino por el Representante Legal de **NOKIA** en la declaración que rindió en la investigación a **COMCEL**, la cual se encontraba en un cuaderno reservado y fue posteriormente trasladada ilegalmente a este Expediente.
- La política de comisiones no tenía un propósito ilegal y no tuvo una instrucción de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** para que se realizaran portaciones ficticias, al contrario, estaba encaminada para que se dieran portaciones reales, toda vez que el incentivo se diseñó para que estuviera ligado además de las activaciones de líneas portadas, también al tráfico generado por estas.
- No se probó que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** diseñó la política de comisiones a los distribuidores, por lo que no es posible responsabilizarlo de una práctica comercial restrictiva por una política mal diseñada.
- **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** no debió implementar un mecanismo de seguimiento a la aplicación de los incentivos, pues esto no corresponde con lo definido en la Ley y en la regulación como obligaciones y deberes de los comerciantes.
- En el derecho de la competencia no existe responsabilidad por el hecho ajeno ni la presunción de responsabilidad de los directivos de las empresas por las conductas de terceros distribuidores, por lo que no es aceptable que la Delegatura haya recomendado declarar responsable a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** por las acciones realizadas por los sub-distribuidores de **COMCEL**.
- **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** fue diligente y tomó las acciones correctas, suficientes y oportunas frente a las portaciones fraudulentas una vez tuvo conocimiento de las mismas. No era posible prever o detectar un fraude sólo con la volatilidad de las cifras publicadas y los informes presentados en el comité de reporte.
- Solamente **TELEFÓNICA**, en su calidad de operador donante de las líneas con portación fraudulenta, podía saber si las líneas habían presentado tráfico. Solamente después de la carta

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

de **TELFÓNICA**, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** ordenó realizar las investigaciones que tuvieron como resultado el cambio de política de comisiones y una sanción monetaria al distribuidor.

- Con el testimonio del Representante Legal de **SER COMUNICACIONES** se probó que las portaciones ficticias no fueron una política diseñada por **COMCEL**, ni que dicha política llevara a los distribuidores a hacer portaciones fraudulentas. Solo fue una mala práctica de los distribuidores.
- **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** no pudo contradecir en esta investigación los artículos de prensa y declaraciones en medios que se utilizaron en el Informe Motivado como prueba, con lo que se violó la garantía del debido proceso.
- El cambio de la política de comisiones se dio como consecuencia inmediata de una investigación realizada por **COMCEL** y ordenada por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** y no, como lo indicó la Delegatura en el Informe Motivado, al momento en que las cifras de portaciones netas fueron positivas para **COMCEL**.
- No existe prueba en el Expediente de la afirmación que hizo la Delegatura de que la motivación del usuario para portar su número estuviera directamente influenciada por las cifras globales de portaciones móviles.
- La Delegatura violó el derecho de defensa por no realizar una imputación correcta, pues no pudo establecerse cuál fue el verbo rector de la conducta imputada.
- Se imputó la comisión de la conducta anticompetitiva bajo el concepto de "culpa consciente" el cual no está previsto en la norma legal.
- El traslado de las pruebas del Expediente que dio como resultado la sanción a **COMCEL** a la presente investigación es violatorio del derecho de defensa, toda vez que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** no fue parte dentro de dicho proceso y no tuvo la oportunidad de contradecir en su momento dichas pruebas.
- Con el traslado de pruebas se violó la garantía del debido proceso, pues no se siguió el procedimiento establecido en el artículo 48 del C.P.A.C.A. ni se garantizó la contradicción de las mismas por los investigados durante su práctica.
- Con el traslado de pruebas del expediente de **COMCEL** se violó la reserva de algunos de los documentos, pues algunas de ellas formaban parte de los documentos reservados de dicho expediente.
- La supuesta participación de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en una política corporativa para no desbloquear los equipos y la exigencia de requisitos adicionales para hacerlo son hechos nuevos que no deben tenerse en cuenta puesto que no estaban en la imputación.
- No pueden tenerse en cuenta las quejas del año 2012, pues la imputación se enmarcó en el segundo semestre de 2011.
- En el presente trámite no se realizó un ejercicio que pruebe adecuadamente la posición de dominio de **COMCEL** para el tiempo de los hechos.
- En el Informe Motivado se asume que la posición de dominio de **COMCEL** está probada, acudiendo a un método indirecto e ilegal.
- No se definió el mercado relevante de una manera apropiada y acorde con los parámetros de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- El estudio de la **CRC** utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la investigación contra **COMCEL** fue diseñado con otros fines y no tuvo en cuenta los criterios del derecho de la competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- El estudio de la **CRC** utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la investigación contra **COMCEL** es antiguo para la época y únicamente consideró el "Mercado de Voz Saliente Móvil" y no el mercado de datos que actualmente se consolida incluso por encima del servicio de voz saliente móvil, como un servicio de gran importancia para los usuarios de las empresas de Telecomunicaciones. Dejar por fuera este mercado resulta equivocado en la medida en que para este tipo de servicios no existen externalidades de red que afecten las decisiones de los usuarios.
- No existe una previsión legal que disponga que haber establecido la posición de dominio de una empresa sea una determinación incuestionable para todos los efectos posteriores. Por lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá acreditar en cada caso si existe o no posición de dominio para la época de los hechos.
- La Superintendencia de Industria y Comercio cometió los mismos errores técnicos y metodológicos en que incurrió la **CRC**, al no establecer si las condiciones de mercado habían cambiado, como efectivamente ocurrió, ni haber analizado que factores como las condiciones de los contratos de concesión y su misma regulación fueron los que llevaron a **COMCEL** a tener tanta participación en el mercado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en un descuido al asumir, tanto en la presente investigación como en la de **COMCEL**, que esta última ostenta posición de dominio con base en unas cuotas de mercado establecidas por la **CRC** mediante un estudio de 2010, en el que ni siquiera se definió el mercado con base en los criterios propios del derecho de la competencia.
- El análisis de barreras de entrada brilla por su ausencia tanto en la presente investigación como en aquella contra **COMCEL**, ya que el documento elaborado por la **CRC** no se ocupa de establecer las barreras de entrada en el mercado de voz saliente móvil.
- En la presente investigación la Delegatura no indicó ni justificó que **COMCEL**, para la época de los hechos, pudiera determinar las condiciones de un mercado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no hizo su labor, sino que se apoyó en lo que la misma entidad había hecho en un caso anterior contra **COMCEL**. Además, en esa otra investigación tampoco cumplió con su labor, sino que se fundamentó en lo que la **CRC** había hecho mucho tiempo antes y para un propósito diferente.
- En los estudios adelantados por la **CRC** no se concluye que **COMCEL** hubiera tenido la capacidad de determinar las condiciones de mercado.
- En el Informe Motivado se valoró equivocadamente el experticio presentado.

OCTAVO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 14 de febrero de 2017 se escuchó al Consejo Asesor, el cual recomendó sancionar a los investigados.

NOVENO: Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, este Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

9.1. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la ley a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁹, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras, "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica."

Así mismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que "[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas".

De otra parte, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido "[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibidem*, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que los complementen o modifiquen.

9.2. Marco Normativo

Con la Resolución No. 42871 de 2014, la Delegatura abrió una investigación y formuló Pliego de Cargos contra **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** por haber presuntamente incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con las conductas anticompetitivas relacionadas con el bloqueo de las bandas de los equipos terminales, por las cuales resultó sancionado **COMCEL** mediante la Resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013.

Por su parte, la Delegatura formuló Pliego de Cargos contra **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** por haber presuntamente incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con las conductas anticompetitivas relacionadas con el abultamiento de cifras de Portabilidad Numérica Móvil en el país, por las cuales resultó sancionado **COMCEL** mediante la Resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013.

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

⁹ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

1. La persistencia en la conducta infractora;
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado;
3. La reiteración de la conducta prohibida;
4. La conducta procesal del investigado; y,
5. El grado de participación de la persona implicada.

Parágrafo: Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de ésta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella.

(...)"

Así las cosas, y en concordancia con el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹⁰, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal, multas hasta por un equivalente a dos mil (2.000) SMLMV al momento de la imposición de la sanción.

9.3. Responsabilidad de los investigados

De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura en el sentido de sancionar a los investigados por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. A continuación el Despacho presenta el análisis que le permite llegar a esta conclusión, para lo cual inicialmente se explicarán los antecedentes de esta actuación administrativa, principalmente lo relacionado con la investigación que conllevó a la sanción de **COMCEL** mediante la Resolución No. 53403 de 2013. Lo anterior, en la medida en que las conductas acá reprochadas a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** se refieren a la colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia de las de las conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia por las que se sancionó a **COMCEL** en la referida oportunidad.

Posteriormente, se presentará un análisis de la definición de mercado relevante y la posición de dominio de **COMCEL** de cara a los argumentos presentados por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado, para luego examinar cada una de las conductas investigadas y exponer las conclusiones del Despacho respecto de las mismas.

9.3.1. Antecedentes

La Portabilidad Numérica Móvil¹¹ (en adelante PNM) fue introducida en Colombia el 29 de julio de 2011 en aplicación del cronograma dispuesto por el artículo 40 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 1245 de 2008, que estableció que los operadores de telecomunicaciones que tuvieran derecho a asignación directa de numeración estaban obligados a prestar el servicio de PNM.

En esencia, y de acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley 1245 de 2008 antes mencionada, la introducción de la PNM en Colombia fue prevista como una herramienta para generar mayor competencia en el mercado de las comunicaciones, traducida en una mejoría en la prestación de

¹⁰ "Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.

(...)"

¹¹ Definida en el numeral 3.15 del artículo 3 de la Resolución CRC No. 2355 del 30 de abril de 2010 como la "Posibilidad del usuario de conservar su número telefónico sin deterioro de la calidad y confiabilidad, en el evento que cambie de Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

los servicios por parte de los distintos operadores de telefonía móvil, especialmente de cara a las distorsiones generadas por las asimetrías de participación del mercado y la existencia de "efectos club" acentuados por la presencia de un operador dominante (COMCEL). Al respecto, entiéndase por "efecto club", al fenómeno según el cual, en la medida en que más usuarios pertenecen a una plataforma de servicios de voz móvil, ante ausencia de regulación en un escenario en el que los precios de las llamadas dentro de la misma red eran estrictamente menores que los precios de aquellas llamadas cuya terminación se realizara fuera de la red, resulta más atractivo para el usuario pertenecer a la plataforma del operador dominante¹².

En efecto, y tal y como lo señalaron en su momento estudios especializados sobre este particular¹³, así como las propias resoluciones de la CRC, la PNM en esencia buscaba dar las herramientas para eliminar las barreras de entrada en un mercado con una estructura asimétrica, las cuales le imponían a los operadores diferentes del dominante grandes dificultades para ganar cuota de mercado. En ese sentido, la intervención del regulador resultaba necesaria para intentar dinamizar la competencia en el mercado, que se encontraba distorsionada por la presencia del operador dominante y, especialmente, intentar prevenir cualquier potencial abuso de dicha posición de dominio.

Así, la portabilidad fue entendida no solo como una dinamizadora de la competencia, sino como una posibilidad de mejora sustancial en las condiciones de prestación del servicio, en la medida en que generaba los incentivos para que se incrementara la oferta de servicios proporcionando diversidad de opciones para el usuario, quien podría optar por cambiarse al proveedor que mejor servicio, calidad y eficiencia le ofreciera, o decidir continuar con su operador, una vez este le ofreciera mejores condiciones de calidad, diversidad y precio en su apremio por retenerlo.

Nótese que de esta manera, se abrían las posibilidades para que, de un lado, los operadores diferentes del dominante lograran finalmente ganar cuota de mercado contrarrestando los efectos de la posición de dominio de COMCEL, y del otro, los usuarios que no estuvieran satisfechos con el servicio de su operador, tuvieran la oportunidad de superar los efectos club y cambiar a un operador que le ofreciera mejores condiciones sin tener que afrontar los costos asociados con el cambio de número telefónico.

Partiendo del anterior contexto, la CRC expidió la Resolución No. 2355 del 29 de enero de 2010, "Por la cual se establecen las condiciones para la implementación y operación de la Portabilidad Numérica para telefonía móvil en Colombia", señalando las condiciones para la implementación y operación de la PNM en Colombia, en ejercicio de sus funciones de promover la competencia, evitar el abuso de posición dominante y regular los mercados de las redes y los servicios de comunicaciones. Lo anterior con el fin de que la prestación de los servicios sea económicamente eficiente y refleje altos niveles de calidad.

Adicionalmente, en la Resolución CRC 2355 de 2010 se estableció como uno de los principios rectores de la Portabilidad Numérica Móvil, la promoción de la competencia:

"Resolución 2355 de 2010 (...)

Artículo 4. Principios de la Portabilidad Numérica. Son principios de la Portabilidad Numérica los siguientes:

(...)

4.6 Promoción de la competencia. La Portabilidad Numérica se implementará en un escenario de libre y leal competencia, que incentive la inversión actual y futura en el sector, permitiendo la concurrencia de los diferentes proveedores al mercado, bajo la observancia del régimen de competencia en condiciones de igualdad.

(...)" (Subrayado fuera de texto)

¹² Laffont y Tirole (2001) señalan que "(...) si las llamadas dentro de la red son más baratas que las llamadas fuera de red, los consumidores están mejor si a las personas que aquellos quieren llamar seleccionan la misma red. (...)". Para más ilustración ver Laffont, J. y Tirole, J. (2001), *Competition in Telecommunications*. MIT Press pág. 201.

¹³ Ver Evaluación del marco regulatorio expedido por la Comisión de Regulación de Comunicaciones entre 2009 y 2011, Informe Final Elaborado por: FEDESARROLLO. Diciembre 11 de 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Las condiciones establecidas en dicha Resolución para la implementación y operación de la PNM comprendían: los derechos y obligaciones de los usuarios de la portabilidad; los derechos y obligaciones de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones; las especificaciones técnicas y operativas para la implementación de la portabilidad numérica; los aspectos económicos de la portabilidad numérica; lo referente al Comité Técnico de Portabilidad; el administrador de la base de datos; y el cronograma de implementación y el régimen sancionatorio de la PNM.

Ahora bien, teniendo en cuenta que existen múltiples maneras por parte del operador donante de bloquear o retardar el procedimiento de portación, como lo es no facilitar el desbloqueo de las bandas de los terminales activados en su red para que funcionen correctamente en la red del operador receptor, siendo esto una etapa imprescindible que los usuarios deben surtir para efectuar satisfactoriamente el proceso de PNM, la CRC expidió diversas resoluciones en materia de desbloqueo de bandas de los equipos terminales, las cuales fueron detalladas por la Delegatura en la siguiente ilustración:

Ilustración No. 1 Resoluciones expedidas por la CRC en materia de desbloqueo de bandas de los equipos terminales

<ul style="list-style-type: none"> • Fecha de expedición: • septiembre 17 de 2007 • Fecha de entrada en vigencia: • septiembre 19 de 2007 • Norma que la derogó: • Artículo 113 de la Resolución CRC No. 3066 de 2011 • Fecha de derogatoria: 1 de octubre de 2011 	<ul style="list-style-type: none"> • Fecha de expedición: • mayo 18 de 2011 • Fecha de entrada en vigencia: • 1 de octubre de 2011 • Norma que la modificó: • Artículo 8 de la Resolución CRC No. 3136 de 2011. • Fecha de modificación: 27 de septiembre de 2011 	<ul style="list-style-type: none"> • Fecha de expedición: • septiembre 26 de 2011 • Fecha de entrada en vigencia: • 27 de septiembre de 2011 
--	---	--

Fuente: Informe Motivado, pg. 37.

En primer lugar, el artículo 18 de la Resolución No. 1732 de 2007¹⁴ dispuso que los mecanismos de bloqueo de bandas solo serían permitidos durante la vigencia de la cláusula de permanencia mínima pactada, lo cual implica que el bloqueo de bandas estaba prohibido para usuarios que no tuvieran cláusulas de permanencia, tales como los usuarios con activados en prepago. Así mismo, se estipuló que una vez finalizado el término de permanencia mínima, el operador estaba obligado a desbloquear el equipo o entregar de manera gratuita al usuario una clave con esos mismos fines, previa solicitud.

En efecto, disponía el artículo 18 de la Resolución CRC 1732 de 2007 lo siguiente:

"Artículo 18. Equipos terminales: (...)

Los mecanismos técnicos intencionales que restrinjan en el tiempo la utilización del terminal en redes distintas a la del operador, sólo podrán mantenerse durante la vigencia de la cláusula de permanencia mínima pactada. Dichas condiciones deben quedar de manera expresa en las cláusulas contractuales, así como las consecuencias derivadas de su aceptación. Una vez finalizado el término de permanencia mínima el operador está obligado a desbloquear el equipo del usuario, o a suministrarle la clave para tal fin, de manera gratuita y previa solicitud de aquel formulada por cualquier medio."

¹⁴ Resolución CRT 1732 de 2007: "Por la cual se expide el Régimen de Protección de los Derechos de los Suscriptores y/o Usuarios de los Servicios de Telecomunicaciones".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

La Resolución CRT 1732 de 2007 fue derogada por el artículo 113 de la Resolución CRC 3066 de 18 de mayo de 2011¹⁵, que en el artículo 105 dispuso que el proveedor donante debía desbloquear el equipo terminal aun cuando la solicitud se presentara dentro del periodo de permanencia mínima y/o se generara para el usuario el pago de sumas por la terminación anticipada del contrato. Como se anotó en la Ilustración No. 1., la vigencia de esta Resolución iniciaría a partir del 1 de octubre de 2011:

"Artículo 105. Equipos terminales. (...)

Los mecanismos técnicos intencionales que restrinjan en el tiempo la utilización del terminal en redes distintas a las del proveedor, sólo podrán mantenerse durante la vigencia de la cláusula de permanencia mínima pactada.

Dichas condiciones deben quedar de manera expresa en las cláusulas contractuales, así como las consecuencias derivadas de su aceptación. Una vez finalizado el término de permanencia mínima el proveedor está obligado a desbloquear el equipo del usuario, o a suministrarle la clave para tal fin, de manera gratuita y previa solicitud de aquel formulada por cualquier medio.

Parágrafo. *En el evento en que el usuario solicite la portación de su número, el proveedor donante debe desbloquear el equipo terminal, inclusive si se encuentra dentro del período de permanencia mínima. Lo anterior, sin perjuicio de la obligación que haya surgido para el usuario de pagar las sumas asociadas a la terminación anticipada del contrato."*

Por último, frente a la prohibición de bloqueo de bandas de equipos terminales, el 26 de septiembre de 2011 la CRC expidió la Resolución No. 3136 de 2011¹⁶, en la que determinó expresamente que a partir del 1 de octubre de 2011, los operadores de telefonía móvil en ningún caso estaban facultados para bloquear o restringir el uso de los equipos móviles en redes distintas de las suyas. Nótese que en esta oportunidad el regulador eliminó la posibilidad de que los operadores mantuvieran equipos bloqueados así contarán con cláusulas de permanencia:

"Artículo 8. *Modificar el artículo 105 de la Resolución CRC 3066 de 2011, el cual quedará así:*

Artículo 105. Equipos terminales. (...)

Los proveedores de servicios de comunicaciones no podrán bloquear o restringir, en ningún caso, el uso de los equipos terminales en redes distintas a las suyas.

Parágrafo. *- Los usuarios que a la fecha de entrada en vigencia del presente artículo, cuenten con un equipo terminal activado bloqueado o restringido, podrán solicitar a su proveedor de servicios de comunicaciones el desbloqueo de dichos terminales. Dicha solicitud deberá ser atendida de forma inmediata por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, sin que medie ninguna clase de requisitos adicionales a la manifestación del usuario.* (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Como puede observarse, la Resolución CRC 3136 de 2011 también ordenó que aquellos usuarios que tuvieran su equipo terminal bloqueado a la fecha de entrada en vigencia de la disposición regulatoria, podían solicitar el desbloqueo de las bandas **sin más requisito que su manifestación.** Al respecto, debe resaltarse que si bien con anterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución CRC 3136 de 2011 estaba permitido mantener equipos bloqueados siempre y cuando contarán con una cláusula de permanencia, la prohibición para mantener y comercializar equipos bloqueados que no contarán con dicha cláusula, tales como los activados en prepago se mantuvo vigente desde el 19 de septiembre de 2007, fecha en la que la ya mencionada Resolución CRT 1732 de 2007 así lo dispuso. Esta circunstancia cobra especial relevancia en el presente caso si se tiene en cuenta que para diciembre de 2011, el 87% de los usuarios de telefonía móvil estaban activados en prepago¹⁷.

¹⁵ Resolución CRC 3066 de 2011: "Por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones".

¹⁶ Resolución CRC 3136 de 2011: "Por la cual se modifican las Resoluciones CRT 1763 de 2007, CRT 1940 de 2008, CRC 3066 de 2011 y se dictan otras disposiciones".

¹⁷ Ver Estudio sobre Tasación y Consumo de los Usuarios del Servicio de Telefonía Móvil, Informe Final diciembre 2011; CRC – CONSENSO Investigaciones.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Nótese que teniendo en cuenta la anterior descripción sobre lo dispuesto por las resoluciones de la **CRC** relacionadas con el desbloqueo de bandas de equipos, así como sus respectivas entradas en vigencia, es claro que no pueden ser de recibo los argumentos de los investigados relacionados con que las denuncias a **COMCEL** sobre eventuales demoras u obstáculos en la apertura de bandas de equipos, se formularon con anterioridad a la vigencia de la Resolución CRC 3136 de 2011 (agosto y septiembre de 2011), y por lo tanto, no les eran aplicables las reglas contenidas en tales disposiciones, pues, como se explicó en detalle, la prohibición para bloqueo de bandas aplicaba desde 2007 para usuarios activados en prepago, tales como los que presentaron las mencionadas denuncias.

Ahora bien, una vez entró en vigencia la PNM en Colombia el 20 de julio de 2011, **COMCEL** experimentó una drástica migración de sus usuarios hacia otros operadores a través de la PNM, superior a la enfrentada por cualquiera de sus competidores. En efecto, para los cuatro (4) primeros meses de entrada en vigencia de la PNM, esto es, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2011, **COMCEL** acumulaba 51.518 portaciones *Out*¹⁸, frente a solo 23.932 portaciones *In*¹⁹ (menos de la mitad), cifras que indicaban que **COMCEL** tenía un saldo neto negativo respecto de las solicitudes de portabilidad *In vs Out* que esta tramitaba. Es decir, la entrada de la PNM estaba ocasionando una significativa y acelerada disminución de sus usuarios, por lo que claramente comportaba una amenaza considerable para su desempeño.

A propósito, varios medios de comunicación de amplia difusión revelaban al público para la época que **COMCEL** era el operador que más usuarios estaba perdiendo con la portabilidad numérica, lo cual ampliaba el alcance de la amenaza que comportaba dicha medida regulatoria para la empresa. A continuación se presenta a manera de ejemplo uno de dichos informes de prensa de público acceso, generado el 1 de septiembre de 2011 y exhibido en la Resolución No. 66934 de 2013:

- **Publicación en rcnradio.com del 1 de septiembre de 2011**

"Comcel, operador que más usuarios pierde con portabilidad numérica"

*Un mes después de la entrada en vigencia de la portabilidad numérica en la telefonía celular en Colombia, 26.114 abonados cambiaron de operador, **siendo Comcel del que salió el mayor número de usuarios** y Tigo el que más recibió.*

*De acuerdo con el balance presentado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, **de Comcel salieron 15.061 abonados y llegaron 5.033**; de Colombia Móvil - Tigo salieron 3.150 y llegaron 12.618; Telefónica Móviles Colombia - Movistar recibió 7.749 y perdió 5.961; Uff Móvil atrajo 2.500 usuarios y perdió 147; mientras que Avantel perdió 7 abonados y recibió 2. (...)*

El nuevo servicio, que tiene un mes de vida, permite a todos los usuarios de telefonía móvil, tanto en planes prepago como pospago, portar los diez dígitos de su línea para el operador de su preferencia, proceso que tiene como plazo máximo 5 días hábiles, a partir de la fecha en que el usuario solicite el cambio". (Negrilla fuera del texto original).

Frente a cifras tan alarmantes para **COMCEL**, producto de la entrada en vigencia de la PNM como herramienta implementada por el regulador para dinamizar la competencia en el mercado de voz saliente móvil dominado por **COMCEL**, dicha empresa adelantó una serie de conductas restrictivas de la competencia para intentar contener la amenaza que comportaba la PNM, por las cuales fue investigada y sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013. En efecto, tal y como se demostró en la mencionada Resolución No. 53403 de 2013, **COMCEL** diseñó una política empresarial encaminada a obstruir los procesos de portación de sus usuarios para que sus competidores no pudieran acceder a ellos, al paso que toleró deliberadamente conductas fraudulentas de sus distribuidores que tuvieron como consecuencia un abultamiento de las cifras de portación a su favor que eran puestas en conocimiento de los consumidores. Estas conductas fueron sancionadas al encontrarse que constituían abuso de posición dominante y una infracción a la prohibición general de competencia establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1059 respectivamente.

¹⁸ Son portaciones *Out* aquellas líneas que migran desde el operador donante al operador receptor.

¹⁹ Son portaciones *In* aquellas con las cuales se activan en un operador receptor las líneas telefónicas móviles que provienen de un operador donante.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En cuanto a la conducta de abuso de posición dominante, en la mencionada investigación contra **COMCEL** se demostró a través de varias pruebas documentales que dicha empresa obstruyó el acceso de sus competidores al canal de comercialización que comportaba la PNM, mediante la ejecución de conductas para obstaculizar los procesos de apertura de bandas de los consumidores y así dificultar procesos de portación, tales como la dilación injustificada del procedimiento de apertura de bandas, la imposición de requisitos extralegales y en muchos casos impracticables a los usuarios al momento de hacer efectivo el desbloqueo de las bandas, y la comercialización de equipos terminales con bandas bloqueadas. Así mismo, se evidenció que **COMCEL** continuó ordenando y vendiendo equipos celulares con bandas cerradas aun después de la entrada en vigencia de la anteriormente mencionada Resolución CRC 3136 de 2011.

Ciertamente, las pruebas presentadas en la Resolución No. 53403 de 2013 demostraron que **COMCEL** estableció una serie de requisitos en materia de desbloqueo de equipos terminales que no se encontraban establecidos en las disposiciones regulatorias anteriormente descritas, y que hicieron muy difícil para el usuario el proceso de desbloqueo. Es así como se encontró que **COMCEL** exigía a los usuarios bajo la modalidad prepago, un tiempo de actividad en su red de doce (12) meses para proceder a realizar dicho desbloqueo, lo cual es absolutamente reprochable pues además de no tener ningún tipo de fundamento técnico relacionado con la solicitud, éstas no fueron las órdenes impartidas por la **CRC**. Así, se estableció un requisito extralegal para evitar que los usuarios de **COMCEL** pudieran acudir a otros operadores, con el cual incluso si otro operador otorgaba una mejor oferta al usuario, este último no podría hacer uso de ella y, por consiguiente, los esfuerzos competitivos de otras compañías en el mercado serían estériles.

Otro de los requisitos impuestos por **COMCEL** para proceder a desbloquear los equipos se trató de la exigencia de la factura original de compra del equipo adquirido en **COMCEL**, el cual resulta en una carga dispendiosa y desproporcionada para el usuario, comoquiera que este tipo de documentos no siempre son conservados, razón por la cual el establecimiento de este requisito era absolutamente idóneo para evitar que muchos usuarios pudieran acceder a tal operación.

Así mismo, se exhibió un correo electrónico que la acá investigada, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, envió el 5 de octubre de 2011 (5 días después de la entrada en vigencia de lo dispuesto por la Resolución CRC 3136 de 2011 en relación con el desbloqueo de bandas) a los directivos de la compañía, entre ellos, el Presidente de la misma y también acá investigado, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, en el que imparte las directrices de **COMCEL** respecto de la apertura de bandas. En este correo electrónico de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, **COMCEL** dispuso una política empresarial consistente en exigirle al usuario requisitos tales como la factura de compra a su nombre y la titularidad de la línea, al paso que ordena que se continúe la venta de equipos con bandas bloqueadas, incluso después de haber entrado en vigencia la regulación que prohibía tal conducta y que, por supuesto, implicaría imponerle al usuario un mayor costo para cambiarse de operador.

El correo al que se hace alusión, y que se analizará más adelante es el siguiente:

"De: Hilda Maria Pardo Hasche

Enviado el: Miércoles, 05 de Octubre de 2011 10:13 a.m.

Para: Carlos Mario Gaviria Castellanos; Andres Carlesimo Rey; Giovanni Mancilla Gaona; Ana Maria Quintana Lucas; Maria Victoria Fernández Gensini; JOSÉ Orlando Peralta Tocarruncho; Lina Patricia Oyaga Larios; Maria Del Pilar Cuellar Santos; Viviana Jimenez Valencia

CC: Juan Carlos Archila

Asunto: Señores las siguientes son las indicaciones para efectos de la apertura de bandas

Señores las siguientes son las indicaciones para efectos de la apertura de bandas

SIM Lock

1- Son derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, los siguientes:

q. Usar con cualquier proveedor el equipo terminal de su elección, que ha adquirido legalmente. Lo anterior, siempre y cuando el equipo cumpla con los requisitos técnicos de homologación establecidos por la CRC.

A- Lo anterior significa que si vamos a subsidiar equipos se debe continuar incluyendo la clausura de permanencia mínima, es decir así se trate de la apertura de bandas si no ha cumplido la cláusula de permanencia se le debe cobrar la misma, si se va a desactivar.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

B- En prepago o en pospago, si se solicita la apertura de bandas, el suscriptor debe demostrar que es el titular de la línea y que adquirió el equipo legalmente es decir con la factura de compra a su nombre.

2- Los proveedores de servicios de telecomunicaciones no podrán bloquear o restringir en ningún caso el uso de los equipos terminales en redes distintas de las suyas.

A- los operadores no podemos bloquear equipos ni solicitar que los mismo se fabriquen bloqueados en su totalidad ya que se debe permitir al usuario la libre elección de adquirir el equipo bloqueado o abierto y será el usuario expresamente quien le solicita al operador que se lo venda con SIM Lock, dejando constancia en dicha solicitud de que se le ofreció el de bandas abiertas. **Mercadeo debe determinar cuantos (sic) equipos se compran con bandas abiertas y cuantos (sic) con SIM Lock.**

B- Logicamente (sic) los equipos que se vayan a subsidiar tendrán que ir bloqueados y con cláusula de permanencia y se le ofrecerá al usuario las dos alternativas el bloqueado con subsidio y cláusula de permanencia y el abierto sin subsidio y sin cláusula de permanencia.

Se debe continuar con la venta de equipos que tenemos en bodegas hasta agotar inventarios y los nuevos pedidos se deben realizar algunos abiertos y algunos cerrados según las proyecciones de comercial, de acuerdo a lo indicado en el punto 2A²⁰ (Negrilla y subraya fuera de texto)

Al respecto, el Despacho concluyó en la Resolución No. 53403 de 2013 lo siguiente:

"(...) la restricción impuesta por COMCEL genera barreras de acceso al proceso de desbloqueo de los equipos terminales durante el proceso de portación, las cuales fueron eliminadas en su totalidad por la CRC, mediante la expedición de la Resolución No. 3136 del 26 de septiembre de 2011. En consecuencia, es claro que dicha conducta afecta a los competidores de la investigada, quienes ven frustradas sus estrategias comerciales para atraer clientes en el marco de la PNM, y también a los usuarios, quienes no podrán acceder a mejores ofertas, o por lo menos tendrán mayores dificultades para hacerlo.

*Tal conducta, por sí sola, constituye una práctica tendiente a limitar la libre competencia en el mercado identificado, ya que aumenta los costos de cambio de los usuarios y, por consiguiente, disminuye la elasticidad de la demanda por vías artificiales. Así mismo, es idónea para evitar que incluso si otro operador ofrece mejores condiciones a los usuarios, será difícil que logre "robarlos" de la red de COMCEL, en la medida en que estarán amarrados a dicha red gracias a la dificultad que tienen para desbloquear sus terminales celulares. Lo anterior es particularmente reprochable si se tiene en cuenta que, como se dijo anteriormente, en el mercado que hoy se investiga la competencia se produce principalmente por la vía de portabilidad, y no por la vía de nuevos usuarios, ya que en el país la penetración de la telefonía celular es supremamente alta (103%)."*²¹

En adición de lo anterior, en la Resolución No. 53403 de 2013 se presentaron una serie de denuncias trasladadas por la CRC que daban cuenta de que la posición oficial de COMCEL para obstruir los procesos de portación dispuesta entre otras en el correo electrónico enviado por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** el 5 de octubre de 2011, generó sus efectos en el mercado en la medida en que se tradujo en una afectación directa a sus clientes, quienes encontraron múltiples obstáculos a su pretensión de cambiar de operador conservando su mismo número. En este punto es preciso recordar que el propósito perseguido por la implementación de la PNM precisamente era incentivar la competencia a través de la movilidad de los usuarios, finalidad que se vio claramente truncada por el comportamiento de COMCEL ejecutado a través de las directrices de la Vicepresidente Jurídica **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** aquí investigada.

Por último, la Resolución No. 53403 de 2013 evidenció que COMCEL realizó órdenes de compra de equipos bloqueados aun después de la entrada en vigencia de la Resolución No. 3066 de 2011 de la CRC, en abierto desobedecimiento de la prohibición en ella impuesta y de las normas de libre competencia.

²⁰ Folio 144 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/Folio 156/Ximena Bastidas.

²¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 53403 de 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En virtud de lo anterior, el Despacho concluyó lo siguiente en la Resolución No. 53403 de 2013 en relación con la conducta de abuso de posición dominante por obstruir los procesos de portación de sus usuarios hacia sus competidores:

"Tal como quedó acreditado en el presente acápite, la conducta de COMCEL generó la imposibilidad a los usuarios de acceder al desbloqueo de equipos terminales, lo cual se configura como un claro mecanismo para impedir que sus usuarios abandonen su red hacia la de sus competidores, pues además de que los requisitos y cargas exigidos por la investigada para acceder a desbloquear los equipos no corresponden con las disposiciones regulatorias, se acreditó que el procedimiento técnico asociado a la apertura de bandas de un equipo terminal puede ser fácilmente realizado por el Operador Donante, o en muchas ocasiones por el mismo usuario si el operador le suministra el código SIM Lock que debe ser digitado en el equipo a desbloquear y que es suministrado sin excepción por los fabricantes.

La obstrucción al canal de la portabilidad por parte de COMCEL, impide que sus competidores se beneficien de la PNM y como consecuencia, no puedan utilizar este canal para acceder al mercado y lograr competir con quien ostenta posición de dominio en el mismo. Es así entonces como la conducta desplegada por COMCEL se encuadra dentro de los abusos de posición dominante explícitamente descritos en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992."

En cuanto a la conducta de abultamiento de cifras, la Superintendencia de Industria y Comercio evidenció en la Resolución No. 53403 de 2013 que **COMCEL** tuvo pleno conocimiento y toleró ciertas prácticas realizadas por sus distribuidores, consistentes en realizar portaciones ficticias dirigidas hacia su red, y que dichas prácticas tuvieron la idoneidad de distorsionar a favor de **COMCEL** las cifras de PNM en el país, en tanto que dichas cifras fueron amplia y constantemente difundidas a los consumidores, por lo que podrían generar una concepción equívoca respecto de las tendencias de los usuarios que ejercieron su derecho a la PNM.

En este sentido, se acreditó que, en vista de las masivas portaciones *Out* de usuarios de **COMCEL** hacia sus competidores, esta empresa emprendió una estrategia comercial consistente en la generación de incentivos a su red de distribución para que generara portaciones masivas *In* a la compañía. A partir de dichos incentivos, se identificó que entre diciembre de 2011 y marzo de 2012, algunos distribuidores de **COMCEL** realizaron portaciones masivas sobre líneas que fueron pre activadas en el operador **MOVISTAR (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES)** bajo la modalidad prepago, las cuales jamás presentaron una recarga, y al poco tiempo fueron portadas hacia la red de la investigada. En esa medida, se trató de portaciones masivas de líneas prepago hacia la red de **COMCEL**, sin que existiese un usuario real detrás de cada una de las portaciones y, por consiguiente, las mismas eran ficticias.

Al respecto, es importante mencionar que **COMCEL** conoció desde su inicio las prácticas fraudulentas que estaban realizando sus distribuidores, y decidió tolerarlas intencionalmente durante un periodo extenso de tiempo, lo cual resultó en una afectación al mercado. En efecto, en la Resolución No. 53403 de 2013 se acreditó que el Presidente de **TELEFÓNICA (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES)**, mediante carta del 21 de diciembre de 2011, manifestó directamente a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** como Presidente de **COMCEL** su preocupación por las prácticas de algunos de sus distribuidores que habrían resultado en un incremento inusitado de 19.000 líneas portadas en prepago, de las que un altísimo porcentaje fueron dirigidas a **COMCEL** sin haber realizado recargas.

Adicionalmente, se puso de presente que **COMCEL** contaba con un Área Control Portabilidad que se encuentra permanentemente en contacto con los distribuidores, por lo cual no era ajeno al comportamiento y las operaciones que llevan a cabo los mismos. Además tenía el sistema Poliedro, al cual se encuentran conectados tanto los distribuidores como **COMCEL**, a través del cual en tiempo real podía observar las operaciones de sus distribuidores.

Frente a lo anterior, no obstante **COMCEL** conocía de las portaciones fraudulentas realizadas por sus distribuidores al menos desde el 21 de diciembre de 2011, fue hasta el día 30 de marzo de 2012 cuando decidió finalmente revisar las situaciones relacionadas con las portaciones masivas realizadas por sus distribuidores y solicitó explicaciones a uno de sus distribuidores sobre dichas portaciones.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Según la Resolución No. 53403 de 2013, resultaba evidente que la conducta desplegada por **COMCEL** correspondía a una omisión deliberada o una práctica por negligencia intencional respecto de las acciones de sus distribuidores, omisión que tendió a limitar la libre competencia en el mercado, pues desde el inicio de las portaciones masivas fraudulentas, **COMCEL** tuvo una consciencia previsible de la trascendencia de su conducta negligente, al paso que contó con plena libertad de realizar actos dirigidos a detener las acciones de sus distribuidores, o al menos a revisarlas oportunamente, conforme fue solicitado por sus competidores al momento de poner de presente dichas situaciones.

Por último, se dijo que toda vez que las cifras de portabilidad eran entregadas a la **CRC** y a los consumidores, constituyen un indicador sobre el comportamiento de estos últimos en el mercado, además de erigirse como un factor reputacional relevante para las empresas, por lo que claramente son **factores de competencia** que influyen en el posicionamiento de la compañía, en la percepción que de la misma tienen los consumidores y, sobre todo, en el desenvolvimiento que tiene la empresa en el mercado. Por lo tanto, cualquier alteración a favor o en contra influye en el grado de rivalidad o en el nivel de competencia de la misma en el mercado, así como en la decisión de los consumidores al momento de sustituir su demanda. No en vano las empresas dedican una cantidad importante de recursos a la publicidad de su marca y a lograr el posicionamiento de la misma en el mercado, ya que la percepción que de ellos tenga el consumidor afecta sus decisiones de compra y, por consiguiente, el grado de demanda que obtiene cada uno de los agentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Superintendencia de Industria y Comercio resultó cuestionable que **COMCEL** hubiese tardado meses en reaccionar frente a las portaciones ilegítimas que le habían sido puestas de presente mediante la comunicación enviada por **MOVISTAR (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES)**, precisamente hasta una vez concluido el primer trimestre de 2012, a partir de cuyas cifras de portabilidad de los distintos operadores la **CRC** publicaría y difundiría al público su reporte trimestral con el análisis de dichas cifras, mostrando a **COMCEL** como el operador que más portaciones a favor había logrado en dicho periodo.

Según lo anteriormente expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio encontró plenamente responsable a **COMCEL** por las conductas de bloqueo de bandas de terminales móviles y abultamiento de cifras de portabilidad.

9.3.2. Consideraciones del Despacho sobre el mercado relevante y la posición de dominio de COMCEL

Teniendo en cuenta que los argumentos de los investigados en sus observaciones al Informe Motivado, así como el hecho que la definición del mercado relevante juega un papel significativo en los casos de abuso de posición de dominio, a continuación, el Despacho dividirá la presente sección en los siguientes temas: (i) la importancia de la definición del mercado relevante y la metodología aplicada por la Superintendencia de Industria y Comercio para realizar dicha definición y determinar la posición de dominio de un agente; (ii) análisis de los ejercicios realizados por la **CRC** para definir el mercado relevante de voz saliente móvil y determinar la posición de dominio de **COMCEL**; (iii) coincidencia entre las metodologías utilizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio y la **CRC** para definir mercados relevantes y determinar la posición de dominio; y (iv) observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados.

9.3.2.1. Importancia de la definición del mercado relevante

La definición del mercado relevante para el análisis de competencia es primordial para identificar el escenario en el que las fuerzas competitivas tienen lugar. El mercado relevante es el marco de referencia apropiado para analizar los efectos sobre la competencia de una operación de integración²², así como en los casos de abusos de posición dominante y otras prácticas restrictivas de la competencia, no obstante las características particulares que tienen los casos de acuerdos de precios o cartelización, en donde la doctrina reiterada de este Despacho ha indicado que la

²² Para lograr una adecuada definición del mercado relevante, esta Superintendencia se apoyará en los lineamientos diseñados por la Red Internacional de la Competencia (ICN, por sus siglas en inglés).

Ver ICN Merger Working Group: Investigation and Analysis Subgroup, "ICN Merger Guidelines Workbook" (documento preparado para la Quinta Reunión Anual del ICN, Ciudad del Cabo, Sudáfrica, 16 de abril, 2006). Disponible al público en el siguiente enlace:

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>. (Consulta 05 de septiembre de 2016).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

definición del mercado relevante viene determinada en buena medida por el alcance del acuerdo restrictivo de la competencia.

La literatura económica reconoce la importancia de delimitar el mercado relevante, teniendo en cuenta que ello permite entre otras cosas, establecer las participaciones de mercado y el posible ejercicio de dominancia que una empresa podría llevar a cabo. Autores como Davis y Garcés (2010) señalan al respecto que:

"Las agencias de competencia realizan ejercicios de definición de mercado usualmente como un primer paso en una investigación, pues las participaciones de mercado pueden ser usadas como una herramienta que le da al investigador una primera pista de la posibilidad de un problema potencial"²³ (Traducción libre)

Al determinar el mercado relevante es necesario hacer la distinción entre el mercado de producto y el mercado geográfico²⁴. En la definición del mercado de producto se debe tener presente la sustituibilidad al nivel de la demanda, pues se deben identificar aquellos productos (si los hay) hacia los cuales los consumidores pudieran desviar su demanda en caso de un incremento en los precios, de forma pequeña, no transitoria y significativa²⁵, o una reducción en la calidad de los productos por parte de un determinado oferente. De manera análoga, resulta importante evaluar la sustituibilidad a nivel de la oferta en aquellos casos en que el análisis lo amerite, teniendo en cuenta barreras de entrada, competencia potencial, entre otros.

Con la dimensión geográfica del mercado relevante, se busca reconocer el área de influencia que tienen las empresas, pues si enfrentaran alguna barrera que impida o dificulte que sus productos lleguen a alguna zona determinada, se deberá entender que en dicha área no son competidores activos. Es decir, el análisis de competencia debe limitarse a las zonas en las cuales las empresas ejercen una competencia efectiva.

En los casos de abuso de posición de dominio, la definición del mercado relevante le permite a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar tanto los bienes y servicios respecto de los cuales ocurrió la supuesta conducta, como el área geográfica en la que participa el agente investigado y en la que las condiciones de competencia no difieren sustancialmente de otras áreas. Una vez definido el mercado relevante, es posible analizar si, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, que establece que la posición de dominio es la "[l]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado", la empresa investigada efectivamente ostenta dicha posición.

Es de amplio conocimiento y doctrina reiterada que la Superintendencia de Industria y Comercio para definir mercados relevantes, en sus dimensiones de mercado de producto y mercado geográfico, tiene en cuenta consideraciones del lado de la demanda, consideraciones del lado de la oferta, otros elementos que puedan afectar las condiciones del mercado, y la dimensión espacial en la cual las condiciones de competencia son homogéneas.

Específicamente, en las consideraciones del lado de la demanda, se incluye el análisis de características, usos y precios del servicio o producto en cuestión, así como el análisis de sustituibilidad de la demanda, el cual depende, entre otras cosas, de la existencia de alternativas, las preferencias de los consumidores, la sustituibilidad económica y la sustituibilidad funcional. Dentro de las herramientas existentes para llevar a cabo los análisis anteriores, se encuentran el test del monopolista hipotético, correlaciones de precios, estimación de elasticidades (propias y cruzadas).

Por su parte, en las consideraciones del lado de la oferta, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta la sustituibilidad desde el lado de la oferta, que es la posibilidad de que oferentes de otros productos o servicios, puedan reorientar sus instalaciones productivas hacia la producción y ofrecimiento del bien o servicio afectado, ante un cambio en las condiciones de mercado.

²³ Davis and Garcés (2010), *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press, p. 161.

²⁴ Para mayor ilustración sobre esta definición ver Blair y Kaserman (2009), *Antitrust Economics*, Oxford University Press, capítulo 6, p. 95.

²⁵ Ver Whinston (2006), *Lectures on Antitrust Economics*, MIT Press, p. 78.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Dentro de los otros elementos que la Autoridad de Competencia tiene en cuenta en la definición de mercado relevante de producto son la competencia indirecta, productos de dos lados, productos secundarios o conexos, autoabastecimiento y limitaciones asimétricas.

Ahora bien, para la determinación de la posición de dominio la Superintendencia de Industria y Comercio utiliza las cuotas de participación de los agentes de mercado, los índices de dominancia, asimetría y concentración, como el IHH, LIDER, CR2, CR4, KWOKA, STENBACKA y aquellos que considere pertinentes para el caso analizado, y analiza las condiciones de competencia que se presentan en el mercado definido. Para esto último, esta Entidad considera las características de la demanda, los competidores, la existencia de barreras a la entrada, así como otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado.

Frente a este punto llama la atención el Despacho que los investigados han presentado diferentes aseveraciones relacionadas con una supuesta ausencia de análisis de mercado relevante por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en el caso en cuestión. Al respecto, como se comprobará en el desarrollo de esta sección, estos argumentos carecen de fundamento.

9.3.2.2. De la definición de mercado relevante y determinación de la posición de dominio de COMCEL realizada por la CRC

Este Despacho pudo establecer que para definir el mercado relevante de voz saliente móvil y evaluar si existía posición de dominio en dicho mercado, la **CRC** se basó en conceptos y definiciones utilizados por la Superintendencia de Industria y Comercio para el análisis de competencia. En efecto, al examinar el documento *"Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia"* publicado por la **CRC** en agosto de 2008, se encontró que el análisis realizado por dicha Entidad se basó en disposiciones sobre el análisis de competencia utilizadas en la Unión Europea, Estados Unidos, Colombia, y otras jurisdicciones.

Para definir los mercados de producto, la **CRC** partió del análisis de sustituibilidad de la demanda, para el cual utilizó el Test del Monopolista Hipotético. Posteriormente incluyó el análisis de sustituibilidad por el lado de la oferta en el que estudió las condiciones de competencia de los mercados identificados y evaluó las condiciones de entrada y los posibles efectos competitivos sobre cada mercado como consecuencia de la entrada de un nuevo operador²⁶.

Específicamente, en el análisis de sustituibilidad de la demanda, tuvo en cuenta lo siguiente: (i) respuestas de los usuarios en el pasado (estimación de funciones de demanda, relación econométrica de precios y estructura de mercado, comparaciones de precios, incluyendo correlaciones de precios y características de los productos); (ii) conducta de los vendedores; y (iii) visiones de los expertos en la industria.

Una vez revisado este aspecto, la **CRC** definió el mercado geográfico con base en la homogeneidad de la competencia a lo largo de un territorio y características de las redes como el ámbito de habilitación y la cobertura de red, concluyendo que el mercado de voz saliente móvil tenía alcance nacional.

Posteriormente, en octubre de 2008, la **CRC** publicó el documento *"Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones"*, en el que concluyó, de acuerdo con el análisis de sustituibilidad de la demanda, basado en el cálculo de elasticidades precio propia y precio cruzadas de la demanda estimada, que *"el servicio de voz móvil constituye por sí mismo un mercado, y que el comportamiento de los operadores móviles no es afectado por la competencia de otros servicios"*²⁷. En efecto, la **CRC** encontró que *"las elasticidades precio cruzadas de la demanda no son significativamente diferentes de cero. Esto quiere decir que los usuarios de voz móvil no consideran la alternativa de hacer sus llamadas a través de un teléfono fijo como un sustituto suficientemente bueno, ni cuando hacen llamadas locales, ni cuando hacen"*

²⁶ **CRC** (2008), *"Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia"*, sección 1.2., p. 6 a 10.

²⁷ **CRC**. *"Resultados del análisis cuantitativo para la definición de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones"*, p. 9.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

llamadas de larga distancia nacional. Este resultado se extiende automáticamente a las llamadas de telefonía local extendida²⁸. (Subrayado fuera de texto)

A continuación, la CRC realizó el análisis de "Critical Loss"²⁹ para confirmar si, con la metodología anteriormente descrita, se había identificado un mercado relevante o no. Vale la pena anotar que el mencionado análisis es una técnica ampliamente utilizada en la política de competencia para la definición de mercados relevantes. Los resultados del análisis mostraron que el mercado móvil debe ser tratado como un sólo mercado a nivel nacional. Lo anterior, según la CRC, está asociado a la baja presión competitiva que imponen la telefonía fija y la de larga distancia nacional sobre la telefonía móvil³⁰.

En cuanto a la identificación de los casos en los que había posición dominante, la CRC, con base en lo señalado respecto de dicha posición en el Decreto 2870 de 2007³¹, la Ley 142 de 1994³², la Ley 155 de 1959³³ y el Decreto 2153 de 1992³⁴ indicó, en el documento "Lineamientos metodológicos para la definición de mercados relevantes y posición dominante en mercados convergentes de telecomunicaciones en Colombia", que para determinar la existencia o no de posición dominante en los mercados relevantes definidos se tendrían en cuenta criterios económicos, las condiciones del sector y el desarrollo previsto de un mercado dado, en conjunto, toda vez que si se analizan por separado, podrían no ser concluyentes. Específicamente, la CRC analizó los siguientes aspectos:

(i) *Cuotas de mercado y concentración*: como punto de partida del análisis que se complementará con otras herramientas tanto de orden cualitativo como cuantitativo.

(ii) *Características de la competencia*: competencia real, competencia potencial (sustituibilidad por el lado de la oferta), barreras a la entrada/salida, barreras a la expansión o restricciones en la capacidad, cargas regulatorias y ausencia de competencia en variables diferentes al precio (calidad, variedad, entre otras)

(iii) *Características del operador*: tamaño absoluto, economías de escala, economías de alcance, acceso privilegiado al mercado financiero, integración vertical, red de acceso desarrollada, control de infraestructura difícil de replicar, ventaja tecnológica, diversificación de productos y precios y "mark up" excesivos.

(iv) *Características de los usuarios*: barreras al cambio de operador como contratos de largo plazo y/u otras características del mercado que resulten en un bajo poder de negociación de los compradores, y acceso a información de precios y productos.

Posteriormente, una vez identificados los mercados minoristas que serían objeto de análisis para determinar en cuáles de ellos existían o no problemas de competencia, la CRC publicó en diciembre de 2008 el documento "Análisis de Competencia de los Mercados Relevantes de

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid., pp. 19 y 18. El análisis de "Critical Loss" busca establecer, a partir de la comparación del "Critical Loss" y el "Actual Loss", si se ha identificado un mercado relevante o no. Si el "Actual Loss" es inferior al "Critical Loss" se encontró un mercado relevante. En caso contrario es necesario expandir el mercado considerando nuevos sustitutos o áreas geográficas hasta que el "Actual Loss" sea inferior al "Critical Loss".

³⁰ Ibid. p. 21.

³¹ El Decreto 2870 de 2007 establece la posición dominante como "la posibilidad de determinar directa o indirectamente, las condiciones de un mercado, por parte de alguno o varios participantes en el mismo".

³² El numeral 13 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 señala que la "Posición dominante: es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado".

³³ El artículo 2 de la Ley 155 de 1959 señala que tienen posición de dominio "[l]as empresas que produzcan, abastezcan, distribuyan o consuman determinado artículo o servicio, y que tengan capacidad para determinar precios en el mercado, por la cantidad que controlen del respectivo artículo o servicio..."

³⁴ El numeral 5 del artículo 45 del Decreto No. 2153 de 1992 define la posición dominante como "la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Telecomunicaciones en Colombia" en el que se llevó a cabo el siguiente análisis para evaluar el grado de competencia de los mismos:

(i) *Análisis de organización industrial para determinar el grado de competencia actual*: en este análisis se estableció el número de operadores que prestaban el servicio; se calcularon el HHI, su variación entre el 2005 y 2007, la participación del operador de mayor tamaño, la variación del operador de mayor tamaño; y se analizaron la evolución histórica de precios (únicamente para servicios no expuestos a regulación de precios) y el "mark up" del negocio.

(ii) *Factores de oferta que puedan bloquear o incentivar la competencia futura*: la CRC analizó la entrada de competencia potencial a un servicio a partir de plataformas tecnológicas alternativas, toda vez que la posibilidad de que una firma perteneciente a otro mercado ofrezca el servicio analizado constituye una limitación al ejercicio de poder de mercado. Se analizaron variables como economías de escala, economías de alcance; barreras a la entrada normativas y caracterización del tipo de competencia entre redes.

(iii) *Cuellos de botella en los mercados mayoristas*: en los mercados minoristas donde se identificaron problemas de competencia se analizó la cadena de valor para establecer si dichos problemas tiene su origen en la existencia de cuellos de botella en los mercados mayoristas.

En el mercado minorista de voz saliente móvil, la CRC encontró que a 2007, la participación de mercado de COMCEL se encontraba entre 60% y 70%, dependiendo del criterio con que se midiera (número de suscriptores, tráfico o ingresos). Lo anterior, según la CRC le otorgaba ventajas en el contexto de competencia de redes. Indicó también que el mayor tamaño le permitía crecer su base de usuarios con el manejo de precios relativos entre llamadas on-net y off-net, lo cual constituía un motivo de preocupación en términos de competencia futura.

Del análisis prospectivo, la CRC determinó que se presentaban fuertes economías de escala y los operadores establecidos operaban con una masa de usuarios que les permitía operar en el nivel de la Mínima Escala Eficiente, razón por la que consideró poco probable que en el futuro inmediato entraran nuevos jugadores al mercado. Adicionalmente, indicó que no sólo había barreras a la entrada con origen en la estructura de costos del servicio, sino que también había barreras a la entrada como la saturación del espectro de las bandas de frecuencia en que operaban estas tecnologías y otras de carácter legal que previenen la entrada de nuevos operadores. Por último, señaló que *"las posibilidades de ejercer poder de mercado por parte de los operadores aumentan porque se tiene una clientela relativamente cautiva debido a los altos costos de cambio"*³⁵.

Así, la CRC concluyó que aunque la evolución en este mercado *"ha sido positiva con resultados satisfactorios desde el punto de vista del excedente de los consumidores y la ampliación de la frontera geográfica del servicio, constituye un mercado imperfectamente competitivo lo cual se evidencia en el espacio potencial que tienen los operadores para ejercer su poder de mercado debido a la dinámica originada por la diferenciación de precios on-net / off-net. Esta situación llama la atención sobre el futuro del mercado"*³⁶.

9.3.2.3. Coincidencia entre las metodologías para definir mercados relevantes y determinar la posición de dominio de la Superintendencia de Industria y Comercio y la CRC

Una vez presentadas las respectivas metodologías para el análisis de mercado relevante y los criterios para identificar posición de dominio empleados por la CRC, encuentra este Despacho que las herramientas utilizadas coinciden perfectamente con las metodologías que utiliza esta Superintendencia en su condición de autoridad de competencia, y que fueron objeto de valoración en la Resolución No. 53403 de 2013, así como en la presente investigación.

Vale aclarar que, dependiendo del mercado analizado, la Autoridad de Competencia incluye en sus estudios consideraciones comunes a todos los mercados, como la sustituibilidad de la demanda,

³⁵ CRC (2008), "Análisis de Competencia de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia", p. 32.

³⁶ CRC (2008), "Análisis de Competencia de los Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia", p. 32.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

análisis de precios, entre otras, así como también el análisis de otros factores propios del mercado en cuestión³⁷, como lo hizo la **CRC** con los mercados de telecomunicaciones.

En este punto el Despacho considera preciso recordar que la investigación que motiva este acto administrativo surge precisamente de la investigación que conllevó a la sanción de **COMCEL** como persona jurídica por ejercer conductas de abuso de posición de dominio en el mercado de voz saliente móvil, razón por la cual al investigarse la responsabilidad de las personas naturales cabeza de la compañía en mención por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas sancionadas en la Resolución No. 53403 de 2013, el mercado relevante y la posición de dominio encontrada resultan ser inequívocamente los mismos.

En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio, determinó tanto en la Resolución No. 53403 de 2013, como en la presente actuación administrativa, con base en los estudios adelantados por la **CRC**, que el mercado relevante correspondía al mercado de "Voz Saliente Móvil" en el territorio colombiano, en el cual **COMCEL** ostentaba posición de dominio. Esta Entidad llegó a dicha conclusión luego de comparar el ejercicio realizado por la **CRC** para determinar tanto los mercados relevantes como la posición de dominio en mercados de telecomunicaciones, con la metodología utilizada por esta Entidad para el mismo propósito.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra que las metodologías utilizadas por la **CRC** para definir mercados relevantes en el sector de telecomunicaciones y establecer posición de dominio, son claramente adecuadas y coinciden plenamente con aquellas utilizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para el análisis de competencia, razón por la que a este Despacho no le cabe la menor duda de que el mercado afectado con la conducta de **COMCEL** corresponde al mercado de "Voz Saliente Móvil" en el territorio Colombiano, y que **COMCEL**, para la época de los hechos objeto de investigación, ostentaba posición de dominio.

Vale la pena notar que otras autoridades de competencia en el mundo han utilizado las definiciones sobre el mercado relevante y la existencia de posición de dominio realizadas por agencias regulatorias en aquellos casos en donde, luego de un análisis del estudio desarrollado, se determinó la pertinencia de las conclusiones encontradas. Como ejemplo de lo anterior, la Autoridad de Competencia francesa, en una conducta de abuso de posición de dominio, se pronunció en los siguientes términos:

"De conformidad con la práctica empírica establecida, tanto la Autoridad [de competencia] como la ARCEP [Autoridad de Regulación de Comunicaciones y Servicios Postales], coinciden en la necesidad de realizar una distinción entre el mercado de servicios de telefonía móvil proporcionado a los consumidores (al por menor), y el mercado de terminación de llamadas móviles que se ofrecen a los operadores de red (mercado mayorista),

(...)

Es conveniente verificar si esta definición continua siendo pertinente durante el periodo de litigio mediante el examen de la existencia de servicios sustitutos a la terminación de llamadas móviles (...). Estas condiciones fueron igualmente examinadas por la ARCEP en el marco de su último análisis del mercado de terminación de llamadas móviles el 2 de noviembre de 2010^{38,39}. (Traducción libre)

³⁷ Para mayor ilustración ver Resolución **SIC** No. 29937 de 2010, por medio de la cual se objetó la integración entre **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE TABACO S.A. (COLTABACO)** y **PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA LTDA. (PROTABACO)**; Resolución **SIC** No. 20968 de 2013, por medio de la cual se condicionó la integración entre **NESTLE S.A.** y **PFIZER INC.**; y Resolución **SIC** No. 79716 de 2015, por medio de la cual se condicionó la integración entre **PEPSICOLA COLOMBIA LTDA.** y **POSTOBON S.A.**

³⁸ Ver pie de página 31, p. 90, de la Decisión No 12-D-24 del 13 de diciembre de 2012 relativa a prácticas en el sector de telefonía móvil a clientes residenciales en Francia, el cual dice: "Decisión de la ARCEP n° 2010-1149 del 2 de noviembre de 2010 sobre la definición de mercados relevantes relativos a la terminación de llamadas sobre las redes móviles francesas en el territorio continental y en ultramar, la definición de operadores que ejercen una influencia significativa en el mercado, y las obligaciones impuestas a los operadores dominantes por el periodo 2011-2013" (Traducción libre)

³⁹ Autoridad de Competencia de Francia, Decisión No 12-D-24 del 13 de diciembre de 2012 relativa a prácticas en el sector de telefonía móvil a clientes residenciales en Francia. Disponible en: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/12d24.pdf>.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En el mismo sentido, en una decisión de concentraciones empresariales del Tribunal de Defensa de la Competencia de España, se reconoció coincidencia en las conclusiones del análisis entre la Comisión de Mercados de Telecomunicaciones y el Servicio de Defensa de Competencia al momento de definir los mercados relevantes. Lo anterior puede apreciarse en la siguiente cita.

"La CMT [Comisión de Mercados de Telecomunicaciones] y el SDC [Servicio de Defensa de Competencia], en sus respectivos informes, analizan los diferentes mercados en los que coinciden las partes: acceso directo a la red TELEFÓNICA pública desde una ubicación fija, servicios de telefonía fija, servicios minoristas de acceso a Internet de banda ancha y mayoristas de acceso a redes de banda ancha, servicios de albergamiento telemático (hosting y housing), servicios de transmisión de datos y alquiler de circuitos a clientes finales y a otros operadores de telecomunicaciones y servicios de reventa para llamadas internacionales desde una ubicación fija, centrando su atención en los mercados, minorista y mayorista, de acceso a Internet de banda ancha. (...).

*El Tribunal considera acertado dicho análisis por lo que, asumiendo dichas conclusiones, no considera necesario profundizar en el análisis de dichos mercados. (...)*⁴⁰. (Subrayado fuera de texto)

Así las cosas, contrario a la opinión de los investigados, considera este Despacho que utilizar y acoger una definición de mercado relevante realizada por el regulador, en este caso por la **CRC**, sobre todo cuando la metodología utilizada concuerda con la que en casos de competencia usa esta Superintendencia, no es ni ilegal, ni incorrecto, ni mucho menos cuestionable desde el punto de vista técnico, pues, como se vio, resulta ser una práctica que otras autoridades realizan, incluso en el sector de telecomunicaciones.

9.3.2.4. Análisis del Despacho a las observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados

9.3.2.4.1. Sobre la supuesta ausencia de definición de mercado relevante y posición de dominio

JUAN CARLOS ARCHILA afirmó que en la presente investigación no se definió el mercado relevante de una manera apropiada y no se realizó un ejercicio que pruebe adecuadamente la posición de dominio de **COMCEL** para el tiempo de los hechos, sino que esta se asumió probada acudiendo a los ejercicios realizados por la **CRC**. Adicionalmente, señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio no hizo el trabajo, sino que se apoyó en lo que la misma Entidad había hecho en un caso anterior contra **COMCEL**, y en esa otra investigación tampoco cumplió con su labor, sino que se recostó en lo que la **CRC** había hecho mucho tiempo antes y para un propósito diferente. En su opinión, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá acreditar en cada caso si existe o no posición de dominio para la época de los hechos.

Frente a este argumento, este Despacho considera importante reiterar que para los efectos de determinar la responsabilidad de los investigados, al momento de definir el mercado relevante fue considerado como criterio principal técnicamente adecuado lo propuesto por la **CRC** en las Resoluciones No. 2058 y 2062 de 2009, en las cuales: (i) se definieron los mercados relevantes, y (ii) se determinó la posición de dominio de **COMCEL** en el mercado de voz saliente móvil.

Vale la pena señalar en este punto que la razón por la cual el Despacho optó por acoger los análisis realizados por la **CRC** se justifica por cuanto el mercado afectado, tanto en la Resolución No. 53403 de 2013, como en la presente actuación administrativa, coincide con el que fue objeto de estudio por la **CRC**. Como ya se indicó, la decisión de adoptar el criterio del regulador es el resultado de un exhaustivo análisis realizado por la Delegatura, en el cual se concluyó que la **CRC** para definir los mercados relevantes en telecomunicaciones, utilizó apropiadamente criterios y herramientas propias del análisis del derecho de la competencia y a los criterios que han sido reiteradamente utilizados por este Despacho en investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia, así como en trámites de aprobación de integraciones empresariales.

Como se señaló anteriormente, la **CRC** para la definición del mercado de producto incluyó el análisis de sustituibilidad por el lado de la demanda y de la oferta, en donde evaluó las condiciones en las

⁴⁰ Tribunal de Defensa de la Competencia de España, Expediente de concentración económica C93/05 TELEFÓNICA/IBERBANDA, p. 34. Disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/33213_12.pdf.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

que se desarrollaba el mercado, tales como precios, estructura de mercado, y condiciones de entrada, entre otros. Por su parte, para la definición del mercado geográfico, la **CRC** tuvo en cuenta las características de competencia y la cobertura de red en todo el territorio nacional. Finalmente, para la determinación de la posición de dominio de **COMCEL**, la **CRC** analizó las cuotas de mercado y concentración, las barreras a la entrada y otras restricciones a la competencia, y las características propias del operador y de los usuarios. Puntualmente, en la Resolución No. 2062 de 2009, la **CRC** indicó que "el análisis adelantado por la CRT para definir los mercados relevantes de telecomunicaciones y establecer la posición de dominio de los operadores respecto de los mismos, no se ha basado de manera exclusiva en la participación de los operadores en el mercado, **sino que por el contrario ha aplicado metodologías de reconocido valor en el campo del Derecho de la Competencia**"⁴¹. (Subrayado y destacado fuera de texto).

Todo lo anterior, llevó a la Superintendencia de Industria y Comercio a concluir que las metodologías aplicadas por la **CRC** fueron adecuadas, y por ende las conclusiones a las que llegó podían ser acogidas por la Autoridad de Competencia, tanto en la Resolución No. 53403 de 2013, como en el presente caso.

9.3.2.4.2. Sobre las críticas a los ejercicios realizados por la CRC

JUAN CARLOS ARCHILA indicó que el estudio de la **CRC** utilizado por la Superintendencia de Industria y Comercio en la investigación contra **COMCEL** no tuvo en cuenta los criterios del derecho de la competencia, fue diseñado con otros fines, y en la Resolución No. 2062 de 2009 de la **CRC**, en la cual se constató la posición de dominio de **COMCEL**, no se concluyó que esta compañía hubiera tenido la capacidad de determinar las condiciones de mercado. Adicionalmente, afirmó que en la presente investigación la Delegatura no indicó ni justificó que **COMCEL**, para la época de los hechos, pudiera determinar las condiciones de un mercado.

De otra parte, señaló que el documento de la **CRC** es antiguo para la época y únicamente consideró el "Mercado de Voz Saliente Móvil" y no el mercado de datos que actualmente se consolida incluso por encima del servicio de voz saliente móvil, como un servicio de gran importancia para los usuarios de las empresas de Telecomunicaciones. Dejar por fuera este mercado resulta equivocado en la medida que para este tipo de servicios no existen externalidades de red que afecten las decisiones de los usuarios.

Adicionalmente, sugirió que la Superintendencia de Industria y Comercio avaló los errores técnicos y metodológicos en que incurrió la **CRC**, al no establecer si las condiciones de mercado habían cambiado, como efectivamente ocurrió, ni haber analizado que las condiciones de los contratos de concesión y de su misma regulación era la que había llevado a **COMCEL** a tener tanta participación en el mercado.

Finalmente, afirmó que el análisis de barreras de entrada brilla por su ausencia en la presente investigación como en aquella contra **COMCEL**, ya que el documento elaborado por la **CRC** no se ocupa de establecer las barreras de entrada en el mercado de voz saliente móvil.

En cuanto al argumento relacionado con que el estudio en el cual se fundamenta la **CRC** para determinar la posición de dominio de **COMCEL**, no tuvo en cuenta los criterios del derecho de la competencia ni concluyó que **COMCEL** pudiera determinar las condiciones del mercado para la época de los hechos, el Despacho difiere de lo afirmado anteriormente por **JUAN CARLOS ARCHILA**. Lo anterior, toda vez que la **CRC** al momento de elaborar su estudio soportó "Análisis de competencia de los mercados de telecomunicaciones en Colombia" tuvo en cuenta definiciones propias al régimen de libre competencia para establecer la metodología de análisis que le permitió concluir la existencia de posición de dominio de un operador móvil.

En efecto, en el capítulo de aproximación metodológica del documento en mención, se estableció que para determinar el grado de competencia en cada mercado incluiría en su análisis lo siguiente:

"En cada mercado para la mínima unidad geográfica bajo análisis se calculan los siguientes índices, (...):

- *Número de operadores. Se establece el número de operadores que prestan cada servicio en cada mercado.*

⁴¹ Resolución **CRC** No. 2062 de 2009, p. 22.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- Índice de Herfindhal-Hirshman (HHI). Definido entre 0 y 1 donde 1 representa una situación de monopolio y 0 indica competencia perfecta. (...); para el mercado de llamadas salientes de voz móvil se emplearon alternativamente tráficos, suscriptores e ingresos (...)
- Variación del HHI. Se estimó el cambio en este índice entre el 2005 y 2007. (...)
- Participación del operador de mayor tamaño. (...)
- Variación del operador de mayor tamaño. (...)
- Evolución de los precios. (...) para inferir si el tipo de rivalidad que se ha presentado en la estructura oligopólica es de colusión (precio de monopolio) o evidencia un nivel sustancial de competencia. (...)
- Análisis del markup del negocio. (...)
- (...)
- Características de la función de producción. (...)
- Barreras a la entrada normativas (...)
- Caracterización del tipo de competencia entre redes (...)⁴².

Asimismo, se resalta el hecho de que la **CRC** en la Resolución No. 2062 de 2009, afirmó que, para realizar el análisis de posición de dominio, partió de la definición contenida en el Decreto Ley 2153 de 1992, la cual está encaminada a demostrar que, además de la participación que ostenta el operador en un mercado determinado, debe tener la capacidad de determinar de manera directa o indirecta las condiciones de ese mercado. Puntualmente, la **CRC** señaló:

*"(...) es de aclarar que el concepto aplicado por la CRT para realizar este análisis partió de la definición contenida en el Decreto Ley 2153 de 1992, que es concordante con la expuesta en el Decreto 2870 de 2007, la cual está encaminada a demostrar que, **además de la participación que ostenta el operador en un mercado determinado, debe tener la capacidad de determinar de manera directa o indirecta las condiciones de ese mercado** (...)"⁴³. (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

En el numeral 6 de la citada resolución, la **CRC** consideró los siguientes criterios económicos para la determinación de posición de dominio de un operador: (i) tamaño relativo; (ii) tamaño absoluto; (iii) competitividad de precios a nivel internacional; (iv) barreras de entrada; (v) fallas de mercado; y (vi) conducta de la firma. Como se observa, la **CRC** no utilizó únicamente las participaciones de mercado para determinar la posición de dominio, sino que analizó otros criterios que le permitieron establecer que **COMCEL** podía determinar por sí mismo las condiciones de mercado para sus usuarios, al margen de lo que hicieran sus competidores.

Es importante resaltar que la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que para determinar la posición de dominio de un agente en un mercado determinado, no es suficiente establecer las cuotas de participación y los niveles de concentración en el mercado analizado, sino que es indispensable realizar un estudio de las condiciones de competencia que se presentan en dicho mercado, tal como lo hizo la **CRC** en la citada Resolución. En efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio indicó en la Resolución No. 4907 de 2013 que:

"[p]ara determinar la posición de dominio en un mercado relevante se debe analizar, en esencia, la estructura de competencia en el mercado, lo cual incluye un análisis de cuotas de mercado y niveles de concentración, las características de la demanda, los competidores, la existencia de barreras a la entrada, así como otros factores que le permitan a la empresa actuar de manera independiente en el mercado. En concreto, lo que se quiere determinar al analizar si una empresa tiene posición dominante es si dicho ente económico tiene la capacidad para establecer, de forma unilateral, las condiciones de un mercado."⁴⁴.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que el análisis realizado por la **CRC** se ajusta a lo determinado en el régimen de protección de la competencia. Por tal razón, este Despacho considera que la determinación de la posición de dominio de **COMCEL** realizada por la **CRC** fue apropiada y acorde con los parámetros del régimen de protección de la libre competencia económica.

⁴² **CRC** (2008), "Análisis de competencia de los mercados de telecomunicaciones en Colombia", p. 4 a 8.

⁴³ Resolución **CRC** No. 2062 de 2009, p. 23.

⁴⁴ Resolución SIC No. 4907 de 2013 mediante la cual se impuso una sanción a la empresa GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Ahora bien, sobre la diferencia en la finalidad del estudio para determinar la posición de dominio por parte de la **CRC** y la Superintendencia de Industria y Comercio, este Despacho no coincide con lo afirmado por **JUAN CARLOS ARCHILA**, pues el resultado del estudio de la **CRC**, como lo buscaría la Superintendencia de Industria y Comercio, era simplemente determinar la existencia de posición de dominio por parte de **COMCEL** en el mercado de voz saliente móvil, independientemente del uso que cada Entidad de a dicho resultado. En efecto, el hecho de que el estudio haya sido usado para cumplir dos funciones diferentes no afecta las conclusiones del mismo, más aun cuando, como se demostró anteriormente, se utilizó la metodología establecida en el régimen de competencia. En este punto, vale la pena resaltar que no solo la Superintendencia de Industria y Comercio ha acogido definiciones de mercado relevante y existencia de posición de dominio realizadas por un regulador sectorial, aun cuando hayan sido elaboradas para cumplir funciones diferentes. Como se ilustró anteriormente, autoridades de competencia como las de Francia y España, han tomado para sus actuaciones administrativas, estudios y decisiones de sus agencias reguladoras de telecomunicaciones, en los cuales previamente se habían definido mercados relevantes y posiciones de dominio en los mismos.

Respecto del argumento relacionado con la vigencia del documento de la **CRC**, la no inclusión del mercado de datos como un servicio de gran importancia para los usuarios, y el análisis de los cambios en las condiciones del mercado, este Despacho recuerda que en el 2011, la **CRC** realizó juiciosamente una revisión de las condiciones de competencia del mercado de voz saliente móvil con el fin de identificar aquellas condiciones que se habían mantenido constantes así como aquellas que habían cambiado. Dentro de las condiciones que reconoció la **CRC** que habían cambiado frente a las de 2008, se encontraban la entrada de operadores móviles virtuales al mercado, la entrada de **UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A.** como operador de red y sus compromisos de cobertura, la reducción de costos de cambio exógenos, el incremento de la concentración y la participación de mercado a nivel de tráfico, entre otros.

En el estudio en mención una de las principales conclusiones de la **CRC**, consistió en observar con preocupación el incremento en la concentración de tráfico en torno al operador más grande, hecho que aportó más evidencia sobre la capacidad de **COMCEL** de influir en las decisiones de los usuarios a la hora de consumir servicios móviles. Adicionalmente, señaló la **CRC** que los supuestos de hecho bajo los cuales fue expedida la Resolución No. 2062 de 2009, y confirmada por la Resolución No. 2152 de 2009, se mantenían en 2011, época de los hechos investigados⁴⁵.

En cuanto a la no inclusión del mercado de datos, si bien este Despacho reconoce la importancia de este mercado para los usuarios de las empresas de telecomunicaciones, se debe la atención de los investigados sobre el hecho de que el mercado relevante que debe considerar es el vigente para la época de los hechos. Así, el mercado de datos es un mercado relevante diferente al analizado en la presente actuación administrativa, que valga hacer énfasis, para el momento de los hechos era un mercado incipiente. En efecto, la **CRC** reconoció que los servicios de datos móviles se debían empezar a monitorear desde una perspectiva regulatoria⁴⁶.

Muestra de ello es que en el 2016 la **CRC** decidió publicar para comentarios una propuesta regulatoria en la cual se definieron nuevos mercados relevantes, tales como el mercado de servicios móviles, que incluye los servicios de voz saliente móvil y datos móviles.

Ahora bien, para este Despacho no es de recibo el argumento según el cual la Superintendencia de Industria y Comercio "avaló" los errores técnicos y metodológicos en que incurrió la **CRC**, al no tener en cuenta las condiciones de los contratos de concesión y la regulación que había llevado a **COMCEL** a tener tanta participación en el mercado. Lo anterior, por cuanto que para evaluar la posición de dominio y el abuso de la misma, es irrelevante determinar cómo se adquirió dicha posición. Lo cierto es que la **CRC** acreditó con una metodología apropiada la existencia de la posición de dominio de **COMCEL**, metodología que como se ha explicado, cuenta con todo el rigor técnico y científico y que se corresponde con la metodología utilizada por esta Superintendencia.

Respecto del argumento relacionado con la ausencia del análisis de barreras de entrada, vale la pena acudir nuevamente a la Resolución No. 2062 de 2009, en la cual, en el numeral 6.1., se expone la metodología para la determinación de la posición de dominio. Específicamente, se señala que

⁴⁵ **CRC** (2011), Revisión de condiciones de competencia del mercado "voz saliente móvil", p. 63 y 64.

⁴⁶ **CRC** (2011), Revisión de condiciones de competencia del mercado "voz saliente móvil", p. 8.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

dentro de los indicadores utilizados se encuentran las barreras a la entrada, análisis que se llevó a cabo con profundidad en el numeral 6.2.4 de la mencionada Resolución. Sobre este punto, la **CRC** concluyó que "(...) las barreras legales y administrativas no permiten la entrada de un operador en el corto plazo, y en segundo lugar, en cuanto a las barreras tecnológicas y económicas, difícilmente un operador podría adquirir una masa suficiente de usuarios para competir a una escala comparable a la de los demás operadores"⁴⁷. Como se observa, no es cierto lo que señala el investigado en el sentido de que la CRC no tuvo en cuenta las barreras de entrada en el análisis para la determinación de la posición de dominio de **COMCEL**.

9.3.2.4.3. Sobre la supuesta no valoración del experticio presentado

Finalmente, **HILDA MARIA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** señalaron que en el Informe Motivado se valoró equivocadamente el experticio por ellos presentado, desestimando sus conclusiones.

Específicamente, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** indicó que las razones por las cuales la descalificación que se hace del peritaje en el Informe Motivado no tiene fuerza.

Según el investigado "el experticio presentado por nosotros llega a las siguientes conclusiones:

- "a) Que la investigación de la Superintendencia está basada en la definición de un mercado relevante de "voz saliente móvil" como marco para establecer que probablemente **COMCEL** tiene posición dominante y un supuesto abuso de dicha posición por la compañía.*
- b) Que la **Superintendencia** no realizó un estudio por sí misma, sino que determinó que el estudio realizado por la CRC mediante la Resolución No. 2058 y la Resolución No. 3139 de 2011 se ajustaba a la investigación.*
- c) Que respecto de la definición de mercado adoptada por la **Superintendencia**, el experto cuestiona su temporalidad y estructura, pues considera que no se tuvo en cuenta el carácter dinámico de la industria analizada y no se hizo una segmentación adecuada del mismo.*
- d) Que los niveles de concentración en la industria de telefonía móvil se puede explicar por aspectos estructurales.*
- e) Que las políticas de discriminación de precios son una estrategia ante los costos fijos hundidos en la telefonía móvil.*
- f) Que la portabilidad numérica no es un mercado sino que se debe considerar como un servicio complementario.*
- g) Que solo un pequeño número de usuarios presentaron quejas por portabilidad numérica, y pueden obedecer a errores por tratarse de un servicio nuevo."*

Frente al argumento relacionado con la valoración equivocada del experticio presentado, este Despacho difiere de los investigados, toda vez que en el Informe Motivado, particularmente en el numeral 7, se presentaron consideraciones de todos y cada uno de los capítulos contenidos en el experticio.

En este sentido, la Delegatura consideró que las metodologías y criterios económicos para definir mercados relevantes y determinar posición de dominio utilizados por la **CRC** son compatibles con los aplicados por la Superintendencia de Industria y Comercio. Igualmente, indicó que el experticio en ningún momento señaló que los modelos estáticos no fueran pertinentes ni adecuados y que por el contrario, dichos modelos han sido los utilizados tradicionalmente en diferentes jurisdicciones. De otra parte, afirmó que los nuevos elementos teóricos aportados en el experticio, como la tecnología y la innovación, no son aplicables ni relevantes para el presente caso. Además, concluyó que no es necesario realizar un estudio de submercados complementario a los estudios realizados por la **CRC**. Indicó que el experticio no aporta evidencias que demuestren que para la fecha de los hechos los servicios de internet móvil afectarían la definición del mercado de voz saliente móvil. Finalmente, estableció que las razones que expone el experticio sobre los niveles de concentración más que desvirtuar la atribuida posición de dominio, terminan por corroborarla.

⁴⁷ Resolución **CRC** No. 2062 de 2009, numeral 6.2.4, pp. 64 y 65.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

que a 2011 la tasa de penetración de los servicios de internet móvil era de cerca del 6%, y los servicios de voz de aplicaciones como Facebook y Whatsapp⁴⁹ no se habían desarrollado. Por lo anterior, este Despacho considera que la **CRC** realizó un análisis que reflejaba la realidad del mercado para la época de los hechos, en el cual las decisiones de los usuarios no fueron afectadas por nuevas aplicaciones o ventajas tecnológicas, reconociendo así que el servicio de voz móvil no contaba con sustituto alguno.

- Frente a la inquietud presentada en el experticio respecto de la existencia de otros mercados relevantes definidos por la **CRC** en los que ocurre la PNM, este Despacho considera que esto no desdibuja el hecho de que la conducta anticompetitiva de **COMCEL** ocurrió en el mercado de voz saliente móvil. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que el Despacho acoge la definición de mercado relevante realizada por la **CRC**, la existencia de otros mercados que no representan presión competitiva alguna frente al mercado objeto de análisis en el que se realizó el abuso de posición de dominio, resulta irrelevante para determinar la responsabilidad de los investigados en la presente actuación administrativa.
- Respecto de la supuesta irrelevancia estadística señalada en el experticio, este Despacho considera que el hecho de que solo se hayan presentado algunas quejas no desdibuja la existencia de la conducta, la cual se configuró como una política comercial dirigida a todos los usuarios potenciales de la PNM. Contrario a lo sugerido en el experticio, los casos que se traen a colación representan una importante evidencia del efecto que generó en el mercado la política comercial adoptada por la Presidencia y Vicepresidencia Jurídica de **COMCEL**. El solo hecho de que en el expediente cuento con un número limitado de casos documentados de la imposibilidad de los usuarios a portarse de **COMCEL** a otro operador, de ninguna manera desestima la gravedad de la falta cometida por parte de los directivos investigados de la señalada compañía.
- Finalmente, este Despacho concuerda con la Delegatura en que el experticio no aporta información, datos y argumentos que sugieran que se deba realizar un nuevo estudio de mercado relevante o adicionar los ya existentes de la industria de telefonía móvil para la fecha de los hechos investigados. Por el contrario, el estudio permite reafirmar que lo desarrollado por parte de la **CRC** en cuanto a la definición de mercado relevante y avalado por la Superintendencia de Industria y Comercio coincide con los lineamientos del régimen de competencia que son aplicables al presente caso.

9.3.3. Consideraciones del Despacho sobre la responsabilidad de los investigados frente a las conductas anticompetitivas

Este Despacho procede a exponer, sus consideraciones y los medios de prueba obrantes en el expediente que dan cuenta de la responsabilidad de **HILDA MARIA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en relación con las conductas por las cuales **COMCEL** resultó sancionado por medio de la Resolución No. 53403 de 2013.

En este punto, el Despacho considera pertinente referirse a los numerosos argumentos de los investigados presentados en sus observaciones al Informe Motivado, relacionados, en esencia, con que teniendo en cuenta que su responsabilidad está ligada con las conductas por las cuales se sancionó a **COMCEL** mediante la Resolución No. 53403 de 2013, no se les dio la oportunidad de debatir las pruebas y argumentos que sirvieron de fundamento para dicha sanción a **COMCEL**. En ese sentido, **HILDA MARIA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** manifestaron que en la presente investigación no se tuvieron en cuenta sus argumentos dirigidos a establecer que **COMCEL** no fue responsable de las conductas por las cuales fue sancionado mediante la Resolución No. 53403 de 2013, tales como la falta de acreditación de la posición de dominio de **COMCEL** y la inexistencia de las conductas de bloqueo de bandas y abultamiento de cifras.

Frente a estos argumentos, el Despacho advierte a los investigados que contrario a sus afirmaciones, la presente investigación se caracterizó por respetar al máximo grado su derecho de defensa en relación con la oportunidad para debatir la responsabilidad de **COMCEL** en la investigación por la que dicha empresa fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013,

⁴⁹ Los servicios de llamadas a través de Whatsapp y de videollamadas de Facebook, fueron implementados a partir de abril de 2015. Para consultar detalles ver: <http://www.techtimes.com/articles/47891/20150423/whatsapp-voice-calling-for-ios-begins-to-roll-out.htm> y <http://newsroom.fb.com/news/2015/04/introducing-video-calling-in-messenger/>. Páginas consultadas e 17 de febrero de 2017.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

al punto que, no obstante la decisión por la cual se demostró la responsabilidad de **COMCEL** goza de presunción de legalidad, se decretaron y practicaron todas las pruebas solicitadas por los investigados para desvirtuar dicha responsabilidad, al paso que las evidencias provenientes del expediente No. 11-137485 estuvieron sujetas a publicidad y a la contradicción de los investigados, al punto que se decretó la ratificación de algunos de los testimonios contenidos en dicho expediente⁵⁰.

Así mismo, como puede observarse en el Informe Motivado, las pruebas y argumentos presentados por los investigados para debatir la responsabilidad de **COMCEL** fueron analizados en detalle, presentando las respectivas conclusiones a partir de dicho análisis. Ejemplo de ello es el extensivo análisis que se realizó en el Informe Motivado y en anterior acápite de esta Resolución sobre el experticio presentado por los investigados para desvirtuar la posición de dominio de **COMCEL**.

Ciertamente, revisados por este Despacho los actos administrativos por medio de los cuales se decretaron las pruebas debidamente solicitadas por los investigados en la presente investigación (Resoluciones No. 6626 de 2016 y 26564 de 2016), se observó que todas aquellas pruebas dirigidas a desvirtuar la responsabilidad de **COMCEL** fueron decretadas. Por ejemplo, se decretaron diversos testimonios⁵¹ y pruebas documentales, dirigidos exclusivamente a demostrar que **COMCEL** no incurrió en la conducta de bloqueo de bandas y que cumplió con la regulación de la **CRC** sobre bloqueo de terminales. También fueron decretados todos los testimonios⁵² y pruebas documentales dirigidos a demostrar que **COMCEL** no incurrió en la conducta de abultamiento de cifras al haber actuado diligentemente frente a las portaciones fraudulentas. Adicionalmente, como se dijo anteriormente, se decretó el experticio aportado por los investigados para debatir la definición de mercado relevante y la posición de dominio de **COMCEL** y se ordenó la ratificación de algunos de los testimonios rendidos en la investigación radicada con el No. 11-137485.

Así bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, no puede aceptarse que los investigados manifiesten que no se les dio la oportunidad de controvertir la responsabilidad de **COMCEL**, comoquiera que en la investigación se decretaron y practicaron las pruebas que los investigados consideraron pertinentes para desvirtuar dicha responsabilidad, aun cuando la decisión por la cual se determinó que **COMCEL** incurrió en las prácticas anticompetitivas de bloqueo de bandas de equipos y abultamiento de cifras goza de presunción de legalidad, en los términos en los que lo ha reconocido el Consejo de Estado al precisar que:

*"[I]a presunción de legalidad, legitimidad, validez, ejecutividad o de "justicia" de que están dotados los actos administrativos y que le da plena eficacia y obligatoriedad a esta manifestación de la actividad de la Administración, supone que todo acto administrativo está conforme al ordenamiento jurídico superior. Se trata, por supuesto, de una presunción legal o iuris tantum y no iuris et de iure, vale decir, que admite prueba en contrario y por lo mismo es desvirtuable ante los jueces competentes"*⁵³

Ahora bien, bajo el anterior contexto, procede este Despacho con el análisis de las pruebas obrantes en el expediente, que, como se verá, sirven de fundamento para reiterar la responsabilidad de **COMCEL** en las conductas por las que fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013 para determinar la participación de **HILDA MARIA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en las mismas según el caso, con lo cual se demuestra que incurrieron en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 que se les imputó en la presente investigación.

Para estos efectos, en primer lugar se presentarán las pruebas que dan cuenta de la responsabilidad de **HILDA MARIA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en su condición de personas naturales frente a las conductas anticompetitivas por parte de **COMCEL** relacionadas con

⁵⁰ Ratificación de testimonios de ANDRÉS CARLÉSIMO REY, JOSÉ ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO.

⁵¹ Testimonios de ANA MARÍA QUINTANA LUCAS, JUAN GUILLERMO PIÑEROS SUÁREZ, MARÍA VICTORIA FERNÁNDEZ, CARMEN LILIANA VALDIVIESO, ANA PATRICIA SANABRIA HIGUERA, ANDRÉS CARLÉSIMO REY, GUSTAVO MANCERA, ADRIANA MARCELA CHARRY, RODRIGO LARA RESTREPO, CHRISTIAN LIZCANO ORTÍZ, entre otros.

⁵² ROGELIO ENRIQUE HORNA GRIMALDO, PIEDAD XIMENA BASTIDAS, DIEGO HERNÁNDEZ DE ALBA, MAURICIO SERNA MONTOYA, CARLOS MARIO GAVIRIA y JOSÉ ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO.

⁵³ Sentencia del 3 de diciembre de 2007; Sección tercera. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO; Radicación No.: 05001-23-31-000-1995-00424-01(16503).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

el bloqueo de las bandas de equipos terminales, y a continuación se hará lo propio en relación con las pruebas que dan cuenta de la responsabilidad de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** frente a las conductas anticompetitivas por parte de **COMCEL** relacionadas con el abultamiento de cifras.

9.3.3.1. Responsabilidad de HILDA MARÍA PARDO HASCHE y JUAN CARLOS ARCHILA CABAL en su condición de personas naturales, frente a las conductas anticompetitivas relacionadas con el bloqueo de las bandas de equipos terminales

Como punto de partida, este Despacho reitera lo expuesto en acápites anteriores, en relación con que el desbloqueo de bandas es una condición esencial para que pueda realizarse exitosamente un proceso de portación, el cual como se dijo, es un mecanismo diseñado por el regulador que tiene como objetivo ponderar la calidad del servicio y dinamizar la competencia.

Así mismo, debe traerse a colación nuevamente que, teniendo en cuenta la importancia que para la correcta implementación de la Portabilidad Numérica Móvil tiene una estricta regulación sobre el desbloqueo de bandas en los equipos terminales, la **CRC** expidió una serie de resoluciones que establecieron, en principio, que solamente estaba permitido el bloqueo de bandas en equipos con cláusula de permanencia (lo cual por supuesto no incluye a los equipos con planes prepago), y finalmente, a partir del 27 de septiembre de 2011 con la Resolución CRC 3136 de 2011, expresamente se prohibió a los operadores de telefonía móvil bajo cualquier circunstancia bloquear o restringir el uso de los equipos móviles en redes diferentes a las suyas.

Como se observa a continuación, **COMCEL**, con la participación activa de **HILDA MARIA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, incumplió abierta y deliberadamente las anteriores medidas regulatorias, obedeciendo a una política empresarial en la cual intervinieron los investigados.

En efecto, como se evidencia del siguiente correo electrónico enviado el 31 de agosto de 2011 por **ANA MARÍA QUINTANA LUCAS** (Directora de servicio al cliente de **COMCEL** para la época de los hechos) con destino a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, entre otros funcionarios de la compañía, **COMCEL** tenía implementado un procedimiento que se aplicaba en los Centros de Atención al Cliente (CAC) respecto del desbloqueo de bandas de los equipos terminales, según el cual se obligaba a los usuarios **prepago** y **pospago** que solicitaran el desbloqueo de sus equipos, requisitos no previstos en la regulación tales como permanencia mínima de doce (12) meses y la presentación de la factura original del kit comprado:

"De: Ana María Quintana Lucas

*Enviado el: **Miércoles, 31 de agosto de 2011 03:33 p.m.***

*Para: Andres Carlesimo Rey; Giovanni Mancilla Gaona; **Hilda Maria Pardo Hasche; Juan Carlos Archila**; Carlos Mario Gaviria Castellanos; José Orlando Peralta Tocarruncho*

Asunto: RV: PROCESO SIMLOCK ACTUAL

*Buenas tardes a continuación anexo procedimiento actual de SIM Lock publicado en la intranet que se está manejando en Servicio al cliente, este proceso tuvo una actualización el 8 Agosto/11 por una solicitud realizada por Giovanni mancilla (anexo mail). Quedo pendiente a cualquier comentario si hay que realizar algún cambio.
SIM Lock*

Para los usuarios de planes prepago y pospago que soliciten el desbloqueo o entrega de código SIM Lock de su equipo terminal, obligatoriamente deberán estar sujetos a las siguientes verificaciones previas, antes de proceder con la entrega efectiva de dicho código.

(...)

2. Proceso de solicitud por "Portabilidad" **Usuarios Prepago en Proceso de Portabilidad**

1. Solicitud de Portación (Port Out) previamente aceptada.

2. El usuario deberá estar como mínimo 12 meses en la red.

3. El usuario deberá identificarse con Cédula de Ciudadanía original o Contraseña Provisional con fotografía, debidamente autorizada por la Registraduría Nacional. Para persona jurídica deberá presentar el certificado de cámara y comercio y autorización por parte del representante legal, debidamente autenticada ante notaria.

4. El usuario deberá presentar factura original del kit comprado en COMCEL donde se compruebe su titularidad mediante nombre y número de cédula.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Usuarios Pospago en Proceso de Portabilidad

1. Solicitud de Portación (Por Out) previamente aceptada
2. El usuario deberá identificarse con Cédula de Ciudadanía original o Contraseña Provisional con fotografía, debidamente autorizada por la Registraduría Nacional. Para persona jurídica deberá presentar el certificado de cámara y comercio y autorización por parte del representante legal, debidamente autenticada ante notaría.
3. **El usuario deberá presentar factura original del kit comprado en COMCEL donde sea comprobable su titularidad mediante nombre y número de cédula.**⁵⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Al respecto, se reitera que pese a que los investigados manifestaron en sus observaciones al Informe Motivado que en la fecha en la que se envió el correo transcrito aún no se encontraba vigente la obligación del desbloqueo de bandas prevista en la Resolución CRC 3136 de 2011, para esa fecha se encontraba vigente desde hacía casi 4 años antes, la Resolución 1732 de 2007 que, como se dijo, exigía a los operadores desbloquear los terminales con la simple manifestación del usuario de todos los equipos, a menos que no hubiese finalizado el término de permanencia, lo cual es aplicable solamente para los usuarios con terminales que habían sido subsidiados y se encontraban en un plan pospago.

Sin embargo, como se observa en el correo electrónico transcrito, los requisitos exigidos por **COMCEL** y avalados por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** para que usuarios prepago y pospago pudieran desbloquear sus equipos y realizar exitosamente un proceso de portación, resultan reprochables pues desacatan abiertamente las órdenes impartidas por el regulador. Esta política fue promovida, ejecutada y tolerada por los investigados, que ostentaban altísimos cargos en **COMCEL** y evidentemente gozaban de la capacidad funcional dentro de **COMCEL** para modificar la política que les estaba siendo puesta de presente por la Dirección Comercial de la empresa para el desbloqueo de bandas.

De lo anterior, para el Despacho es evidente que durante la implementación de la medida de Portabilidad Numérica Móvil, **COMCEL** tenía una política de bloqueo de bandas que violaba la regulación expedida por la **CRC** para este fin y evitaba que la medida de PNM cumpliera con el fin pretendido. De hecho, en el expediente obra evidencia de la efectiva implementación de las políticas dispuestas en el correo electrónico analizado, como lo es la denuncia que se presenta a continuación, que acredita las restricciones de **COMCEL** a las solicitudes de desbloqueo de bandas de sus usuarios. Nótese que en esta oportunidad **COMCEL** negó la solicitud de desbloqueo de bandas a un usuario **prepago** indicándole que debía esperar un año para llevar a cabo tal procedimiento, lo cual estaba expresamente prohibido por la Resolución 1732 de 2007:

De: Ana Maria Escobar Torres [mailto:]
Enviado el: Viernes, 12 de Agosto de 2011 05:24 p.m.
Para: atención cliente
Asunto: **RECLAMO - POTABILIDAD NUMÉRICA**

Buenas tardes,

Quiero interponer un reclamo ante la Comisión de Regulación de Comunicaciones, ya que solicite el día 09/08/2011 la portación de mi número Comcel 3202209789 al operador Tigo, número el cual se encuentra ya registrado con el último operador mencionado pero que hasta el momento no he podido utilizar debido que en el Centro de Atención al Cliente de Comcel de Cedritos no me quisieron facilitar el código de desbloqueo de Sim Lock del equipo celular (apertura de bandas) cuando lo solicite el día 11/08/2011 indicando, según ellos que **el operador donante (Comcel) no tenía la obligación de liberar el equipo original de la línea portada y por tanto debía esperar un año para llevar a cabo tal procedimiento.**

En este momento no tengo servicio celular ya que el equipo original de la línea portada no me acepta la nueva sim card del operador receptor (tigo).

⁵⁴ Folio 144 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 5 - **COMCEL**/FOLIO 156/Ximena Bastidas.ad1

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

El equipo celular fue comprado en plan prepago y por tal razón no genera ninguna cláusula de permanencia con el operador donante.⁵⁵ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Al respecto, los investigados manifestaron en sus observaciones al Informe Motivado que los requisitos exigidos por **COMCEL** para desbloquear los equipos, tales como la factura original de compra obedecían al establecimiento de procedimientos dentro de la compañía para armonizar la nueva reglamentación en portabilidad con la del hurto de celulares. Frente a este argumento, este Despacho comparte lo señalado por la Delegatura frente al mismo, en el sentido de que la regulación sobre hurto de celulares no representaba ningún desafío particular para los destinatarios de la norma, entre otras razones porque hacía exigible la factura de compra como medio de prueba únicamente en dos situaciones expresas: (i) al momento de la activación de los equipos terminales en alguna red⁵⁶ y, (ii) cuando el equipo terminal no se encontrara registrado en la base de datos.

Por consiguiente, en ningún momento se determinó en las disposiciones relacionadas con el hurto de celulares que la factura de compra constituyera un requisito esencial para dar trámite a las solicitudes de desbloqueo de bandas de los equipos terminales, con ocasión de un trámite de portabilidad. Al respecto, debe tenerse en cuenta que las solicitudes de desbloqueo de bandas que tramitaba **COMCEL** se efectuaban sobre equipos activados en la red de este operador y no de otro, motivo por el cual, **COMCEL** conocía los datos correspondientes del titular de la línea y del comprador del equipo, pues se trataba de información de su dominio desde el momento de la adquisición de un equipo por parte de un usuario.

En línea con lo anterior, en el expediente obra evidencia de que aproximadamente un mes después de la fecha del correo electrónico enviado por **ANA MARIA QUINTANA LUCAS** anteriormente mencionado, y ya varios días después de la entrada en vigencia de la Resolución CRC 3066 de 2011, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** envió un correo electrónico a diferentes directivos de la compañía impartiendo las *indicaciones* que debían seguirse para efectos de la apertura de bandas, reiterando la política de **COMCEL** respecto de la exigencia de requisitos no previstos en la regulación para acceder a la apertura de bandas de los equipos terminales a solicitud de sus usuarios.

En efecto, lo anterior se acreditó con el correo electrónico enviado por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** el 5 de octubre de 2011 con asunto "*Señores las siguientes son las indicaciones para efectos de la apertura de bandas*", dirigido a **CARLOS MARIO GAVIRIA CASTELLANOS** (Vicepresidente comercial de **COMCEL**) y **ANDRÉS CARLÉSIMO REY** (Director de servicio de valor agregado de **COMCEL** para la época de los hechos), entre otros funcionarios, con copia preferente a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, en el cual se señaló lo siguiente:

⁵⁵ Cuaderno Reservado No.1 del Expediente/Folio 142/VARIOS-MAGNÉTICO/Cuaderno 1-VARIOS/Folio 34/Quejas_Portabilidad_Ago-Sep-Oct_2011/Care Correspondencia__red201180779_red_fecha__blue_16_08

⁵⁶ "**Artículo 8. Activación de equipos terminales móviles:** Para efectos de que proceda la activación de cada Equipo Terminal Móvil nuevo o usado, los PRSTM deberán verificar que el IMEI de dicho equipo se encuentre registrado en la Base de Datos Positiva y que, a la vez, no se encuentre registrado en la Base de Datos Negativa.

En los eventos en que los PRSTM verifiquen que el IMEI no se encuentre registrado en la Base de Datos Positiva, ni en la Base de Datos Negativa, sólo podrán incluir el equipo en la Base de Datos Positiva y activar el Equipo Terminal Móvil, cuando exista prueba de adquisición legal del mismo.

Parágrafo. *Para efectos de la acreditación de la prueba de adquisición del Equipo Terminal Móvil al que hace referencia el presente artículo, las personas autorizadas según el artículo 3° de este decreto y los PRSTM, deberán expedir al momento de la venta del equipo una factura de venta numerada donde conste la razón social y NIT del vendedor, expedida por el establecimiento de comercio en Colombia a nombre del comprador del Equipo Terminal Móvil, con su respectivo número de identificación. En la factura de venta debe registrarse además el IMEI.*

En caso de compra de un Equipo Terminal Móvil para uso personal y no comercial en el exterior, el comprador deberá presentar la factura original de compra del establecimiento o el comprobante de pago en efectivo, cheque o tarjeta débito o crédito, a fin de que el PRSTM verifique el origen legal del respectivo equipo. De la misma manera, el PRSTM deberá verificar al momento de la activación de estos equipos, que se encuentren debidamente homologados por la Comisión de Regulación de Comunicaciones.

En caso de que el Equipo Terminal Móvil cambie de propietario, deberá mediar además de la copia de la factura original de compra del equipo o el comprobante de pago, una carta del propietario del equipo a los PRSTM solicitando el cambio de titularidad en la Base de Datos Positiva. Si el propietario no cuenta con la anterior documentación, deberá presentarse ante el PRSTM donde tenga el Equipo Terminal Móvil activo y a su nombre, a fin de proceder a la modificación del documento de identificación del propietario en la Base de Datos Positiva.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

De: Hilda Maria Pardo Hasche

Enviado el: Miércoles, 05 de Octubre de 2011 10:13 a.m.

Para: Carlos Mario Gaviria Castellanos; Andres Carlesimo Rey; Giovani Mancilla Gaona; Ana Maria Quintana Lucas; Maria Victoria Fernández Gensini; JOSÉ Orlando Peralta Tocarruncho; Lina Patricia Oyaga Larios; Maria Del Pilar Cuellar Santos; Viviana Jimenez Valencia

CC: Juan Carlos Archila

Asunto: Señores las siguientes son las indicaciones para efectos de la apertura de bandas

Señores las siguientes son las indicaciones para efectos de la apertura de bandas

SIM Lock

1- Son derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, los siguientes:

q. Usar con cualquier proveedor el equipo terminal de su elección, que ha adquirido legalmente. Lo anterior, siempre y cuando el equipo cumpla con los requisitos técnicos de homologación establecidos por la CRC.

A- Lo anterior significa que si vamos a subsidiar equipos se debe continuar incluyendo la clausura de permanencia mínima, es decir así se trate de la apertura de bandas si no ha cumplido la cláusula de permanencia se le debe cobrar la misma, si se va a desactivar.

B- En prepago o en pospago, **si se solicita la apertura de bandas, el suscriptor debe demostrar que es el titular de la línea y que adquirió el equipo legalmente es decir con la factura de compra a su nombre.**

2- Los proveedores de servicios de telecomunicaciones no podrán bloquear o restringir en ningún caso el uso de los equipos terminales en redes distintas de las suyas.

A- los operadores no podemos bloquear equipos ni solicitar que los mismo se fabriquen bloqueados en su totalidad ya que se debe permitir al usuario la libre elección de adquirir el equipo bloqueado o abierto y será el usuario expresamente quien le solicita al operador que se lo venda con SIM Lock, dejando constancia en dicha solicitud de que se le ofreció el de bandas abiertas. **Mercadeo debe determinar cuantos (sic) equipos se compran con bandas abiertas y cuantos (sic) con SIM Lock.**

B- **Logicamente (sic) los equipos que se vayan a subsidiar tendrán que ir bloqueados y con cláusula de permanencia y se le ofrecerá al usuario las dos alternativas el bloqueado con subsidio y cláusula de permanencia y el abierto sin subsidio y sin cláusula de permanencia.**

Se debe continuar con la venta de equipos que tenemos en bodegas hasta agotar inventarios y los nuevos pedidos se deben realizar algunos abiertos y algunos cerrados según las proyecciones de comercial, de acuerdo a lo indicado en el punto 2A⁵⁷ (Negrilla y subraya fuera de texto)

Como puede observarse, el correo electrónico transcrito evidencia que aun cuando la regulación determinaba que el proceso de apertura de bandas debía realizarse con la simple manifestación del usuario sin que mediara ninguna clase de requisitos adicionales (a la fecha del correo ya estaba en vigencia la Resolución CRC 3066 de 2011), la política institucional de **COMCEL** persistía en la práctica de exigirle al usuario requisitos adicionales tales como la factura de compra. Así mismo, se observa la determinación de **COMCEL** de continuar la venta de equipos con bandas bloqueadas, incluso después de haber entrado en vigencia la regulación que prohibía tal conducta.

Tal y como lo señaló la Delegatura, este correo electrónico es determinante en el análisis de la responsabilidad de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en las conductas investigadas, toda vez que da cuenta de que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** ejecutó directamente la conducta de **COMCEL**, en la medida en que es quien imparte las instrucciones para acatar la política de la empresa en cuanto a la apertura de bandas, al paso que evidencia que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** al menos toleró y facilitó dicha conducta, pues conoce de primera mano la política en mención.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Frente a esta evidencia, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** manifestó en sus observaciones al Informe Motivado que el correo electrónico en mención constituye simplemente una opinión jurídica o recomendación, amparada por la reserva cliente-abogado, en la que expresó su entendimiento sobre cómo debían aplicarse las normas emitidas por la **CRC** sobre portabilidad numérica y bloqueo de celulares. En ese sentido, señaló que la prueba de que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** "no tenía poder de decisión dentro de la política empresarial ni comercial de **COMCEL** y lo que ella manifestó no era sino una opinión jurídica sobre el tema", la constituía un correo electrónico enviado por **ANA PATRICIA SANABRIA** el 10 de octubre de 2011 a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, en el que se observa que su propuesta no fue acogida. El correo dice como sigue:

"Dra:

Revisando esta propuesta sobre el manejo de este tema, en la Dirección de Compras y Logística no estamos de acuerdo con jurídica en la opción de compra de quipos (sic) con y sin Simlock. Eso es inmanejable a nivel logístico y a nivel de costo no representa nada.

Por otro lado fabricantes como Apple se sesgan a lo que dice la regulación por políticas de su compañía y despacharán sin simlock.

Quedo atenta a que (sic) otra alternativa existas (sic)

Cordialmente

Ana Patricia Sanabria"

Pues bien, respecto de los anteriores argumentos este Despacho tiene varias consideraciones. En primer lugar, una lectura desprevenida del correo electrónico en mención, partiendo del asunto con el que se identificó: "Señores las siguientes son las **indicaciones** para efectos de la apertura de bandas", da cuenta de que en él, más que dar opiniones (¿jurídicas?) respecto de la forma en que se le debía dar cumplimiento a la Resolución CRC No. 3066 de 2011, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** emitió indicaciones o instrucciones de connotación imperativa a los destinatarios respecto de la forma en que la compañía debía darle cumplimiento respecto del nuevo régimen de apertura de bandas de los terminales móviles. Indudablemente no se trata de una posición jurídica personal, sino de la política que asumiría **COMCEL** respecto del desbloqueo de bandas de los terminales móviles, la cual, como se dijo, era abiertamente ilegal. Tampoco se trata de un simple consejo profesional no vinculante con la opción abierta a los destinatarios de apartarse del mismo. Sin embargo, es preciso señalar que en un capítulo posterior se estudiará en extenso la naturaleza jurídica de este correo electrónico, para determinar si estamos frente una comunicación que amerite la protección legal de las comunicaciones cliente-abogado.

En segundo término, para el Despacho no resulta aceptable que la investigada pretenda desconocer el poder de decisión que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** ejercía en **COMCEL**, bajo el argumento que el correo contenía una opinión jurídica que había rendido en su calidad de abogada interna, pero dando a entender que era facultativo de los destinatarios acogerla o no, pues lo lógicamente correcto es que las instrucciones que da un directivo con plenas facultades de administración y representación sean cabalmente cumplidas, tal y como ocurrió con las contenidas en el correo cuya valoración reprocha la investigada.

En tercer lugar, el Despacho advierte que era tan evidente la ilegalidad de las indicaciones por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** en relación con el bloqueo de bandas, que en el propio correo que presenta en su defensa enviado por **ANA PATRICIA SANABRIA** el 10 de octubre de 2011, se advierte dicha ilegalidad, al señalar que contrario a la instrucción enviada por la investigada, los fabricantes de equipos sí acatan la regulación y solo despachan equipos desbloqueados: "Por otro lado fabricantes como Apple se sesgan a lo que dice la regulación por políticas de su compañía y despacharán sin simlock".

Por lo anterior, la conducta de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** resulta para este Despacho aún más reprochable, si se tiene en cuenta que en su condición de abogada y su calidad de Vicepresidenta Jurídica de **COMCEL**, debía velar por el acatamiento de las disposiciones regulatorias y no, como en el presente caso, impartir instrucciones para incumplirlas abiertamente.

De otra parte, en el expediente se encuentra acreditado que las instrucciones impartidas en el correo enviado por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** el 5 de octubre de 2011 fueron acatadas e

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

implementadas cabalmente, contrario a lo manifestado en sus observaciones al Informe Motivado cuando manifiesta que dicho correo era una simple "opinión jurídica" y que las indicaciones contempladas en el mismo no fueron acatadas ni implementadas por la compañía.

En efecto, de acuerdo con el Acta de la visita al Centro de Atención al Cliente (CAC) de **COMCEL** ubicado en la Carrera 13 No. 33-58 de Bogotá, realizada el 25 de noviembre de 2011 por funcionarios de la Dirección de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio con el fin de verificar el cumplimiento de lo ordenado por la **CRC** en la Resolución No. 3136 de 2011, se identificó lo siguiente⁵⁸:

"[E]l equipo terminal entregado en venta a un usuario, se encontraba con las bandas cerradas. La verificación se realizó introduciendo el chip de un operador diferente en el equipo que estaba siendo entregado al usuario".

"(...) Los equipos que se encuentran en el Stok (sic) listos para la venta y entrega se encuentran bloqueados para ser usados en redes de otros operadores. Se realizó la verificación sobre un equipo que salió de Stok (sic) para ser adquirido por un usuario."⁵⁹

Como puede observarse, dos meses después de la entrada en vigencia de la Resolución CRC 3136 de 2011, **COMCEL** continuaba vendiendo equipos bloqueados para ser usados en redes de otros operadores, en desatención de dicha norma que, como ya se mencionó, impedía a los operadores de telefonía móvil sin excepción, bloquear el uso de los equipos móviles en redes distintas de las suyas.

Otra prueba del efectivo acatamiento de la política de **COMCEL** en relación con el bloqueo de bandas contraria a la regulación de la **CRC**, es la denuncia del 12 de enero de 2012 que se presenta a continuación, en la que un usuario de **COMCEL** describe los obstáculos impuestos por dicha empresa para acceder a desbloquear su equipo, hasta el punto que el usuario decidió finalmente desistir de la portación ante las enormes dificultades y costos que ello le representaba como consecuencia de la conducta ilegal de **COMCEL**. Para el Despacho, el hecho que los usuarios desistan de su intención de portarse como consecuencia de los obstáculos impuestos por **COMCEL** era el escenario ideal buscado por esta empresa para frenar las portaciones masivas de sus usuarios a redes de sus competidores:

- Denuncia ante la **CRC** del 12 de enero de 2012 por **ALFREDO FARID SALJA ANGÚLO**, domiciliado en el municipio de Chiriguana (Cesar):

"EL 16 DE DICIEMBRE DE 2011 SAQUE (sic) EN REPOSICIÓN EL CELULAR SAMSUNG GALAXY-S II EN COMCEL VALLEDUPAR -CESAR, CON MI LINEA (sic) CELULAR No. 3116519782, LO CUAL "NO ME LO ENTREGARON CON LAS BANDAS ABIERTAS", Y YO RECLAME (sic) QUE (sic) PORQUE? (sic) SI TIGO TODOS LOS EQUIPOS LOS ENTREGABA CON LAS BANDAS ABIERTAS. COMCEL ME DIJO QUE TENIA (sic) QUE LLEVAR EL EQUIPO EN 8 DÍAS HÁBILES, YA QUE TENIA (sic) QUE GENERARSE EL CÓDIGO DE DESBLOQUEO.: ¿PREGUNTE (sic) QUIEN (sic) ME PAGA LOS PASAJES (\$60.000 PESOS) DESDE MI PUEBLO (CHIRIGUANA-CESAR) HASTA AQUI? (sic) RECLAME (sic) DE NUEVO DICIENDO.: PORQUE (sic) NO ME LO ENTREGAN CON LAS BANDAS ABIERTAS? DECIDÍ RECIBIR EL CELULAR ASÍ, E IR EN 8 DÍAS. FUI EL 27 DE DICIEMBRE GASTÁNDOME EN PASAJES (\$60.000 PESOS) PARA QUE ME ABRIERAN LAS BANDAS A MI CELULAR SAMSUNG GALAXY S II, LA MUCHACHA DE COMCEL ME RECIBIO (sic) EL CELULAR Y A LOS 30 MINUTOS ME DIJO.: "QUE EL EQUIPO NO ACEPTABA EL CÓDIGO DE DESBLOQUEO, POR LO CUAL TENÍAN QUE ENVIARLO A BOGOTÁ, Y QUE EN 8 DÍAS HÁBILES ME LO ENTREGABAN OTRA VEZ", ES DECIR DEJO MI CELULAR Y MIENTRAS TANTO CON QUE (sic) QUEDO YO? ELLOS NO ME DIERON RESPUESTAS, Y ADEMÁS (sic) ME TOCA PAGAR A MI OTROS \$60.000 PESOS EN PASAJES PARA IR A BUSCARLOS. "YO NO QUISE DEJAR MI CELULAR".⁶⁰

Adicionalmente, obra en el expediente la siguiente denuncia del 9 de marzo de 2012, interpuesta por **JAIRO ANDRÉS GÁLVIS GONZÁLEZ**:

⁵⁸ La diligencia de verificación se adelantó dentro del trámite identificado con el No. 11-162180 en uso de las facultades conferidas en el numeral 38 del artículo 1 del Decreto 3523 de 2009 modificado por el Decreto 1687 de 2010.

⁵⁹ Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 7-COMCEL/Folio 1763/11-162497/Folio 1.

⁶⁰ Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 7-COMCEL/Folio 1763/12-6738/Folio 9.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

"(...) En el mes de diciembre de 2011 (10/12/11) me acerque (sic) a Ktronix de la calle 26 con avenida 68 y adquirí un teléfono móvil en calidad prepago (...)"

"(...) En el mes de enero de 2012 encuentro la desagradable sorpresa que dicho teléfono tiene cerradas las bandas para otros operadores, por lo tanto el día 17 de febrero de 2012 envié un derecho de petición a la empresa Comcel con el fin de obtener una solución definitiva a dicho incidente.

Posteriormente el día 23 de febrero de 2012 recibo la respuesta parcial a mi comunicación donde me indican el número del PQR asignado, 12012047567, y la fecha límite para la respuesta del mismo.

El día 05 de marzo de 2012 recibo la respuesta a mi derecho de detención (sic) donde me indican que:

"...Teniendo en cuenta lo anterior le informamos los requisitos que COMCEL S.A. tiene en cuenta para la liberación del equipo o código Simlock adquirido en pospago:...."

"(...) Ellos tienen sus propias reglas, me está limitando la posibilidad de acceder a la portabilidad numérica, la norma es clara y señala que todos los teléfonos deben ser vendidos con las bandas abiertas a partir del 01 de octubre de 2011 y no tengo por qué cumplir los requisitos exigidos tales como:

Factura original de compra del equipo.

Fotocopia de la Cedula de Ciudadanía.

Presentar el equipo con batería cargada.

El equipo no debe estar reportado por robo/perdida.

Es importante tener en cuenta que la documentación anteriormente mencionada es obligatoria para llevar a cabo el trámite.⁶¹

Nótese que para diciembre de 2011, **COMCEL** continuaba exigiendo requisitos no previstos en la regulación para acceder a desbloquear los equipos, lo cual era precisamente la política empresarial de **COMCEL** impartida por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** en el correo del 5 de octubre de 2011, y conocida ampliamente por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**. Con esto no cabe duda de que, contrario a lo manifestado por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado, la política empresarial impartida por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** venía siendo cumplida a cabalidad.

Otra prueba de la negativa injustificada de **COMCEL** a desbloquear las bandas de los equipos es la siguiente denuncia presentada el 5 de marzo de 2012 por la usuaria de **COMCEL**, **MARÍA ELENA SANDOVAL**:

"(...) en ejercicio del Derecho de Petición consagrado en el Art. 23 de la Constitución Política radicado el pasado 20 de enero de 2012 en Oficina Chapinero, en donde por última vez solicite (sic) abrir las bandas de mi Celular Samsung Star II (...)"

*Para tal efecto hice una **primera visita** a la oficina de COMCEL Chapinero el día 4 de Enero de 2012 aproximadamente (en el sistema debe aparecer registro exacto), me hicieron firmar un documento del cual me dieron una copia amarilla y que tenía que volver a los 8 días personalmente para abrir las bandas de mi celular, volví a una **segunda visita** a los 8 días y todavía no habían abierto las bandas a mi celular, hice una **tercera visita** el 20 de Enero de 2012, en donde volvieron y me hicieron firmar OTRA VEZ el documento No. 16253832 y me hicieron dejar el equipo con la copia amarilla anterior porque ya no podían abrir las bandas desde el sistema y que tenía que volver a los 8 días, volví a una **cuarta visita** el día 7 de Febrero de 2012 en donde me atendió la Sra. Paola Andrea Ordoñez con el turno Entrega de Equipo 492 (...) y me dijo que la persona que me hizo firmar el documento ya no estaba y que no tiene razón de mi equipo, que ella me llamaría al día siguiente para confirmar cuando me entregaba el equipo, yo le deje mi número de teléfono y hasta el momento no me ha llamado nadie para darme razón de mi equipo".⁶²*

⁶¹ Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 7-COMCEL/Folio 1762/12-41493/Folios 1 y 2.

⁶² Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 7-COMCEL/Folio 1762/12-38141/Folios 6 y 7.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

De otra parte, en el expediente también obran numerosas pruebas que dan cuenta de que la orden contenida en el correo de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** del 5 de octubre de 2011 de no comprar todos los equipos desbloqueados fue acatada íntegramente, en el sentido de que **COMCEL** continuó con la práctica de ordenar a sus proveedores y comercializar equipos con las bandas cerradas, aun después de la entrada en vigencia de la Resolución No. 3066 de 2011 que lo prohibía expresamente.

En efecto, la práctica continuada de **COMCEL** de ordenar a sus proveedores y comercializar equipos con las bandas cerradas puede observarse del siguiente correo electrónico, que forma parte de una serie de correos enviados por **JUAN GUILLERMO PIÑEROS SUÁREZ** (Gerente de Compras de Terminales de **COMCEL**) a los fabricantes de sus equipos, en el que si bien en un principio se le indica al fabricante **NOKIA** que a partir del 1 de octubre los equipos no deberían estar bloqueados, posteriormente le advierte que haga caso omiso hasta nueva instrucción:

"De: Juan Guillermo Píneros Suarez

Enviado el: Martes, 04 de Octubre de 2011 12:18 p.m.

Para: Juan Pablo Duque (juan.duque@nokia.com); 'german.escallon@nokia.com'; (Gabriel.Lovera@nokia.com)

CC: Ana Patricia Sanabria Higuera; Andres Carlesimo Rey; Carmen Liliana Valdivieso Sierra; Maria Victoria Fernández Gensini; Ricardo Quintero Davila; Edna Mónica Acevedo Córdoba

Asunto: Simlock y Regulación

Estimados Señores,

Queremos informarles que toda nueva orden de compra de terminales montadas a partir del 1 de Octubre de 2011 deben venir **sin SIM LOCK** de acuerdo a la nueva resolución impartida y emitida por el Ministerio de Comunicaciones de Colombia donde ordena a la CRC Comisión de Regulación de Comunicaciones en regular el manejo de terminales móviles en Colombia.

"Los proveedores de servicio de comunicaciones no podrán bloquear o restringir, en ningún caso, el uso de los equipos terminales en redes distintas a las suyas" ver adjunto Resolución 3136 del 26 de septiembre de 2011 (pág. 13, Art 8).

De acuerdo a esta nueva regulación que nos obliga a no instalar SIM Lock en los terminales a partir del 1 de octubre les informo:

- **Deben mantener el SIM Lock:**

1. Los terminales que están en tránsito
2. Órdenes de Compra que se montaron antes del 1 de octubre de 2011.

- **No deben traer SIM Lock:**

Órdenes de Compra montadas después del 1 de Octubre de 2011 (...)"⁶³

Como se anunció, horas después, **JUAN GUILLERMO PIÑEROS SUÁREZ** envía el siguiente correo electrónico advirtiendo al mismo proveedor que hiciera caso omiso en lo referente a este correo hasta nueva instrucción. Al respecto, se llama la atención que esta cadena de correos también fue aportada por los investigados pero omitiendo deliberada y convenientemente el siguiente correo, pretendiendo que se considerara que **COMCEL** acataba la regulación sobre bloqueo de bandas. Esto, además, en contravención de lo afirmado por los investigados, en el sentido de que el correo inicial tampoco había sido aportado por ellos. El correo electrónico en mención es el siguiente:

"From: ext Juan Guillermo Píneros Suarez [<mailto:jpíneros@COMCEL.com.co>]

Sent: Tuesday, October 04, 2011 2:35 PM

To: Duque Juan (Nokia-M/Bogota); Escallon German (Nokia-M/Bogota); Lovera Gabriel (Nokia-M/Bogota)

Cc: Ana Patricia Sanabria Higuera; Andres Carlesimo Rey; Carmen Liliana Valdivieso

⁶³ Folio 142 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/Varios-magnético/Cuaderno 10- Varios/Folio 2246/2 E-mails SIM LOCK/SimLock y Regulación.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Sierra; Maria Victoria Fernández Gensini; Ricardo Quintero Davila; Edna Mónica Acevedo
Córdoba

Subject: RE: Simlock y Regulación

Buenas Tardes a todos,

Por favor hacer caso omiso referente a este correo hasta nueva instrucción⁶⁴
(Negrilla fuera de texto)

En este punto, debe recordarse que al día siguiente del anterior correo electrónico, es decir el 5 de octubre de 2011, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** impartió las nuevas instrucciones e informó a los directivos de la empresa la política respecto de las solicitudes de desbloqueo de bandas, ordenando que "Se debe continuar con la venta de equipos que tenemos en bodegas hasta agotar inventarios y **los nuevos pedidos se deben realizar algunos abiertos y algunos cerrados según las proyecciones de comercial**, de acuerdo a lo indicado en el punto 2A", lo cual se contraponen abiertamente a lo dispuesto por la CRC en la Resolución No. 3066 de 2011 que imponía que a partir de su entrada en vigencia (27 de septiembre de 2011), todos los equipos comercializados debían tener las bandas abiertas. La instrucción de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** hace caso omiso de dicha disposición y dispone que se sigan realizando los pedidos de equipos con bandas cerradas en las ocasiones que de acuerdo con sus estrategias y proyecciones determinara el área comercial de la empresa.

Como se dijo anteriormente, esta orden era tan abiertamente ilegal, que la propia Dirección de Compras y Logística de **COMCEL** así lo advirtió al señalar que contrario a la instrucción enviada por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, los fabricantes de equipos sí acatan la regulación y solo despachan equipos desbloqueados: "Por otro lado fabricantes como Apple se sesgan a lo que dice la regulación por políticas de su compañía y despacharán sin simlock". Sin embargo, como se observa a continuación, **COMCEL** prosiguió a adquirir y ordenar equipos con las bandas bloqueadas después de la entrada en vigencia de la Resolución CRC 3066 de 2011.

En efecto, atendiendo la política empresarial impartida por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y conocida por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, **COMCEL** continuó adquiriendo y ordenando equipos bloqueados, tal y como fue advertido por la Delegatura en su Informe Motivado con base en las pruebas obrantes en el expediente. En efecto, la Delegatura demostró que con posterioridad al 1 de octubre de 2011, **COMCEL** adquirió 1.872.130 equipos con las bandas bloqueadas, como se observa en la siguiente tabla:

Tabla No. 1. Equipos celulares bloqueados según fabricante adquiridos por COMCEL entre octubre de 2011 y febrero de 2012

LG	10.000	-	-	-	-	10.000
SONY MOBILE	22.500	34.600	2.900	6.500	3.000	69.500
ALCATEL	150.500	305.500	415.960	78.040	-	950.000
NOKIA	328.500	227.130	194.350	88.650	4.000	842.630
TOTAL EQUIPOS BLOQUEADOS						1.872.130

Fuente: Informe Motivado, pg. 55 / Elaboración del Despacho.⁶⁵

Adicionalmente, la tabla a continuación muestra los equipos adquiridos al fabricante NOKIA con órdenes de compra de **COMCEL** posteriores al 1 de octubre de 2011. Nótese que contrario a lo manifestado por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado en cuanto a que era posible que equipos adquiridos por **COMCEL** con órdenes de compra anteriores al 1 de octubre de 2011 vinieran bloqueados, la siguiente tabla demuestra que **COMCEL** expidió órdenes de compra para 189.000 equipos bloqueados:

⁶⁴ Folio 141 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/VARIOS – FÍSICO/ CUADERNO 1/ OCR_137485- 1R-445/ folio 2129.

⁶⁵ Tabla construida por la Delegatura con información obrante a folio 141 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/VARIOS – FÍSICO/ CUADERNO 1/OCR_137485_1R-445/ folios 1891 a 1893; folio 141 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/VARIOS – FÍSICO/ CUADERNO 10/OCR_137485_1R-447folios 2183 a 2198, 2207 y 2246.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 2. Equipos celulares con bloqueo de bandas con ordenados a NOKIA

Octubre 2011	noviembre 2011	51.400
	diciembre 2011	32.050
	enero 2012	54.650
Total		138.100
Noviembre 2011	diciembre 2011	11.000
	Total	11.000
Diciembre de 2011	diciembre 2011	11.000
	Enero 2012	25.000
	Febrero 2012	4.000
Total		40.000

Fuente: Informe Motivado, pg. 56.⁶⁶

Así las cosas, para este Despacho resulta claro que la política comercial de **COMCEL** para las solicitudes de desbloqueo de bandas y la compra de equipos bloqueados tuvo como eje principal las instrucciones impartidas por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y conocidas por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, las cuales fueron acatadas e implementadas según lo demuestran las pruebas obrantes en el expediente.

Frente a las anteriores evidencias, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** manifestó en sus observaciones al Informe Motivado que actuó con la debida diligencia para acatar las disposiciones de la **CRC** sobre apertura de bandas, para lo cual puso de presente el siguiente correo electrónico enviado el 26 de octubre de 2011 dando respuesta a un correo enviado por **ANDRÉS CARLÉSIMO REY** (Director de servicios de valor agregado de **COMCEL**) con el asunto: "Re: Sim Lock", en el que indica que a todas las solicitudes de desbloqueo se les diera trámite en los CAC:

- Correo electrónico del 25 de octubre de 2011⁶⁷ remitido por **ANDRÉS CARLÉSIMO REY** (Director de servicios de valor agregado de **COMCEL** para la época de los hechos) enviado a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, entre otros, con el asunto: "Sim Lock":

"De acuerdo a lo que hablamos con Juan Carlos anoche, los terminales que compremos o hayamos comprado a partir del 1 de octubre ya no deben venir con Sim Lock. A continuación algunas condiciones que hablamos:

- **Los equipos que tenemos en Bogotá que tienen Sim Lock no se deben desbloquear de manera masiva.**
- **Si un cliente que se activó después del 1 de octubre, que tenga SL activado, se acerca a un punto de venta a solicitar el desbloqueo, se le dará trámite a la solicitud de acuerdo a los tiempos actuales.**
- Los equipos que están en tránsito, o que la Orden de compra se montó antes del 1 de octubre y vienen con SL deben quedar así (se debe revisar si esto nos puede impactar en fecha de entregas programadas).
- Las OC a partir del 1 de octubre se deben hacer sin Sim Lock.
- El hecho que se quite el SL no quiere decir que ya no exista la cláusula de permanencia, si se desbloquea el equipo de un cliente que tiene permanencia pendiente con nosotros esta se mantiene.
- Se debe revisar con los fabricantes si el hecho de no tener SL no baja el costo de los terminales para las nuevas OC.
- La Dirección de SVA debe hacer una propuesta de manejo de precios con esta nueva condición.

Slds"

⁶⁶ Tabla construida por la Delegatura con información obrante a Folio 141 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/VARIOS – FÍSICO/ CUADERNO 10/OCR_137485_1R-447folios 2183 a 2198.

⁶⁷ Folio 1109 del cuaderno público No. 6 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Respuesta de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** mediante correo electrónico enviado el 26 de octubre de 2011⁶⁸ con el asunto: "Re: Sim Lock":

"Andrés, estoy de acuerdo con tu mail en términos generales excepto por las siguientes clarificaciones:

** Hemos pedido a la CRC que considere que la medida obliga a lo imposible a Comcel al solicitar que en ese periodo se implemente que todo equipo vendido venga sin Sim Lock considerando los inventarios en canal. Para esto hemos ofrecido que en un periodo de transición se le puede ofrecer al cliente que al acercarse a un CAC se le eliminara el SIM Lock sin costo.*

** De igual manera los proveedores se toman un tiempo para hacer los ajustes en sus procesos productivos para iniciar producción para Comcel sin la solicitud de SIM Lock. Así que tampoco es viable que todos los despachos a partir de 1 de octubre vengan sin este feature. Durante este tiempo ofrecemos la provisión de desbloqueo en CAC's.*

La aprobación de este punto está pendiente por la CRC. Hilda y yo los mantendremos al tanto de nuestros avances a este respecto.

*Saludos,
JC"⁶⁹ (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

En relación con este correo, es preciso mencionar varios aspectos. En primer lugar, queda claro el involucramiento de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en los aspectos relacionados con la implementación de la regulación sobre la venta de terminales sin las bandas bloqueadas. De otro lado, llama la atención del Despacho que aún casi un mes después de que entrara en vigencia la normatividad sobre la prohibición de venta de terminales con las bandas bloqueadas, el correo electrónico en mención, en lugar de instruir expresamente dar cumplimiento con la regulación mencionada, lo que en realidad hace es plantear unas opciones para el canal de ventas que no se compadecen con la obligación legal prevista en la Resolución 3066 de 2011. Adicionalmente, no debe olvidarse lo señalado en líneas precedentes en relación con las órdenes emitidas a los proveedores de equipos celulares, incluso durante varios meses posteriores al correo en estudio, en donde, como quedó evidenciado, **COMCEL** expidió órdenes de compra de celulares con las bandas bloqueadas.

Así, aún si en gracia de discusión se aceptara como una excusa para no cumplir con la regulación que ya estaba vigente el hecho de tener un inventario de teléfonos con las bandas bloqueadas, lo que sí no tiene explicación alguna diferente a la implementación de la política empresarial impartida por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y conocida por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, es que **COMCEL** haya emitido órdenes de compra de cientos de miles de teléfonos celulares con las bandas bloqueadas.

Al respecto, este Despacho considera que, contrario a la supuesta diligencia desplegada por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** como Presidente de **COMCEL**, basta reiterar que las pruebas que obran en el expediente y que se han expuesto en la presente Resolución no dejan duda de que **COMCEL** continuó exigiendo requisitos no previstos en la regulación para acceder a las solicitudes de desbloqueo y adquiriendo y ordenando equipos bloqueados. Por lo tanto, no se encontró probada la diligencia alegada por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** a pesar de que según su declaración, realizó diferentes reuniones con los fabricantes de los equipos terminales, pues, como se dijo, las pruebas obrantes en el Expediente demuestran que **COMCEL** siguió ordenando equipos bloqueados por lo menos hasta diciembre de 2012.

Así las cosas, es clara la responsabilidad de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en la política corporativa de **COMCEL**, que para este caso es de carácter omisivo, pues a pesar de haber tenido el conocimiento de dicha política empresarial violatoria de la regulación, además de la posibilidad y la jerarquía dentro de la compañía para dar una instrucción diferente a aquella que impartió **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, no lo hizo, y por el contrario, toleró el cumplimiento de dichas políticas.

⁶⁸ Folio 1109 del cuaderno público No. 6 del expediente.

⁶⁹ Folio 1109 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En efecto, está plenamente demostrado en el expediente que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** permitió, teniendo pleno conocimiento de la situación que se presentaba, que toda la estructura organizacional responsable siguiera incumpliendo lo establecido por el regulador para dinamizar la competencia del mercado de voz móvil en Colombia.

Por lo anterior, este Despacho considera plenamente probada la responsabilidad de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el sentido de que se encuentra demostrado que toleró y facilitó la conducta contraria a la competencia que ejecutó **COMCEL** relacionada con el bloqueo de bandas de terminales móviles.

En el mismo sentido, de acuerdo con las pruebas analizadas anteriormente, para el Despacho también se encuentra plenamente probada la responsabilidad de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el sentido de que se encuentra demostrado que autorizó y ejecutó la conducta contraria a la competencia desplegada por **COMCEL** en relación con el bloqueo de bandas de terminales móviles.

Al respecto, en este punto es oportuno referirse al argumento presentado por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en sus observaciones al Informe Motivado, relacionado con que en dicho informe se incluyó la referencia a su participación en una política corporativa de bloqueo de equipos, sin que la misma estuviese previamente mencionada en la imputación.

Este argumento debe ser rechazado, en la medida en que revisada la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, puede verse con claridad que dicha referencia sí fue relacionada en el Pliego de Cargos. En efecto, obsérvese que sobre la política empresarial de bloqueo de bandas, la Delegatura advirtió en la Resolución de Apertura de Investigación que *"los investigados tuvieron conocimiento de la política a implementar por la compañía encaminada a impedir el desbloqueo de los equipos terminales de aquellos usuarios que adelantando procesos de portación así lo solicitaran."*⁷⁰.

En el mismo sentido deben rechazarse los argumentos relacionados con que la imputación se enmarcó en el segundo semestre de 2011, por lo que las quejas de usuarios mencionadas por la Delegatura posteriores a tal periodo no debían ser tenidas en cuenta. En efecto, debe advertirse a los investigados que en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos no está determinado un periodo específico, por lo que no tiene ningún asidero la manifestación de los investigados en este sentido.

9.3.3.2. Responsabilidad de JUAN CARLOS ARCHILA CABAL en su condición de persona natural, frente a las conductas anticompetitivas relacionadas con el abultamiento de cifras de COMCEL

De conformidad con lo expuesto por la Delegatura, este Despacho encontró evidencia suficiente en el expediente que da cuenta de que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** tuvo pleno conocimiento y toleró ciertas prácticas realizadas por los distribuidores de **COMCEL**, consistentes en realizar portaciones ficticias dirigidas hacia su red (portaciones *In*), que tuvieron como consecuencia un abultamiento en las cifras de portabilidad que eran difundidas a los consumidores.

Por estas prácticas, **COMCEL** fue sancionado mediante la Resolución 53403 de 2013. Para este Despacho, analizadas las pruebas de este expediente y los argumentos de los investigados, la responsabilidad de **COMCEL** se encuentra acreditada, teniendo en cuenta que su conducta, ya sea por acción u omisión deliberada, resultó en una alteración sustancial de las cifras de PNM, lo que indiscutiblemente configuró una conducta tendente a limitar la libre competencia en el mercado de Voz Saliente Móvil, pues produjo un efecto que podría afectar falsamente la posición de una empresa en el mercado frente a las decisiones de consumo de los usuarios, su reputación, su marca y, por consiguiente, su grado de rivalidad en el mercado. Más aún, para este Despacho el hecho de que **COMCEL** ostente una posición de dominio hace que este tipo de mecanismos se erijan como formas idóneas para mantener una posición privilegiada en el mercado, por lo que en dicho caso resultó suficiente acreditar tal idoneidad y no su efecto como lo pretenden los ahora investigados según sus observaciones al Informe Motivado.

⁷⁰ Resolución 42871 de 2014.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

A continuación se presentan las pruebas obrantes en el expediente que dan cuenta de la participación activa y deliberada de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en la conducta por la cual fue sancionada **COMCEL**. En tal virtud, se demostrará que fue a través de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que **COMCEL** desarrolló la conducta sancionada mediante la Resolución 53403 de 2013, en la medida en que las evidencias son contundentes en cuanto a que conoció de primera mano y toleró portaciones ficticias dirigidas hacia su red realizadas por sus distribuidores, que tuvieron la idoneidad de distorsionar a favor de **COMCEL** las cifras de PNM en el país, en tanto que fueron amplia y constantemente difundidas a los consumidores, por lo que podrían generar una concepción equívoca respecto de las tendencias de los usuarios que ejercieron su derecho a la PNM. Así mismo, se demostró plenamente que a pesar de tener conocimiento respecto de las irregularidades en materia de número de portaciones, el investigado no tomó las acciones pertinentes sino hasta meses después. Así que, permitió que una situación que, en principio, podía estar fuera de su alcance y responsabilidad, se perpetuara y tuviera el potencial de causar efectos considerablemente más gravosos si se les compara con los que habrían acaecido si se hubiera tomado alguna determinación al momento de haber sido informado directamente por el Presidente de **MOVISTAR**. Aunque los distribuidores son terceros que actúan por cuenta propia y no dependen jerárquicamente del presidente de la compañía, la omisión de una actuación oportuna y diligente por parte de éste, permitió que se produjera la situación reprochada durante un lapso considerable. Tal circunstancia es tanto más clara para este Despacho, cuanto que el señor Archila era consciente del carácter errático y sospechoso de las cifras de portabilidad numérica a favor de la compañía. Estas se le suministraban diariamente por medio de mensajes de texto. Aparte de ello, la anomalía a que se ha hecho referencia le había sido puesto de presente por medio de una comunicación entregada personalmente en aquel entonces por el presidente de la compañía **TELEFÓNICA** en Colombia. Todo lo anterior está suficientemente acreditado en el informe motivado. Por ello, no puede aceptarse el argumento según el cual, las medidas adoptadas por el Presidente de **COMCEL** fueron oportunas. En realidad, transcurrieron meses antes de que la situación fuera corregida.

Inicialmente, vale la pena poner de presente nuevamente que la introducción de la PNM en Colombia fue prevista como una herramienta para generar mayor competencia en el mercado de las comunicaciones, traducida en una mejoría en la prestación de los servicios por parte de los distintos operadores de telefonía móvil, especialmente de cara a las distorsiones generadas por las asimetrías de participación del mercado y la existencia de efectos club acentuados por la presencia de un operador dominante (**COMCEL**).

Adicionalmente, la portabilidad fue concebida como un canal de comercialización a través del cual los competidores podrían acceder o penetrar el mercado, es decir, un canal a través del cual podrían llegar al usuario y convencerlo para que se "porte" o migre hacia su red. Por consiguiente, era una forma de acceder o aumentar la participación en un mercado.

Ahora bien, un abultamiento de cifras por parte del operador dominante tiene necesariamente un impacto o efecto en un mercado como el de voz saliente móvil, en el cual el tamaño de la red de usuarios constituye un factor determinante al momento en que el usuario de telecomunicaciones decide quién será su proveedor de servicios de voz móvil. Tal y como se indicó anteriormente, de acuerdo con el fenómeno conocido en la literatura económica como el "*efecto club*", en la medida en que más usuarios pertenecen a una plataforma de servicios de voz móvil, ante ausencia de regulación en un escenario en el que los precios de las llamadas dentro de la misma red eran estrictamente menores que los precios de aquellas llamadas cuya terminación se realizara fuera de la red, resultaba más atractivo para el usuario pertenecer a la plataforma del operador dominante.

Así, en el caso en concreto, el abultamiento de cifras en presencia del "*efecto club*" amplifica la distorsión que sobre el mercado representó la conducta de **COMCEL**, quien haciendo uso de su posición de dominio, aumentó artificialmente el número de usuarios portados a su red, distorsionando a su favor la percepción de los usuarios de comunicaciones de voz móvil sobre el tamaño de su red.

Por lo anterior, resulta incuestionable que para los operadores participantes del mercado, la implementación de la PNM comportará la mayor importancia, si se tiene en cuenta que especialmente para el agente con posición de dominio, es decir **COMCEL**, se trataba de la herramienta diseñada por el regulador para dinamizar la competencia distorsionada por su sola presencia como dominante. En este sentido, se entiende que sería la oportunidad para que los competidores de **COMCEL** intentaran arrebatarle una porción de su altísima participación de mercado.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

De hecho, existe abundante material probatorio en el expediente que da cuenta de la importancia que tenía para **COMCEL**, en cabeza de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, su desempeño en la contienda con sus competidores al inicio de la portabilidad. Esto, contrario a lo manifestado en sus observaciones al Informe Motivado en las que indica que la portabilidad representaba un porcentaje mínimo frente a otras formas de activación de líneas a su red. En este sentido, obsérvese el correo electrónico a continuación enviado el 1 de agosto de 2011 por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** a **ANDRÉS CARLÉSIMO REY** (Director de servicios de valor agregado de **COMCEL** para la época de los hechos) y otros funcionarios con el asunto: "*RE Estatus Portabilidad 1 Agosto 4pm*". Nótese cómo **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** imparte enérgicamente múltiples instrucciones para mejorar el desempeño de la empresa en portaciones:

"NOTA: SI ESTAN COPIADOS EN ESTE MAIL ES PORQUE TIENEN UN TODO IMPORTANTE. POR FAVOR REVISENLO. COORDINEN VIA CARLOS CHAUX.

*Sin duda la gran ganancia está en pospago con 10% arriba en portaciones con respecto a la participación de Comcel respecto a la base total de usuarios de pospago. Debemos acelerar en esto. Carlos Mario/Diego, espero que estemos enfocando las tropas para buscar prospectos de pospagos para portar. Jose Orlando, le pido por favor que dentro del reporte separe las solicitudes de portación de CACs vs las del canal corporativo. Monica, por favor encárgate de movilizar a tu equipo para buscar prospectos de clientes para portar. Todo con la oferta/producto actual. **Hay mucho que ofrecer!!!***

*Indudablemente **donde nos estamos viendo más débiles es en prepago** donde claramente ganamos vs Movistar pero Tigo y UFF nos pueden hacer daño. No me sorprenden los números de UFF que si bien son pequeños pueden ser un problema en la medida que están ofreciendo \$20,000 gratis por portarse. Esto puede hacer que muchos clientes "de segunda línea" decidan pasarse a UFF solo para acceder a una recarga de \$20,000 gratis. Creo que **esto hay que contrarrestarlo con muchas campañas directas y con un agresivo manejo del plan de referidos.** Carlos Mario, te pido que pongas a tu gente de canales directos a pensar en cómo multiplicar nuestra oferta y comunicación del programa.*

*Por último es claro que **necesitamos aumentar nuestra productividad en solicitudes de NIP (o lo que es lo mismo en prospección de clientes a portarse).** Esto se ve muy bajo. Está claro que la red de distribución no está haciendo su trabajo en este sentido. Roy, por favor revise esto y vea cómo hacer que la red de distribución se vuelva un agente activo en portación. Fue lento que se convirtiera un agente activo en migraciones. Ojalá aprendamos qué hay que hacer para que esto no suceda. Está claro también que en la medida en que mejoremos la disponibilidad de herramientas mejorará la oportunidad de prospección en cadenas. Sonia/Carlos Chaux/Camilo, por favor asegúrense de que esto suceda. Carlos Mario/Andrés creo que debemos revisar nuestro proceso para proceder a solicitar el NIP. Tiene esto un costo? Sino debemos volvernos más agresivos.*

*Piedad/Jose Orlando, Por último les pido también comenzar a incluir en el reporte diario algo que nos de visibilidad del avance en referidos. Ana Maria, esta es tu gran oportunidad!! Teniendo un tráfico como el que tienes en *611/IVR y en los CACs deberías ser un gran contribuidor en el programa de referidos. Pls piensa en cómo lograr esto.*

Jairo, por favor asegúrate de que este tema sea revisado en detalle en el CEC de este Viernes.

*Saludos,
Juan Carlos"⁷¹ (Subraya fuera de texto original).*

Pues bien, partiendo de la acreditación de la importancia que representaba para de **COMCEL** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** la implementación de la PNM como dinamizadora de la competencia y posible riesgo para su participación de mercado, las pruebas obrantes en el expediente evidenciaron que una vez entró en vigencia la PNM, **COMCEL** experimentó una drástica migración de muchos de sus usuarios hacia otros operadores a través de la PNM, superior a la enfrentada por cualquiera de sus competidores.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En efecto, para los cuatro (4) primeros meses de entrada en vigencia de la PNM, esto es, agosto, septiembre, octubre y noviembre de 2011, **COMCEL** acumulaba 51.518 portaciones *Out*⁷², frente a solo 23.932 portaciones *In*⁷³ (menos de la mitad), cifras que indicaban que **COMCEL** tenía un saldo neto negativo respecto de las solicitudes de portabilidad *In vs Out* que esta tramitaba. Es decir, la entrada de la PNM estaba ocasionando una significativa y acelerada disminución de sus usuarios, por lo que claramente comportaba una amenaza considerable para su desempeño.

A propósito, para la época varios medios de comunicación de amplia difusión revelaban al público que **COMCEL** era el operador que más usuarios estaba perdiendo con la portabilidad numérica, lo cual ampliaba el alcance de la amenaza que comportaba dicha medida regulatoria para la empresa. A continuación se presenta a manera de ejemplo uno de dichos informes de prensa de público acceso, generado el 1 de septiembre de 2011 y exhibido en la Resolución No. 66934 de 2013:

- **Publicación en rcnradio.com del 1 de septiembre de 2011**

"Comcel, operador que más usuarios pierde con portabilidad numérica"

*Un mes después de la entrada en vigencia de la portabilidad numérica en la telefonía celular en Colombia, 26.114 abonados cambiaron de operador, **siendo Comcel del que salió el mayor número de usuarios** y Tigo el que más recibió.*

*De acuerdo con el balance presentado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones, **de Comcel salieron 15.061 abonados y llegaron 5.033**; de Colombia Móvil - Tigo salieron 3.150 y llegaron 12.618; Telefónica Móviles Colombia - Movistar recibió 7.749 y perdió 5.961; Uff Móvil atrajo 2.500 usuarios y perdió 147; mientras que Avantel perdió 7 abonados y recibió 2. (...)*

El nuevo servicio, que tiene un mes de vida, permite a todos los usuarios de telefonía móvil, tanto en planes prepago como pospago, portar los diez dígitos de su línea para el operador de su preferencia, proceso que tiene como plazo máximo 5 días hábiles, a partir de la fecha en que el usuario solicite el cambio". (Negrilla fuera del texto original).

Frente a estas cifras, producto de la entrada en vigencia de la PNM, **COMCEL** emprendió una estrategia comercial que contemplaba la generación de incentivos a su red de distribución para que incrementara las portaciones hacia su red de manera masiva. Estos incentivos consistían en pagar a sus distribuidores una comisión adicional por cada portación.

La campaña de incentivos obedeció, como se dijo anteriormente, a los resultados negativos de **COMCEL** en el marco de la PNM, lo cual despeja cualquier duda sobre la importancia que representaba esta medida regulatoria para dicha empresa. En efecto, no obstante **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** afirmó que la PNM no representaba más de un 5% del total de la actividad comercial de la empresa⁷⁴, lo cierto es que para el Despacho se encuentra demostrado que la PNM comportaba la mayor importancia para **COMCEL** y sus resultados comerciales, en la medida en que se convirtió en una dinamizadora de la competencia en el mercado y el canal de comercialización más atractivo para que los operadores accedieran a los usuarios.

Prueba de lo anterior, es la mencionada campaña de incentivos implementada por **COMCEL** con el aval de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** para estimular las portaciones desde su red de distribución, la cual, como se observa en el gran número de circulares informativas dirigidas a los distribuidores de **COMCEL** obrantes en el expediente⁷⁵, fue modificada en varias oportunidades (en total, solo hasta diciembre de 2011 se observaron 10 modificaciones) por **COMCEL** en sus arrestos por combatir los índices negativos de portaciones que la compañía estaba obteniendo en el mercado para ese momento.

⁷² Son portaciones *Out* aquellas líneas que migran desde el operador donante al operador receptor.

⁷³ Son portaciones *In* aquellas con las cuales se activan en un operador receptor las líneas telefónicas móviles que provienen de un operador donante.

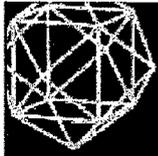
⁷⁴ Declaración rendida el 14 de marzo de 2016 ante esta Superintendencia, obrante a folio 2530 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

⁷⁵ Ver circulares informativas dirigidas a los distribuidores de **COMCEL** obrantes en el folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/ CUADERNO 7 – COMCEL/FOLIO 1933.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Es así como los incentivos fueron puestos en conocimiento de la red de distribución a través de circulares como la que se presenta a continuación:

Imagen No. 1. Circular informativa No. "2011-GSDI01-S195227 del 1 de diciembre de 2011"



CIRCULAR INFORMATIVA
COMCEL

Para Distribuidores Comcel
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **INCREIBLE INCENTIVO POR PORTACIONES EN PREPAGO DEL 01 AL 31 DE DICIEMBRE**

**PORTABILIDAD OTRA FORMA DE
AUMENTAR NUESTROS INGRESOS
EN ESTA NAVIDAD**

**CONTINUAMOS CON MÁS INCENTIVOS\$\$\$\$
PARA EL DISTRIBUIDOR....**

DEL 1 AL 31 DE DICIEMBRE 2011

LOS VENEDORES QUE REALICEN SOLICITUDES DE PORTACION EN PREPAGO Y QUE SEAN APROBADAS, RECIBIRAN UN BONO SODEXHO PASS ADICIONAL A LOS ACTUALES DE \$3.000 PESOS POR LINEA.

!!!! ANIMO NO HAY META PARA ESTE INCENTIVO LO ÚNICO QUE TIENES QUE HACER ES PORTAR Y PORTAR. !!!!!!!!!!!!!

2011-GSDI01-S195227
01 DE DICIEMBRE DE 2011

1
INFORMACION CONFIDENCIAL

Fuente: Información obrante en folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del expediente⁷⁶

ESPACIO EN BLANCO

⁷⁶ Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/ CUADERNO 7 – COMCEL/FOLIO 1933/11-137485/2011-GSDI01-S195227.pdf

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

IMPORTANTE

- > Informamos que para la liquidación de éste incentivo, se revisarán todas las ventas de los distribuidores, en los casos en los cuáles se encuentren anomalías en las ventas no se entregara el incentivo.
- > Tener presente que el pago del incentivo será para las portaciones aprobadas entre el 01 y 31 de DICIEMBRE de 2011.
- > El vendedor debe estar laborando con el distribuidor al momento de la entrega de los bonos por parte de COMCEL.
- > Este bono aplica para todos los canales de venta.

Sin otro particular,



MARIA DEL PILAR SUAREZ G.
Gerente de Servicio y Entrenamiento al Distribuidor

2011-GSDI01-S195227
01 DE DICIEMBRE DE 2011

2
INFORMACION CONFIDENCIAL

Fuente: Información obrante en folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente⁷⁷

Conforme lo señaló la Delegatura, el mecanismo utilizado por **COMCEL** para incentivar las portaciones, fue conocido y aprobado por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en su calidad de Presidente de la compañía, tal y como se observa de su propia declaración rendida ante la Entidad:

"DELEGATURA: *Usted con anterioridad a que se emitiera la política de comisiones que era compartida con los distribuidores, ¿aprobaba esa política, la conocía?*

JUAN CARLOS ARCHILA CABAL: *La conocía*⁷⁸.

Lo propio afirmó **ANDRÉS CARLÉSIMO REY** (Director de Servicios de Valor Agregado de **COMCEL** para la época de los hechos) en los siguientes términos:

"DELEGATURA: *¿Estos incentivos tienen que ser avalados por presidencia antes de ser comunicados a la red de distribución?*

ANDRÉS CARLÉSIMO REY: *Si señor*⁷⁹

⁷⁷ Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/ CUADERNO 7 – COMCEL/FOLIO 1933/11-137485/2011-GSDI01-S195227.pdf

⁷⁸ Declaración rendida el 14 de marzo de 2016, minuto 17:44 segunda parte, obrante a folio 2530 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

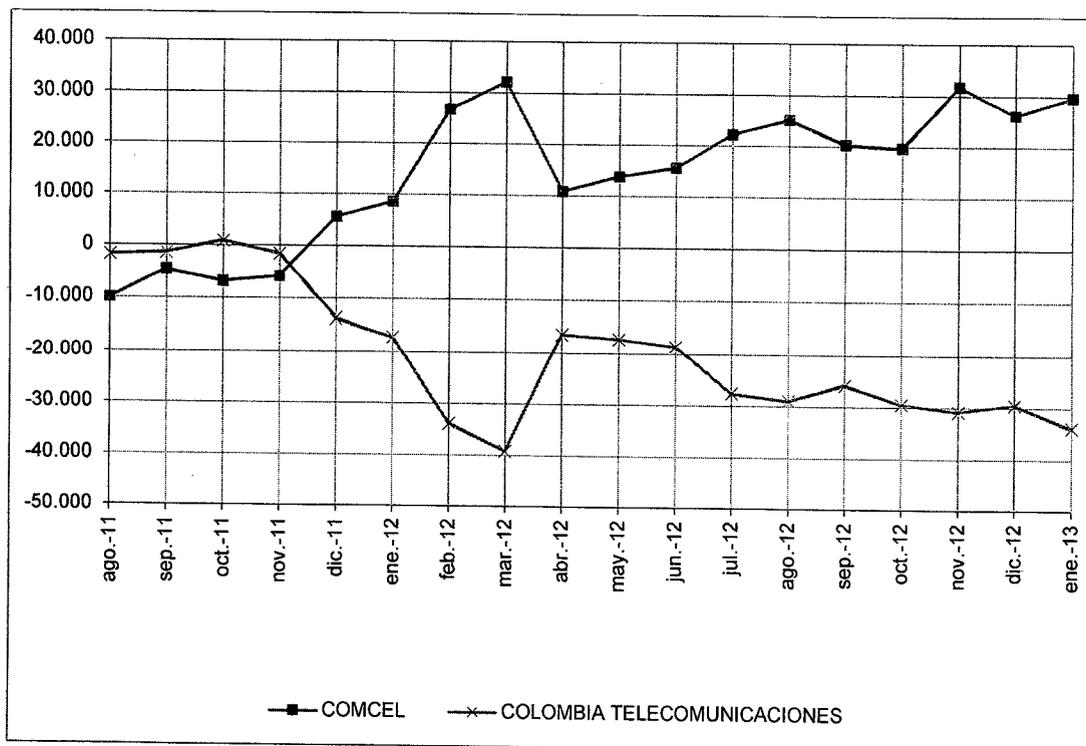
⁷⁹ Declaración rendida el 17 de mayo de 2016, minuto 17:29, obrante a folio 2577 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

A partir de la implementación del incentivo en diciembre de 2011, las cifras de portaciones hacia **COMCEL** cambiaron drásticamente, pues de ser el operador de telefonía que más usuarios perdía (portaciones *Out*) en relación con sus competidores durante los primeros meses de la portabilidad, a partir de diciembre de 2011 estas cifras reflejaron que **COMCEL** era la empresa que ganaba más portaciones (portaciones *In*), al paso que la empresa que más usuarios perdía a través de la portación era **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (MOVISTAR)**.

Lo anterior puede observarse con claridad en la siguiente gráfica, donde se muestran las portaciones *In* y *Out* de las redes de **COMCEL** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (MOVISTAR)** entre agosto de 2011 y enero de 2013. Nótese que a partir de diciembre de 2011 hasta marzo de 2012, la tendencia de las portaciones *In* de **COMCEL** tuvo un incremento extraordinario en relación con la situación histórica anterior, al paso que las de **MOVISTAR** se reducen drásticamente en la misma proporción:

Gráfica No. 1. Comparativo portaciones mensuales de COMCEL y MOVISTAR entre agosto de 2011 y enero de 2013



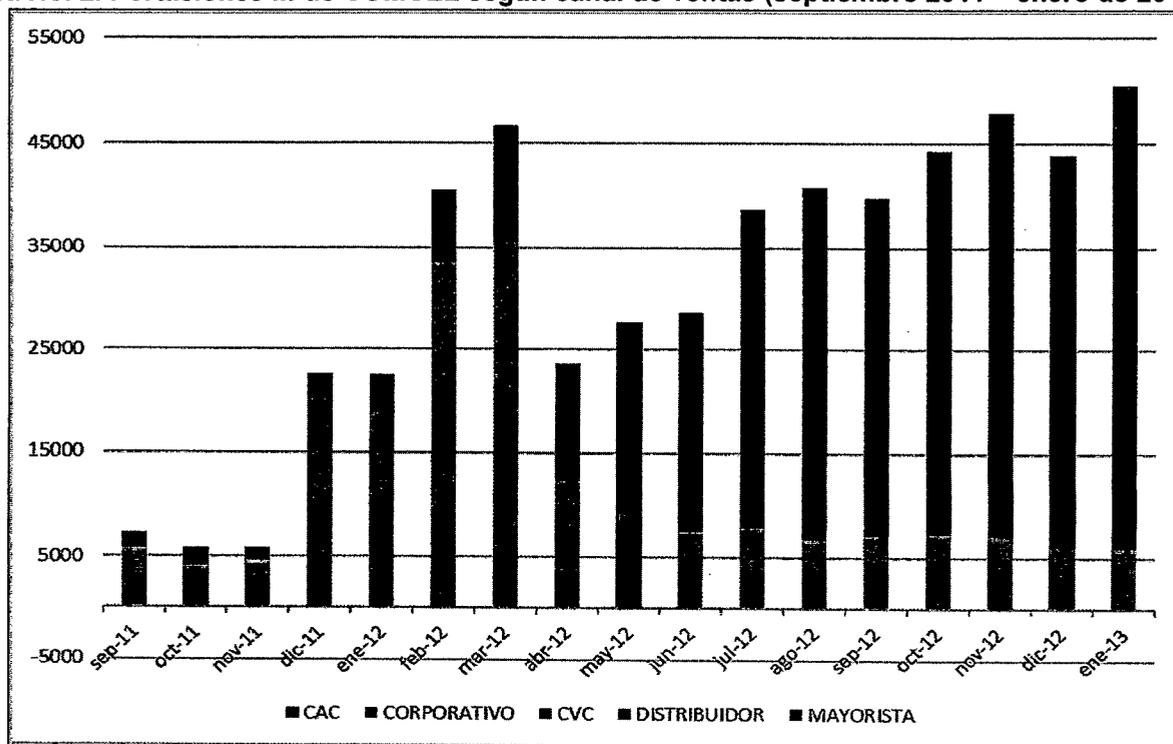
Fuente: Elaboración SIC con base en los datos obrantes a folio 133 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por su parte, la siguiente gráfica presentada por la Delegatura en el Informe Motivado muestra los canales de venta de **COMCEL** que realizaron las portaciones hacia la red de dicha empresa desde la fecha de implementación de la PNM hasta enero de 2013. Nótese que durante los primeros meses de entrada en vigencia de PNM, las portaciones *In* de la compañía provenían principalmente de los CAC, distribuidores y mayoristas. Sin embargo, a partir del mes de diciembre de 2011 y hasta marzo de 2012, las portaciones realizadas por los distribuidores aumentaron significativamente hasta concentrar el 70% de las portaciones *In* de la empresa.

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Gráfica No. 2. Portaciones In de COMCEL según canal de ventas (septiembre 2011 – enero de 2013)



Fuente: Elaboración Superintendencia con base en información obrante en folio 145 del cuaderno reservado No. 1 del expediente⁸⁰.

Ahora bien, analizadas las portaciones realizadas por la red de distribución de **COMCEL** durante el periodo comprendido entre diciembre de 2011 y marzo de 2012, se encontró que en promedio, el 87% del total de las líneas no registraron recargas⁸¹. Por esta razón el Despacho concluyó en la Resolución 53403 de 2013 que las masivas portaciones realizadas por la red de distribución de **COMCEL** versaban sobre líneas que fueron pre-activadas en **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (MOVISTAR)** bajo la modalidad prepago, las cuales jamás presentaron una recarga, y al poco tiempo fueron portadas hacia la red de **COMCEL**. En esa medida, se trató de portaciones masivas de líneas prepago hacia la red de **COMCEL**, sin que existiese un usuario real detrás de cada una de las portaciones y, por consiguiente, las mismas eran ficticias. Así mismo, se concluyó que las portaciones masivas eran realizadas por la red de distribución de **COMCEL**, que compraba masivamente SIM Cards prepago activas en los puntos de venta de los competidores de **COMCEL**, para así realizarles el proceso de portación, donde el titular de la línea naturalmente no coincidía con el solicitante de la portación.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que si bien la Superintendencia no sostiene que la implementación del incentivo para los distribuidores tenía en sí mismo el propósito de generar portaciones fraudulentas, es claro que dicho mecanismo carecía de mayores controles, pues la compañía procedía a otorgar el incentivo con la sola aprobación del Administrador de Bases de Datos del proceso de portación, sin que esto permitiera constatar que dicho proceso fuera realizado por un usuario real.

En ese mismo sentido, tal y como ya ha sido mencionado, se reprocha la falta de diligencia en cuanto a la oportuna toma de medidas correctivas para normalizar la situación, una vez se tuvo en conocimiento las presuntas anomalías que estaban ocurriendo.

Este cambio extraordinario e inusitado en las cifras de portabilidad tuvo efectos concretos en el mercado, percibidos especialmente por el operador del que se portaban la mayoría de usuarios hacia **COMCEL**, es decir, **MOVISTAR**. En efecto, para este operador bastaron nueve (9) días para identificar (con tan solo la observancia del comportamiento de las cifras de portabilidad en los primeros 9 días de diciembre) que se estarían presentando algunas prácticas irregulares en el mercado por parte de la red de distribuidores de **COMCEL**, pues de las 19.000 portaciones *Out*

⁸⁰ Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/ CUADERNO 7 – COMCEL/FOLIO 2014/ Anexo 1. Solicitudes y activaciones mensuales Port in por canal ventas.xls

⁸¹ Entiéndase por recarga el abono a saldo en cuenta que le permite cursar tráfico de voz.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

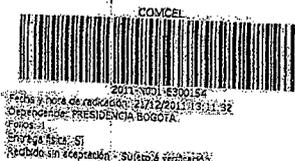
sucedidas en ese mes, 12.000 correspondían a ventas nuevas de las cuales el 99.2% no hizo recarga alguna, situación que le permitió inferir que la red de distribuidores de ese operador adquiría en prepago las tarjetas SIM de **MOVISTAR**, para luego realizar portaciones *In a COMCEL*.

Lo anterior fue puesto de presente directamente a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** como Presidente de **COMCEL** por el Presidente de **MOVISTAR**, mediante una comunicación del 21 de diciembre de 2011, en la cual le manifestó su preocupación por las prácticas de algunos de sus distribuidores que habrían resultado en un incremento inusitado de 19.000 líneas portadas en prepago, de las que un altísimo porcentaje fueron dirigidas a **COMCEL** sin haber realizado recargas. La carta a la que se hace referencia y que fue puesta de presente a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** directamente se presenta a continuación:

Imagen No 2. Comunicación remitida por MOVISTAR a COMCEL el 21 de diciembre de 2011

Telefónica

Móviles



Bogotá, D.C. 21 de diciembre de 2011

Doctor
JUAN CARLOS ARCHILA
Presidente
Comcel S.A.
Ciudad

Asunto: Portación de números en prepago de Movistar.

Estimado Juan Carlos,

De acuerdo con la información que hemos obtenido en el mercado durante las últimas semanas, evidenciamos ciertas prácticas de algunos de sus distribuidores de tarjetas SIM, cuyas características pasamos a explicar a continuación.

En el mes de Noviembre de 2011 Movistar tuvo cuatro mil quinientas (4.500) portabilidades en prepago, con destino a los diferentes operadores, distribuidas así:

- TIGO:	57%	- UFF:	6%
- Comcel:	36%	- UNE:	1%

Durante los primeros nueve días de diciembre observamos un incremento inusual del número de portabilidades en prepago de Movistar a otros operadores. De acuerdo con este incremento, estaríamos por encima de los diecinueve mil (19.000) números portados desde Movistar, es decir, más de cuatro veces la cantidad presentada durante noviembre. Por su parte, es particularmente notorio que el destino de los operadores cambia radicalmente, de la siguiente forma:

- Comcel:	77%	- TIGO:	22%	- UFF:	1%
-----------	-----	---------	-----	--------	----

Revisado el detalle de esos diecinueve mil (19.000) números portados, encontramos que más de doce mil (12.000) corresponden a ventas nuevas de Movistar en servicio prepago efectuadas durante noviembre de 2011. Del total de dichas ventas, el 99.2% no realizó recarga alguna y el destino de los números portados es:

- Comcel:	97%	- TIGO:	3%	- UFF:	0%
-----------	-----	---------	----	--------	----

Vista la anterior situación, queremos solicitarles la revisión de las conductas y los mecanismos actualmente utilizados por sus distribuidores, pues presumimos que vienen adquiriendo masivamente nuestras tarjetas SIM en prepago para luego realizar portaciones a Comcel.

Cordial saludo,

ARIEL PONTÓN
Presidente

Fuente: Información obrante en folio 148 del cuaderno reservado No. 1 del expediente⁸²

⁸² Folio 148 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/ FOLIO-558/Punto b/Carta Comcel.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Como puede observarse, la carta del Presidente de **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (MOVISTAR)** dirigida y entregada personalmente al Presidente de **COMCEL, JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, es clara en señalar que habían evidenciado "*ciertas prácticas de algunos de sus distribuidores*" que habrían realizado portaciones de números de **MOVISTAR** en las que el 99.2% no realizó recarga alguna y cuyo destino en un 97% fue **COMCEL**. Además, frente a la grave situación descrita, solicita expresamente "*la revisión de las conductas y los mecanismos actualmente utilizados por sus distribuidores, pues presumimos que vienen adquiriendo masivamente nuestras tarjetas SIM en prepagado para luego realizar portaciones a Comcel*".

De acuerdo con lo anterior, es claro que el efecto en el mercado que hasta ese momento habían producido las portaciones fraudulentas de los distribuidores de **COMCEL** fue conocida por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, al menos desde el 21 de diciembre de 2011, fecha en que su mayor competidor (**MOVISTAR**) le puso de presente que el extraordinario número de portaciones a la red de **COMCEL**, estaba distorsionando la percepción de los usuarios en el mercado era producto de un fraude de algunos de sus distribuidores.

Incluso, si en gracia de discusión se aceptare el argumento presentado por el investigado, según el cual la procedencia de la comunicación sembraba un manto de duda toda vez que se allegaba por parte de Telefónica, su más importante y relevante competidor, lo mínimo que se esperaría en razón a la diligencia que supone el cargo de Presidente de **COMCEL**, hubiese sido darle el correspondiente trámite, de manera oportuna, y hacer las respectivas averiguaciones para determinar la veracidad de la conducta denunciada.

Sin perjuicio de lo anterior, en el expediente se encuentra probado que el comportamiento insólito de las cifras de portaciones no solo pudo haber sido conocido por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** a partir de la mencionada carta enviada por **MOVISTAR**, sino a través de los reportes de primera mano que tenía a su alcance sobre el comportamiento de las cifras de portabilidad, la evolución de la compañía y el desempeño de sus competidores. Así lo afirmó además el mismo **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en la declaración rendida ante la Entidad, señalando que realizaba seguimiento a las portaciones de **COMCEL**:

"DELEGATURA: Le estoy preguntando, ¿Usted realizaba un seguimiento de las portaciones de la compañía?"

***JUAN CARLOS ARCHILA CABAL:** No dije eso, dije que hacía un seguimiento a los resultados comerciales que incluyen el de las portaciones. Debo ser claro que la actividad comercial de la empresa significa más de un millón cien mil activaciones mensuales, dentro de las cuales las portaciones no pesan en más de un 5% del total de la actividad comercial de la empresa⁸³.*

En el mismo sentido se pronunció **ANDRÉS CARLÉSIMO REY** en los siguientes términos al manifestar que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** recibía reportes diarios del desempeño de las portaciones:

"DELEGATURA: ¿Usted lleva un reporte y le comunica a presidencia cómo es la labor de esos incentivos? ¿Cuál ha sido la eficacia de esos incentivos?"

***ANDRÉS CARLÉSIMO REY:** No, realmente no hay un reporte de los incentivos entregados porque tampoco soy yo el que liquida los incentivos, esos los liquida el área de comisiones. Lo que hay y lo que se revisa son reportes de cómo van las ventas, cómo van las activaciones, cómo van las portaciones, cómo se va moviendo el producto "x". Pero cómo van los incentivos, no.*

***DELEGATURA:** ¿Y cuáles son esos reportes?"*

***ANDRÉS CARLÉSIMO REY:** Eso. Reportes de ventas, reportes de portaciones, reportes de cómo van las altas de un producto nuevo que estamos lanzando al mercado, reportes de desactivaciones.*

***DELEGATURA:** Esos informes, ¿A quién se presentan? Los de portabilidad.*

⁸³ Folio 2530 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

ANDRÉS CARLÉSIMO REY: Los informes de portabilidad eran informes que generaba el área de operaciones y pues digamos... obviamente se presentaban a la presidencia y los compartían con el área de ventas, con el área... pues con mi área ehh... básicamente, no sé quién más estuviera involucrado, pero presidencia, la vicepresidencia comercial, el área de servicio de valor agregado y pues obviamente operaciones.⁸⁴

(...)

DELEGATURA: Recuerda si en algún momento, una vez usted conoció el contenido de los reportes, ¿Pudo notar alguna anomalía, inconsistencia o algún crecimiento abrupto o disminución abrupta de las portaciones In o de las portaciones Out que tenía COMCEL en su línea?

ANDRÉS CARLÉSIMO REY: ehh... si, yo me acuerdo que... no sé, después de 6, 8 meses las portaciones nuestras empezaron a crecer un poco más, o sea el ritmo de portaciones aumentó o aceleró.

DELEGATURA: 6 - 8 meses ¿Desde cuándo?, y más o menos en qué periodo podría ubicar ese crecimiento que usted está haciendo mención.

ANDRÉS CARLÉSIMO REY: No... desde que arrancó la portabilidad, sino estoy mal la portabilidad arrancó en agosto del 2011 y más o menos la portación se debió acelerar hacia febrero, marzo, abril, si estamos hablando de hace 5 años mi memoria no da para tanto

(...)

DELEGATURA: ¿Recuerda con qué periodicidad se presentaban esos informes a presidencia para el año 2011, específicamente los meses de octubre, noviembre y diciembre?

ANDRÉS CARLÉSIMO REY: Yo creo que en ese momento debían ser diarios o semanales, no me acuerdo bien.

DELEGATURA: Una vez usted tenía esos reportes, ¿se reunía con el presidente de la compañía?

ANDRÉS CARLÉSIMO REY: No, no necesariamente había reunión cada vez que había reporte, digamos que como dije antes el tema de portabilidad pues si era un proceso nuevo, era un proceso que hubiéramos querido que fuera más ehh... pues más ehh... digamos que hubiera generado más activaciones, pero en ese momento representaba el 2% o 3% de las ventas pues entonces no tenía tanta prioridad.⁸⁵ (Negrilla y subraya fuera de texto)

A continuación se presenta un ejemplo de los informes enviados a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** sobre las cifras de portabilidad de la compañía elaborados por el área de operaciones. Se destaca el nivel de detalle contenido de los reportes, que incluían el porcentaje de portaciones In y Out por regiones, en comparación con la competencia, la portación por canales de comercialización:

ESPACIO EN BLANCO

⁸⁴ Minuto 24:08. Folio 2577 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

⁸⁵ Folio 2577 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

**Imagen No. 3. Informe de portabilidad de COMCEL con destino a Presidencia
(Resumen de cierre septiembre de 2011 con corte a 25 de octubre de 2011)**

RESUMEN DE CIERRE SEPTIEMBRE 2.011

Institucional	In	7.207	37,60%
	Out	11.960	62,40%
	Netos	-4.753	
	Total	19.167	

NIPS GENERADOS

Nip Port In

Operador	CORTE 25 DE SEPTIEMBRE				CORTE 25 DE OCTUBRE			
	NIP	%	NIP > 5	%	NIP	%	NIP > 5	%
MOVISTAR	7.737	60%	2.450	66%	5.094	64%	917	54%
TIGO	5.006	39%	1.247	33%	2.738	34%	738	44%
UFF	97	1%	27	1%	116	1%	31	2%
AVANTEL	1	0%	0	0%	0	0%	0	0%
UNE	4	0%	1	0%	5	0%	0	0%
COMCEL	5	0%	0	0%	7	0%	0	0%
TOTAL	12.850	100%	3.725	100%	7.960	100%	1.686	100%

Nip Port Out

NIP ENTREGADOS	Acumulado 25 de Octubre	47.658
----------------	-------------------------	--------

SOLICITUDES

Port In

DONANTE	CORTE 25 DE SEPTIEMBRE			CORTE 25 DE OCTUBRE			VARIACION %		
	PREPAGO	POSTPAGO	TOTAL	PREPAGO	POSTPAGO	TOTAL	PREPAGO	POSTPAGO	TOTAL
MOVISTAR	2.304	1.180	3.484	2.062	1.250	3.312	-11%	6%	-5%
TIGO	1.416	520	1.936	1.119	428	1.547	-21%	-18%	-20%
UFF	55	5	60	52	6	58	-5%	0%	-3%
AVANTEL	0	0	0	0	0	0	0%	0%	0%
UNE	1	0	1	2	0	2	0%	0%	0%
COMCEL	0	0	0	1	0	1	0%	0%	0%
TOTAL	3.776	1.705	5.481	3.236	1.684	4.920	-14%	-1%	-10%

Port Out

RECEPTOR	CORTE 25 DE SEPTIEMBRE			CORTE 25 DE OCTUBRE			VARIACION %		
	PREPAGO	POSTPAGO	TOTAL	PREPAGO	POSTPAGO	TOTAL	PREPAGO	POSTPAGO	TOTAL
MOVISTAR	933	2.676	3.609	1.497	3.718	5.215	60%	39%	44%
TIGO	3.151	243	3.394	3.990	245	4.235	27%	1%	25%
UFF	453	21	474	489	22	511	8%	5%	8%
AVANTEL	1	1	1	1	1	1	0%	0%	0%
UNE	40	40	40	91	1	92	0%	0%	0%
TOTAL	4.578	2.940	7.518	6.068	3.986	10.054	33%	36%	34%

SOLICITUDES PORT IN X CANAL - Octubre

CANAL	POSTPAGO	%	PREPAGO	%	TOTAL	%
CAC	533	32%	1054	33%	1.587	32%
DISTRIBUIDOR	566	34%	827	26%	1.393	28%
CADENAS	14	1%	1268	39%	1.282	26%
CORPORATIVO	479	28%	1	0%	480	10%
CVC	92	5%	86	3%	178	4%
Total general	1.684	100%	3.236	100%	4.920	100%

SOLICITUDES SIN ESTADO DE ABD - Octubre

CANALES	CANT	%PART
CAC	113	23%
DISTRIBUIDOR	223	45%
CADENAS	38	8%
CORPORATIVOS	107	22%
CVC	14	3%
TOTAL	485	100%

Fuente: Información obrante en el folio 144 del cuaderno reservado No. 1 del expediente.⁸⁶ (Sección resaltada en rojo fuera de la imagen original)

En adición de lo anterior, se acreditó con el siguiente correo electrónico que para **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** era tan importante estar al tanto del desempeño de **COMCEL** en relación con la portabilidad, que ordenó que los informes de portabilidad fueran enviados por medio de un mensaje corto de texto (SMS) a su teléfono móvil:

⁸⁶ Folio 144 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 5 - COMCEL/FOLIO 156/Ximena Bastidas.ad1

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

"De: Camilo Andres Góngora Florián

Enviado el: Lunes, 08 de Agosto de 2011 06:14 p.m.

Para: José Orlando Peralta Tocarruncho; Jairo Contreras Pedreros; Piedad Ximena Bastidas Ardila

CC: Carlos Humberto Ramírez Chaux

Asunto: RE: Estatus Portabilidad 8 Agosto 4 pm

Xime, este es el SMS para enviar ahora en el formato que solicitó JCA.

PortInPos: solic 887, eje 498, prog 179, pend 210, 55% del total; PortINPre: solic 1896, ejec 674, prog 471, pend 751, 33.4% del Total.

Enviar a:

Juan Carlos Archila, *Carlos Mario Gaviria, diego Hernandez; todos los directores de canal; Andrés Carlésimo; Camilo Góngora; José Orlando Peralta; Chaux; Oscar Delgado; Jairo contreras". (Subraya y destacado fuera del texto original).*

Como puede observarse, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** contaba con múltiples mecanismos a través de los cuales estaba al tanto del comportamiento de las cifras de portabilidad y el desempeño de **COMCEL** en ese sentido. Por tal razón, es claro que estaba plenamente informado sobre el pobre desempeño de **COMCEL** en los meses iniciales de la portabilidad y, por supuesto, del abrupto cambio en las portaciones a favor de la compañía que se presentó en diciembre de 2011, aspecto que evidencia que las cifras de portabilidad no era un asunto de menor importancia relegado a empleados de inferior nivel en la jerarquía de la compañía, sino que demandaron del reporte y control y permanente al propio Presidente de **COMCEL** aquí investigado.

Así las cosas, para este Despacho es claro que aun si se admitiera en gracia de discusión que si de los informes diarios y pormenorizados a los que se hizo referencia, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** no hubiera advertido el aumento extraordinario en portaciones hacia la red de **COMCEL** sin registro de carga o usuario real, la carta que recibió directamente del Presidente de **MOVISTAR** el 21 de diciembre de 2011 demuestra sin lugar a dudas que a partir de ese momento tuvo pleno conocimiento no solo del comportamiento inusual de las cifras, sino de que el mismo provenía de las compras masivas de líneas prepago a sus competidores realizadas por algunos de sus distribuidores y la subsiguiente portación a la red de **COMCEL**, sin la mediación de un usuario real que al menos hubiese realizado una recarga, es decir, de portaciones ficticias.

Así bien, partiendo de que se encuentra demostrado que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** conoció al menos desde el 21 de diciembre de 2011 que la razón del crecimiento inusitado de portaciones a la red de **COMCEL** eran conductas fraudulentas de sus distribuidores, el Despacho encontró que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, deliberada y convenientemente, permitió que los efectos en el mercado que se venían presentando como producto de dichas portaciones ficticias, y que le fueron advertidos por **MOVISTAR**, continuaran desarrollándose y distorsionando las cifras de portación por un periodo de alrededor de cuatro (4) meses, al cabo del cual finalmente decidió solicitarle explicaciones a un distribuidor sobre las portaciones fraudulentas.

En efecto, mediante un escrito dirigido a su distribuidor SER COMUNICACIONES, con la referencia "Solicitud de explicaciones", **COMCEL** le inquiriere sobre las siguientes inconsistencias:

- "1. 15745 líneas prepago portadas presentan inconsistencias en los actos de identificación del usuario que solicitó la portación.*
- 2. 17553 líneas prepago portadas a nombre de la Empresa Sanchez (sic) Monsalve con NIT 890908995, la mencionada empresa negó la portación.*
- 3. 38 líneas pospago portadas a nombre de la Empresa Sanchez (sic) Monsalve con NIT 890908995, la mencionada empresa negó la portación."*

Posteriormente, al cabo de un corto proceso, **COMCEL**, con ocasión de los hechos ocurridos y con fundamento en sus atribuciones contractuales, mediante comunicación del 20 de junio de 2012 impuso al mencionado distribuidor el pago de una suma de \$295.530.500.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Al respecto, este Despacho llama la atención sobre el hecho que la espera para tomar medidas frente a la conducta de los distribuidores por parte de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** coincide con el término de tres meses establecido por la **CRC** para recabar los datos de portaciones de cada operador, necesarios para publicar su informe trimestral sobre el estado y avance de la implementación de la portabilidad en el país, el cual sería difundido ampliamente en medios de comunicación nacionales.

En efecto, en este punto debe indicarse que una vez implementada la PNM, la **CRC** elaboraba y publicaba una serie de informes trimestrales para darle seguimiento a la efectividad de dicha medida regulatoria. En dichos informes, la **CRC** indicaba el comportamiento de la PNM en el país y su impacto en cada uno de los operadores. Estas cifras se dieron a conocer al público a través de notas de prensa y reportes periodísticos publicados en medios de comunicación, donde se valoraba la evolución de la portabilidad en Colombia con base en las cifras proporcionadas por la **CRC**. Por supuesto, dichos informes reflejaban las extraordinarias cifras a favor de **COMCEL** que, recuérdese, eran fraudulentas y artificiales en la medida en que no representaban usuarios reales.

Al respecto, y tal y como lo advirtió este Despacho en su momento y ahora se reitera, las cifras de portabilidad entregadas a la **CRC** y a los consumidores, constituyen un indicador sobre el comportamiento de estos últimos en el mercado, además de erigirse como un factor reputacional relevante para las empresas, por lo que claramente son **factores de competencia** que influyen en el posicionamiento de la compañía, en la percepción que de la misma tienen los consumidores y, sobre todo, en el desenvolvimiento que tiene la empresa en el mercado. Por lo tanto, cualquier alteración a favor o en contra influye en el grado de rivalidad o en el nivel de competencia de la misma en el mercado, así como en la decisión de los consumidores al momento de sustituir su demanda. No en vano las empresas dedican una cantidad importante de recursos a la publicidad de su marca y a lograr el posicionamiento de la misma en el mercado, ya que la percepción que de ellos tenga el consumidor afecta sus decisiones de compra y, por consiguiente, el grado de demanda que obtiene cada uno de los agentes.

A propósito, a continuación se presentan extractos de algunos informes de prensa de público acceso que fueron presentados en el Informe Motivado, relacionados con los reportes de portabilidad elaborados por la **CRC**. Nótese que según los reportes, **COMCEL** era el operador más beneficiado con la PNM, mientras que **MOVISTAR (COLOMBIA TELECOMUNICACIONES)** era el operador que perdía más usuarios:

- **Publicación en El Liberal del 5 de enero de 2012**

"Colombianos hacen buen uso de la portabilidad numérica"

La Comisión de Regulación de Comunicaciones entregó el más reciente reporte de portabilidad numérica con corte al 31 de diciembre de 2011. En los cinco meses de vigencia de la norma más de 140.000 personas han hecho uso del servicio. (...) (Negrilla fuera del texto original).

- **Publicación en Diario Portafolio el 5 de enero de 2012**

"Más de 140 mil personas han hecho uso de la portabilidad numérica en el país."

La Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) informó que en el pasado mes 44.921 colombianos optaron por cambiar de operador celular manteniendo su mismo número de teléfono, en el marco de la norma de portabilidad numérica, instaurada en el país hace cinco meses. (...)

La CRC señaló que la cifra de portados de diciembre es un 108 por ciento mayor a la observada en noviembre de 2011.

En el mes pasado, el operador Comcel ganó 22.587 nuevos clientes, mientras que se portaron de su servicio 17.073; Movistar por su parte fue la que más clientes perdió: 21.565, pero recibió a 7.841. Tigo por su parte ganó 13.630 y perdió a 6.073. Avantel ganó 6 y perdió 23; Uff Móvil obtuvo 759 clientes y perdió 143, mientras que UNE ganó 98 y perdió 44 usuarios.

En el acumulado total, Comcel ha ganado 46519 clientes y perdido a 68591; Movistar ha recibido 34.312 nuevos clientes y ha cedido a 51.956 y Tigo ha ganado en total 52.419 clientes y ha perdido a 19.132 de ellos" (Negrilla y subraya fuera de texto).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- **Publicación en El Espectador de 10 de abril de 2012**

"Se dispara portabilidad numérica en el primer trimestre del año"

Durante los tres primeros meses de 2012, 167.914 usuarios de telefonía móvil en Colombia hicieron uso de la portabilidad numérica, **según el más reciente informe de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC).**

En cuanto al consolidado registrado por la entidad, desde la fecha que se implementó la portabilidad (agosto de 2011) a marzo del presente año, 308.819 personas cambiaron de operador celular, conservando su número telefónico.

El director de la CRC, Carlos Andrés Rebellón Villán, manifestó su satisfacción por el incremento en la utilización de la portabilidad numérica móvil por parte de los usuarios, pero llamó la atención por el inusitado aumento en las cifras reportadas, ya que solamente en dicho período se superó el número total de portaciones obtenidas en cinco meses de implementada la norma. (...)

TOTAL ACUMULADO DE NÚMEROS PORTADOS - PRIMER TRIMESTRE DE 2012 (Fecha de Corte: marzo 31 de 2012)				
Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones Móviles	PORTACIONES PRIMER TRIMESTRE 2012		ACUMULADO AGOSTO 2011- MARZO 2012	
	Números Recibidos	Números Donados	Números Recibidos	Números Donados
AVANTEL S.A.S. (AVANTEL)	52	27	66	135
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. (COMCEL)	109843	42452	156362	111043
ETB S.A. E.S.P. (ETB)	1	0	1	0
TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (MOVISTAR)	17189	107348	51501	159304
COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. (TIGO)	38636	17391	91055	36523
UFF MÓVIL S.A.S. (UFF)	2047	488	9053	1416
UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. (UNE)	146	208	781	398
TOTAL	167.914	167.914	308.819	308.819

fuera de texto). (...) (Negrilla

- **Publicación en Diario La República del 11 de abril de 2012**

"En lo corrido del año, Comcel ha sido el más beneficiado con la portabilidad"

Por otra parte, Movistar donó el mayor número de usuarios en el mismo periodo, con 107.348. El acumulado de usuarios desde agosto del año pasado alcanzó los 308.819 usuarios portados. Se espera que para el final del de 2012 se llegará a una cifra cercana al millón de usuarios. Un parte positivo dio el director ejecutivo de la Comisión, Carlos Andrés Rebellón, quién dijo que "lo vemos es que en sólo 3 meses se logró lo que se hizo en 5 meses del año pasado, se ha disparado significativamente el número de usuarios que ha hecho uso de este servicio (...)" (Negrilla y subraya fuera de texto).

Las anteriores evidencias se contraponen con los argumentos de los investigados en sus observaciones al Informe Motivado, relacionados con que no existe prueba de que el número de portaciones realizadas durante la época de los hechos investigados distorsionó y causó un efecto negativo, en el sentido de haber influenciado la intención de los consumidores en relación con el operador que debían escoger para quedarse o cambiarse.

Estos argumentos no resultan válidos, en la medida en que en este tipo de infracciones a la competencia (prohibición general) no es necesario probar los efectos en el mercado. Es una infracción por objeto, es decir, que solo con la prueba de la producción de la conducta antijurídica se entiende probada la infracción. En el presente caso se probó el abultamiento de cifras de manera fraudulenta por parte de **COMCEL**, a pesar de existir indicios de que la decisión de los usuarios al momento de escoger un operador pudo ser influenciada por las cifras de portabilidad distorsionadas.

Ahora bien, incluso si en gracia de discusión, se tuviera como cierta la afirmación bajo la cual esta conducta no tuvo absolutamente ningún efecto en el mercado, toda vez que los consumidores no conocían, o en su defecto, no se dejarían llevar por las cifras de portaciones y en ese sentido, no se portarían por el hecho de que uno de los competidores era el que estaba presuntamente recibiendo

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

más usuarios por mes, argumento que por lo demás tiene poca cabida, la conducta no dejaría de ser sancionable, toda vez que, se reitera, las infracciones a las normas sobre protección de la competencia se pueden sancionar por objeto y por efecto, sin condicionar dicha prohibición a que la conducta haya producido efectos en el mercado. Por consiguiente, es claro que no es necesario que la Autoridad de Competencia demuestre los efectos de la conducta.

Así bien, para el Despacho las pruebas obrantes en el expediente permiten concluir que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** decidió tolerar desde su inicio las prácticas fraudulentas que estaban realizando sus distribuidores durante un periodo extenso de tiempo, conociendo que en virtud de dichas portaciones de usuarios que no existían, los medios de comunicación catalogaban a **COMCEL** como el operador que más usuarios estaba portando hacia su red. De esta manera, logró que las cifras a favor de **COMCEL** continuaran abultadas artificialmente y fueran puestas en conocimiento de competidores, consumidores y el mercado en general de manera engañosa.

En esa medida, e insistiendo en que no es necesario probar los efectos de la conducta de abultamiento, en la medida en que ya es claro que hubo una infracción por objeto, a continuación se presenta uno de los informes de prensa publicados con base en el informe de la **CRC** con las cifras producto de las portaciones fraudulentas de los distribuidores de **COMCEL**. Nótese que el informe de prensa sostiene que "**En lo corrido del año, Comcel ha sido el más beneficiado con la portabilidad**", lo cual se entiende que era precisamente el mensaje al consumidor buscado por **COMCEL**:

- **Publicación en Diario La República del 11 de abril de 2012**

"En lo corrido del año, Comcel ha sido el más beneficiado con la portabilidad"

Por otra parte, Movistar donó el mayor número de usuarios en el mismo periodo, con 107.348. El acumulado de usuarios desde agosto del año pasado alcanzó los 308.819 usuarios portados. Se espera que para el final del de 2012 se llegará a una cifra cercana al millón de usuarios. Un parte positivo dio el director ejecutivo de la Comisión, Carlos Andrés Rebellón, quién dijo que 'lo vemos es que en sólo 3 meses se logró lo que se hizo en 5 meses del año pasado, se ha disparado significativamente el número de usuarios que ha hecho uso de este servicio (...)' (Negrilla y subraya fuera de texto).

En virtud de lo anterior, para el Despacho es evidente que la conducta de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** constituye una negligencia intencional que se adecúa claramente al verbo rector "tolerar" la conducta de los distribuidores de **COMCEL** para abultar las cifras de portabilidad difundidas a consumidores y competidores, con lo cual dicha empresa infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en la medida en que su conducta tendió a limitar la libre competencia en el mercado.

Por consiguiente, este Despacho considera plenamente probada la responsabilidad de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en los términos previstos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que toleró la conducta fraudulenta de los distribuidores de **COMCEL**, y, por lo tanto, ejecutó, autorizó y facilitó la conducta contraria a la competencia desplegada por **COMCEL** para abultar las cifras de portabilidad y que fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013.

9.4. Otros argumentos de los investigados

A continuación procede el Despacho a analizar otros argumentos presentados por los investigados en las observaciones al Informe Motivado que no hayan sido respondidos en consideraciones anteriores.

9.4.1. Sobre los argumentos relacionados con el traslado de pruebas del expediente

Los investigados argumentaron que la Superintendencia de Industria y Comercio les habría vulnerado su derecho de defensa y contradicción, al haberse traslado las pruebas obrantes en el expediente administrativo radicado con No. 11-137485 adelantado por esta Superintendencia contra **COMCEL**, sin que las personas naturales aquí investigadas hubieren formado parte en dicha actuación, por lo que no estaría acreditado el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil (vigente para la época de los hechos ocurridos e investigados)⁸⁷.

⁸⁷ En lo esencial esta norma se reprodujo en el artículo 174 del Código General del Proceso.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Pues bien, encuentra el Despacho que existe una interpretación claramente equivocada por parte de los apoderados del alcance y contenido del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, dispone la norma mencionada lo siguiente:

"Artículo 185. Prueba trasladada. *Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".*

Como puede advertirse, el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil establece dos tipos de reglas para dos momentos procesales diferentes. La primera de ellas tiene que ver con la posibilidad de trasladar pruebas válidamente practicadas en otro proceso judicial o administrativo, en relación con lo que no cabe duda que sí puede hacerse, siempre que se haga en copia auténtica. Frente a la segunda regla, referida ya no a la posibilidad de trasladar la prueba, sino con la apreciación que sobre la misma haga el juzgador, deben diferenciarse dos circunstancias posibles: (i) si en el proceso originario, es decir en donde se practicó la prueba que está siendo objeto de traslado, la prueba fue practicada "a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella", esta se apreciará "sin más formalidades" o; (ii) si por el contrario, la parte contra quien se aduce estuvo ausente en dicho proceso, solo podrá ser apreciada si se ha garantizado el derecho de defensa permitiendo la contradicción de la prueba en el proceso al que esta ha sido trasladada.

La norma anteriormente transcrita conlleva en sí una garantía constitucional al derecho de defensa en su expresión del debido proceso, al permitirle al investigado controvertir la prueba que se allega en su contra. Del mismo modo, es una manifestación del principio de economía procesal en virtud del cual debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo de empleo de actividad y al menor costo posible, todo lo anterior, en aras de una justa y cumplida justicia.

En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, que ha sostenido la posibilidad de trasladar una prueba de una actuación a otra, aun cuando contra quien se aduce no hubiere formado parte en el proceso originario, sin que de ello se pudiera predicar la vulneración del derecho de defensa en relación con la contradicción de la prueba trasladada. Ha señalado la Corte Suprema de Justicia lo siguiente en relación con la interpretación del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil:

"(...) cuando no hubo participación de la parte contra la cual se pretendían aducir, si se desea utilizar dicho medio probatorio, será necesario practicar la prueba en el nuevo proceso, o bien en tratándose de testimonios obtener su ratificación, precisamente para darle la oportunidad de contradicción a la parte que no intervino en su producción, en guarda de la señalada regla informadora de la prueba judicial.

(...)

Pero si la prueba trasladada se practicó sin audiencia de la parte contra la cual se aduce en el nuevo proceso, es necesario que dentro de éste sea ratificada por los declarantes, a fin de darle oportunidad a quien no estuvo presente en el primer proceso, de contra-interrogar a los testigos o solicitar la práctica de pruebas adicionales, tendientes a desvirtuar el contenido de las declaraciones trasladadas, con lo cual se satisfacen los principios de publicidad y contradicción de la prueba"⁸⁸.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de trasladar pruebas practicadas en un proceso judicial o una actuación administrativa en la que las partes no hubieran sido parte. Al respecto señaló lo siguiente:

"Para el caso de la prueba documental, la regla general que aplica la jurisprudencia del Consejo de Estado es aquella según la cual en "relación con el traslado de documentos, públicos o privados autenticados, estos pueden ser valorados en el proceso contencioso al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. Conforme a lo anterior, es claro que sin el cumplimiento

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 10 de diciembre de 1999, exp. 5367. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

de los requisitos precitados las pruebas documentales y testimoniales practicadas en otro proceso no pueden ser valoradas para adoptar la decisión de mérito".

No obstante, a dicha regla se le reconocieron las siguientes excepciones: (i) puede valorarse los documentos que son trasladados desde otro proceso [judicial o administrativo disciplinario] siempre que haya estado en el expediente a disposición de la parte demandada, la que pudo realizar y agotar el ejercicio de su oportunidad de contradicción de la misma; (ii) cuando con base en los documentos trasladados desde otro proceso la contraparte la utiliza para estructurar su defensa jurídica (...)"⁸⁹.

Como puede apreciarse, no hay la más mínima duda de la posibilidad que existe de trasladar pruebas practicadas en un proceso judicial o administrativo en el que las partes no hubieran sido parte, solo que para que puedan ser apreciadas por el juez o por la autoridad administrativa, estas pruebas deben estar sometidas a la posibilidad de que las partes puede ejercer su derecho de contradicción en el nuevo proceso.

Esta regla aplicada a la presente actuación administrativa significa que las pruebas practicadas en el expediente No. 11-137845 adelantado contra **COMCEL**, pueden ser trasladadas en copia auténtica al expediente que actualmente se decide. Así, mediante memorando radicado con el No. 13-277605-4 del 27 de enero de 2014⁹⁰ el Grupo de Trabajo para la Protección de la Competencia solicitó al Grupo de Notificaciones y Certificaciones de esta Entidad *"...certificación de autenticidad de las copias de la totalidad del expediente radicado con el No. 11-137485, las cuales se encuentran digitalizadas en medio magnético. Lo anterior a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo cuarto de la Resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013..."* y, en respuesta a dicha solicitud, mediante memorando radicado con el No. 13-277605-6 del 26 de febrero de 2014⁹¹ el Grupo de Notificaciones y Certificaciones de la Superintendencia informó que se encontraba disponible la reproducción en medio magnético del expediente No. 11-137485, y con fecha 26 de febrero de 2014 certificó: **"[Q]UE LA REPRODUCCIÓN EN MEDIO MAGNÉTICO DEL EXPEDIENTE NO. 11-137485 CORRESPONDE AL EXPEDIENTE ORIGINAL QUE REPOSA EN EL ARCHIVO DE ESTA SUPERINTENDENCIA EL CUAL A LA FECHA CONTIENE 10 CARPETAS PÚBLICAS Y 15 RESERVADAS, SEGÚN RELACIÓN ADJUNTA.**

Por su parte, la regla de contradicción de las pruebas trasladadas también fue cumplida a cabalidad, habida cuenta de que dichas pruebas estuvieron a disposición de los investigados desde el mismo momento en que se formularon los cargos, es decir, desde el comienzo del procedimiento, por lo que contaron con la oportunidad probatoria prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 para por un término de veinte (20) días, solicitar y aportar las pruebas que hubieran considerado pertinentes para su contradicción.

En este punto vale tener en cuenta que la Superintendencia de Industria y Comercio en las actuaciones que adelanta por la presunta comisión de conductas anticompetitivas valora el acervo probatorio bajo las reglas de la sana crítica, razón por la cual, estudia todas las pruebas en conjunto (las trasladadas, las solicitadas a petición de parte y las oficiosamente decretadas) en aras de establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que le permitan acreditar la infracción de las normas de competencia así como los posibles responsables.

En cuanto a la apreciación de las pruebas en conjunto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido lo siguiente:

"Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado "unidad de la prueba", en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer

⁸⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 10 de noviembre de 2016, Rad. 19001-23-31-000-2010-00314-01 (57008). C.P. Jaime Orlando Santofimio.

⁹⁰ Folio 129 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹¹ Folios 130 a 132 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad.⁹² (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

A su turno, la jurisprudencia administrativa ha señalado en cuanto a la valoración probatoria que:

*"(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción. (...)"*⁹³ (Subrayado fuera del texto original).

Como puede observarse en el Informe Motivado y en la presente Resolución, las pruebas y argumentos presentados por los investigados para debatir las evidencias provenientes del expediente de la actuación administrativa radicada con No. 11-137485 sobre la responsabilidad de **COMCEL** fueron analizados en detalle, presentando las respectivas conclusiones a partir de dicho análisis. Ejemplo de ello son los análisis que se realizaron en el Informe Motivado y en la presente Resolución sobre el mercado relevante y la posición de dominio de **COMCEL**, así como de las conductas de bloqueo de bandas y abultamiento de cifras por las que se sancionó a **COMCEL**, en los que se valoraron en conjunto, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, todas las pruebas obrantes en el expediente, incluyendo, por supuesto, todas las aportadas por los investigados, asignándoseles razonadamente el mérito a cada una, según lo dictan las normas de procedimiento⁹⁴. Por lo anterior, no puede aceptarse que los investigados afirmen en sus observaciones al Informe Motivado que no se le dio ninguna validez a las pruebas que aportaron, en la medida en que las mismas fueron valoradas en conjunto con las demás pruebas obrantes en el expediente, concluyéndose que no lograron desvirtuar la responsabilidad de los investigados.

Al respecto, en este punto resulta pertinente referirse al argumento de los investigados en sus observaciones al Informe Motivado a través del cual ponen en duda la veracidad de las quejas de usuarios de **COMCEL** puestas de presente en el Informe Motivado relacionadas con el bloqueo de bandas de equipos.

Sobre este particular, en primer lugar debe advertirse a los investigados que, contrario a lo que pretenden sostener, el fundamento para determinar la responsabilidad de **COMCEL** en ningún momento se limitó a las quejas que interpusieron sus usuarios por considerar que esta empresa vulneró sus derechos como consumidores al negarse a desbloquear las bandas de sus equipos y así continuar con el trámite de portación a otros operadores, pues dicha responsabilidad se fundamentó en múltiples pruebas adicionales, es especial aquellas que daban cuenta de que **COMCEL** diseñó e implementó a través de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** una política comercial restrictiva y de obligatorio cumplimiento para obstruir las solicitudes de desbloqueo de equipos y comercializar los mismos bloqueados, en abierto desacato de las disposiciones en esta materia proferidas por la **CRC**.

Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho rechaza este argumento, teniendo en cuenta que los investigados no solo no acreditaron las razones para poner en tela de juicio las quejas mencionadas, sino que omitieron manifestar que dichas quejas resultaron en investigaciones por la Delegatura de Protección al Consumidor, en las que en ningún momento **COMCEL** puso en duda la veracidad de las mismas. A continuación se presenta una tabla elaborada por la Delegatura con la relación de las quejas mencionadas y la respectiva multa impuesta por la Delegatura de Protección al Consumidor:

⁹² Corte Constitucional. Sentencia T - 274 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao.

⁹³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2015. M.P. Stella Conto Díaz.

⁹⁴ **Código General del Proceso. "Artículo 176. Apreciación de las pruebas.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba."

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 3. Actuaciones administrativas adelantadas por la Delegatura de Protección al Consumidor relacionadas con el bloqueo de los equipos terminales

Resolución de sanción	Quejoso	Fecha de la queja	Hechos	Multa
75145 del 22 de diciembre de 2011	Diligencia adelantada de oficio por la Superintendencia en las instalaciones de un Centro de Atención al Cliente (CAC) de COMCEL .	25 de noviembre de 2011	Los equipos terminales que se comercializaban en un punto de venta de COMCEL se encontraban con las bandas cerradas.	\$16.068.000
17501 del 26 de marzo de 2012	ALFREDO FARID SALJA ANGÚLO	12 de enero de 2012	Venta de equipo terminal con las bandas cerradas y no atención de la solicitud presentada en reiteradas ocasiones para adelantar el procedimiento.	\$17.001.000
27702 del 30 de abril de 2012	JAIRO ANDRÉS GÁLVIS GONZÁLEZ	9 de marzo de 2012	Solicitud de requisitos no previstos en la regulación para tramitar una solicitud de desbloqueo de bandas.	\$17.001.000
27826 del 30 de abril de 2012	MARÍA ELENA SANDOVAL	5 de marzo de 2012	No se tramitó por parte de COMCEL una solicitud presentada para desbloquear las bandas de un equipo terminal.	\$170.010.000

Fuente: Información obrante en el expediente⁹⁵

Ahora bien, revisados por este Despacho los actos administrativos por medio de los cuales se decretaron las pruebas debidamente solicitadas por los investigados en la presente investigación (Resoluciones No. 6626 de 2016 y 26564 de 2016), se observó que todas aquellas pruebas dirigidas a controvertir evidencias de la responsabilidad de **COMCEL** que se encontraban en el expediente de la actuación administrativa radicada con No. 11-137485 fueron decretadas y valoradas. En efecto, se decretaron diversos testimonios⁹⁶ y pruebas documentales, dirigidos exclusivamente a debatir las pruebas provenientes del expediente de la actuación administrativa radicada con el No. 11-137485 que daban cuenta de que **COMCEL** no incurrió en las conductas de bloqueo de bandas y abultamiento de cifras⁹⁷. De hecho, incluso se decretó de oficio la ratificación de algunos de los testimonios rendidos en la investigación radicada con el No. 11-137485⁹⁸.

En suma, el Despacho ha constatado que con la compulsas de copias del expediente de la actuación administrativa radicada con No. 11-137485 no se ha vulnerado el derecho constitucional al debido proceso, por cuanto se le dio cabal aplicación al artículo 185 del Código de Procedimiento Civil y se garantizó la contradicción de las pruebas incorporadas a la presente actuación administrativa, por lo que los investigados han gozado de las garantías legales y constitucionales para ejercer a plenitud su derecho de defensa, comoquiera que en la investigación se decretaron y practicaron las pruebas que los investigados consideraron pertinentes para desvirtuar dichas evidencias e incluso se decretaron de oficio ratificaciones de testimonios rendidos en la investigación radicada con el No. 11-137485.

⁹⁵ Folio 143 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 7/OCR_137485-10P-449/Folio 1761; folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 7-COMCEL/Folios 1762 y 1763.

⁹⁶ Testimonios de ANA MARÍA QUINTANA LUCAS, JUAN GUILLERMO PIÑEROS SUÁREZ, MARÍA VICTORIA FERNÁNDEZ, CARMEN LILIANA VALDIVIESO, ANA PATRICIA SANABRIA HIGUERA, ANDRÉS CARLÉSIMO REY, GUSTAVO MANCERA, ADRIANA MARCELA CHARRY, RODRIGO LARA RESTREPO, CHRISTIAN LIZCANO ORTÍZ, entre otros.

⁹⁷ Testimonios de ROGELIO ENRIQUE HORNA GRIMALDO, PIEDAD XIMENA BASTIDAS, DIEGO HERNÁNDEZ DE ALBA, MAURICIO SERNA MONTOYA, CARLOS MARIO GAVIRIA y JOSÉ ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO.

⁹⁸ Decreto de ratificación de testimonios de ANDRÉS CARLÉSIMO REY y JOSÉ ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO (folio 2602 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

9.4.2. Sobre los argumentos relacionados con que el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 está dirigido exclusivamente a MIPYMES

Los investigados sostuvieron que el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 no es aplicable a este tipo de investigaciones, pues tiene por objeto evitar prácticas restrictivas contra las pequeñas y medianas empresas, para lo que hay que tener en cuenta que ni **COMCEL** ni sus competidores ostentan esta calidad. Este argumento es evidentemente errado y será rechazado por las siguientes razones.

En primer lugar, este argumento ha sido decantado en otras oportunidades por la Superintendencia de Industria y Comercio⁹⁹, en el sentido de que el texto de la Ley es claro al señalar que quien ostente posición de dominio no puede *obstruir o impedir a terceros el acceso a mercados o canales de comercialización*. Nótese que la Ley se refiere a "terceros", de los cuales forma parte cualquier compañía, y no a MIPYMES exclusivamente. Decir que la ley aplica solo a MIPYMES y no a terceros sería desconocer el texto mismo de la norma, que es absolutamente claro. Por lo demás, equivaldría a desconocer el principio de interpretación según el cual, cuando la Ley no hace distinciones, no le es dable hacerlas al intérprete.

En segundo lugar, téngase en cuenta que decir que la norma solo protege a MIPYMES llevaría al absurdo de afirmar que **COMCEL** puede obstruir el acceso de compañías al mercado o a canales de comercialización, salvo si son MYPIMES, interpretación que iría en contra de la filosofía del régimen y de los propósitos de las actuaciones administrativas previstos en el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 de proteger la libre participación de empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, independientemente del tamaño del competidor que potencialmente hubiere resultado afectado por la conducta. Bajo la equivocada lógica de los investigados, quedarían por fuera de la órbita de aplicación de la norma casos que tienen la potencialidad de generar un mayor efecto pernicioso en el mercado, por afectar empresas que tengan un mayor tamaño, sin querer significar la importancia de la afectación de MYPIMES.

Por último, el hecho de que la prohibición de obstruir el acceso de terceros a mercados o canales de comercialización, además de proteger a las MIPYMES, también proteja a otras empresas y a la competencia en general, no viola de ninguna forma la unidad de materia que debe existir en toda Ley, en la medida en que la provisión tiene relación directa con el objeto de la Ley y, adicionalmente, con el contenido material de aquella que está modificando, que está encaminada no solo a proteger a MIPYMES sino a la competencia en general. De esta forma, el alcance material o contenido temático de la normatividad referenciada guarda estricta relación causal, temática, teleológica y sistemática con la materia que trata el Decreto 2153 de 1992 (que es la norma que se modifica).

9.4.3. Sobre los argumentos relacionados con que los hechos investigados son temas exclusivamente de normas de protección al consumidor

Los investigados señalaron en sus observaciones al Informe Motivado que los hechos investigados son temas exclusivamente de normas de protección al consumidor y en ningún momento existió violación de las normas del derecho de la Competencia.

Al respecto, este Despacho reitera su posición, plasmada en otras decisiones frente a similares argumentos, en el sentido de que si bien se demostró que en algunos casos individuales **COMCEL** infringió las normas de Protección del Consumidor y la regulación de telecomunicaciones por negarse a abrir las bandas de equipos bloqueados a solicitud de sus usuarios, por lo cual ha sido sancionada tanto por la Delegatura para la Protección del Consumidor, como por el **MINTIC**, ello no obsta para que dichas conductas, en conjunto, puedan ser objeto de reproche desde el punto de vista de la protección de la competencia, si las mismas afectaron o tenían la potencialidad de afectar la dinámica competitiva del mercado, como se acreditó en el presente caso. La circunstancia de existir otras investigaciones relacionadas con hechos que son objeto de análisis en el presente caso, no excluye, en modo alguno, las competencias que le competen a esta Superintendencia en materia de protección de la competencia. Las normas vigentes sobre la materia no establecen la imposibilidad de que concurren simultáneamente investigaciones relacionadas con aspectos técnicos del servicio de telecomunicaciones y otras que se refieran, de manera específica, a conductas que sean violatorias de las normas de competencia. Se trata, por lo tanto, de asuntos

⁹⁹ Ver Resolución No. 80847 de 2015.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

jurídicamente independientes, de manera que no puede existir incompatibilidad para adelantar las diligencias que correspondan sin que ello implique desconocer los derechos de los investigados.

Así mismo, debe advertirse a los investigados que una conducta puede ser objeto de reproche de manera simultánea tanto desde el punto de vista del derecho de competencia como del derecho de consumo, en tanto que ambos regímenes, si bien tienen finalidades diversas, pueden resultar transgredidos, según la afectación que se cause en el mercado con ocasión de la conducta investigada, siempre y cuando que el bien jurídico tutelado en cada caso pueda resultar vulnerado.

Con lo anterior no se pretende desconocer las diferencias que existen entre el Derecho del Consumo y el Derecho de la Competencia, pues resulta incontrovertible que aunque el fin ulterior del derecho de protección al consumidor y el derecho de competencia sea mejorar el bienestar del consumidor, existen diferencias fundamentales entre los problemas económicos que ambos conjuntos de reglas jurídicas están encaminados a corregir. En efecto, las normas sobre protección de la competencia están dirigidas a garantizar que exista un proceso competitivo que derive en mayores beneficios para el consumidor -mejores precios, calidades, etc.- y en mayor eficiencia económica; de tal forma que dicho proceso no se vea falseado por conductas artificiales que no producen beneficio alguno para los consumidores o la economía.

Por el contrario, las normas sobre protección al consumidor tienen por objeto, en general, garantizar que los consumidores tengan la información necesaria para elegir efectivamente entre las opciones disponibles en el mercado, y a que obtengan de los productores un bien o servicio en condiciones óptimas de conformidad con lo anunciado o lo razonablemente esperado. En este sentido, el artículo 1 de la Ley 1480 de 2011 -Estatuto de Protección al Consumidor-, establece que las actuaciones administrativas respecto de dichas normas se encaminan a proteger, promover y garantizar la efectividad y el libre ejercicio de los derechos de los consumidores, así como amparar el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos.

Así, mientras que los problemas que aborda el derecho de competencia se derivan normalmente de conductas unilaterales o plurilaterales que afectan o tienen la potencialidad de afectar la estructura del mercado, los precios que obtienen los consumidores, el nivel de rivalidad entre empresas, la eficiencia distributiva, la eficiencia productiva y la innovación, los problemas que aborda el derecho de protección al consumidor derivan normalmente de la entrega de información inexacta o de bienes que no tienen calidades idóneas a un grupo de consumidores. Ahora bien, si dicha conducta que infringe las normas de protección al consumidor ocurre en mercados poco competitivos o en los que hay operadores dominantes, y si la conducta tiene la potencialidad de afectar el grado de rivalidad en el mercado, las participaciones de los competidores, etc., puede también constituir una práctica restrictiva de la competencia.

En esa medida, para este Despacho, los argumentos de los investigados deben rechazarse, por cuanto la conducta de **COMCEL** infringió las normas de protección de la competencia pues afectó la estructura del mercado "Voz Saliente Móvil" y la decisión libre de los consumidores en dicho mercado. Como se demostró y se encuentra descrito en esta Resolución, al mantener y comercializar los equipos con las bandas bloqueadas para que su correcto funcionamiento fuera exclusivo en la red de **COMCEL**, además de violar los derechos de los usuarios de telecomunicaciones de manera flagrante, produjo un efecto anticompetitivo de cierre de mercado excluyendo a sus competidores de acceder a estos usuarios, erigiendo para ello barreras artificiales violatorias de la ley, para así mantener o aumentar su cuota de mercado. Por otro lado, la tendencia de los usuarios después de la conducta de abultamiento de cifras de portabilidad fue más favorable hacia **COMCEL** manteniendo así las externalidades de red, tales como el efecto club para sus usuarios, y la consolidación de su posición de dominio.

En igual sentido, debe rechazarse el argumento de los investigados según el cual con esta investigación se violó el principio de *non bis in idem*, pues por estos mismos hechos **COMCEL** fue sancionada por el **MINTIC** en los años 2015 y 2016.

En efecto, el principio *non bis in idem* se encuentra consagrado en el inciso 4 del artículo 29 de la Constitución y dispone que "*quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*". En tal sentido, esta garantía contiene una prohibición de duplicidad en el trámite de procedimientos y la imposición de sanciones por una misma conducta; y por lo tanto se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un límite de la potestad sancionadora (*ius puniendi*) o poderes represivos del Estado.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En varias ocasiones, la Corte Constitucional ha establecido que los fundamentos de existencia del principio *non bis in idem* son la seguridad jurídica y la justicia material. A manera de ejemplo se puede citar la siguiente sentencia:

"Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión.

*En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio *non bis in idem* es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material."*¹⁰⁰

Ahora bien, la Corte Constitucional también se ha ocupado de fijar los criterios de aplicación del principio *non bis in idem*, para lo cual ha señalado que se deben presentar tres identidades así:

"Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

"La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

"La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.

"La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos."

*Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios."*¹⁰¹

Pues bien, de entrada y sin mayores elucubraciones, observa el Despacho que en el presente caso es evidente la falta de configuración de los requisitos para la aplicación del principio *non bis in idem*, pues no hay ni identidad en la persona, toda vez que en los casos mencionados se ha sancionado a **COMCEL** y la presente investigación se dirige contra dos personas naturales, ni tampoco hay identidad de causa, por cuanto los bienes jurídicos tutelados son diferentes, en la medida en que la presente actuación tiene como propósito proteger el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica.

9.4.4. Sobre los argumentos relacionados con la significatividad de la conducta

Los investigados afirmaron en sus observaciones al Informe Motivado que las conductas por las que se investigó y sancionó a **COMCEL** se basaron en muy pocos casos y por lo tanto no puede

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-537 de 2002. Exp. No. T-538.259. M.P: Jaime Córdoba Tribiño.

¹⁰¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C- 244 de 1996. Exp. No. D-1058. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

considerarse que sean significativas o que afectaron la rivalidad en el mercado. En este sentido, agregaron que en el Informe Motivado se usaron 4 quejas posteriores a la expedición de la nueva regulación, las cuales no tienen contundencia probatoria dentro de las reglas de la sana crítica por razones cualitativas, cuantitativas y de significancia en el mercado.

Frente a estos argumentos, el Despacho debe reiterar a los investigados que el número de quejas de los usuarios de **COMCEL** no fue el fundamento principal para abrir la investigación, sino lo fue la política corporativa que tenía **COMCEL** sobre el bloqueo de bandas. Las quejas fueron expuestas a título ejemplificativo de algunos casos en los que los usuarios tuvieron problemas en la apertura de bandas como resultado de una política empresarial de **COMCEL** que imponía unos obstáculos. Al respecto, recuérdese que **COMCEL**, a través de los acá investigados, estableció una política empresarial frente a la apertura de las bandas de teléfonos celulares, contraria a la regulación vigente que prohibía la venta o comercialización de teléfonos con bandas cerradas.

Es así como **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** comunicó mediante correo electrónico a los directivos de la empresa las "*indicaciones para efectos de la apertura de bandas*", en las que se informa la política de la empresa respecto de las solicitudes de desbloqueo de bandas, en el sentido de obstruir el proceso a los usuarios imponiéndoles cargas adicionales a las establecidas por la regulación de la **CRC**. Respecto del cumplimiento de la comercialización de equipos desbloqueados, la instrucción fue continuar con la venta de los equipos que tenían en bodega y realizar nuevos pedidos de equipos con las bandas bloqueadas, según lo dispusieran las estrategias del área comercial de la compañía:

"De: Hilda Maria Pardo Hasche

Enviado el: Miércoles, 05 de Octubre de 2011 10:13 a.m.

Para: Carlos Mario Gaviria Castellanos; Andres Carlesimo Rey; Giovanni Mancilla Gaona; Ana Maria Quintana Lucas; Maria Victoria Fernández Gensini; JOSÉ Orlando Peralta Tocarruncho; Lina Patricia Oyaga Larios; Maria Del Pilar Cuellar Santos; Viviana Jimenez Valencia

CC: Juan Carlos Archila

Asunto: Señores las siguientes son las indicaciones para efectos de la apertura de bandas

(...)

B- En prepago o en pospago, si se solicita la apertura de bandas, el suscriptor debe demostrar que es el titular de la línea y que adquirió el equipo legalmente es decir con la factura de compra a su nombre.

(...)

A- los operadores no podemos bloquear equipos ni solicitar que los mismo se fabriquen bloqueados en su totalidad ya que se debe permitir al usuario la libre elección de adquirir el equipo bloqueado o abierto y será el usuario expresamente quien le solicita al operador que se lo venda con SIM Lock, dejando constancia en dicha solicitud de que se le ofreció el de bandas abiertas. Mercadeo debe determinar cuantos (sic) equipos se compran con bandas abiertas y cuantos (sic) con SIM Lock.

B- Logicamente (sic) los equipos que se vayan a subsidiar tendrán que ir bloqueados y con cláusula de permanencia y se le ofrecerá al usuario las dos alternativas el bloqueado con subsidio y cláusula de permanencia y el abierto sin subsidio y sin cláusula de permanencia.

Se debe continuar con la venta de equipos que tenemos en bodegas hasta agotar inventarios y los nuevos pedidos se deben realizar algunos abiertos y algunos cerrados según las proyecciones de comercial, de acuerdo a lo indicado en el punto 2A¹⁰² (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

En adición de lo anterior, se demostró que en vigencia de la Resolución CRC 3036 de 2011, un elevado porcentaje de los equipos ordenados por **COMCEL**, tal y como puede observarse de la siguiente tabla expuesta anteriormente:

Tabla No. 4. Equipos celulares bloqueados según fabricante adquiridos por COMCEL entre octubre de 2011 y febrero de 2012

¹⁰² Documento obrante a folio 156 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

LG	10.000	-	-	-	-	10.000
SONY MOBILE	22.500	34.600	2.900	6.500	3.000	69.500
ALCATEL	150.500	305.500	415.960	78.040	-	950.000
NOKIA	328.500	227.130	194.350	88.650	4.000	842.630

Fuente: Informe Motivado, pg. 55.¹⁰³

En el caso particular de los despachos de NOKIA, la siguiente tabla da cuenta de que COMCEL expidió órdenes de compra para 189.000 equipos bloqueados a dicha empresa después de la entrada en vigencia de la Resolución CRC No. 3066 de 2011:

Tabla No. 5. Equipos celulares con bloqueo de bandas con ordenados a NOKIA

	noviembre 2011	51.400
octubre 2011	diciembre 2011	32.050
	enero 2012	54.650
		138.100
noviembre 2011	diciembre 2011	11.000
		11.000
diciembre de 2011	diciembre 2011	11.000
	Enero 2012	25.000
	Febrero 2012	4.000
		40.000

Fuente: Informe Motivado, pg. 56.¹⁰⁴

Como puede observarse, con posterioridad a la entrada en vigencia de la citada regulación, **COMCEL** adquirió 1.872.130 equipos terminales bloqueados de los fabricantes enunciados.

Una política corporativa de parte del operador dominante consistente en adquirir millones de equipos con bandas bloqueadas para comercializarlos cuando la regulación lo prohibía, y de tal forma dificultar la migración de los usuarios a otros operadores, es claramente **significativa**.

En este punto, el Despacho considera pertinente, indicar a los investigados que su argumento relacionado con las dificultades de **COMCEL** para poner en marcha las disposiciones de la **CRC** en relación con el bloqueo de bandas, así como su solicitud realizada a dicho regulador para que les otorgara un periodo de 6 meses para la aplicación de la regulación, no puede ser de recibo en el presente trámite, pues tales circunstancias son completamente ajenas a la competencia de la Superintendencia de industria y Comercio, toda vez que independientemente de las supuestas dificultades de **COMCEL** para acatar la regulación, lo cierto es que se demostró una violación al Régimen de Protección a la Libre Competencia. De hecho, la misma **CRC** desestimó las razones de dicha solicitud y la rechazó.

Así mismo, una directriz empresarial en el sentido de solicitar requisitos como la factura de compra al usuario que quiere desbloquear su equipo (que por reglas de la experiencia tiende a no conservarse), a pesar de que la regulación decía que con la sola manifestación del usuario se debería desbloquear el equipo, es claramente restrictiva de la competencia al impedir que los usuarios migren a los operadores competidores. Tal conducta, se convierte en **significativa** al ser una política empresarial realizada por un operador con posición dominante en el mercado, con más de 28 millones de clientes para la época de la infracción (exactamente 28.819.823 en cifras del cuarto semestre de 2011) y del que el regulador tuvo que tomar medidas *ex ante* dada la distorsión que su condición de agente dominante ocasiona al mercado. A **COMCEL** se le sancionó por una política empresarial dirigida a un mercado de millones de usuarios y realizada en su calidad de agente dominante en el mercado.

¹⁰³ Tabla construida por la Delegatura con información obrante a folio 141 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/VARIOS – FÍSICO/ CUADERNO 10/OCR_137485_1R-445/ folios 1891 a 1893; Folio 141 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/VARIOS – FÍSICO/ CUADERNO 10/OCR_137485_1R-447folios 2183 a 2198, 2207 y 2246.

¹⁰⁴ Tabla construida por la Delegatura con información obrante a Folio 141 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/VARIOS – FÍSICO/ CUADERNO 10/OCR_137485_1R-447folios 2183 a 2198.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En este punto, se resalta que la propia CRC manifestó en comunicación del 14 de octubre de 2011 dirigida a COMCEL, lo siguiente:

"De acuerdo con lo anterior, la Comisión consideró que no hay ningún motivo para bloquear equipos terminales móviles, en razón a que dicha política pasa a ser una estrategia para incrementar los costos de cambio que debe asumir el usuario y que, en últimas, estaría limitando la competencia en el mercado y, por lo mismo, con el propósito de reducir los costos de cambio exógenos presentes en el mercado, la CRC consideró pertinente establecer la prohibición de bloquear los equipos terminales (...)"¹⁰⁵ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Nótese cómo la propia CRC reconoce la **significatividad** de la política de bloqueo de bandas, toda vez que constituye una estrategia para incrementar los costos de cambio del usuario y restringir la competencia en el mercado.

No obstante lo anterior, debe recordarse que una conducta sea significativa o no, en nada modifica su carácter ilegal, pues el análisis de significatividad tiene relevancia solamente para el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia toma la decisión de iniciar o no una investigación administrativa. Dicho de otra manera, un cartel empresarial o un acto de abuso de posición dominante no deja de ser ilegal por carecer de significatividad.

9.5.5. Sobre los argumentos relacionados con el secreto profesional

En sus Observaciones, los investigados manifestaron que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, en el ejercicio de su actividad laboral como Vicepresidente Jurídica de COMCEL, prepara constantemente opiniones legales para la compañía, cuyo contenido está claramente protegido por la reserva profesional. Dentro de tales conceptos, afirman los investigados, incluyen el que se refiere a su entendimiento jurídico sobre cómo debían aplicarse las normas emitidas por la CRC sobre portabilidad numérica y bloqueo de celulares. Afirman, igualmente, que, por la razón expuesta, no puede derivarse ningún tipo de responsabilidad para **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**.

Para resolver este asunto es pertinente recordar que el secreto profesional es una garantía constitucional consagrada en el artículo 74 de la Constitución Política¹⁰⁶, que impone a los profesionales cuyos clientes descubren ante ellos aspectos que, por su naturaleza están llamados a permanecer ocultos a terceros, el deber de guardar esta información bajo reserva. Esta garantía constitucional, se deriva del vínculo íntimo que emana de este tipo de relaciones profesionales y, tiene por objeto, fomentar la confianza en los profesionales y proteger el derecho a la intimidad de sus clientes.

La delimitación de la esfera que cubre la garantía del secreto profesional, presupone la protección de la intimidad del sujeto que ha depositado su confianza en el abogado. En efecto, tal y como lo ha reconocido la Corte Constitucional: "(...) *La inviolabilidad del secreto asegura la intimidad de la vida personal y familiar de quien hace participe al profesional de asuntos y circunstancias que sólo a él incumben y que sólo con grave detrimento de su dignidad y su libertad podrían desvelarse públicamente.* (...)"¹⁰⁷.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha definido el secreto profesional como "*la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión o actividad*"¹⁰⁸, encontrándolo íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política¹⁰⁹, el cual trae una excepción en su inciso cuarto para las

¹⁰⁵ Folio 135 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁰⁶ Artículo 74. Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley.
El secreto profesional es inviolable.

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 38 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰⁸ Auto de la Corte Constitucional 006 de 1993, M.P.: Jorge Arango Mejía.

¹⁰⁹ Inciso 4 del artículo 15 de la Constitución Política: "(...) *Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.*"

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

funciones de vigilancia e intervención del Estado, pues en este caso podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados reservados por Ley.

En lo que tiene que ver con los profesionales del derecho, estos también tienen el deber de observar la garantía constitucional del secreto profesional. Sin embargo, atendiendo a que la inviolabilidad de esta garantía no es absoluta, le corresponde al abogado en cada caso evaluar si verdaderamente, frente al contenido y alcance constitucional de la norma, la información que le fue suministrada por su cliente o viceversa, se encuentra amparada por el secreto profesional o por el contrario desborda o excede el derecho tutelado por nuestro constituyente. En efecto, al revisar el texto del referido correo electrónico se aprecia que no existe una *opinión jurídica* sujeta a reserva sino, más bien, una instrucción administrativa relacionada con la actividad que debe cumplirse en relación con el bloqueo de las bandas. El correo no está dirigido al cliente, sino a los subalternos del presidente de la compañía (CARLOS MARIO GAVIRIA, ANDRÉS CARLÉSIMO REY, GIOVANI MANCILLA, ANA MARÍA QUINTANA, MARÍA VICTORIA FERNÁNDEZ, JOSÉ ORLANDO PERALTA, LINA PATRICIA OLLAGA, MARÍA DEL PILAR CUELLAR y VIVIANA JIMENEZ), a quien se le copia el contenido del mensaje. Se trata, por lo tanto, de una típica instrucción administrativa, que proviene de una persona que, además, ostenta el cargo de representante legal suplente de la sociedad.

Es evidente que en el citado correo **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, imparte directrices e instruye a los destinatarios respecto de la regulación de apertura de bandas. En efecto, en el texto se plantea la posición que adoptaría **COMCEL** respecto de las solicitudes de desbloqueo de bandas. Indudablemente, no se trata de una opinión jurídica personal, sino de la política que asumiría **COMCEL** en relación con el desbloqueo de bandas de los terminales móviles. Tampoco se trata de un simple consejo profesional no vinculante frente al cual la empresa puede apartarse.

Para comprobar lo expresado, basta revisar el correo electrónico citado, cuyo texto se transcribe a continuación:

"De: Hilda María Pardo Hasche

Enviado el: Miércoles, 05 de Octubre de 2011 10:13 a.m.

Para: Carlos Mario Gaviria Castellanos; Andrés Carlésimo Rey; Giovani Mancilla Gaona; Ana María Quintana Lucas; María Victoria Fernández Gensini; José Orlando Peralta Tocarruncho; Lina Patricia Oyaga Larios; María del Pilar Cuellar Santos; Viviana Jiménez Valencia

CC: Juan Carlos Archila

Asunto: Señores las siguientes son las indicaciones para efectos de la apertura de bandas

Señores las siguientes son las indicaciones para efectos de la apertura de bandas

SIM Lock

1- Son derechos de los usuarios de los servicios de comunicaciones, los siguientes:

q. Usar con cualquier proveedor el equipo terminal de su elección, que ha adquirido legalmente. Lo anterior, siempre y cuando el equipo cumpla con los requisitos técnicos de homologación establecidos por la CRC.

A- Lo anterior significa que si vamos a subsidiar equipos se debe continuar incluyendo la clausura de permanencia mínima, es decir así se trate de la apertura de bandas si no ha cumplido la cláusula de permanencia se le debe cobrar la misma, si se va a desactivar.

B- En prepago o en pospago, si se solicita la apertura de bandas, el suscriptor debe demostrar que es el titular de la línea y que adquirió el equipo legalmente es decir con la factura de compra a su nombre.

2- Los proveedores de servicios de telecomunicaciones no podrán bloquear o restringir en ningún caso el uso de los equipos terminales en redes distintas de las suyas.

A- los operadores no podemos bloquear equipos ni solicitar que los mismo se fabriquen bloqueados en su totalidad ya que se debe permitir al usuario la libre elección de adquirir el equipo bloqueado o abierto y será el usuario expresamente quien le solicita al operador que se lo venda con SIM Lock , dejando constancia en dicha solicitud de que se le ofreció el de bandas abiertas. Mercadeo debe determinar cuantos (sic) equipos se compran con bandas abiertas y cuantos (sic) con SIM Lock.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

B- Lógicamente (sic) los equipos que se vayan a subsidiar tendrán que ir bloqueados y con cláusula de permanencia y se le ofrecerá al usuario las dos alternativas el bloqueado con subsidio y cláusula de permanencia y el abierto sin subsidio y sin cláusula de permanencia.

Se debe continuar con la venta de equipos que tenemos en bodegas hasta agotar inventarios y los nuevos pedidos se deben realizar algunos abiertos y algunos cerrados según las proyecciones de comercial, de acuerdo a lo indicado en el punto 2A" (Negrilla fuera de texto).

Tal como se dijo anteriormente, al valorar el correo electrónico objeto de estudio, se encontró que en éste no se reveló nada distinto de una conducta comercial o administrativa de la empresa, cuyo texto no está sujeto a la reserva constitucional y legal que ampara el secreto profesional.

Por lo demás, se reitera lo afirmado anteriormente, en el sentido de que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, además del cargo que ostenta en dicha empresa, es administradora y representante legal de la misma. En efecto, en el certificado que existencia y representación legal de **COMCEL** obrante el expediente radicado con el No. 11-137485, se observa que para la época de los hechos, la representación legal de la empresa es ejercida conjuntamente por el Presidente de la compañía y por sus cuatro suplentes, en los siguientes términos:

"**REPRESENTACIÓN LEGAL: LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMPAÑÍA, SU REPRESENTACIÓN LEGAL Y LA GESTACIÓN DE SUS NEGOCIOS ESTARÁN A CARGO DEL PRESIDENTE QUIEN TENDRÁ CUATRO (4) SUPLENTE, QUIENES PODRÁN ACTUAR EN NOMBRE A NOMBRE DE LA SOCIEDAD EN CUALQUIER TIEMPO MIENTRAS NO CANCELE SU INSCRIPCIÓN EL REGISTRO MERCANTIL, SIN QUE DEBA ACREDITARSE EN NINGÚN CASO UNA FALTA TEMPORAL, ACCIDENTAL O ABSOLUTA DEL PRESIDENTE PARA QUE SUS SUPLENTE, COMO REPRESENTANTES LEGALES PUEDAN ACTUAR VÁLIDAMENTE EN NOMBRE DE LA SOCIEDAD CON LAS MISMAS FACULTADES Y ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE.**
(...)"

Con posterioridad, en el mencionado certificado se hace constar las personas que se desempeñan como Presidente y suplentes del Presidente:

"(...) QUE POR ACTA NO. DE JUNTA DIRECTIVA DEL 26 DE AGOSTO DE 2009, INSCRITA EL 27 DE AGOSTO DE 2009 BAJO EL NÚMERO 01322263 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):

NOMBRE	IDENTIFICACIÓN
PRESIDENTE	
ARCHILA CABAL JUAN CARLOS	C.C. 000000080409270
PRIMER SUPLENTE DEL PRESIDENTE	
CANTÚ JIMÉNEZ ALEJANDRO	C.C. 000004460000232
QUE POR ACTA 0000189 DE JUNTA DIRECTIVA DEL 13 DE DICIEMBRE DE 2007, INSCRITA EL 20 DE DICIEMBRE DE 2007 BAJO EL NÚMERO 01178879 DEL LIBRO IX, FUE (RON) NOMBRADO (S):	
SEGUNDO SUPLENTE DEL PRESIDENTE	
PARDO HASCHE HILDA MARÍA	C.C. 000000041662356 (...)"
(Negrilla fuera de texto)	

Ahora bien, en cuanto a las facultades del presidente (representante legal) de **COMCEL**, que como quedó visto pueden ser ejercidas simultáneamente y sin ninguna restricción por los vicepresidentes jurídicos, se encuentran, entre otras, las siguientes:

"**FACULTADES DEL REPRESENTANTE LEGAL: A MÁS DE LAS FACULTADES Y DEBERES QUE OCACIONALMENTE LE ASIGNEN LA ASAMBLEA O LA JUNTA DIRECTIVA, EL PRESIDENTE TENDRÁ LAS SIGUIENTES FUNCIONES: 1: CUMPLIR LAS DECISIONES DE LA ASAMBLEA Y DE LA JUNTA DIRECTIVA. 2: REPRESENTAR LEGALMENTE A LA SOCIEDAD ANTE LAS AUTORIDADES DE CUALQUIER ORDEN O NATURALEZA Y ANTE OTRAS PERSONAS JURÍDICAS O NATURALES, HIERA O DENTRO DE JUICIOS, CON AMPLIAS FACULTADES GENERALES PARA EL BUEN DESEMPEÑO DE SU CARGO, Y CON LOS PODERES ESPECIALES QUE EXIGE LA LEY PARA TRANSIGIR, COMPROMETER Y DESISTIR Y PARA COMPARECER INCLUSIVE**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

ENJUICIO EN DONDE SE DISPUTE LA PROPIEDAD DE BIENES INMUEBLES, SALVO LOS CASOS EN QUE SE REQUIERA AUTORIZACIÓN ESPECIAL CONFORME A LA LEY O A LOS PRESENTES ESTATUTOS.(...) **3: MANEJAR LOS ASUNTOS Y OPERACIONES DE LA SOCIEDAD, TANTO LOS EXTERNOS COMO LOS CONCERNIENTES A SUS ACTIVIDADES INTERNA** Y, EN PARTICULAR, LAS OPERACIONES, LA CONTABILIDAD, LA CORRESPONDENCIA Y LA VIGILANCIA DE SUS BIENES, TODO DENTRO DE LAS ORIENTACIONES E INSTRUCCIONES EMANADAS DE LA ASAMBLEA Y DE LA JUNTA DIRECTIVA. **4: CELEBRAR CUALQUIER CLASE DE ACTO O CONTRATO PARA EL DESARROLLO DEL OBJETO SOCIAL DE LA COMPAÑÍA**, PERO PARA NEGOCIOS DE CUANTÍA SUPERIOR A CIENTO MIL (100.000) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, EL PRESIDENTE REQUERIRÁ AUTORIZACIÓN PREVIA Y EXPRESA DE LA JUNTA DIRECTIVA. **5: NOMBRAR Y REMOVER LIBREMENTE A LAS PERSONAS QUE DEBAN DESEMPEÑAR LOS EMPLEOS CREADOS POR LA EMPRESA (...)**. **7: MANTENER FRECUENTEMENTE INFORMADA A LA JUNTA DIRECTIVA DE LA COMPAÑÍA SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA SOCIEDAD Y SUMINISTRARLE LOS DATOS Y DOCUMENTOS QUE AQUELLA SOLICITE**. **8: PREPARAR Y EJECUTAR EL PRESUPUESTO APROBADO POR LA JUNTA DIRECTIVA DE LA SOCIEDAD**. **9: ORDENAR Y APROBAR Y ESTUDIOS COMERCIALES DE FACTIBILIDAD**. **10: DECIDIR SOBRE LOS ASUNTOS COMERCIALES, FINANCIEROS, TÉCNICOS Y ADMINISTRATIVOS DE LA COMPAÑÍA QUE NO REQUIERAN APROBACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA**. **11: COORDINAR Y CONTROLAR LA GESTIÓN COMERCIAL DE LA COMPAÑÍA Y MANTENER LAS RELACIONES PÚBLICAS DE LA MISMA**. **12: ORGANIZAR, DIRIGIR Y CONTROLAR EL FUNCIONAMIENTO INTERNO DE LA COMPAÑÍA**. (...) **17: CUMPLIR Y HACER CUMPLIR LOS ESTATUTOS Y REGLAMENTOS DE LA SOCIEDAD**. (...) **21: VELAR POR QUE LOS EMPLEADOS DE LA SOCIEDAD CUMPLAN ESTRICTAMENTE SUS DEBERES Y PONER EN CONOCIMIENTO DE LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS O JUNTA DIRECTIVA LAS IRREGULARIDADES O FALTAS GRAVES QUE OCURRAN SOBRE ESTE ARTICULAR(...)**" (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se extrae, sin dubitación alguna, que la relación entre **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **COMCEL** va mucho más allá de la que une a un profesional del derecho con su cliente, pues resulta claro que las facultades que ésta ejercía como Segundo Suplente del Presidente de la citada compañía, le permitían fijar o determinar las políticas empresariales de la misma e incluso determinar su actuar.

En el mismo sentido, se reitera que los investigados no pueden pretender desconocer el poder de decisión que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** ejercía en **COMCEL**, bajo el argumento de que el correo que aquella remitió a diferentes empleados contenía una mera opinión jurídica que aquella había rendido en su calidad de abogada interna, dando a entender que era facultativo de los destinatarios acogerla o no, pues lo lógicamente correcto es que las instrucciones que un directivo imparte, con plenas facultades de administración y representación, le otorgan las siguientes potestades: i) Manejar los asuntos internos y externos de la sociedad; ii) Nombrar y remover libremente a las personas que desempeñan los cargos de la empresa; iii) Decidir sobre los asuntos comerciales, financieros, técnicos y administrativos de la compañía, entre otras, es que sus instrucciones sean cabalmente cumplidas, tal y como ocurrió con las contenidas en el correo cuya valoración reprochan los investigados (según se lee en los estatutos sociales).

Así las cosas, la calidad en que actuó **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** no se confunde con su profesión de abogada, ni puede servir para ampararse de las reglas inherentes al secreto profesional contenidas en la Constitución. Por lo demás, no debe perderse de vista que la ley les impone a los abogados los deberes de colaborar de manera leal en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado y de observar la Constitución Política y la ley.

Adicionalmente, no es cierto que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** fuera una simple abogada interna de **COMCEL** pues, dejando de un lado su calidad de Segundo Suplente del Presidente, en su calidad de Vicepresidente Jurídica, era la encargada de velar para que **COMCEL** cumpliera las obligaciones que le impone la ley¹¹⁰, y de hacerle seguimiento a los cambios de legislación que pudieran afectar a la compañía en cualquiera de los órdenes de su actividad e implementar las

¹¹⁰ Ver la misión especificada en el manual de funciones consignadas en el manual de funciones obrante a folio 428 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

acciones por tomar, de acuerdo con las políticas de la compañía¹¹¹. Lo anterior implica que, en el caso específico, era la encargada determinar la forma en que **COMCEL** debía cumplir las nuevas disposiciones que sobre la apertura de bandas introdujo la Resolución **CRC** No. 3066 de 2011, como efectivamente lo hizo, solo que en contravención a lo dispuesto en el mencionada regulación.

El Despacho, no considera que el correo electrónico remitido el 5 de octubre de 2011 por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** (Vicepresidenta jurídica y de asuntos corporativos de **COMCEL** para la época de los hechos) se hubiese expedido en respuesta a una consulta jurídica. Se trata, por el contrario, de una precisa instrucción sobre la forma como debe comportarse la empresa, sin que en el texto se haga ningún tipo de evaluación ni interpretación particular sobre una situación jurídica determinada.

Por su parte, en materia de reserva legal de la correspondencia entre un abogado y su cliente, el Tribunal de Justicia europeo reconoció que:

"Los Derechos internos de los Estados miembros (...) protegen, en condiciones similares, la confidencialidad de la correspondencia entre los Abogados y sus clientes, siempre que, por un lado, se trate de la correspondencia mantenida en el marco y en interés de los derechos de defensa del cliente y, por otro lado, se trate de Abogados independientes, es decir, no vinculados a su cliente mediante una relación laboral.

(...)

La exigencia relativa a la situación y calidad de Abogado independiente que debe reunir el asesor legal del que emane la correspondencia protegible procede de la concepción de la función del Abogado como un colaborador de la Justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita.
(...) ¹¹².

En conclusión, el argumento de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** en relación con la aplicación de la reserva profesional no resulta aplicable al caso bajo estudio.

9.4.6. Otros argumentos de carácter procesal

Uno de los argumentos en este sentido expuesto por los investigados tiene que ver con que en la presente actuación administrativa se pretermitió la etapa de averiguación preliminar, como lo requiere el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.

Sobre el particular, vale mencionar que esta Superintendencia ha sostenido de manera reiterada, con apoyo en lo establecido por la jurisprudencia, que la denominada etapa de averiguación preliminar es facultativa. Por esta razón, no es obligatorio que la misma se surta si de la evidencia obrante en el expediente se desprende la probable comisión de una conducta violatoria de las normas de protección de la competencia, así como en relación con el mercado relevante presuntamente afectado, o las personas que serían los presuntos responsables en su calidad de agentes del mercado y/o de personas naturales vinculadas con las empresas involucradas en la misma, así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que presuntamente hubiera podido ocurrir la conducta.

En ese sentido, si la Autoridad de Competencia cuenta con un material probatorio lo suficientemente robusto para acreditar lo indicado en precedencia, está legalmente facultada para dar trámite a la investigación formal mediante la expedición del correspondiente acto administrativo que así lo determine, así como para notificarlo a quienes a partir de ese momento ostentarán la condición de investigados para que, en ejercicio de su derecho constitucional de defensa y contradicción, soliciten y aporten las pruebas que consideren pertinentes, conducentes y útiles, con el fin de desvirtuar las imputaciones hechas por la Superintendencia.

¹¹¹ Ver la finalidad número tres (3) especificada en el manual de funciones consignadas en el manual de funciones aportada como prueba con la demanda.

¹¹² Sentencia de 18.5.1982-Asunto 155/79, Caso AM & S Europe Limited vs. Commission; Sentencia de 14.09.2010 – Asunto 550/07 Akzo Nobel Chemicals Ltd. Vs Commission.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Sobre el particular, resulta oportuno, en primer lugar, traer a colación lo manifestado por la jurisprudencia constitucional como garantías fundamentales de los administrados en cuanto al debido proceso:

*"(i) conocer las actuaciones de la administración; (ii) pedir y controvertir las pruebas; (iii) ejercer con plenitud su derecho de defensa; (iv) impugnar los actos administrativos, y (v) gozar de las demás garantías establecidas en su beneficio."*¹¹³

Visto lo anterior, para el Despacho no resulta de recibo el argumento anteriormente planteado en cuanto a la presunta violación al debido proceso administrativo al pretermirse la etapa de averiguación preliminar, ya que la actuación que dio origen a la presente investigación tuvo como origen la acreditación de la infracción de las normas de competencia en la modalidad de abuso de posición dominante e infracción de la prohibición general de competencia por parte de la compañía en la cual los aquí investigados ocupan las más altas posiciones directivas.

Es oportuno indicar, que en la etapa de averiguación preliminar aún no existen partes o sujetos procesales, ni se han formulado imputaciones de violación al régimen de protección de la competencia, por lo cual es una etapa que no está revestida de formalidad o solemnidad alguna, ya que su objetivo consiste en recopilar información que permita colegir la posible existencia de una conducta anticompetitiva. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia administrativa:

"Según se puede leer en la norma, la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, ya que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el art. 52 (...)." ¹¹⁴

Por lo anteriormente indicado, es claro que en la etapa de averiguación preliminar esta Superintendencia no puede establecer juicios de valor que permitan circunscribir la actuación administrativa a determinados hechos, personas o documentos.

En efecto, el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, que modificó el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, dispone el procedimiento que debe adelantar la Superintendencia de Industria y Comercio por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas, y establece la averiguación preliminar como una fase inicial tendiente a determinar si existe o no mérito para abrir una investigación formal:

"Artículo 155. Procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas. El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, quedará así:

"Artículo 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero, y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

(...)"

Como puede observarse, la referida norma indica que la etapa previa a la apertura de investigación tiene como finalidad recoger información que permita, con cierto grado de razonabilidad, inferir la existencia de una práctica anticompetitiva, grado de certeza que es posible establecer de las evidencias obrantes en el expediente sin que sea un requisito sine qua non adelantar dicha etapa de averiguación preliminar. En suma, la fase de averiguación preliminar, tiene un carácter

¹¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-089 del 16 de febrero de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 23 de enero de 2003, M.P. Manuel Urueta Ayola.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

discrecional, unilateral y reservado, cuya finalidad radica en adelantar una serie de actuaciones tendientes a verificar la posible existencia de unos supuestos de hecho que pudieran constituir una infracción de las normas sobre libre competencia.

Ahora bien, no puede dejarse de mencionar que en todo caso no entiende el Despacho cuál fue la vulneración material, de existir, que hubieran podido sufrir los investigados por el hecho de no haberse tramitado una averiguación preliminar, si se insiste, en la misma no hay partes ni investigados, pues precisamente tiene como finalidad averiguar la posible ocurrencia de unos hechos y los posibles presuntos responsables.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la supuesta falta de aplicación del artículo 47 de la Ley 1437 de 2011¹¹⁵ a la presente actuación administrativa, son predicables los mismos argumentos antes expuestos, no obstante es oportuno mencionar que dicha disposición normativa no resulta aplicable en este caso. En efecto, dispone dicho artículo que:

"Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. *"Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.*

Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente".
(Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, este Despacho rechazará el anterior argumento ya que como la misma norma *sub examine* lo dispone, tendrá aplicación únicamente cuando el procedimiento administrativo sancionatorio no se encuentre previsto en una norma especial, lo cual ocurre justamente en lo que respecta a las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia por la presunta infracción de las normas de competencia, comoquiera que su trámite procesal está regulado en el artículo 52 Decreto 2153 de 1992, en la Ley 1340 de 2009 y en el Decreto 19 de 2012.

Por las razones expuestas anteriormente, este Despacho rechaza el argumento expuesto por los investigados.

Otro de los argumentos expuestos por los investigados tiene que ver con que se les habría imputado la comisión de la conducta anticompetitiva investigada bajo el concepto de "culpa consciente" lo cual no está previsto en las normas sobre protección de la competencia.

En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene esta Superintendencia en aplicación de las normas relacionadas con la responsabilidad de las personas naturales por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, este Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades que la sola pertenencia de una persona natural a un agente de mercado frente al cual se ha probado su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado, tiene que existir un comportamiento activo u omisivo que lo vincule específicamente con la infracción objeto de sanción¹¹⁶.

¹¹⁵ "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

¹¹⁶ Resoluciones Nos. 23521 de 2015 y 16562 de 2015.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.
- Prueba sobre un comportamiento pasivo que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona natural, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que la conducta se realizara o que cesara.
- Prueba de que la persona natural, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o estuvo en la posibilidad de averiguar sobre la comisión de la conducta anticompetitiva, y de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios no se hubiese producido la misma. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.

En relación con este último escenario, cobra especial relevancia en el análisis: (i) quiénes obran como administradores de las personas jurídicas, sobre los cuales, de acuerdo con el Código de Comercio¹¹⁷ y la Ley 222 de 1995¹¹⁸, recaen unos deberes fiduciarios; y, (ii) quienes, a pesar de no ostentar la calidad de administradores, tienen una posición de rango directivo dentro de la estructura jerárquica del agente de mercado. En estos casos, la Superintendencia analizará las circunstancias del caso en concreto para determinar si de tales personas se espera que debieran conocer, o al menos debieran realizar las gestiones necesarias para enterarse de la comisión de la conducta, de haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Bajo esta perspectiva, en la Resolución de Apertura de Investigación se sostuvo que las personas naturales investigadas habrían obrado con culpa consciente, es decir, advirtiendo la posible comisión de la conducta anticompetitiva por parte de la empresa investigada y sancionada sin desplegar efectivamente las medidas tendientes a mitigar los potenciales efectos adversos que de su comportamiento se puedan derivar.

Por lo demás, debe reiterarse que las normas de competencia en relación con las personas naturales investigadas a la luz del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, no contienen un título de imputación subjetiva respecto del cual pueda predicarse su responsabilidad, es decir, que la ley de competencia no diferencia entre el dolo (actuar intencional con conocimiento de la ilegalidad del comportamiento y el deseo manifiesto de su comisión) respecto de la culpa, como una modalidad de comportamiento imprudente, por impericia o negligencia, por lo que basta con acreditarse la infracción de la conducta anticompetitiva por parte del sujeto investigado para que surja en su cabeza el deber de responsabilidad derivado de su comportamiento activo u omisivo.

De otra parte, frente al cuestionamiento de los investigados en relación con la validez de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos por haber sido proferida por **GERMÁN BACCA MEDINA**, pese a que se encontraba impedido, por haber sido el funcionario instructor de la investigación contra **COMCEL** por los mismos hechos, el Despacho considera que no existe ningún hecho que pueda viciar la validez del acto, toda vez que según las normas procesales aplicables al momento de la aceptación del impedimento en la Resolución 48337 de 2014 así lo confirman.

En efecto, el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil señala:

¹¹⁷ El artículo 196 del Código de Comercio dispone: "La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad (...)".

¹¹⁸ El artículo 22 de la Ley 222 de 1995, establece que: "Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o defenten esas funciones". Por su parte el artículo 23 ibídem dispone: "Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán: (...) 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. (...)".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

"Artículo 154. Suspensión del proceso por impedimento o recusación. El proceso se suspenderá desde que el funcionario se declare impedido o se reciba en la secretaría el escrito de la recusación, hasta cuando hayan sido resueltos, **sin que por ello se afecte la validez de los actos surgidos con anterioridad.**

(...)" (Negrilla fuera del texto)

Por su parte, el Código General del Proceso recoge esta misma norma y lo replica de forma literal en su artículo 145.

De acuerdo con lo anterior, la Resolución de Apertura no adolece de algún vicio que pueda afectar su validez, en la medida en que fue emitida el 11 de julio de 2014, y tanto la aceptación de la recusación por parte de **GERMAN BACCA MEDINA** al Superintendente de Industria y Comercio, como la Resolución que acepta la recusación y designa Superintendente Delegado Ad Hoc, fueron el 5¹¹⁹ y 8¹²⁰ de agosto de 2014 respectivamente, es decir, posteriores a la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos. Así, de conformidad con el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil (artículo 145 del Código General del Proceso) la validez de la Resolución de Apertura con Pliego de Cargos no se vio afectada al haber surgido con anterioridad a la recusación y aceptación del impedimento.

Por último, el Despacho procede a referirse frente al argumento de los investigados relacionado con que la presente investigación es inoportuna toda vez que se tuvo conocimiento de las conductas que le dieron origen al mismo tiempo que se conocieron las de **COMCEL** y, sin embargo, no fueron objeto de la misma investigación si no de una distinta y posterior. Además, consideraron que en la ley no está contemplada la posibilidad de realizar dos investigaciones separadas para investigar conductas relacionadas, y que, de hecho, este caso constituye la primera vez que esto sucede.

Al respecto, se advierte que las conductas que realizaron las personas naturales y que fueron objeto de la presente investigación, fueron advertidas por la Superintendencia de Industria y Comercio cuando ya estaba adelantada la investigación realizada contra **COMCEL**, por lo que no resultaba conveniente para dicha investigación adicionar a los funcionarios de **COMCEL** acá investigados, en la medida en que afectaría la investigación en curso. Así las cosas, advertida la posible ocurrencia de prácticas anticompetitivas, la Superintendencia de Industria y Comercio, en atención de su deber legal de investigar las posibles infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia de las que tenga conocimiento previsto en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, inició de oficio una nueva investigación para decidir sobre la legalidad de las conductas realizadas por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**.

Por otra parte, es importante indicar a los investigados que, contrario a lo manifestado en sus observaciones al Informe Motivado, iniciar una investigación contra facilitadores de conductas anticompetitivas cuando se advierte de su participación en las mismas después de haber iniciado la investigación contra las personas jurídicas infractoras, si bien no es una situación típica, tampoco es novedosa ni única, pues ya se ha adelantado en otras oportunidades¹²¹.

DÉCIMO: Monto de la Sanción

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas sobre protección de la libre competencia económica es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que lo establece, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

¹¹⁹ Folio 241 y 242 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹²⁰ Folio 275 al 277 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹²¹ Ver Resolución 52762 del 27 de agosto de 2015.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"¹²².

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable para este tipo de actuaciones, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Entidad, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que Para el caso bajo estudio, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se demostró que los investigados colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron están relacionadas con el sector de la telefonía móvil, el cual presenta unos altísimos niveles de penetración entre la población colombiana. Por consiguiente, cualquier afectación que conlleve a restringir los derechos de los consumidores y la libre competencia es especialmente grave y tendrá un impacto en la mayor parte de la población.

Este Despacho acreditó que las conductas de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** tuvieron lugar en el canal de comercialización de las portaciones de líneas móviles, el cual es fundamental para que exista una competencia fluida y dinámica entre los operadores del sector, teniendo en cuenta que al tratarse de un mercado maduro, la competencia está principalmente dirigida a la captación de usuarios existentes.

Así mismo, se demostró que en su calidad de directivos de **COMCEL**, colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron las conductas de dicha empresa que, en su condición de dominante en el sector descrito previamente, afectó negativamente al proceso competitivo al desarrollar políticas comerciales y prácticas tendientes a obstruir dicho proceso, al no suministrar todos los equipos celulares con las bandas abiertas desde el momento que la **CRC** lo estableció a través de su regulación vinculante a todos los operadores del sector. Dicha política tampoco permitía a los usuarios a abrir las bandas de sus equipos en cualquier momento tras su compra, contraviniendo también la regulación de la **CRC**.

Lo anterior obstaculizó los procesos de portación numérica, pues los usuarios con equipos con bandas cerradas ven que su costo de cambio de operador se multiplica, al tener que comprar un equipo nuevo con dicho cambio. Así, por la implementación de esta política, los investigados colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron la conducta mediante la cual **COMCEL** quebrantó lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, incurriendo en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Asimismo, este Despacho demostró que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** toleró intencionalmente una inflación artificial del número de portaciones que recibía la red de **COMCEL**, inflación desarrollada por sus distribuidores. Esto en la medida en que, teniendo pleno conocimiento del carácter fraudulento de las portaciones masivas realizadas por sus distribuidores, decidió esperar hasta la consolidación del reporte trimestral de comportamiento de portaciones divulgado al público por la **CRC** para solicitar explicaciones al distribuidor involucrado. Por lo tanto, este Despacho demostró que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró la conducta mediante la cual **COMCEL** quebrantó lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Bajo este contexto, se advierte que de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

¹²² Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003, Exp. Rad. D-4059.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** aplicando los criterios de graduación previstos en la ley que sean aplicables a cada caso particular.

10.1. Sanción a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**

En relación con los criterios de graduación de la sanción por imponer a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que la investigada instruyó la política interna de **COMCEL** relacionada con el bloqueo de bandas y la mantuvo a pesar del cambio regulatorio que se dio en la materia a partir del 1 de octubre de 2011.

Frente al *impacto de la conducta en el mercado*, el Despacho debe llamar la atención sobre el efecto de cierre de mercado que pudo haber ocasionado la conducta de **HILDA MARIA PARDO HASCHE**, toda vez que restringir el funcionamiento de los terminales comercializados por **COMCEL** a su propia red, no permitió que otros operadores compitieran con sus servicios en el mercado y aumentaran su cuota de participación en el mismo, impidiendo así, el cumplimiento del fin último de la medida regulatoria sobre portabilidad y bloqueo de bandas.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que la investigada hubiese sido sancionada con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas previstas en el régimen de protección de la libre competencia económica.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que la investigada tuvo un rol activo y determinante en la conducta de **COMCEL** de mantener el bloqueo de bandas en los terminales y en el diseño de la política que se implementó. Por estas razones, este criterio será aplicado al máximo en relación con esta investigada.

De conformidad con lo anterior, para la investigada **HILDA MARIA PARDO HASCHE**, procede la imposición de una multa de **TREINTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$38.361.284.00)**, equivalentes a **CINCUENTA Y DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (52 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al **■**% aprox. de su patrimonio líquido en 2014 y el **■**% aprox. de sus ingresos reportados en 2014, y al 2,6% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

10.2. Sanción a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**

En relación con los criterios de graduación de la sanción por imponer a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que el investigado participó activamente en la política determinada por **COMCEL** para mantener el bloqueo de bandas y mantuvo la política de incentivos de **COMCEL** durante un periodo de cuatro meses a pesar de conocer de las portaciones fraudulentas que estaba originando.

Frente al *impacto de la conducta en el mercado*, la conducta del investigado en su calidad de Representante Legal afectó las cifras de PNM en favor de **COMCEL**, afectando la decisión libre de los consumidores de escoger un operador de su preferencia, además de afectar a sus competidores y a los usuarios al permitir que se difundieran al público cifras abultadas fraudulentamente que podrían distorsionar la percepción del mercado.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas contrarias previstas en el régimen de protección de la libre competencia económica.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que el investigado tuvo un rol activo y preponderante tanto en el bloqueo de bandas como en el abultamiento de cifras de PNM en favor de **COMCEL**, pues conociendo las acciones contra la regulación y siendo el administrador y líder del proceso de portabilidad y de la compañía, sus acciones no fueron encaminadas a corregir las conductas ilegales de manera oportuna. Por estas razones, este criterio será aplicado al máximo en relación con este investigado.

De conformidad con lo anterior, para el investigado **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, procede la imposición de una multa de **CIENTO VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$125.411.890.00)**, equivalentes a **CIENTO SETENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (170 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al **■**% aprox. de su patrimonio líquido en 2014 y el **■**% aprox. de sus ingresos reportados en 2014, y al 8,5% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Para el caso particular de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, debe indicarse que la sanción total impuesta y referida anteriormente, contiene un componente de **CIENTO TREINTA Y SEIS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (136 SMMLV)**, correspondientes al 4% de su patrimonio líquido en 2014 por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por la cual **COMCEL** fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013. De otro lado, esta sanción tiene un componente de **TREINTA Y CUATRO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (34 SMMLV)**, correspondientes al 1% de su patrimonio líquido en 2014 por la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por la cual **COMCEL** fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **HILDA MARIA PARDO HASCHE**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.662.356 y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.409.270, incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 por la cual **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.409.270, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por la cual **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: IMPONER a **HILDA MARIA PARDO HASCHE**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.662.356, una multa de **TREINTA Y OCHO MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$38.361.284.00)**, equivalentes a **CINCUENTA Y DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (52 SMMLV)**, por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 por la cual **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER a JUAN CARLOS ARCHILA CABAL identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.409.270, una multa de CIENTO VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS ONCE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$125.411.890.00), equivalentes a CIENTO SETENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (170 SMMLV), por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con las infracciones del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por las cuales **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a HILDA MARIA PARDO HASCHE y JUAN CARLOS ARCHILA CABAL, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, HILDA MARIA PARDO HASCHE y JUAN CARLOS ARCHILA CABAL, informan que:

*Mediante Resolución No. **Nº - 7 6 7 6** de 2017 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción a HILDA MARIA PARDO HASCHE y JUAN CARLOS ARCHILA CABAL por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, por la cual **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013.*

*Así mismo, mediante Resolución No. **Nº - 7 6 7 6** de 2017 se impuso una sanción a JUAN CARLOS ARCHILA CABAL, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por la que **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013.*

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

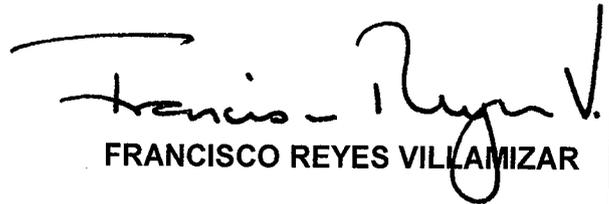
ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **HILDA MARIA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO SÉPTIMO: Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **27 FEB 2017**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD-HOC


FRANCISCO REYES VILLAMIZAR

NOTIFICAR

JUAN CARLOS ARCHILA CABAL

C.C. No. 80.409.270

Apoderado

EMILIO JOSÉ ARCHILA PEÑALOSA

C.C. No. 79.316.786 de Bogotá

T.P. No. 61.688 del C.S. de la J.

Calle 90 No. 19-41 Oficina 301

Bogotá D.C.

e-mail: earchila@archilaabogados.com

HILDA MARÍA PARDO HASCHE

C.C. No. 41.662.356

Apoderado

ALFONSO MIRANDA LONDOÑO

C.C. No. 19.489.933 de Bogotá

T.P. No. 38.447 del C.S. de la J.

Calle 72 No. 6 - 30 Piso 12

Bogotá D.C.

e-mail: amiranda@esguerra.com