



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **34255** DE 2017

(14 JUN 2017)

Radicación No. 13-277605

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD-HOC

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011; y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 7676 del 27 de febrero de 2017 (en adelante Resolución Sancionatoria) la Superintendencia de Industria y Comercio declaró responsables y sancionó a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, por infringir lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber participado en la conducta por la cual **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** (en adelante **COMCEL**) fue sancionada mediante la Resolución No. 53403 de 2013.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias:

SANCIONES		
1	HILDA MARÍA PARDO HASCHE	\$38.361.284
2	JUAN CARLOS ARCHILA CABAL	\$125.411.890

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** interpusieron recursos de reposición.

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes.

2.1. Argumentos presentados por HILDA MARÍA PARDO HASCHE

- El derecho de defensa de los investigados, el debido proceso y la imparcialidad que debería tener la Superintendencia de Industria y Comercio se han visto seriamente comprometidos pues: i) fue a partir de la Resolución No. 53403 de 2013, por medio de la cual se impuso una sanción a **COMCEL** (en el marco de un proceso en el que no participaron los ahora investigados) que se ordenó evaluar la posibilidad de investigar a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**; (ii) se trasladaron las pruebas de la investigación contra **COMCEL** a esta nueva investigación de forma irregular; (iii) la Superintendencia de Industria y Comercio se negó a discutir la violación de las normas de prácticas restrictivas por parte de **COMCEL**, con base en la cual se inició el trámite contra **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**; (iv) participaron en la investigación funcionarios que ya habían comprometido sus opiniones en contra de **COMCEL** y los aquí investigados, y (v) no se adelantó la etapa de averiguación preliminar en la que se habría debido determinar si la conducta era significativa y si existían elementos probatorios suficientes para iniciar una investigación formal.
- La Resolución de Apertura de Investigación fue proferida por **GERMÁN ENRIQUE 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**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El procedimiento administrativo contra **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** fue adelantado por un funcionario que no tenía competencia. En efecto, **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA**, actual Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, participó y tomó decisión de fondo –mediante Resolución No. 4430 de 2015– en la actuación radicada bajo el No. 11-154777, adelantada por los mismos hechos que aquí se investigan, en calidad de Superintendente Delegado de Protección del Consumidor. Adicionalmente, se basó en los mismos fundamentos fácticos y jurídicos que sirvieron para motivar la decisión tomada en el marco del proceso de Protección al Consumidor para sustentar su recomendación en la presente actuación. Dicha circunstancia fue puesta a consideración del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA** quien, con sustento en el artículo 142 del Código General del Proceso, rechazó de plano la recusación interpuesta.
- Se violó el derecho de defensa por no realizar una imputación correcta, pues no pudo establecerse cuál fue el verbo rector de la conducta imputada, circunstancia que se habría podido evitar de haberse adelantado la etapa de averiguación preliminar.
- 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. Lo anterior, por cuanto dichas pruebas corresponden a una investigación cuyo único investigado fue **COMCEL** y no las personas naturales aquí investigadas.
- En el marco del Consejo Asesor de Competencia se cometió una irregularidad pues a pesar de que el miembro del Consejo **MAURICIO PÉREZ SALAZAR** se declaró impedido como consecuencia de la recusación presentada en su contra por parte de los investigados, no se siguió el trámite previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, con base en el cual, debía suspenderse el proceso y nombrarse un miembro del Consejo Asesor Ad-hoc. Sobre el particular debe resaltarse que los miembros del Consejo Asesor se encuentran sujetos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para el Consejo Asesor del Superintendente Financiero, que prevé que debe aplicarse tal procedimiento en caso de darse una declaración de impedimento. Por tal razón, debe decretarse la nulidad de la Resolución No. 7676 de 2017.
- El artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 que regula el Consejo Asesor establece que dicho órgano está compuesto por cinco (5) miembros y en la sesión en la que se elevó la recomendación sobre este asunto participaron sólo tres (3) miembros, lo que implica una irregularidad en la sesión.
- La facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio habría caducado para el momento de proferirse la Resolución No. 7676 de 2017. La imputación se limitó al segundo semestre de 2011, por lo que la caducidad se materializó desde el segundo semestre de 2016. Sobre el particular se resalta que si, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, no se limitó la investigación a un periodo específico, se violó entonces el derecho al debido proceso de los investigados, pues la misma Corte Constitucional ha indicado que la imputación debe limitar la conducta temporalmente.
- El Despacho usó una serie de pruebas que no fueron siquiera mencionadas en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, con el fin de extender la caducidad de la facultad sancionatoria, circunstancia que resulta contraria a los derechos de defensa y debido proceso de la investigada.
- La Superintendencia de Industria y Comercio presumió la posible comisión de una práctica anticompetitiva por parte de los investigados teniendo como única base la sanción impuesta a la persona jurídica a la que éstos se encontraban vinculados, sin que se les permitiera debatir la conducta de **COMCEL**.
- 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 sino de una distinta y posterior.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No existen en el expediente pruebas que demuestren de manera fehaciente y más allá de cualquier duda razonable, que la conducta de los investigados tuvo entidad suficiente para afectar el mercado, circunstancia necesaria para acreditar la significatividad del comportamiento.
- La Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos se fundamentó en pruebas insuficientes que podrían ser examinadas a la luz de las normas de protección al consumidor pero que están muy lejos de reflejar una política empresarial infractora de las normas sobre protección de la competencia.
- No se ha demostrado que **COMCEL** hubiese desarrollado una política para bloquear las bandas de los celulares o abultar las cifras de portabilidad y mucho menos que los investigados hubieran implementado o tolerado tal conducta. En efecto, en lo relativo al supuesto bloqueo de terminales, se demostró plenamente que la decisión de la empresa fue la de ordenar que todos los celulares tenían que venir desbloqueados a partir del 1 de octubre de 2011, por lo que, en el peor de los casos, se pudieron haber presentado incidentes aislados pero nunca una política empresarial.
- Dentro de los hechos que la Superintendencia de Industria y Comercio señaló como parte de la conducta restrictiva se encuentra la exigencia de la factura para proceder con el desbloqueo de los equipos. Dicha exigencia corresponde a la aplicación de las normas sobre robo de celulares.
- 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 estuviese reportado por robo o pérdida.
- 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 el Despacho 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, supuestamente violatoria del orden jurídico, entrara en vigor. Sobre el particular, el Despacho señaló que en todo caso, para ese entonces, se encontraba vigente la Resolución CRT 1732 de 2007. Al respecto se resalta que esta última desarrolló aspectos relacionados estrictamente con cláusulas de permanencia mínima y no con portabilidad numérica, de hecho, en la misma Resolución Sancionatoria se indicó que la portabilidad numérica fue introducida en Colombia el 29 de julio de 2011.
- 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. Contrario a lo afirmado por el Despacho, que esta norma se aplique únicamente a las Mipymes no es violatorio al derecho a la igualdad pues con ella se busca impedir las barreras de acceso que este tipo de empresas puede encontrar en el mercado.
- No se demostró, ni siquiera de manera marginal, que la conducta imputada afectó a algún competidor y, por lo tanto, al mercado de las telecomunicaciones.
- Las conductas que dieron lugar a la investigación y consecuente sanción a **COMCEL** se basan en muy pocos y aislados casos y por lo tanto no puede considerarse que sean significativas o que afectaron la rivalidad en el mercado. En efecto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha reconocido que hay casos significativos en razón a la participación en el mercado de los investigados. Así, lo puso de presente, por ejemplo, en el caso de "Procaña - Azucarí", en el que se indicó que la conducta era significativa porque afectaba más del 20% del mercado.
- 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 (que se hizo únicamente con base en un estudio realizado por la CRC en 2008 que

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

no era aplicable a la portabilidad numérica). Tampoco se constató que **COMCEL** pudiese determinar las condiciones de dicho mercado, tal y como se dio fe en virtud de la opinión experta de **LUIS ALBERTO ZULETA**.

- La Resolución Sancionatoria, al referirse a los argumentos relacionados con la definición del mercado relevante, se limita a indicar por qué el método usado por la CRC para la elaboración del estudio al que se le dio aplicabilidad, era adecuado. Ello sin pronunciarse sobre el dinamismo del mercado ni sobre la aplicación atemporal de dicho análisis
- La significatividad de las conductas, de la que depende el inicio de una investigación, no se prueba con el hecho de que el presunto infractor ostente la posición de dominio.
- 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**.
- De la lectura de la Resolución Sancionatoria objeto de impugnación se desprenden algunas referencias que corresponden a una indebida motivación del acto administrativo, por lo que, de acuerdo con el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se configura una causal de nulidad de toda la actuación.
- El artículo 176 del Código General del Proceso establece que las pruebas deberán ser apreciadas de manera conjunta y que el operador jurídico debe asignarle a cada una el mérito probatorio que corresponda, circunstancias que omitió la Superintendencia de Industria y Comercio.
- HILDA MARÍA PARDO HASCHE** no tenía facultades para tomar decisiones comerciales, razón por la cual no podía participar en las conductas que le fueron imputadas.
- 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 PATRICIA SANABRIA** mediante la cual se señaló, que ésta no estaba de acuerdo con la propuesta porque era inmanejable a nivel logístico. Adicionalmente debió tomarse en consideración la declaración de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** quien indicó expresamente que se trató únicamente de una opinión jurídica formulada por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**.
- Aun cuando la investigada hubiese podido tomar decisiones en relación con la nueva regulación de Portabilidad Numérica Móvil, éstas no se habrían podido implementar en la práctica, pues comercial y operativamente no eran viables, según se acreditó con los testimonios de **ANA PATRICIA SANABRIA**, **CARMEN VALDIVIESO**, **MARÍA VICTORIA FERNÁNDEZ** y **ANDRÉS CARLÉSIMO**.
- 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 de imposible cumplimiento respecto de aquellas obligaciones que debían cumplirse de manera inmediata.
- Una vez **COMCEL** recibió respuesta por parte de la **CRC** el 14 de octubre de 2011, adoptó medidas tendentes a dar cumplimiento a sus obligaciones en la medida de sus posibilidades. Esto fue acreditado mediante el correo enviado por **JUAN GUILLERMO PIÑEROS** el 25 de octubre de 2011 y 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 deciden unos recursos de reposición"

- En el Informe Motivado se concluye, de manera errada, que no se ha desconocido el debido proceso ni el secreto profesional, en virtud de una incorrecta interpretación y aplicación de la Ley 1155 de 2015 y la Ley 1755 de 2015, con lo que se desconoció la reiterada posición de la Corte Constitucional en relación con el secreto profesional.
- De no revocar la sanción impuesta, debe tenerse en cuenta que dentro de los criterios de graduación que tienen aplicabilidad en este caso, no se demostró un impacto en el mercado ni se comprobó un beneficio obtenido por la comisión de las presuntas conductas anticompetitivas, por lo cual, debe disminuirse la sanción impuesta. Adicionalmente, no puede perderse de vista que la investigada nunca había sido sancionada por violación de las normas de protección de la competencia y su conducta procesal fue siempre correcta y con disposición a colaborar.

2.2. Argumentos presentados por JUAN CARLOS ARCHILA CABAL

- Si bien mediante Resolución No. 53403 de 2013 se declaró que **COMCEL** incurrió en prácticas restrictivas de la competencia, de acuerdo con las pruebas que se allegaron a esta investigación se debió concluir que **COMCEL** no cometió ninguna infracción. Así las cosas y dado que la responsabilidad de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** se deriva de la infracción de **COMCEL**, la presente investigación debió archivarse.
- La Superintendencia de Industria y Comercio, al evaluar las conductas de **COMCEL**, omitió tomar en consideración que para la época de los hechos se profirieron abundantes decisiones regulatorias, entre otras, la regulación sobre el control de celulares hurtados, que en gran medida resultaba contradictoria con la regulación de Portabilidad Numérica Móvil que entraba en vigencia en octubre de 2011.
- El contenido del correo electrónico remitido por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** de 5 de octubre de 2011, que la Superintendencia indicó que daba cuenta del comportamiento restrictivo, corresponde simplemente a una de las nuevas obligaciones de las decisiones regulatorias, relativa al hurto de celulares.
- COMCEL** cumplió con la regulación de portabilidad.
- Las quejas, con base en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que existió infracción al régimen de competencia, son anteriores a la entrada en vigencia de la regulación de portabilidad supuestamente violada y nunca pasaron por **COMCEL**, sino que fueron presentadas ante la **CRC**.
- Frente a la conducta de abultamiento de cifras es claro que se trató de un comportamiento atribuible exclusivamente a **SER Comunicaciones**, frente al cual **COMCEL** reaccionó rápidamente al sancionar a las irregularidades encontradas.
- Los comportamientos analizados se refieren a asuntos de consumidor y no es cierto que, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, una misma conducta pueda conllevar a infracciones de normas de competencia, consumidor y telecomunicaciones al tiempo. Ello, pues el legislador define las situaciones que se regularán en cada régimen, siendo claro que los comportamientos analizados en esta investigación son propios de la regulación de consumidor, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009. Lo anterior también ha sido indicado por la misma Superintendencia de Industria y Comercio.
- Con el presente caso se vulnera el principio de *non bis in ídem*, pues los comportamientos investigados ya habían sido sancionados por infringir las normas de protección al consumidor.
- La carga de la prueba sobre la posición de dominio de las empresas es de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin embargo, nunca logró probar dicha circunstancia respecto de **COMCEL**.
- Aunque el Despacho afirma que sí se probó la posición de dominio de **COMCEL** y que la metodología para llegar a esa conclusión fue adecuada, lo cierto es que en la presente investigación nunca se definió ni debatió la existencia de posición de dominio por parte de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

COMCEL y en todo caso, el análisis realizado en la investigación precedente carece de una definición adecuada respecto del mercado relevante.

- Si bien el Despacho afirmó que a pesar de que la finalidad del estudio de la CRC fuese distinto al de esta investigación, lo relevante es que la conclusión es coincidente. Ciertamente la Superintendencia se equivoca en su apreciación, pues resulta imprescindible verificar la finalidad del análisis en la medida en la que la CRC cumple funciones de regulación *ex ante* y la Superintendencia de Industria y Comercio, supervisión *ex post*. Además, debe tenerse en cuenta que el estudio no corresponde a la época de ocurrencia de los hechos investigados y se centra únicamente en el mercado de voz saliente móvil y no en el mercado de datos, el cual actualmente es incluso de mayor dimensión.
- Frente al argumento de los investigados en relación con la no inclusión del mercado de datos, la Superintendencia de Industria y Comercio indicó que, para la época de los hechos, el mercado de datos era un mercado incipiente, sin embargo, dicha afirmación no se sustentó de ninguna forma. Adicionalmente, dicha percepción del Despacho está desvirtuada por la notoriedad general del auge de celulares inteligentes que tuvo lugar durante el segundo semestre de 2011 y que permitían la transferencia de datos.
- La Resolución Sancionatoria omitió referirse a la dimensión temporal del mercado relevante.
- La Resolución Sancionatoria, de cara a las barreras de entrada, se limita a afirmar que el estudio de la CRC alude a algunas de éstas en el mercado. Sobre el particular se resalta que una pequeña referencia a las posibles barreras de entrada no puede ser suficiente ni reemplazar el análisis sobre competencia potencial que debía realizar la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Durante la investigación no se acreditó ni se analizó la capacidad de determinación de las condiciones del mercado por parte de **COMCEL**.
- Contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, la mera presencia de **COMCEL** como dominante no distorsionaba la competencia, pues la posición dominante per sé, no es ilegal.
- El Despacho deslegitima el dictamen pericial presentado por los investigados sin fundamentos.
- Tal y como lo reconoció la misma Superintendencia de Industria y Comercio, la Portabilidad Numérica Móvil no es un mercado ni un canal de comercialización.
- El numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 sólo es aplicable a Mypimes, según se deriva de lo consagrado expresamente en el artículo 16 de la Ley 590 de 2000. Aplicar la norma de conformidad con las indicaciones del Despacho, sería tanto como aplicar el incentivo de las convocatorias limitado a Mypimes, previsto en el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.4.2.2. a cualquier persona jurídica, sin atención a su dimensión. Sobre el particular se resalta que la Superintendencia de Industria y Comercio ha tenido posiciones contradictorias, pues entre otras, mediante concepto proferido en el marco de la actuación 13-92337, se indicó que los beneficios consagrados en distintas regulaciones para las Mypimes, sólo podrían aplicarse a este tipo de empresas debidamente registradas.
- En la Resolución Sancionatoria no existe un acápite en que se demuestre cómo se probó la supuesta infracción de **COMCEL**, circunstancia suficiente para que se revocara dicha decisión.
- Para que se configure la infracción prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 debe acreditarse una efectiva exclusión de terceros respecto de los mercados o canales de comercialización. En relación con tal conducta, no basta probar su mero propósito o intención, según lo ha señalado el Consejo de Estado, entre otras en la sentencia de 19 de noviembre de 2009. En este caso ninguno de los competidores de **COMCEL** quedó excluido de la Portabilidad Numérica Móvil (que en todo caso, se reitera, no es un canal de comercialización).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No existió una política empresarial para bloquear las bandas. El comportamiento de **COMCEL** y la recomendación de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** obedecieron a una evolución normativa compleja y contradictoria.
- No es cierto que sea irrelevante que las quejas, con base en las cuales se sancionó a los investigados, sean anteriores a la vigencia de la Resolución CRC 3036. Si bien sí existía una prohibición en la Resolución CRT 1732 de 2007, se permitía el bloqueo de los equipos pospago y los usuarios que presentaron las quejas entre agosto y septiembre de 2011, se refieren únicamente a equipos adquiridos bajo tal modalidad.
- El correo de 5 de octubre de 2011 remitido por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** es simplemente una opinión y no una directriz como lo pretende presentar la Superintendencia de Industria y Comercio, al omitir la valoración integral de las pruebas, con lo que se incurre en una vía de hecho.
- Contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, ninguna de las quejas reflejaba la posición oficial de **COMCEL**.
- No es cierto que para la época de los hechos investigados la demanda de nuevas líneas de telefonía móvil ya estuviera cubierta en el mercado, por lo cual **COMCEL** habría afectado notoriamente el mercado, pues de hecho para entonces, la penetración de la telefonía móvil era de alrededor del 102% con 47'000.000 de líneas y hoy es cercana al 120% con 57'000.000 de líneas.
- No existió infracción de las normas por parte de **COMCEL** sino una mala conducta por parte de un subdistribuidor de un distribuidor independiente.
- El Despacho afirmó que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** tuvo pleno conocimiento de las portaciones fraudulentas desde su inicio cuando es claro que, según se indicó en la misma carta remitida por **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (MOVISTAR)**, las portaciones que presentaban problemas eran anteriores a la fecha del envío de la carta, circunstancia que ignoraba completamente el investigado. En todo caso, el 21 de diciembre de 2011 no se conoció de las portaciones fraudulentas sino únicamente de algunas posibles irregularidades que ameritaban ser revisadas y frente a las cuales se tomaron medidas inmediatas, por lo que no es cierto que sólo hasta el 30 de marzo se reaccionó ante la situación.
- El Despacho no se tomó el trabajo de revisar la estructura comercial de **COMCEL**, pues si lo hubiera hecho, la conclusión no sería distinta a que no hubo infracción. Lo anterior en la medida en que los distribuidores son independientes y, en efecto, las portaciones irregulares fueron realizadas por parte de un subdistribuidor del distribuidor **SER COMUNICACIONES**.
- El representante legal de **SER COMUNICACIONES**, en su testimonio, manifestó que los hechos fraudulentos fueron originados por su red de subdistribuidores, lo que evidencia que **COMCEL** no tiene responsabilidad alguna sobre tal comportamiento. Este hecho fue ignorado por parte del Superintendente Ad hoc.
- Al conocer de las irregularidades en algunos procesos de portabilidad, **COMCEL**, por medio de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, tomó medidas contundentes, tales como, la imposición de sanciones ejemplares al distribuidor; cambio de los incentivos de la campaña promocional de portabilidad, que tuvo como efecto la caída del 38% en las cifras de portabilidad numérica y el direccionamiento de esfuerzos para realizar las portaciones prepago a través de las "tropas" directas de **COMCEL**. Además, se retornaron a los operadores donantes los números que fueron dados de baja por los operadores receptores.
- No se probó que efectivamente se hubiese causado una afectación en el mercado al generar una concepción equivocada respecto de las tendencias en materia de portabilidad numérica entre los usuarios, a partir de la emisión de publicidad por parte de **COMCEL**.
- Era normal que, como lo reconoció la propia Superintendencia mediante Resolución No. 53403 de 2013, dada la novedad y complejidad del procedimiento de portabilidad, se presentaran fallas o inconvenientes técnicos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Se configuró una causal de exclusión de responsabilidad, en la medida en la que las portaciones irregulares fueron producto del hecho de un tercero.
- La política de comisiones era legítima y estaba encaminada a que se dieran portaciones reales, pues entre otras, el tráfico era uno de los indicadores para medir la comisión.
- Si bien el Despacho afirmó que se había garantizado el derecho de defensa de los investigados en relación con la discusión de responsabilidad de **COMCEL**, dicha circunstancia no es cierta pues desde la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y según se indicó expresamente en el Informe Motivado, la Superintendencia de Industria y Comercio negó a los investigados la posibilidad de contradicción respecto del supuesto comportamiento ilegal por parte de **COMCEL**. Tanto así que se rechazaron pruebas solicitadas y aportadas mediante radicado No. 13-277605-50 del 27 de octubre de 2014, que estaban destinadas a ese propósito específico. Adicionalmente, en varios apartes de la Resolución Sancionatoria se evidencia que se da por sentada la responsabilidad de **COMCEL**.
- Si como lo indicó el Despacho, la responsabilidad de **COMCEL** sí fue debatida, debe declararse expresamente dicha responsabilidad en la presente investigación.
- Se violó el derecho al debido proceso del investigado por no haber sido vinculado ni partícipe de la investigación que terminó con la sanción a **COMCEL** así como por no haber permitido una real contradicción respecto de la supuesta existencia del comportamiento restrictivo atribuido a **COMCEL**.
- No permitir que se debatiera la responsabilidad de **COMCEL** acarrea la nulidad de la sanción de acuerdo con el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- El régimen de competencia no prevé una responsabilidad para los administradores equivalente a aquella prevista en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995. Por el contrario, para declarar la responsabilidad de cualquier persona natural, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la carga de probar que la persona natural actuó de conformidad con alguno de los verbos rectores que prevé la norma, carga que en este caso no se cumplió.
- No se probó que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** hubiera conocido de la supuesta política para impedir el desbloqueo de bandas. Por el contrario, se probó que tal política no existió y que, en todo caso, la estructura jerárquica de la empresa hace imposible que el investigado tuviera la capacidad funcional para conocer la supuesta política.
- El Despacho sanciona a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** por la supuesta conducta de bloqueo de bandas por no "conocer la conducta", desconocimiento que no puede calificarse como ilegal.
- El correo electrónico remitido por **ANA MARÍA QUINTANA** el 31 de agosto de 2011, que simplemente fue copiado a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, y que el Despacho usa como prueba de su supuesta responsabilidad, fue enviado antes de la entrada en vigencia de la regulación supuestamente vulnerada y no fue leído por el investigado, pues hacía parte de los más de 300 correos que recibía diariamente frente a los cuales no se esperaba ninguna instrucción o actuación de su parte.
- JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** nunca dejó de actuar oportuna ni apropiadamente respecto de hecho alguno que pudiera implicar la violación de las normas de protección de la competencia o de la regulación de telecomunicaciones, tanto así que ante las diversas posiciones presentadas, como consecuencia de las regulaciones contradictorias en temas de portabilidad numérica, el investigado fue tajante en cerrar la discusión y expresar que todos los equipos debían ser comercializados con las bandas abiertas, según se probó con el correo del 26 de octubre de 2011.
- El Despacho afirmó que **COMCEL** emitió cientos de miles de órdenes de equipos sin desbloquear, sin que existiese ninguna prueba en el expediente de dicho hecho.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El Despacho se limitó a inferir, con base en un solo correo remitido a NOKIA, que se había ordenado despachar celulares con bandas bloqueadas, ignorando todas las pruebas que dan cuenta que se solicitó a todos los proveedores despachar los celulares con bandas abiertas.
- El Despacho omite "casualmente" mencionar el último correo de la cadena iniciada entre **JUAN GUILLERMO PIÑEROS** y NOKIA, de 25 de octubre de 2011, en el que se solicita que se envíen los equipos desbloqueados.
- En la Resolución Sancionatoria se indicó que la política empresarial de bloqueo de bandas de **COMCEL** se acreditaba con una queja presentada el 12 de enero de 2012, cuando se trata de un caso aislado y en todo caso no coincide con lo supuestamente ordenado por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** en el correo de 5 de octubre de 2011.
- No se probó que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** haya inventado ni aprobado la política de comisiones.
- Es contradictoria la afirmación del Despacho relativa a que la política de incentivos había sido modificada en varias ocasiones, pues al tiempo afirma que se trataba de una política mediante la cual se lograron los supuestos objetivos ilegales de **COMCEL**. Si la política estaba dando resultados no tendría por qué cambiarse con tanta frecuencia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio asumió que los incentivos tuvieron como consecuencia el incremento de las portaciones a favor de **COMCEL** y en perjuicio de **MOVISTAR** sin analizar ninguna otra variable que explicara el comportamiento y sin tener en cuenta la intervención del tercer competidor **TIGO**.
- El Despacho se inventó unas supuestas características que deberían tener las políticas comerciales, al indicar que fue negligente su manejo, sin contar con ningún tipo de análisis ni soporte.
- El correo de "felicitación" remitido por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** con base en el cual el Despacho aseveró que el investigado tenía conocimiento y celebraba la actuación dada en materia de portabilidad, corresponde a una comunicación enviada al equipo de "tropas" que nada tiene que ver con los distribuidores y que se crearon con posterioridad al fraude evidenciado.
- La Superintendencia de Industria y Comercio pretende acreditar el conocimiento que tenía el investigado sobre las irregularidades en las portaciones con publicaciones de prensa y otros medios que no obran en el expediente ni fueron puestos de presente en la imputación de cargos, que en todo caso, no dan cuenta de que sea **COMCEL** el gran beneficiado de las portaciones.
- El Despacho afirmó sin ningún fundamento ni prueba que el aumento en las portaciones tuvo incidencia en la decisión del consumidor. Adicionalmente, se omite tener en cuenta que las portaciones irregulares, alrededor de 33.000, no representaron una cifra significativa en el número de activaciones de líneas móviles realizadas por **COMCEL**, pues equivale aproximadamente al 0,48% del mercado.
- La Resolución Sancionatoria está viciada por falsa motivación pues sólo se hicieron referencias generales a las pruebas, lo que constituye una no valoración de las mismas. De otro lado, para concluir que existieron las infracciones de las normas de la libre competencia se usaron sólo unas pruebas y muchas veces parcialmente, desconociendo que la valoración de las pruebas debe hacerse en conjunto.
- Se violó el derecho de defensa al no realizar una imputación correcta pues no se mencionó si quiera el verbo rector con el que habría infringido la norma el investigado, ni los hechos que acreditarían su responsabilidad.
- El traslado de las pruebas del expediente de **COMCEL** fue ilegal y violatorio al derecho de defensa y contradicción.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La Resolución Sancionatoria utilizó pruebas que nunca pudieron ser controvertidas por los investigados.
- El Delegado no tenía competencia para adelantar la investigación.
- La recusación del Delegado fue resuelta de manera ilegal al rechazar la recusación de plano usando una norma que no le es aplicable a este tipo de trámites.
- El Consejo Asesor obró incorrectamente al no haber dado el trámite correspondiente a las solicitudes de recusación presentadas contra algunos miembros.
- La caducidad de la facultad sancionatoria operó frente a las conductas imputadas.
- De mantenerse la multa, debe disminuirse el monto impuesto de cara a los criterios de graduación, pues respecto del impacto en el mercado es claro que la conducta no fue siquiera significativa y el impacto es mínimo teniendo en cuenta la cantidad de líneas celulares que existían para la época de los hechos. Adicionalmente no se puede afirmar que el investigado haya sido persistente en la conducta cuando tomó las medidas necesarias de forma contundente para cumplir la regulación y acabar con las portaciones irregulares. De otro lado, no puede decirse que tuvo un papel activo y preponderante pues la misma resolución indicó que su conducta se enmarcó en el verbo "tolerar". Por último, no se tuvo en cuenta que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** nunca había sido sancionado por infracciones al régimen de competencia, no tuvo ningún beneficio personal y su conducta procesal fue siempre correcta y en disposición de colaborar con la autoridad.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

HILDA MARÍA PARDO HASCHE y JUAN CARLOS ARCHILA CABAL solicitaron que se decretaran como prueba algunos testimonios y documentos. Así, mediante Resolución No. 23259 del 5 de mayo de 2017, se decretó la práctica de la declaración de **SONIA PEÑA ESPITIA** y se rechazaron las demás pruebas solicitadas.

Dicha resolución fue recurrida por los investigados y mediante Resolución No. 33717 de 12 de junio de 2017 se confirmó en su integridad.

CUARTO: Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

Frente a este punto resulta necesario resaltar que la mayoría de los argumentos presentados por los investigados en sus recursos coinciden con aquellos que ya han sido analizados y resueltos de manera íntegra y suficiente tanto en el Informe Motivado como en la Resolución Sancionatoria, por lo que bastaría con remitir a los investigados a dichos actos. Sin embargo, en aras de ser garantistas se volverán a analizar cada uno de los argumentos.

4.1. Se encuentra demostrado que HILDA MARÍA PARDO HASCHE y JUAN CARLOS ARCHILA CABAL participaron en la conducta de bloqueo de bandas de equipos terminales realizada por COMCEL

Tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, en esta investigación administrativa quedó plenamente probado que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE y JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** conocieron y participaron en la conducta ejecutada por **COMCEL**, consistente en una política empresarial de bloqueo de bandas, mediante la cual se incumplió con la regulación de portabilidad numérica y con ello se afectó la competencia y la libre decisión de los usuarios.

En efecto, la participación de los investigados y la existencia misma de la política respecto del bloqueo de bandas de equipos terminales se probó, contrario a lo que afirman los recurrentes, con pruebas directas, estudiadas cabal e individualmente y valoradas en conjunto, entre las que se encuentran: comunicaciones internas remitidas por y a los investigados; órdenes de compra

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

posteriores al 1° de octubre de 2011 de equipos terminales con bloqueo de bandas; pruebas de la compra efectiva de equipos con bandas bloqueadas después del 1° de octubre de 2011; diversas denuncias que dan cuenta de la existencia de requisitos y dilaciones no justificadas en la ley, entre otras. Por lo tanto, no es cierto que, como lo indican los investigados, se tratara únicamente de denuncias "aisladas", sino de un comportamiento sistemático y consciente, absolutamente probado.

Ahora bien, sobre la existencia de dicha política se destaca, entre otros, el 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 **COMCEL**, en el que se acredita que existía de un procedimiento que se aplicaba en los Centros de Atención al Cliente (CAC) respecto del desbloqueo de bandas de los equipos terminales. De conformidad con tal procedimiento, se obligaba a los usuarios prepago y pospago que solicitaran el desbloqueo de sus equipos, requisitos extralegales 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; Giovani 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 Giovanny 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.

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 notaria.

3. El usuario deberá presentar factura original del kit comprado en COMCEL donde sea comprobable su titularidad mediante nombre y número de cédula.¹ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Frente a este correo electrónico, los investigados manifestaron, nuevamente, como ya lo habían puesto de presente en sus observaciones al Informe Motivado, que para 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 CRT 3136 de 2011. Al respecto se recuerda que, tal como se indicó en la Resolución Sancionatoria, para esa fecha se encontraba vigente, desde hacía casi 4 años antes, la Resolución 1732 de 2007. Mediante ésta se exigía a los operadores desbloquear los terminales con

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la simple manifestación de la voluntad del usuario, a menos de que no hubiese finalizado el término de permanencia, lo cual era aplicable solamente a los usuarios con terminales que habían sido subsidiados y se encontraban en un plan pospago.

Sobre el particular indicaron los investigados que la Resolución CRT 1732 de 2007 desarrolló aspectos relacionados estrictamente con cláusulas de permanencia mínima y no con portabilidad numérica. En efecto, en la misma Resolución Sancionatoria se indicó que la portabilidad numérica fue introducida en Colombia el 29 de julio de 2011. En relación con este argumento debe recordarse que la Resolución CRT 1732 de 2007 estableció obligaciones concretas en relación con el bloqueo de bandas, que es la conducta investigada, específicamente en el artículo 18 previó:

"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."

Adicionalmente, dicha regulación, dentro de su parte considerativa integró como motivos de la regulación las siguientes:

"(...)

*Que las iniciativas regulatorias de protección a los usuarios, adoptadas por países con mercados en ambiente convergente, se basan entre otras, en el establecimiento de comités consultivos para el consumidor y foros para promover su participación en la formación de políticas, imposición de la obligación de servicio universal, desarrollo de agendas específicas sobre los objetivos prioritarios de la política, introducción de iniciativas regulatorias específicas para mejorar opciones del consumidor, como la preselección y **portabilidad numérica** (...);*

*Que las directrices sobre prácticas idóneas para la transición hacia las redes de la próxima generación, proferidas por el Simposio Mundial para Reguladores de 2007, en relación con la protección al consumidor, señalan como recomendación a los reguladores: Considerar la posibilidad de aplicar la reglamentación simétrica a todos los operadores y proveedores de servicios telefónicos, en especial en ámbitos tales como la interoperabilidad, la interconexión, la calidad de servicio, la numeración, **la portabilidad**, la seguridad e integridad de la red, la información y la protección al consumidor (...)"*

De lo expuesto es claro que la obligación expresa de no impedir el desbloqueo de bandas en equipos terminales era exigible desde 2007, por lo que el correo de **ANA MARÍA QUINTANA LUCAS** (Directora de servicio al cliente de **COMCEL** para la época de los hechos) sí da cuenta de una política ilegal frente al bloqueo de bandas. Además, los extractos citados acreditan que no es cierto que la regulación sea completamente ajena al ámbito de portabilidad numérica, pues de hecho es un precedente de la regulación que se implementó a partir de 2011.

En relación con el correo precitado, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** afirmó que simplemente fue copiado en dicha comunicación y que nunca leyó su contenido, pues formaba parte de los más de 300 correos que recibía diariamente frente a los cuales no se esperaba ninguna instrucción o actuación de su parte. Sobre el particular se destaca que, en primer lugar, no fue simplemente copiado sino que el correo fue dirigido directamente a él y a otros funcionarios; en segundo lugar, el volumen de los correos que pudiera recibir a diario no está acreditado; en tercer lugar, resulta contradictoria su defensa, pues como se acreditó en la Resolución Sancionatoria, la portabilidad y sus políticas comerciales eran asuntos de suma importancia para el Presidente, tanto así que es él quien más adelante envía correos instructivos sobre la misma materia, con los que incluso pretende defenderse de su responsabilidad.

Por lo tanto, para el Despacho es evidente que durante la implementación de la medida de Portabilidad Numérica Móvil, **COMCEL** tenía una política de bloqueo de bandas, avalada por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, que violaba la regulación expedida por la **CRC** para este fin. De hecho, en el expediente obra evidencia de la efectiva implementación

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 numero Comcel 3202209789 al operador Tigo, numero el cual se encuentra ya registrado con el ultimo 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).

***El equipo celular fue comprado en plan prepago y por tal razón no genera ninguna cláusula de permanencia con el operador donante.**² (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, en la misma línea relacionada con la vigencia de la regulación de portabilidad, indicaron nuevamente los investigados que las denuncias contra **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. Al respecto se aclara que no todas las denuncias correspondieron a ese periodo. En efecto, en el expediente se encuentran denuncias efectuadas en el primer semestre de 2012, y en todo caso, las que sí se presentaron antes de la entrada en vigencia de la regulación de portabilidad de 2011, también constituyen prueba de la conducta pues, como ya se explicó en detalle, la prohibición para bloqueo de bandas aplicaba desde 2007 para usuarios activados en prepago. Frente a este punto es de resaltar que contrario a lo afirmado por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, las denuncias correspondían a la renuencia para el desbloqueo de bandas de equipos prepago y no pospago, tal y como se demuestra con la denuncia recién citada.

Además de los documentos citados, resulta necesario, por su naturaleza de prueba fundamental para probar que efectivamente sí existió una política para el bloqueo de bandas y no se trató simplemente de unos pocos casos aislados, referirse al 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**, mediante el cual se señaló lo 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; 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

² 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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 2A³ (Negrilla y subraya fuera de texto)

Sobre dicha comunicación los investigados insistieron en argumentar que el correo electrónico en mención constituye simplemente una opinión jurídica o recomendación, amparada por la reserva cliente-abogado, remitida por la recurrente en su supuesta calidad de asesora jurídica. En tal correo, se aduce habría expresado su entendimiento sobre cómo debían aplicarse las normas emitidas por la CRC relativas a la portabilidad numérica y bloqueo de celulares.

Además, indicaron que la recomendación proferida por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** en relación con los requisitos exigidos por **COMCEL** para desbloquear los equipos, tales como la factura original de compra, obedecía al establecimiento de procedimientos dentro de la compañía para armonizar la nueva reglamentación en materia de portabilidad con aquella propia del hurto de celulares. Frente a este argumento, este Despacho indicó en la Resolución Sancionatoria que tal y como lo había afirmado la Delegatura, 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 red⁴ y (ii) cuando el equipo terminal

³ Folio 144 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/Folio 156/Ximena Bastidas.

⁴ **"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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

no se encontrara registrado en la base de datos. Adicionalmente y a simple título de discusión, debe decirse que las dos regulaciones fueron emitidas por una misma autoridad, razón por la cual resulta difícil concebir que para darle cumplimiento a una, fuese necesario estar en violación de la otra.

Por consiguiente, en ningún momento se determinó en las disposiciones relacionadas con el hurto de celulares como lo era la presentación de 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 o en su defecto, desde el momento de su activación inicial.

En la misma línea, insistieron en que el contenido del correo, como una recomendación acorde a las diversas regulaciones que para la época se expidieron, no constituía una instrucción sino una mera opinión, pues **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", hecho del que daría cuenta, según los investigados, 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:

"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"

Respecto de los anteriores argumentos, este Despacho considera pertinente traer a colación lo que ya se afirmó oportunamente en la Resolución Sancionatoria:

*"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. (...)*

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 deciden unos recursos de reposición"

*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."*

Adicionalmente, es claro que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** sí tenía facultades para dar instrucciones comerciales y de política empresarial como efectivamente lo hizo en esta ocasión y como se explicó ampliamente en la Resolución Sancionatoria, en razón de su cargo como Vicepresidente y Representante Legal suplente.

Sobre el particular indicó **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que la conclusión a la que llegó la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con el correo citado demuestra una clara omisión a la valoración integral de las pruebas, con lo que se incurre en una vía de hecho.

En el mismo sentido, indicó **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** que aun cuando ella hubiese estado facultada para tomar decisiones en relación con la nueva regulación de portabilidad numérica móvil, aquellas no se habrían podido poner en marcha en la práctica, pues comercial y operativamente no eran viables. Lo anterior se habría acreditado con los testimonios de **ANA PATRICIA SANABRIA**, **CARMEN VALDIVIESO**, **MARÍA VICTORIA FERNÁNDEZ** y **ANDRÉS CARLÉSIMO**.

Al respecto debe advertirse que al margen de lo que pudieran haber declarado los testigos mencionados por la investigada (que en todo caso son empleados de **COMCEL** con una relación de subordinación respecto de los aquí investigados), la posición de los citados declarantes fue desvirtuada por pruebas directas y de mayor alcance. Lo anterior, pues independientemente de posible dificultad operativa, la política restrictiva de la competencia se cumplió, tal y como se demostró con diversas pruebas que se expusieron oportuna y claramente en la Resolución Sancionatoria

Frente a las pruebas que dan cuenta de que la conclusión a la que llegó este Despacho, en relación con la instrucción impartida por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y su cumplimiento por parte de los funcionarios de **COMCEL**, es acertada y no constituye de manera alguna una vía de hecho, se pueden citar las siguientes:

1. 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, en la que se identificó lo siguiente⁵:

"[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 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."⁶

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.

2. Denuncia del 12 de enero de 2012, 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

⁵ 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.

⁶ Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 7-COMCEL/Folio 1763/11-162497/Folio 1.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 (Cesár):

"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 DICIERON.: 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 ADEMAS (sic) ME TOCA PAGAR A MI OTROS \$60.000 PESOS EN PASAJES PARA IR A BUSCARLOS. "YO NO QUISE DEJAR MI CELULAR".⁷

3. Denuncia del 9 de marzo de 2012, interpuesta por **JAIRO ANDRÉS GÁLVIS GONZÁLEZ**:

"(...) 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.⁸

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

⁸ Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 7-COMCEL/Folio 1762/12-41493/Folios 1 y 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 recursos, la política empresarial instruida por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** se cumplía a cabalidad.

4. 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".⁹*

En esta queja se reflejan los obstáculos injustificados a los que **COMCEL** sometía a los usuarios con el fin de no desbloquear las bandas de los equipos. En este caso concreto, casi dos meses después de haberse elevado, no había sido atendida por dicho operador la solicitud de desbloqueo, afectando evidentemente al usuario, quien se vio impedido de al menos hacer uso de su equipo. Esta prueba acredita, una vez más, que incluso en marzo de 2012, después de cinco (5) meses de haber entrado a regir la regulación de Portabilidad Numérica, se seguía negando o dificultando el derecho de portación de los usuario.

5. 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 Pineros 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.

⁹ Folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 7-COMCEL/Folio 1762/12-38141/Folios 6 y 7.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"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 (...) "¹⁰

Como se anunció, horas después, **JUAN GUILLERMO PIÑEROS SUÁREZ** envía el siguiente correo electrónico, mediante el cual se advierte al mismo proveedor, que hiciera caso omiso en lo referente al anterior correo, hasta nueva instrucción. Al respecto, llama la atención que esta cadena de correos también fue aportada por los investigados pero se omitió, deliberada y convenientemente el siguiente correo. Esto lleva al Despacho a asumir que se pretendía que se considerara que **COMCEL** acataba la regulación sobre bloqueo de bandas.

Adicionalmente, vale la pena mencionar que, en contravención a lo afirmado por los investigados, en el sentido de que el correo inicial tampoco había sido aportado por ellos, el correo inicial sí fue allegado por los mismos.

El correo electrónico omitido, en mención –que fue obtenido a través de la respuesta a un requerimiento de información que fue realizado por la Delegatura a Nokia–, es el siguiente:

"From: ext Juan Guillermo Pineros Suarez [<mailto:jpineros@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 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 instrucción" ¹¹
(Negrilla fuera de texto)

Frente a 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". Ello se contrapone 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.

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

¹¹ Folio 141 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/VARIOS – FÍSICO/ CUADERNO 1/ OCR_137485- 1R-445/ folio 2129.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sobre dicha cadena de correos afirmaron los investigados que nunca se pretendió ocultar ninguna prueba y que, por el contrario, el Despacho, de manera conveniente, había omitido hacer referencia al correo electrónico de 25 de octubre de 2011 remitido por **JUAN GUILLERMO PIÑEROS SUÁREZ** en el que se volvía a dar las instrucciones a los proveedores que se impartieron inicialmente. Al respecto se resalta que los investigados no explican la prescindencia de la cadena de correos completa y de otro lado, que este Despacho no ha ignorado el correo del 25 de octubre de 2011, que refleja que, al menos hasta esa fecha, la instrucción expresa de compra de equipos bloqueados remitida a los proveedores no tuvo asomo de duda, y en todo caso, la implementación de las condiciones adecuadas no se dio en la práctica, pues tal y como se encuentra acreditado en el expediente, con posterioridad al 1 de octubre de 2011, **COMCEL** adquirió 1.872.130 equipos con las bandas bloqueadas. Ello puede observarse en la siguiente tabla, elaborada con base en la información remitida por los propios proveedores:

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.¹²

Adicionalmente, la siguiente tabla 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 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 es fehaciente muestra de que **COMCEL** expidió órdenes de compra con el propósito de adquirir 189.000 equipos bloqueados:

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. 56.¹³

¹² 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-447 folios 2183 a 2198, 2207 y 2246.

¹³ 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-447 folios 2183 a 2198.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, para este Despacho resulta claro que la política comercial de **COMCEL** frente a 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** reiteró en su recurso que actuó con la debida diligencia para acatar las disposiciones de la **CRC** sobre apertura de bandas. Adujo el sancionado que como prueba de lo anterior, funge el siguiente correo electrónico enviado el 26 de octubre de 2011 mediante el cual se dio respuesta a un correo enviado por **ANDRÉS CARLÉSIMO REY** (Director de servicios de valor agregado de **COMCEL**) con el asunto: "Re: Sim Lock". En éste se indica que a todas las solicitudes de desbloqueo se les debía dar trámite en los CAC, de conformidad con ciertas consideraciones, a saber:

Correo electrónico del 25 de octubre de 2011¹⁴ 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 compramos 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"

Respuesta de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** mediante correo electrónico enviado el 26 de octubre de 2011¹⁵ 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,

¹⁴ Folio 1109 del cuaderno público No. 6 del expediente.

¹⁵ Folio 1109 del cuaderno público No. 6 del expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

JC¹⁶ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En relación con este correo, se reitera, como se indicó en la Resolución Sancionatoria que, 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 a 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.

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 expusieron en detalle en la Resolución Sancionatoria, no dejan duda de que **COMCEL** continuó exigiendo requisitos no previstos en la regulación para acceder a las solicitudes de desbloqueo y adquirió y ordenó equipos bloqueados. Por lo tanto, no se encontró probada la diligencia alegada por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**. A pesar de su insistencia en haber realizado diferentes reuniones con los fabricantes de los equipos terminales, no existe prueba de lo discutido en ellas y en todo caso, como se dijo, las pruebas obrantes en el Expediente demuestran que **COMCEL** siguió ordenando equipos bloqueados por lo menos hasta diciembre de 2011.

Ahora bien, afirmó **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que el Despacho señaló que **COMCEL** emitió cientos de miles de órdenes de equipos sin desbloquear, sin que exista ninguna prueba en el expediente de dicho hecho y que esta Superintendencia se limitó a inferir, con base en un solo correo remitido a **NOKIA**, que se había ordenado despachar celulares con bandas bloqueadas. Así mismo, se denunció que se habrían ignorado todas las demás pruebas que dan cuenta de que se solicitó a todos los proveedores despachar los celulares con bandas abiertas.

Sobre el particular se destaca, que además de la orden expresa a proveedores como **NOKIA**, las pruebas permiten concluir, como se demostró con las tablas 1 y 2 de la Resolución Sancionatoria, que se adquirieron a diversos proveedores equipos con las bandas bloqueadas entre octubre de 2011 y febrero de 2012, por lo que no es cierto que se haya realizado una afirmación sin sustento o que se hayan ignorado las demás pruebas.

Por último insistió **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** en indicar que 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 señalado 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. Frente a lo anterior se aclara que, tal y como quedó probado suficientemente en la Resolución Sancionatoria, las fallas en la portabilidad no fueron producto de problemas involuntarios en la puesta en marcha de la regulación, sino un comportamiento consciente e intencional, razón por la cual, al margen de si la interpretación de la investigada sobre lo afirmado por la **CRC** es o no correcta, la conducta demostrada sigue siendo reprochable.

Por todo lo expuesto es clara la responsabilidad de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en relación con la aplicabilidad de la política corporativa de **COMCEL**. En este caso se trata de una conducta omisiva 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.

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

¹⁶ Folio 1109 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

organizacional responsable siguiera bajo incumplimiento de 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.

4.2. Está plenamente demostrada la responsabilidad de JUAN CARLOS ARCHILA CABAL en lo referente a la comisión de la conducta de abultamiento de cifras ejecutada por COMCEL

Tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, 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 *ln*), que tuvieron como consecuencia un abultamiento en las cifras de portabilidad que eran difundidas a los consumidores.

Lo primero que debe recordarse es que, como se estableció en la decisión que aquí se impugna, el comportamiento del investigado y de la empresa que representa se enmarcó en un contexto en el que la portabilidad numérica móvil se convirtió en un canal de comercialización de gran importancia. 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, reiteradamente, por parte del investigado, quien indicó que la portabilidad representaba un porcentaje mínimo frente a otras formas de activación de líneas a su red. En ese sentido, debe observarse 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 energicamente 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 prospectación 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*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

oportunidad de prospectación en cadenas. Sonia/Carlos Chau/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"¹⁷ (Subraya fuera de texto original).*

Frente a este correo electrónico, afirmó el investigado en su recurso, que el Despacho omite que se trata de un correo dirigido a las "tropas" que es un canal de venta distinto al de los distribuidores como SER COMUNICACIONES, en el que se habrían generado las portaciones ficticias. Al respecto se indica que de la simple lectura del correo se evidencia que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** se refiere a diversos canales de venta o distribución, y que en todo caso, la relevancia de este documento reside en la importancia que representaba para **COMCEL** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** la implementación de la Portabilidad Numérica Móvil (PNM) como dinamizadora de la competencia y posible riesgo para su participación de mercado, así como la cercanía que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** tenía con el tema y con las cifras de portabilidad.

Además, como se explicará más adelante, el argumento del investigado es contradictorio pues este correo electrónico fue remitido en agosto de 2011 y el investigado indicó que las "tropas" se habrían creado como medida contra las portaciones ficticias, una vez las había conocido, es decir, por lo menos, en diciembre de 2011.

Pues bien, partiendo de la acreditación de la importancia que tenía la PNM para **COMCEL** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, se destaca que 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.

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, pues del número total mensual de usuarios que preferían migrar a otra red, menos de la mitad optada por transferirse de su red a la **COMCEL**. Por lo anterior, la portabilidad 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"

¹⁷ Folio 144 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/CUADERNO 5 - COMCEL/FOLIO 156/Ximena Bastidas.ad1

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 deciden unos recursos de reposición"

*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).

Respecto de este tipo de publicaciones afirmó el investigado que la Superintendencia de Industria y Comercio pretende acreditar el conocimiento que tenía el investigado sobre las irregularidades en las portaciones con publicaciones de prensa y otros medios que no obran en el expediente ni fueron puestos de presente en la imputación de cargos.

Sobre el particular, debe destacarse que el uso de informes de prensa es ilustrativo de la hipótesis del caso que se comprobó en la presente investigación, de cara a los impactos públicos de la manipulación de cifras de portabilidad: En efecto, esto se puede evidenciar del extracto citado y se verificará en documentos traídos a colación más adelante. De cualquier forma, si se prescindiera de dichos informes meramente orientativos e ilustrativos, la conclusión sobre la conducta no cambiaría, pues el uso de este tipo de documentos simplemente da cuenta de un contexto que es coherente con las pruebas que obran en el expediente.

Ahora bien, 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 empresa²⁰, lo cierto es que para el Despacho se encuentra demostrado, —entre otras con el correo electrónico "*RE Estatus Portabilidad 1 Agosto 4pm*" e incluso la declaración de **SONIA PEÑA ESPITIA**, quien indicó que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** estaba al tanto de las portaciones, por su relevancia—, 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 puesta en marcha 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 expediente²¹, 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.


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:

²⁰ Declaración rendida el 14 de marzo de 2016 ante esta Superintendencia, obrante a folio 2530 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

²¹ 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 deciden unos recursos de reposición"

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 expediente²²

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

INFORMACION CONFIDENCIAL ²

Fuente: Información obrante en folio 145 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente²³

Frente a la política de comisiones o incentivos, indicó el investigado que no se probó que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** la hubiese inventado ni aprobado. Además, argumentó que la política de comisiones era legítima y estaba encaminada a que se dieran portaciones reales, pues entre otras, el tráfico era uno de los indicadores para medir la comisión.

En el mismo sentido, destacó que es contradictoria la afirmación del Despacho relativa a que la política de incentivos habría sido modificada en varias ocasiones, pues al tiempo afirma que se trataba de una política mediante la cual se lograron los supuestos objetivos ilegales de **COMCEL**. Así si la política estaba dando resultados no tendría por qué cambiarse con tanta frecuencia.

Sobre el mismo punto argumentó que el Despacho se inventó unas supuestas características que debería tener las políticas comerciales, al indicar que fue negligente su manejo, sin contar con ningún tipo de análisis ni soporte sobre el particular.

En relación con estos argumentos debe iniciarse por aclararse que en la Resolución Sancionatoria no se afirmó que la política de comisiones hubiera sido creada por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, pero sí que la conocía y la había avalado, circunstancia que se probó, entre otras, con la propia declaración del investigado:

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

JUAN CARLOS ARCHILA CABAL: *La conocía*²⁴.

Así mismo, debe mencionarse la declaración de **ANDRÉS CARLÉSIMO REY** (Director de Servicios de Valor Agregado de **COMCEL** para la época de los hechos):

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

ANDRÉS CARLÉSIMO REY: *Si señor*²⁵

Ahora bien, frente a la legitimidad del incentivo debe tenerse en cuenta que, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, si bien la Superintendencia no ha afirmado nunca 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. Esto no es, como lo afirmó el investigado, un invento de este Despacho de unas supuestas características que debería tener las políticas comerciales sin contar con un fundamento o conocimiento alguno sobre la materia. Por el contrario, se trata únicamente de un juicio valorativo adecuado de la realidad, pues de no ser cierto que la política carecía de controles, la continuidad del comportamiento irregular sólo se podría explicar con una conducta omisiva intencional, al evitar tomar una medida real aun cuando se tenía pleno conocimiento respecto de las irregularidades.

Por último sobre este punto, es de resaltar que no existe contradicción alguna al decir que la política de comisiones fue idónea para crear incentivos de realizar conductas como la aquí hallada, y que en la búsqueda de la política se habían realizado varias modificaciones, pues esta segunda afirmación sólo prueba el afán de **COMCEL** por incrementar sus cifras de portabilidad, que finalmente se logró, aunque de manera irregular. En efecto, como lo ha planteado este Despacho, y como consecuentemente ha sido negado por el recurrente, la política era de gran importancia respecto de las operaciones de **COMCEL** y de ello, es muestra el considerable número de modificaciones que se llevaron a cabo con el propósito de que aquella fuese efectiva y diera cumplimiento al objetivo de aumentar el número de portaciones, así fuesen ficticias, a cargo de **COMCEL**. Adicionalmente, no resulta lógico aducir, como lo hace el sancionado, que el hecho de que la política fuese modificada múltiples veces es prueba de que no estaba funcionando, pues por el contrario, se muestra que una vez se logró el objetivo la política se mantuvo y fue justo en ese momento cuando se disparó el número de las mismas.

Así las cosas, 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)**.

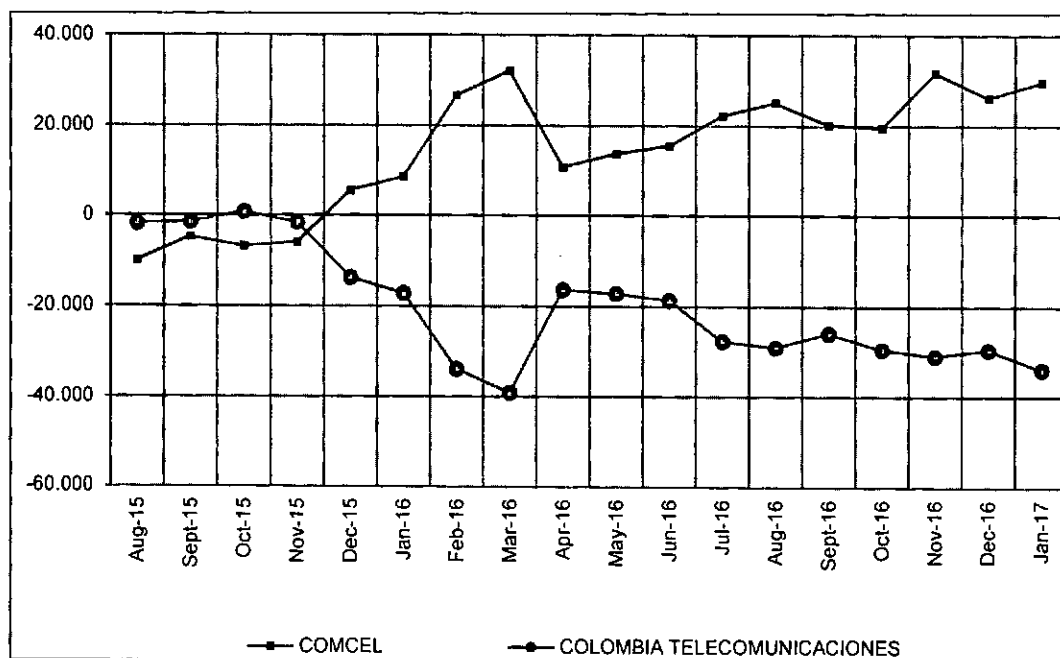
Lo anterior puede observarse con claridad en la siguiente gráfica, donde se muestran las portaciones *In* y *Out* de las redes de **COMCEL** y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES (MOVISTAR)** entre agosto de 2011 y enero de 2013. Nótese que a partir de diciembre de 2011 hasta marzo de 2012, la tendencia de 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:

²⁴ Declaración rendida el 14 de marzo de 2016, minuto 17:44 segunda parte, obrante a folio 2530 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

²⁵ 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 deciden unos recursos de reposición"

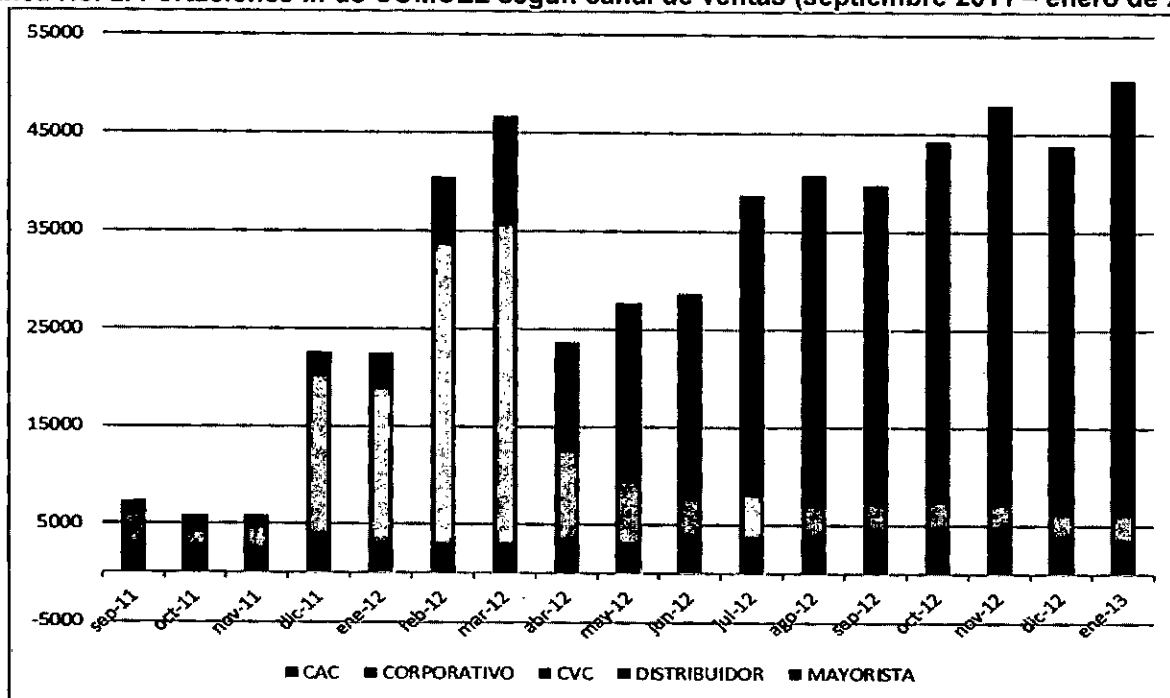
Gráfica No. 1. Comparativo portaciones mensuales de COMCEL y MOVISTAR entre agosto de 2011 y enero de 2013



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 la 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.

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 expediente²⁶.

Sobre dicho análisis, argumentó el investigado que la Superintendencia de Industria y Comercio asumió que los incentivos tuvieron como consecuencia el incremento de las portaciones a favor de **COMCEL** y en perjuicio de **MOVISTAR** sin analizar ninguna otra variable que explicara el

²⁶ 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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

comportamiento y sin tener en cuenta la intervención del tercer competidor (**COLOMBIA MÓVIL TIGO**). Al respecto debe aclararse que tal correlación es un ejercicio meramente ilustrativo que es coherente, como se verá, con lo afirmado en la comunicación remitida por **MOVISTAR** y con los reportes públicos de los medios de comunicación, en los que las variables abruptas en las cifras de portabilidad histórica sólo se reflejan en **COMCEL (In)** y en **MOVISTAR (Out)**, mientras que **TIGO** continuaba con una estabilidad media. Además, en todo caso, más allá de si hipotéticamente existieron otras variables en la disminución de portaciones *Out* de **MOVISTAR**, tal circunstancia no cambia en nada el considerable aumento en las portaciones *In* de **COMCEL**.

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 recargas²⁷. 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.

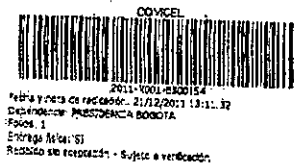
Así, tal y como ya ha sido mencionado, se reprocha la falta de diligencia en cuanto a la oportuna toma de medidas correctivas para normalizar la situación, una vez se tuvo conocimiento de las presuntas anomalías que estaban ocurriendo.

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* 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:

ESPACIO EN BLANCO

²⁷ Entiéndase por recarga el abono a saldo en cuenta que le permite cursar tráfico de voz.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"***Imagen No 2. Comunicación remitida por MOVISTAR a COMCEL el 21 de diciembre de 2011****Telefonica****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 expediente²⁸

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 el primero había 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 prepago 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 conocido por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, como mínimo a partir del 21 de diciembre de 2011, fecha en que su

²⁸ Folio 148 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente/ FOLIO-558/Punto b/Carta Comcel.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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.

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 empresa²⁹.*

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.

***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 eh... básicamente, no sé quién más estuviera involucrado, pero presidencia, la vicepresidencia comercial, el área de servicio de valor agregado y pues obviamente operaciones.³⁰*

(...)

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:** eh... 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.

²⁹ Folio 2530 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

³⁰ Minuto 24:08. Folio 2577 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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."³¹ (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

ESPACIO EN BLANCO

³¹ Folio 2577 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 2011

Institucional	clientes In servicio	activaciones 7.207	cancela 37.80%
	clientes Out de servicio	cancelaciones 11.900	cancela 162,40%
	clientes Netos	cancelaciones 4.733	cancelaciones
	clientes Total	cancelaciones 19.157	cancelaciones

NPS GENERADOS

Nip Port In

Operador	CORTE 25 DE SEPTIEMBRE				CORTE 25 DE OCTUBRE			
	NP	%	NP > 5	%	NP	%	NP > 5	%
MOVSTAR	7787	67%	2430	67%	5004	67%	2777	67%
TIGO	5008	39%	1247	39%	2738	39%	738	44%
UPF	97	7%	27	7%	195	7%	31	2%
AMTEL	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	12608	100%	3725	100%	7950	100%	1886	100%

Nip Port Out

	Acumulado 25 de Octubre
NP ENTREGADOS	47.828

SOLICITUDES

Port In

COMPANIE	SEPTIEMBRE			OCTUBRE			TOTAL		
	REPRO	POSREPRO	TOTAL	REPRO	POSREPRO	TOTAL	REPRO	POSREPRO	TOTAL
MOVSTAR	2304	1180	3484	2002	1230	3232	-11%	8%	3%
TIGO	1418	820	2238	1139	428	1567	-21%	-18%	-23%
UPF	58	5	63	55	5	60	-5%	0%	-3%
AMTEL	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	2776	1705	4481	3226	1664	4890	-14%	-1%	-10%

Port Out

RECEPTOR	SEPTIEMBRE			OCTUBRE			TOTAL		
	REPRO	POSREPRO	TOTAL	REPRO	POSREPRO	TOTAL	REPRO	POSREPRO	TOTAL
MOVSTAR	833	2578	3411	1487	3718	5205	60%	38%	44%
TIGO	3151	283	3434	3580	345	3925	27%	7%	23%
UPF	453	21	474	459	22	481	8%	8%	8%
AMTEL	1	0	1	1	0	1	0%	0%	0%
UNE	0	0	0	0	1	1	0%	0%	0%
TOTAL	4578	2940	7518	6098	3996	10094	23%	28%	26%

SOLICITUDES PORT IN X CANAL - Octubre

COMPAÑIA	REPRO	%	POSREPRO	%	TOTAL	%
OC	533	32%	1054	27%	1587	32%
DISTRIBUIDOR	685	39%	827	21%	1512	28%
CIUDENS	14	8%	1288	33%	1302	27%
CORPORATIVO	479	28%	1	0%	480	10%
OC	82	5%	85	2%	167	3%
Total general	1694	100%	3236	100%	4930	100%

SOLICITUDES SIN ESTADO DE ABD - Octubre

COMPAÑIA	REPRO	%
OC	113	23%
DISTRIBUIDOR	223	45%
CIUDENS	3	6%
CORPORATIVOS	107	22%
OC	14	3%

Fuente: Información obrante en el folio 144 del cuaderno reservado No. 1 del expediente.³²

En adición de lo anterior, se acreditó por medio del 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 relativos a este asunto fueran enviados por medio de un mensaje corto de texto (**SMS**) a su teléfono móvil:

"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 Ramirez Chauz

Asunto: RE: Estatus Portabilidad 8 Agosto 4 pm

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 mediante los cuales estaba al tanto del comportamiento de las cifras de portabilidad y el ejercicio de **COMCEL** en ese ámbito. 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 supervisión por parte del propio Presidente de **COMCEL** aquí investigado.

Así las cosas, para este Despacho es claro que aun si se admitiera, en gracia de discusión, que los informes diarios y pormenorizados a los que se hizo referencia no hubiesen conllevado a que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** hubiese podido advertir el aumento extraordinario en portaciones hacia la red de **COMCEL**, sin registro de carga o usuario real si hubo otro mecanismo mediante el cual el pleno conocimiento por parte del recurrente se encuentra probado. A saber, 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.

Bajo el anterior entendido, 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, se tomó la decisión de 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, por concepto de sanción, correspondiente a \$295.530.500.

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 puesta en marcha 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 frente a 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, debe recordarse, eran fraudulentas y artificiales en la medida en que no representaban, ni remotamente, usuarios reales.

Al respecto, y tal y como lo advirtió este Despacho en su momento y en esta oportunidad 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. Así, estos son claramente **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 sociedad 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. Sobre el particular vale también mencionar que era tal la intención de que esto ocurriese por parte de COMCEL, que se reitera, el incentivo fue alterado más de diez veces hasta lograr que las cifras aumentaran exponencial y artificialmente.

A propósito, a continuación se presentan extractos de algunos informes de prensa de público acceso y circulación masiva 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 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 deciden unos recursos de reposición"

• **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	68	135
COMUNICACIÓN CELULAR S.A. (COMCEL)	109643	42452	156362	111043
ETB S.A. E.S.P. (ETB)	1	0	1	0
TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (MOVISTAR)	17189	107348	51501	159304
COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. (TIGO)	38636	17391	91055	30523
UIF MÓVIL S.A.S. (UIF)	2047	488	9053	1416
UNE EPM TELECOMUNICACIONES S.A. (UNE)	148	208	781	398
TOTAL	167.914	167.914	308.819	308.819

(...)" (Negrilla

fuera de texto).

• **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, quien 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).

Sobre dichos informes, indicó el investigado en su recurso que el Despacho omitió que, por ejemplo, en la nota de prensa publicada por el Diario Portafolio el 5 de enero de 2012, se había indicado que había sido TIGO el que en las cifras acumuladas había tenido más portaciones In, por lo que las conclusiones no eran ajustadas a lo afirmado. Sobre el particular es relevante afirmar que, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, en los primeros meses del periodo posterior a la entrada en vigencia de la regulación de portabilidad, había sido COMCEL el que más portaciones Out reportaba, lo que explica que aunque para enero fuera COMCEL el que mayor número de portaciones In reportara, para el periodo acumulado, el consolidado total de portaciones In fuese a favor de otro operador, a saber, TIGO.

Ahora bien, como se afirmó en la Resolución Sancionatoria, las anteriores evidencias se contraponen con los argumentos de los investigados en relación 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Estos argumentos no resultan válidos, en la medida en que frente a este tipo de infracciones a la competencia (prohibición general) no es necesario probar los efectos en el mercado. Se trata así de una infracción por objeto, es decir, que solo con la evidencia de la producción de la conducta antijurídica se entiende probada la infracción. En el presente caso se demostró cabalmente 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 más usuarios por mes, argumento que por lo demás tiene poca cabida, la conducta no dejaría de ser sancionable. Frente a esto debe insistirse en que, 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 eran realizadas por sus distribuidores durante un periodo extenso de tiempo. Esto, además, con pleno conocimiento de 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 y tras insistir 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).

Ahora bien, afirmó **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que frente a la conducta de abultamiento de cifras es claro que se trató de un comportamiento atribuible, exclusivamente, a **SER Comunicaciones**, respecto del cual **COMCEL** reaccionó rápidamente por medio de la imposición de sanciones en virtud de las irregularidades encontradas. En efecto, el representante legal de **SER COMUNICACIONES** en su testimonio manifestó que los hechos fraudulentos fueron originados por su red de subdistribuidores, lo que evidencia que **COMCEL** no tiene responsabilidad alguna sobre tal comportamiento, hecho que el Superintendente Ad hoc ignoró.

Al respecto, se reitera lo indicado en la Resolución Sancionatoria en la que se explicó que, 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 de su parte, permitió que se produjera y consolidara la situación reprochada durante un lapso de tiempo considerable. Tal circunstancia es tanto más clara para este Despacho, en cuanto que el señor Archila era consciente del carácter errático y sospechoso de las cifras de portabilidad numérica a favor de la compañía. Estas, como ya se expuso, se le suministraban diariamente por medio de mensajes de texto, pero que además, en virtud de sus funciones como representante legal de la compañía, debía

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

conocer, en todo caso. Aparte de ello, la anomalía a que se ha hecho referencia le había sido puesta de presente por medio de una comunicación entregada personalmente en aquel entonces por el presidente de la compañía **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (MOVISTAR)**. Todo lo anterior está suficientemente acreditado en la Resolución Sancionatoria. Por ello, no puede aceptarse el argumento según el cual, las medidas adoptadas por el Presidente de **COMCEL** fueron oportunas ni que la responsabilidad recae únicamente en el distribuidor, pues es claro que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** permitió el acaecimiento del comportamiento, que en todo caso, dio paso a que las cifras de portabilidad crecieran públicamente a favor de **COMCEL**.

Argumentó también **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que el Despacho afirmó que el investigado tuvo pleno conocimiento de las portaciones fraudulentas desde su inicio cuando es claro que, según se indicó en la misma carta remitida por **MOVISTAR**, las portaciones que presentaban problemas eran anteriores a la fecha del envío de la carta, circunstancia que ignoraba completamente el investigado. En todo caso, el 21 de diciembre de 2011 no se conoció de las portaciones fraudulentas sino únicamente de algunas posibles irregularidades que ameritaban ser revisadas.

Sobre el particular, este Despacho se remite a lo expuesto de forma detallada en la Resolución Sancionatoria y descrito en líneas anteriores en la que es claro que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** conocía de las cifras de portabilidad de manera periódica, a través de informes remitidos por mensajes de texto y correos electrónicos, mucho antes de haber recibido la comunicación de **MOVISTAR**, de cuyo contenido se advertía claramente la existencia de irregularidades, que eran de sospechar con un cambio tan abrupto en las cifras que se venían dando.

En todo caso, frente a este punto, el Despacho llama la atención, nuevamente, respecto de una circunstancia de evidente negligencia u omisión intencional, pues en las mismas circulares mediante las que se comunicaban los incentivos, se indicó que cada número portado sería revisado. De lo anterior se deduce que **COMCEL** tenía la capacidad para hacerlo –sobre todo si se tiene en cuenta que los investigados han insistido en afirmar que la portabilidad representaba un número insignificante en relación con todas las líneas manejadas por la empresa– por lo que no advertir de tales irregularidades, desde un razonamiento basado en las reglas de la experiencia, sólo puede explicarse porque no se cumplió con la diligencia mínima o aun cuando se actuó con diligencia se decidió conscientemente no tomar ninguna acción sobre lo hallado.

Ahora bien, insistió **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en afirmar que al conocer de las irregularidades en algunos procesos de portabilidad **COMCEL** tomó medidas contundentes, tales como, la imposición de sanciones ejemplares al distribuidor; cambio de los incentivos de la campaña promocional de portabilidad que tuvo como efecto la caída del 38% en las cifras de portabilidad numérica y direccionamiento de esfuerzos para realizar las portaciones prepago a través de las "tropas" directas de **COMCEL**, que fueron creadas con posterioridad al conocimiento de las portaciones ficticias. Además, se retornaron a los operadores donantes los números que fueron dados de baja por los operadores receptores.

Sobre el particular argumentó también **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que no es cierto que las medidas no se hubieran tomado de manera oportuna, pues el tiempo al que alude el Despacho fue apenas el justo para hacer todas las investigaciones necesarias, imponer las sanciones pertinentes y cambiar definitivamente la política, pero en todo caso, la Superintendencia había ignorado las demás gestiones realizadas por el investigado para afrontar la situación.

Al respecto se reitera que, tal y como se explicó en la Resolución Sancionatoria, estas medidas no fueron oportunas ni diligentes, pues el cambio de incentivos se debió hacer con más rapidez y debieron eliminar de sus reportes los números portados cuya irregularidad era obvia. Adicionalmente, el investigado afirmó que la creación de las "tropas" se dio como reacción a tal situación de portabilidad falsa, cuando, en realidad, se demostró con las pruebas obrantes en el expediente, particularmente el testimonio de **SONIA PEÑA ESPITIA**, solicitado por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en el recurso que aquí se resuelve, que su creación se había dado entre junio y julio de 2011 y no hizo ninguna mención a algún cambio derivado de las portaciones ficticias, por lo que no fue posible evidenciar que hubiese sido una medida real ante la evidente irregularidad.

De otro lado, afirmó el investigado que el problema de portaciones ilegales era general de toda la industria tal y como consta en el acta 028 del Comité de Decisiones Conjuntas de ASOMÓVIL del 8 de mayo de 2014. Sobre el particular se reitera que aquí no se trata sólo de una irregularidad

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

aislada de un distribuidor, sino de un contexto que lo permitió y de la aquiescencia del investigado frente a dichos hechos.

Por último, afirmó el investigado que el régimen de competencia no prevé una responsabilidad para los administradores tal como la prevista en el artículo 24 de la Ley 222 de 1995. Por el contrario, aduce el recurrente que para declarar la responsabilidad de cualquier persona natural, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la carga de probar que la persona natural actuó conforme con alguno de los verbos rectores que prevé la norma, carga que en este caso no se cumplió.

Frente al anterior señalamiento, al margen de lo acertado o no de la opinión del investigado frente a la responsabilidad para los administradores, lo cierto es que en la Resolución Sancionatoria quedó probada suficientemente la conducta particular de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** no por una presunción de responsabilidad sino por un comportamiento cierto y específico, por lo que el argumento del investigado no tiene cabida en este caso. En efecto, como se expuso con detalle en la Resolución Sancionatoria y se reiteró en este acto administrativo, la responsabilidad que se imputa a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** está probada con evidencias directas de su conducta y no deviene de una presunción por su condición de administrador.

Por todo lo expuesto es claro que ninguno de los argumentos presentados por el investigado modifican el análisis de su conducta y 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.

4.3. La investigación previa contra COMCEL

Los investigados han insistido en indicar que a pesar de 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, con lo que se descartaría, en consecuencia, cualquier tipo de responsabilidad de los investigados.

Al respecto, este Despacho explicó ampliamente en el texto de la Resolución Sancionatoria, 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. Lo anterior, al punto que, no obstante la decisión por la cual se demostró la responsabilidad de **COMCEL** goza de plena 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. Se reitera así que en todo momento el derecho de contradicción fue respetado y que, adicional a lo anterior, los investigados tuvieron plena posibilidad de desligar su conducta personal a aquella por la cual **COMCEL** había sido sancionada.

Adicionalmente, se destacó que desde 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 el acápite de la Resolución Sancionatoria sobre el experticio presentado por los investigados para desvirtuar la posición de dominio de **COMCEL**.

En el mismo sentido se reitera que 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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

decretaron diversos testimonios³³ 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 testimonios³⁴ 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 bajo el No. 11-137485.

Ahora bien, afirmaron los investigados que la Superintendencia de Industria y Comercio presumió la posible comisión de una práctica anticompetitiva por parte de éstos, teniendo como única base la sanción impuesta a la persona jurídica a la que se encontraban vinculados. Sobre el particular se reitera que la responsabilidad de los investigados se probó, no con base en presunciones, sino con medios probatorios directos que dan cuenta de su participación. Adicionalmente, resulta contradictorio que los investigados afirmen por un lado, que su sanción se fundamenta únicamente en la sanción impuesta a **COMCEL** y, por otro lado, afirmen, entre otras, que se usaron diversas pruebas que no estaban en la apertura y que nunca habían conocido, lo que por sí mismo demuestra que el sustento de la sanción está lejos de ser simplemente una presunción basada en la multa impuesta a **COMCEL**.

De otro lado, argumentó **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que en la Resolución Sancionatoria no existe un acápite en que se demuestre de qué manera se probó la supuesta infracción de **COMCEL**, circunstancia suficiente para que se revocara dicha decisión.

Además, indicó que si bien el Despacho afirmó que se había garantizado el derecho de defensa de los investigados en relación con la discusión de responsabilidad de **COMCEL**, dicha circunstancia no es cierta pues desde la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y según se indicó expresamente en el Informe Motivado, la Superintendencia de Industria y Comercio negó a los investigados contradecir el supuesto comportamiento ilegal por parte de **COMCEL**. Tanto así que se rechazaron pruebas solicitadas y aportadas mediante radicado No. 13-277605-50 del 27 de octubre de 2014, que estaban destinadas a ese propósito específico. Adicionalmente, se aduce que en varios apartes de la Resolución Sancionatoria se evidencia que se da por sentada la responsabilidad de **COMCEL**.

En el mismo sentido indicó el investigado que de ser cierto lo afirmado por el Despacho, en relación con el análisis de los argumentos relacionados con la responsabilidad de **COMCEL** en el resuelve de la Resolución Sancionatoria debió declararse dicha responsabilidad.

Sobre el particular se resalta que, contrario a lo afirmado por el investigado, se dedicó gran parte de la Resolución Sancionatoria a retomar los argumentos y pruebas en virtud de las cuales se sancionó a **COMCEL** así como a analizar detenidamente los argumentos y pruebas presentadas por los aquí investigados. Lo que no puede pretender el investigado es que se hubiera hecho un análisis nuevo mediante el cual se decretara la responsabilidad de **COMCEL** pues tal circunstancia sí sería violatoria del derecho de defensa de **COMCEL** que no está vinculado a esta investigación.

Adicionalmente, y en el mismo sentido de lo expresado, no existe ninguna contradicción en lo afirmado en el transcurso de la investigación, pues una cosa es analizar los argumentos y fundamentos que los investigados presentan contra la responsabilidad de **COMCEL**, en la medida en que está ligada a su responsabilidad, en un ánimo de garantismo sobresaliente, y otra, que este Despacho se pronuncie y declare la responsabilidad de un sujeto que no está vinculado a la investigación. Ello implicaría un abierto desconocimiento respecto de la existencia de un acto administrativo que goza de presunción de legalidad y estaría en directa violación de su derecho de defensa.

³³ 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.

³⁴ ROGELIO ENRIQUE HORNA GRIMALDO, PIEDAD XIMENA BASTIDAS, DIEGO HERNÁNDEZ DE ALBA, MAURICIO SERNA MONTOYA, CARLOS MARIO GAVIRIA y JOSÉ ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Además, no es cierto que las pruebas solicitadas y aportadas mediante radicado No. 13-277605-50 del 27 de octubre de 2014 se hayan rechazado porque tuvieran relación con la responsabilidad de **COMCEL** sino porque su solicitud se presentó de manera extemporánea, según puede verificarse en la Resolución No. 26564 de 10 de mayo de 2016.

Por último sobre este punto, los investigados argumentaron 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, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, 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**.

En razón de todo lo expuesto es claro que los argumentos de los investigados relacionados con su defensa respecto de la responsabilidad de **COMCEL** carecen de todo fundamento.

4.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la definición de mercado relevante y la posición de dominio

Los investigados insistieron en afirmar que en la presente investigación no se definió el mercado relevante de una manera apropiada y no se realizó un ejercicio que permitiera probar adecuadamente la posición de dominio de **COMCEL** para el tiempo de los hechos. Por el contrario, señalaron que ésta se asumió probada en virtud de los ejercicios realizados por la **CRC**. Adicionalmente, se señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio no había realizado tal trabajo, sino que se apoyó en lo que la misma entidad había hecho en un caso anterior contra **COMCEL**. Finalmente, pusieron de presente que en esa otra investigación la Superintendencia de Industria y Comercio tampoco habría cumplido con su labor, sino que se recostó en el estudio que la **CRC** había llevado a cabo mucho tiempo antes y para un propósito diferente.

Frente a este argumento, este Despacho considera importante reiterar lo afirmado en la Resolución Sancionatoria en la que se indicó que:

*"[P]ara 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 que se desarrollaba el mercado, tales como precios, estructura de*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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"³⁵. (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."

Adicionalmente, los investigados insistieron en argumentar 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. También afirmaron que en la presente investigación la Superintendencia de Industria y Comercio no indicó ni justificó que COMCEL, para la época de los hechos, pudiera determinar las condiciones de un mercado.

De otra parte, señalaron que el documento de la CRC no corresponde con 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, sugirieron 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, eran las que habían conllevado a que COMCEL tuviese una significativa participación en el mercado.

También afirmaron 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.

Al respecto, se reitera lo afirmado en la Resolución Sancionatoria, teniendo en cuenta que los argumentos planteados en el recurso constituyen una mera insistencia respecto de los argumentos abordados en la Resolución Sancionatoria, sin que se pusieran de presente novedades en relación con las cuales el Despacho pudiera pronunciarse:

"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:

³⁵ Resolución CRC No. 2062 de 2009, p. 22.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"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.
- 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 tráfico, 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 (...)”³⁶.

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 (...)”³⁷. (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.”³⁸.

³⁶ **CRC** (2008), "Análisis de competencia de los mercados de telecomunicaciones en Colombia", p. 4 a 8.

³⁷ Resolución **CRC** No. 2062 de 2009, p. 23.

³⁸ 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 deciden unos recursos de reposición"

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.

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 investigados³⁹.

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 regulatoria⁴⁰.

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**,

³⁹ **CRC** (2011), Revisión de condiciones de competencia del mercado "voz saliente móvil", p. 63 y 64.

⁴⁰ **CRC** (2011), Revisión de condiciones de competencia del mercado "voz saliente móvil", p. 8.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 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"⁴¹. 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**."*

En consideración de lo anterior, se reitera que no es cierto que no se haya acreditado correctamente la posición de dominio de **COMCEL**. Adicionalmente, se aclara que, contrario a lo afirmado por los investigados, sí se realizó un pronunciamiento expreso sobre la aplicación temporal del análisis del mercado y su dinamismo, respecto del que se resalta (como se acaba de exponer) que el estudio en el que se basó esta Entidad para definir la posición dominante de **COMCEL** fue actualizado por la propia **CRC** en 2011. En dicha ocasión se concluyó que las condiciones del mercado se mantenían con algunas pocas diferencias, entre las que se destaca, el incremento de concentración en el operador más grande, es decir **COMCEL**.

Además de lo expuesto, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** argumentó que si bien el Despacho afirmó que a pesar de que la finalidad del estudio de la CRC fuera distinto al de esta investigación, lo relevante es que la conclusión fuese coincidente, lo cierto es que la Superintendencia se equivoca en su apreciación, pues resulta imprescindible verificar la finalidad del análisis en la medida en la que la CRC cumple funciones de regulación *ex ante* y la Superintendencia de Industria y Comercio, supervisión *ex post*. Sobre el particular basta decir que más allá de las funciones de la autoridad que propone la definición de mercado, lo importante es que los conceptos y elementos que se usen para la definición sean apropiados, tengan viabilidad y no carezcan de elemento esencial alguno, como ya se demostró que ocurrió respecto del caso bajo estudio.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que la Superintendencia de Industria y Comercio también tiene funciones *ex ante* en lo relativo a los análisis de integraciones empresariales, en los que la definición del mercado se hace con base en la misma metodología utilizada para las investigaciones administrativas sancionatorias por prácticas restrictivas de la competencia. En estas últimas, y en atención a las concretas expresiones utilizadas por el investigado, se cumplen las funciones de supervisión *ex post*. Por lo tanto, el argumento presentado por el recurrente carece de todo fundamento.

De otro lado, indicó **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que aunque la Superintendencia de Industria y Comercio afirmó que, para la época de los hechos, el mercado de datos era un mercado incipiente, dicha afirmación no se sustentó de ninguna forma. Adicionalmente, argumentó que la percepción del Despacho está desvirtuada por la notoriedad general del auge de celulares inteligentes que tuvo lugar durante el segundo semestre del año 2011, y que dio inicio a la posibilidad de que se permitiese la transferencia de datos por vía de equipos móviles. Al respecto se destaca que contrario a lo señalado por el investigado, la afirmación de la Resolución Sancionatoria contra la que se dirige este argumento sí está probada. En efecto, en la decisión aquí impugnada se indicó que el Despacho encontró en los informes trimestrales del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, que a 2011, la tasa de penetración de los servicios de Internet móvil era de cerca del 6% y los servicios de llamadas a través de Whatsapp y de video llamadas de Facebook, fueron implementados a partir de abril de 2015⁴².

En ese sentido, no es cierto que la afirmación del Despacho carezca de fundamentos. Ahora bien, sobre la aseveración del investigado relativa a que el auge de celulares inteligentes que permitían

⁴¹ Resolución **CRC** No. 2062 de 2009, numeral 6.2.4, pp. 64 y 65.

⁴² 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 deciden unos recursos de reposición"

la transferencia de datos es un hecho notorio, debe indicarse que respecto de dicha circunstancia no existe notoriedad, pues no es un hecho público, conocido por la generalidad de la población, ni cumple en general con las características para que este tipo de hechos se configuren. En efecto, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, el hecho notorio *"además de ser cierto, es público y sabido del juez y del común de las personas que tienen una cultura media"*⁴³ y para que se tenga como tal es necesario que se *"conozca que un hecho tiene determinadas dimensiones y repercusiones suficientemente conocidas por gran parte del común de las personas que tiene una mediana cultura"*. Se reitera así que el hecho bajo estudio no cumple con tales características y por lo tanto, no puede recibir la calificación de notoriedad aducida por el recurrente.

Por otra parte, indicó el investigado que contrario a lo afirmado por la Superintendencia de Industria y Comercio, la mera presencia de **COMCEL** como dominante no distorsionaba la competencia, pues la posición dominante no es ilegal. Al respecto este Despacho aclara en efecto, jamás se ha afirmado que la mera existencia de posición de dominio fuera ilegal pues ello iría en contravención de uno de los principios generales de la libre competencia. De hecho, la afirmación a la que alude el investigado, de forma descontextualizada e imprecisa, se refiere a la importancia que tenía la portabilidad en un mercado que para ese entonces estaba muy concentrado. Ahora bien, sí debe hacerse una fundamental distinción entre el concepto de posición dominio propiamente dicho, y el abuso de tal posición dominante, toda vez que en el segundo caso sí se está frente a una situación de violación del ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** argumentó que el Despacho deslegitimó el dictamen pericial presentado por los investigados, sin que para el efecto se haga alusión a fundamento alguno. Sobre el particular este Despacho simplemente se limita a resaltar que en la Resolución Sancionatoria se dedicó todo un capítulo (9.3.2.4.3) a analizar, uno a uno, los puntos del experticio presentado, por lo que se concluye que lo que en realidad carece de fundamento es la afirmación del investigado.

Finalmente, los investigados coincidieron en indicar –nuevamente– que la portabilidad numérica no es un canal de comercialización ni tampoco representa un mercado. En relación con esta consideración este Despacho resalta que la portabilidad fue concebida como un canal de comercialización a través del cual los competidores podrían acceder o penetrar el mercado, es decir, un mecanismo por medio del que podrían llegar al usuario y convencerlo para que se "porte" o migre hacia su red. Por ello, no puede ser cierto que sea únicamente un derecho de los usuarios, sino que también constituía una forma de incrementar participación.

4.5. Análisis del Despacho respecto de los argumentos relacionados con el traslado de pruebas del expediente

Los investigados argumentaron, nuevamente, que la Superintendencia de Industria y Comercio les habría vulnerado su derecho de defensa y contradicción, al haberse trasladado las pruebas obrantes en el expediente administrativo radicado bajo el No. 11-137485 adelantado por esta Superintendencia contra **COMCEL**, sin que las personas naturales aquí investigadas hubieren formado parte en dicha actuación. En ese sentido, 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)⁴⁴. Sobre el particular, una vez más, se reitera lo que se expuso ampliamente en la Resolución Sancionatoria:

"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.'

⁴³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 27 de noviembre de 1995. Exp. 8045, C.P. Diego Younes Moreno.

⁴⁴ En lo esencial esta norma se reprodujo en el artículo 174 del Código General del Proceso.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 permitírsele 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 prueba⁴⁵.

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 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 (...)'⁴⁶.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 10 de diciembre de 1999, exp. 5367. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

⁴⁶ 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 2014⁴⁷ 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 2014⁴⁸ 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 sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad.**'⁴⁹
(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

⁴⁷ Folio 129 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴⁸ Folios 130 a 132 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia T - 274 de 2012. M.P. Juan Carlos Henao.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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. (...)⁵⁰ (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 procedimiento⁵¹. 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.

(...)

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 testimonios⁵² 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 cifras⁵³. De hecho, incluso se decretó de oficio la ratificación de algunos de los testimonios rendidos en la investigación radicada con el No. 11-137485⁵⁴.

En suma, el Despacho ha constatado que con la compulsión 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."

Con todo lo expuesto se reitera que no existió irregularidad alguna respecto de las pruebas frente a las cuales se compulsó copia a la presente investigación, por el contrario, el traslado se dio con observancia de todos los requisitos legales y en protección de los derechos de contradicción y defensa de los investigados.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2015. M.P. Stella Conto Díaz.

⁵¹ 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."

⁵² 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.

⁵³ Testimonios de ROGELIO ENRIQUE HORNA GRIMALDO, PIEDAD XIMENA BASTIDAS, DIEGO HERNÁNDEZ DE ALBA, MAURICIO SERNA MONTOYA, CARLOS MARIO GAVIRIA y JOSÉ ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO.

⁵⁴ 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 deciden unos recursos de reposición"

4.6. Análisis del Despacho en relación con las supuestas irregularidades en el Consejo Asesor de Competencia

Señalaron los investigados en sus escritos de reposición que en la sesión del Consejo Asesor de Competencia del 14 de febrero de 2017, se cometió una irregularidad pues a pesar de que uno de los miembros del Consejo, el señor **MAURICIO PÉREZ SALAZAR**, se declaró impedido, no se siguió el trámite previsto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. De conformidad con tal trámite, con base en el cual debía suspenderse el proceso y nombrarse un miembro del Consejo Asesor *ad hoc*. Además, indicaron que la sesión no fue llevada a cabo en la forma en que lo exige la ley, ya que se reunieron únicamente tres (3) de sus miembros, cuando el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 exige que dicho Consejo esté integrado por cinco (5) expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, y que además sean miembros sujetos al libre nombramiento y remoción por parte del Presidente de la República.

En relación con la existencia del Consejo Asesor de Competencia, el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 establece lo siguiente:

"Artículo 25. Consejo Asesor. El Superintendente de Industria y Comercio tendrá un Consejo Asesor para asuntos relacionados con la protección de la competencia, integrado por (5) cinco expertos en materias empresariales, económicas o jurídicas, de libre nombramiento y remoción del Presidente de la República.

El Consejo Asesor será un órgano auxiliar de carácter consultivo y sus opiniones no obligarán al Superintendente de Industria y Comercio. Este último podrá convocarlo cada vez que lo crea conveniente y será obligatorio que lo oiga en los siguientes eventos:

(...)

2. Para la imposición de las multas previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 relacionadas con la violación a las disposiciones de protección de la competencia, por incurrir en alguna de las conductas consideradas como restrictivas de la competencia previstas en el artículo primero de la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 o cualquier otra disposición especial en la materia, así como por el incumplimiento del deber de informar una operación de integración empresarial.

(...)

Los miembros del Consejo Asesor estarán sujetos a las inhabilidades y régimen de honorarios previstos para los miembros del Consejo Asesor del Superintendente Financiero.

(...)"

Como puede observarse, el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011 establece la manera como deberá integrarse el Consejo Asesor de Competencia como órgano auxiliar de carácter consultivo del Superintendente, pero de ninguna manera incorpora un reglamento sobre el funcionamiento del Consejo Asesor de Competencia del cual se pueda desprender, como lo pretenden los investigados, que todas y cada una de las sesiones de este órgano deban adelantarse con los cinco (5) miembros que lo conforman. Una interpretación en tal sentido iría en contra de la lógica de funcionamiento de todos los cuerpos colegiados como el Congreso de la República, los altos Tribunales de Justicia del país, las Juntas Directivas, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales, las Asambleas de Accionistas o las Juntas de Socios, entre otras, por cuanto exigir la presencia del 100% de los miembros para el 100% de las reuniones, que pretendan adoptar el 100% de las decisiones, implicaría, en la práctica, la parálisis en sus actividades, desconociendo la posibilidad de que se presenten casos como incapacidades médicas, conflictos de interés, impedimentos, ausencias por razones personales, para citar algunas.

En definitiva, las reglas de la experiencia indican que los cuerpos colegiados en todos los casos funcionan con quórum deliberativos y decisorios. De esta manera, se entiende que aun cuando no esté presente el 100% de los miembros que lo conforman, el cuerpo colegiado podrá en todo caso sesionar, deliberar y decidir, siempre que exista el quórum respectivo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, respecto de la reunión del Consejo Asesor de Competencia llevada a cabo el 14 de febrero de 2017, en ella estuvieron presentes la mayoría de sus miembros (3 integrantes) y la recomendación correspondiente fue tomada por unanimidad, tal y como consta en la respectiva Acta No. 58 del Consejo Asesor de Competencia.

En este orden de ideas, debe destacarse, adicionalmente, que la reunión del Consejo Asesor de Competencia llevada a cabo el 14 de febrero de 2017, no es la única ocasión en la historia del Consejo en que se ha reunido, deliberado y emitido una recomendación, con menos de sus cinco (5) integrantes. En efecto, como se observa en siguiente cuadro, de las 60 sesiones del Consejo Asesor celebradas desde el año 1999 hasta la fecha de expedición del presente acto administrativo, solamente cuatro (4) reuniones han sido sostenidas con la presencia de los 5 miembros que forman parte de tal Consejo. En el resto de situaciones, el Consejo Asesor de Competencia ha sesionado con la presencia de algunos de sus miembros, mas no de todos. Así, el Consejo Asesor ha sesionado en 28 ocasiones con 3 miembros, al paso que se han celebrado 28 sesiones con 4 miembros. En resumen, el Consejo Asesor de Competencia ha sesionado en 60 ocasiones y el número de miembros por número de reunión es como sigue:

Número de miembros participantes por número de reuniones del Consejo Asesor de Competencia

NÚMERO DE MIEMBROS PARTICIPANTES	NÚMERO DE REUNIONES	PORCENTAJE
Con 1 miembro	0 reuniones	0%
Con 2 miembros	0 reuniones	0%
Con 3 miembros	28 reuniones	47%
Con 4 miembros	28 reuniones	47%
Con 5 miembros	4 reuniones	7%
Total	60 reuniones	100%

Integrantes por sesión del Consejo Asesor de Competencia

Fecha / Acta del Consejo Asesor	Número de Integrantes que sesionaron en el Consejo Asesor	Ausencias	Impedimentos
Acta No. 1 del 10 de junio de 1999	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ⁵⁵
Acta No. 2 del 20 de octubre de 1999	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 3 del 15 de diciembre de 1999	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 4 del 14 de febrero de 2000	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 5 del 2 de noviembre de 2000	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 6 del 21 de marzo de 2001	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 7 del 25 de octubre de 2001	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos ⁵⁶
Acta No. 8 del 27 de noviembre de 2001	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 9 del 4 de febrero de 2002	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 10 del 13 de marzo de 2002	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 11 del 28 de mayo de 2002	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 12 del 5 de agosto de 2002	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 13 del 28 de marzo de 2003	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 14 del 1 de septiembre de 2004	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 15 del 15 de septiembre de 2005	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 16 del 11 de agosto de 2008	3 Consejeros	1 ausentes	1 impedido ⁵⁷
Acta No. 17 del 5 de septiembre de 2008	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 18 del 10 al 15 de octubre 2008	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 19 del 7 de noviembre de 2008	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 20 del 27 de noviembre de 2008	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo

⁵⁵ El Consejero **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO** presentó una comunicación en la cual manifestó un conflicto de interés para participar en la sesión correspondiente al Consejo Asesor del 10 de junio de 1999, respecto de la actuación administrativa que se adelantó en contra de un agente económico del sector de las telecomunicaciones.

⁵⁶ El Consejero **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO** se abstuvo de opinar en la sesión correspondiente al Consejo Asesor del 25 de octubre de 2001, respecto del caso de IDCT. Lo propio hizo el Consejero **GERMÁN OSORIO** en dicha sesión, para el caso que se debatiría en contra de un agente económico del sector de las telecomunicaciones.

⁵⁷ El Consejero **GILBERTO PEÑA CASTRILLÓN** manifestó la posible inhabilidad que tendría para participar en la sesión correspondiente al Consejo Asesor del 11 de agosto de 2008, respecto del caso radicado No. 04-126607 que se adelantó en contra de tres operadores de telefonía móvil celular.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Fecha / Acta del Consejo Asesor	Número de integrantes que sesionaron en el Consejo Asesor	Ausencias	Impedimentos
Acta No. 21 del 19 de enero de 2009	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 22 del 20 de febrero de 2009	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 23 del 13 al 24 de marzo de 2004	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 24 del 28 de agosto de 2009	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 25 del 22 de octubre de 2009	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 26 del 20 de enero de 2010	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 27 del 4 al 10 de junio de 2010	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 28 del 2 de septiembre 2010	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 29 del 23 de marzo de 2011	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ⁵⁸
Acta No. 30 del 7 de junio de 2011	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 31 del 14 de junio de 2011	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 32 del 27 de octubre de 2011	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 33 del 8 de febrero de 2012	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 34 del 04 de junio de 2012	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 35 del 24 de agosto de 2012	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 36 del 29 de enero de 2013	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ⁵⁹
Acta No. 37 del 14 de junio de 2013	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 38 del 28 de agosto de 2013	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ⁶⁰
Acta No. 39 del 7 de abril de 2014	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos ⁶¹
Acta No. 40 del 4 de agosto de 2014	4 Consejeros	1 ausentes	No hubo
Acta No. 41 del 27 de agosto de 2014	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 42 del 12 de diciembre de 2014	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 43 del 25 de marzo de 2015	4 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ⁶²
Acta No. 44 del 26 de agosto de 2015	3 Consejeros	2 ausentes	3 impedimentos presentados ⁶³
Acta No. 45 del 16 de septiembre de 2015	5 Consejeros ⁶⁴	0 ausentes	3 impedimentos resueltos ⁶⁵

⁵⁸ El Consejero **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO** se abstuvo de opinar en la sesión correspondiente al Consejo Asesor del 23 de marzo de 2011, respecto del caso radicado No. 09-122453, correspondiente a la actuación administrativa que se adelantó en contra de algunos agentes del sector de la televisión.

⁵⁹ El Consejero **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO** presentó su impedimento para participar en la discusión de la investigación radicada No. 10-161600, correspondiente a la sesión del Consejo Asesor del 29 de enero de 2013, respecto del caso adelantado contra algunos agentes económicos que participan en el sector eléctrico en Colombia.

⁶⁰ El Consejero **JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES** presentó su impedimento para participar en la discusión de la investigación radicada No. 11-137485, correspondiente a la sesión del Consejo Asesor del 28 de agosto de 2013, respecto del caso adelantado contra un agente económico del sector de la telefonía móvil celular.

⁶¹ Los Consejeros **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA** y **GUILLERMO PERRY RUBIO** manifestaron su impedimento para participar en la discusión de la investigación radicada No. 12-165930 correspondiente a la sesión del Consejo Asesor del 7 de abril de 2014, respecto del caso adelantado por la implementación del nuevo esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá.

⁶² La Consejera **ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO** presentó su impedimento para participar en la discusión de la investigación radicada No. 11-137432, correspondiente a la sesión del Consejo Asesor del 25 de marzo de 2015, respecto del caso adelantado contra algunos agentes económicos que intervienen en el sector arrocerero en Colombia.

⁶³ La Consejera **ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO** presentó impedimento por escrito, previo a la sesión 44 del Consejo Asesor del 26 de agosto de 2015. Y los Consejeros **HERNÁN VALLEJO GONZÁLEZ** y **JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES** presentaron sus impedimentos en el curso de la sesión 44 del Consejo Asesor del 26 de agosto de 2015. Por no haber quórum para resolverlos, se suspendió la sesión para que fueran nombrados 3 Consejeros ad-hoc para remplazar a los Consejeros que habían manifestado sus impedimentos con el fin exclusivo de resolverlos. La designación de los Consejeros ad-hoc se realizó por el Presidente de la República mediante el Decreto No. 1781 de 2015, designándose a **SANTIAGO ROJAS ARROYO**, **JORGE CASTAÑO GUTIÉRREZ** y **LILIANA CABALLERO DURÁN** para que junto con los Consejeros **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA** y **MAURICIO PÉREZ SALAZAR** decidan los impedimentos presentados por los miembros ya referidos.

⁶⁴ En sesión 45 del 16 de septiembre de 2015, el Consejo Asesor de Competencia sesionó con 5 miembros con el único fin de cumplir con lo previsto en el Decreto 1718 de 2015, es decir, exclusivamente para resolver los impedimentos presentados por 3 Consejeros. La sesión se adelantó con 5 miembros, es decir, con los 2 Consejeros permanentes y con 3 Consejeros ad hoc.

⁶⁵ Se resolvieron los 3 impedimentos presentados, aceptándose los presentados por los Consejeros **ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO** y **HERNÁN VALLEJO GONZÁLEZ**, y rechazándose **JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES**. Para efectos de la investigación bajo examen, el Consejo Asesor de Competencia quedó finalmente integrado para efectos de emitir opinión o consejo sobre el mismo, por **EDGARDO VILLAMIL PORTILLA**, **MAURICIO PÉREZ SALAZAR** y **JAVIER HUMBERTO GAMBOA BENAVIDES**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Fecha/Acta del Consejo Asesor	Número de Integrantes que sesionaron en el Consejo Asesor	Ausencias	Impedimentos
Acta No. 46 del 6 de octubre de 2015	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos
Acta No. 47 del 22 de diciembre de 2015	3 Consejeros	0 ausentes	2 impedidos
Acta No. 48 del 4 de abril de 2016	5 Consejeros	0 ausentes	1 impedido ⁶⁶
Acta No. 49 del 18 de abril de 2016	5 Consejeros	0 ausentes	No hubo
Acta No. 50 del 11 de mayo de 2016	5 Consejeros	0 ausentes	No hubo
Acta No. 51 del 19 de mayo de 2016	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 52 del 23 de mayo de 2016	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 53 del 17 de junio de 2016 ⁶⁷	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 54 del 28 de junio de 2016	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 55 del 31 de octubre de 2016	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 56 del 2 de febrero de 2017	3 Consejeros	2 ausentes	No hubo
Acta No. 57 del 14 de febrero de 2017	4 Consejeros	1 ausente	1 impedido ⁶⁸
Acta No. 58 del 14 de febrero de 2017	4 Consejeros	1 ausente	1 impedido ⁶⁹
Acta No. 59 del 24 de abril de 2017	4 Consejeros	1 ausente	No hubo
Acta No. 60 del 24 de abril de 2017	4 Consejeros	1 ausente	No hubo

Así, la práctica histórica del Consejo Asesor de Competencia, aplicando las más simples reglas de funcionamiento de los cuerpos colegiados, ha sido la de sesionar siempre con un quórum deliberatorio y decisorio de al menos tres (3) miembros, práctica que se mantuvo inmodificable para la presente investigación administrativa. Las ausencias de algún miembro del Consejo Asesor de Competencia y, en algunos casos los impedimentos presentados y aceptados en el seno del mencionado Consejo Asesor, han llevado a que resulte común que se sesione con 3 o 4 miembros.

En síntesis, se observa que el Consejo Asesor de Competencia procedió de acuerdo con la ley y como ha sido su comportamiento histórico, pues haber cambiado su forma de funcionar para propósito exclusivo de esta actuación administrativa seguramente hubiera podido generar dudas en los investigados frente a por qué estaría variando la Superintendencia de Industria y Comercio su comportamiento pasado, y valga la redundancia, histórico. En definitiva, lo único que hizo la autoridad fue preservar los principios de confianza legítima y seguridad.

Ahora bien, frente a la supuesta irregularidad en el trámite de decisión del impedimento presentado por el miembro del Consejo Asesor **MAURICIO PÉREZ SALAZAR** debe resaltarse que tal Consejo, como órgano consultivo, que no se caracteriza por tener una reglamentación distinta de la prevista en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, actúa de conformidad con los principios que rigen las actuaciones administrativas, entre los que se encuentran la celeridad y la eficiencia. A partir de dicha reglamentación y de los principios que se siguen en este tipo de procedimientos se han fundado la mayoría de actuaciones, como lo es la posibilidad de que los mismos miembros decidan sobre los impedimentos cuando hay quorum entre los consejeros que no están inmersos en ninguna causal que les impida conocer del asunto. Esta circunstancia ha ocurrido en múltiples ocasiones e históricamente, ha sido llevada al seno del Consejo Asesor.

En el mismo sentido, debe aclararse que si bien, como se transcribió en líneas superiores, los miembros del Consejo Asesor de Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio *están sujetos a las inhabilidades y régimen de honorarios previstos para los miembros del Consejo Asesor del Superintendente Financiero*, lo cierto es que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades del Consejo Asesor del Superintendente Financiero, no prevé qué procedimiento debe surtir en caso de presentarse impedimentos por parte de uno o más miembros cuando, en todo caso, hay quorum para estudiar el asunto objeto de análisis y formular una recomendación.

⁶⁶ La Consejera **ANA MARÍA IBÁÑEZ LONDOÑO** presentó su impedimento para participar en la discusión de la investigación radicada No. 10-81730, correspondiente a la sesión del Consejo Asesor del 4 de abril de 2016, respecto del caso adelantado contra agentes que participan en la producción y comercialización de mezclas lácteas, bebidas lácteas, alimentos lácteos y/o preparaciones alimenticias.

⁶⁷ Realización del Consejo Asesor de manera virtual para el caso radicado con el No. 14-193148.

⁶⁸ Se aceptó el impedimento presentado por la Consejera **CECILIA ÁLVAREZ CORREA - GLENN**, respecto del caso "Medidas Cautelares Concesionario Ruta del Sol".

⁶⁹ El Consejero **MAURICIO PÉREZ SALAZAR** presentó su impedimento para participar en la discusión de la investigación radicada No. 13-277605, correspondiente a la sesión del Consejo Asesor del 14 de febrero de 2017.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Si bien el Código de Gobierno Corporativo establece un acápite general de conflictos de interés de los servidores públicos de la Superintendencia Financiera, ello no ocurre para el caso específico del Consejo Asesor, cuya naturaleza es diferente a la del resto de los servidores, por sus funciones especialísimas y temporales, además de la posibilidad de que sus funciones puedan llevarse a cabo si la mayoría de los miembros se encuentran en la sesión.

Así, sin perjuicio de lo anterior debe reiterarse que el Consejo Asesor puede deliberar y dar su consejo con la presencia de la mayoría de sus miembros por lo que, en gracia de discusión, si existiera alguna irregularidad en la forma en que se decidió el impedimento de **MAURICIO PÉREZ SALAZAR**, tal circunstancia no tendría ninguna consecuencia sustancial, pues se cumplió con la finalidad del impedimento en la medida en la que el miembro recusado no dio opinión sobre la investigación y la sesión del Consejo Asesor se celebró con el quorum suficiente y con ausencia del miembro cuyo impedimento fue aceptado.

Recuérdese que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades está previsto en nuestra legislación para asegurar la imparcialidad e independencia de los funcionarios que conocen de determinado asunto, en ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, entre otras en la Sentencia C 881 de 2011, al indicar que:

"La jurisprudencia de esta corporación ha puntualizado que los atributos de independencia e imparcialidad del funcionario judicial están orientados a salvaguardar los principios esenciales de la administración de justicia, y se traducen en un derecho subjetivo de los ciudadanos en la medida que forman parte del debido proceso. Los impedimentos y las recusaciones son los mecanismos previstos en el orden jurídico para garantizar el principio de imparcialidad del funcionario judicial. Tienen su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución, y en los convenios internacionales sobre derechos humanos aprobados por el estado colombiano."

En esa medida, cuando la recusación o el impedimento cumplen con su fundamento, la de apartar al funcionario incurso en alguna de las causales previstas en la ley del conocimiento del asunto, garantizando –como se hizo en este caso– el conocimiento por parte de funcionarios con competencia, independientes e imparciales, se cumple con las garantías al debido proceso, que se buscan salvaguardar con este tipo de mecanismos.

Finalmente, debe resaltarse que resulta improcedente, a todas luces, que se pretenda con estos argumentos la declaratoria de nulidad de la Resolución Sancionatoria, pues tal como lo indicó la misma investigada **HILDA MARÍA PARDO HASHCE**, la realización de la sesión del Consejo Asesor respecto de las conductas aquí investigadas era facultativa, por lo que aun en el hipotético caso en el que se encontrara alguna irregularidad –que no existe– no se afectaría de modo alguno la Resolución Sancionatoria.

4.7. Análisis del Despacho en relación con los argumentos relacionados con que el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 está dirigido exclusivamente a MIPYMES

Los investigados reiteraron sus argumentos relativos a que el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 no es aplicable a este tipo de investigaciones, pues tiene sólo es aplicable en aquellos casos en los que las empresas involucradas en la conducta sean pequeñas y medianas empresas, para lo que hay que tener en cuenta que ni **COMCEL** ni sus competidores ostentan esta calidad. Sobre el particular, también en este caso se citará la explicación que al respecto se dio en la Resolución Sancionatoria, en la que se indicó:

"En primer lugar, este argumento ha sido decantado en otras oportunidades por la Superintendencia de Industria y Comercio⁷⁰, 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."

⁷⁰ Ver Resolución No. 80847 de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*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).

Ahora bien, afirmó **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que darle cabida a esta norma, como lo indica el Despacho, sería tanto como aplicar el incentivo de las convocatorias limitadas a Mypimes, previsto en el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.2.4.2.2. a cualquier persona. Sobre el particular resaltó que la Superintendencia de Industria y Comercio ha tenido posiciones contradictorias, pues entre otras, mediante concepto proferido en el marco de la actuación 13-92337 se indicó que los beneficios consagrados en distintas regulaciones para las Mypimes, sólo podrían aplicarse a este tipo de empresas debidamente registradas.

Al respecto el Despacho no puede aceptar este argumento, teniendo en cuenta que el tipo previsto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 es una norma general y abstracta, que no tiene en su texto literal exclusión de un grupo poblacional específico ni el supuesto fáctico de la conducta restrictiva de la competencia prevé que los afectados o perjudicados con la norma deban ser Mypimes. Cosa muy diferente se predica de los incentivos contenidos en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015 que establece unos beneficios creados para sectores especiales como las Mypimes, los cuales tienen como requisito fundamental para acceder a dichos beneficios, que se trate, precisamente, de Mypimes. En consecuencia, no existe contradicción alguna por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

4.8. Análisis del Despacho en relación con los argumentos relacionados con que los hechos investigados son temas exclusivamente de normas de protección al consumidor

Los investigados reiteraron los argumentos presentados en sus observaciones al Informe Motivado, según los cuales los hechos objeto de análisis y sanción son asuntos que corresponden, exclusivamente, al ámbito de normas de protección al consumidor. También se adujo que en ningún momento existió violación de las normas del derecho de la Competencia. Sobre el particular, por tratarse nuevamente de asunto ya tratado exhaustivamente en la Resolución Sancionatoria, se reitera lo indicado en ésta:

*"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*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

normas de competencia. Se trata, por lo tanto, de asuntos 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 advertírsele 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 deciden unos recursos de reposición"

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. "⁷¹

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."⁷²

*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."*

En relación con esta explicación del Despacho, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** afirmó que no es cierto que, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, una misma conducta pueda conllevar a infracciones de normas de competencia, consumidor y telecomunicaciones simultáneamente, pues el legislador define las situaciones que se regularán en cada régimen, siendo claro que los comportamientos analizados en esta investigación son propios de la regulación de consumidor, de

⁷¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-537 de 2002. Exp. No. T-538.259. M.P: Jaime Córdoba Triviño.

⁷² CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Sentencia C- 244 de 1996. Exp. No. D-1058. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1341 de 2009 así como con lo que ha indicado la propia Superintendencia de Industria y Comercio en diversas decisiones.

La posición del investigado carece de fundamentos pues, de hecho, una misma situación fáctica puede tener legalmente varias consecuencias si vulnera diversos bienes jurídicos protegidos. Así, por ejemplo, si dos o más empresas se integran para formar un grupo empresarial y no lo informan a la Superintendencia de Industria y Comercio ni lo registran ante la Cámara de Comercio respectiva, tanto la Superintendencia de Industria y Comercio como la Superintendencia de Sociedades tendrían competencia para investigar y sancionar dicho comportamiento sin que ello implique una doble sanción sobre la misma conducta, pues se protegen bienes jurídicos distintos. Lo mismo sucede con los casos de colusiones en licitaciones públicas que pueden sancionarse tanto por la Superintendencia de Industria y Comercio como por la Fiscalía General de la Nación. En efecto, las sanciones ni siquiera tienen que proceder de autoridades distintas pues se han dado múltiples casos en los que una misma conducta, que afecta distintos bienes jurídicos, puede ser sancionada por una misma entidad o autoridad competente. Tal es el caso de las situaciones que implican una sanción administrativa, como una multa, y simultáneamente tienen una consecuencia judicial en vista de las facultades jurisdiccionales que puede ostentar la misma autoridad. Como estos, se pueden mencionar decenas más de casos que demuestran que el argumento del investigado no puede estar llamado a prosperar.

4.9. Análisis del Despacho en relación con los argumentos relacionados con la significatividad de la conducta

Los investigados insistieron en afirmar que las conductas por las que se investigó y sancionó a **COMCEL** se basaron en muy pocos y aislados casos, razón por la cual no puede considerarse que sean significativas o que afectaron la rivalidad en el mercado. En este sentido, agregaron que para sancionar se usaron sólo cuatro (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. Sobre el particular, este Despacho, por considerarlo un asunto ya tratado íntegramente, reiterará lo afirmado en la Resolución Sancionatoria:

*"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; 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

(...)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 2A⁷³ (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

Fabricante	octubre 2011	noviembre 2011	diciembre 2011	enero 2012	febrero 2012	Total
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. 55.⁷⁴

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

Mes orden de compra	Mes entrega del pedido	Cantidad
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

⁷³ Documento obrante a folio 156 del Cuaderno Reservado No. 5 del Expediente.

⁷⁴ 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-447 folios 2183 a 2198, 2207 y 2246.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

diciembre de 2011	diciembre 2011	11.000
	Enero 2012	25.000
	Febrero 2012	4.000
		40.000

Fuente: Informe Motivado, pg. 56.⁷⁵

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.

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 (...)"⁷⁶ (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

⁷⁵ 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.

⁷⁶ Folio 135 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

otra manera, un cartel empresarial o un acto de abuso de posición dominante no deja de ser ilegal por carecer de significatividad."

Además de lo anterior, debe recordarse a los investigados que, tal y como se ha indicado en otras decisiones, la significatividad se verifica caso a caso y tiene en cuenta diversos factores como los actores involucrados, la gravedad de las conductas, el impacto potencial o cierto, la dimensión del mercado, el tipo de conducta, entre otros, que en este caso resultaron suficientes para considerar que era necesario iniciar una investigación formal. En ese sentido argumentos como el presentado por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** según el cual el número de líneas "afectadas" por las falsas portaciones no superaba el 0.48% de la totalidad de las líneas no son suficientes para desvirtuar la significatividad, más cuando en todo caso se trató de más de 33.000 líneas, que fueron manipuladas por una grave conducta cometida por parte del agente más grande del mercado.

Por último, debe resaltarse que la disposición prevista en la norma no tiene como finalidad que la Superintendencia de Industria y Comercio no pueda conocer de todos los casos en los que haya una eventual infracción al régimen de competencia, sino que tenga la posibilidad de dar trámite (dadas las finalidades de este tipo de investigaciones) a las que resulten significativas, como en efecto, sucede con este caso.

4.10. Sobre los argumentos relacionados con el secreto profesional

Los investigados insistieron en argumentar que el correo electrónico remitido por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** el 5 de octubre de 2011 está protegido por el secreto profesional, al tratarse de un concepto jurídico rendido desde su calidad de abogada de **COMCEL**.

Sobre el particular, indicó **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** que en el "Informe Motivado" se concluye de manera errada que no se ha desconocido el debido proceso ni el secreto profesional, interpretando y aplicando incorrectamente la Ley 1155 de 2015 y la Ley 1755 de 2015, con lo que se no se toma en consideración lo que ha dicho reiteradamente la Corte Constitucional en relación con el secreto profesional. Al respecto, este Despacho advierte que al tratarse de consideraciones contra lo afirmado en el Informe Motivado y no contra la Resolución Sancionatoria, esta no es la oportunidad para formular dicho argumento. En todo caso, se advierte que en la Resolución Sancionatoria no se usaron como fundamento para negar los argumentos relacionados con el secreto profesional, las leyes 1155 y 1755 de 2015.

Ahora bien, respecto de la supuesta protección de la comunicación remitida por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** bajo el secreto profesional, basta citar el análisis expuesto en la Resolución Sancionatoria, en la que se indicó que:

"Para resolver este asunto es pertinente recordar que el secreto profesional es una garantía constitucional consagrada en el artículo 74 de la Constitución Política⁷⁷, 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. (...)"⁷⁸.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha definido el secreto profesional como "la información reservada o confidencial que se conoce por ejercicio de determinada profesión

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C- 38 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

o actividad"⁷⁹, encontrándolo íntimamente relacionado con el derecho fundamental a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política⁸⁰, el cual trae una excepción en su inciso cuarto para las 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.

(...)

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:

⁷⁹ Auto de la Corte Constitucional 006 de 1993, M.P.: Jorge Arango Mejía.

⁸⁰ 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 deciden unos recursos de reposición"

"(...) 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 TENDRA LAS SIGUIENTES FUNCIONES: **1:** CUMPLIR LAS DESICIONES 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 EN JUICIO 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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 destinatario 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 Vicepresidenta Jurídica, era la encargada de velar para que **COMCEL** cumpliera las obligaciones que le impone la ley⁸¹, 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 acciones por tomar, de acuerdo con las políticas de la compañía⁸². 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. (...)⁸³.

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."

⁸¹ 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.

⁸² Ver la finalidad número tres (3) especificada en el manual de funciones consignadas en el manual de funciones aportada como prueba con la demanda.

⁸³ 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 deciden unos recursos de reposición"

4.11. Análisis del Despacho en relación con la supuesta pretermisión de la etapa de averiguación preliminar

Los investigados insistieron en afirmar 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, este Despacho reitera los argumentos presentados en la Resolución Sancionatoria que desvirtúan la supuesta irregularidad en el procedimiento realizado por esta Entidad:

"(...) [E]sta 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.

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."⁸⁴

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 pretermitirse 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

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-089 del 16 de febrero de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el art. 52 (...).⁸⁵

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 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 2011⁸⁶ 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

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 23 de enero de 2003, M.P. Manuel Urueta Ayola.

⁸⁶ "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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."

Sobre el particular indicó **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** que no es cierto que se trate de un mero formalismo ni que pueda subsanarse por contar con elementos relativos a la responsabilidad de **COMCEL**. Al respecto se aclara que el reproche de los investigados se funda únicamente en la ausencia de un memorando que indicara que se inició la etapa de averiguación preliminar, pues su propósito, que es buscar elementos probatorios que permitan identificar a la Superintendencia de Industria y Comercio si hay mérito para iniciar una investigación, se cumplió con el material probatorio que, en todo caso, se allegó en el expediente, precisamente en la etapa preliminar de la investigación y sirvió para darle elementos de juicio suficientes al Delegado para formular cargos.

Debe destacarse nuevamente que con el inicio o no de la averiguación preliminar no se habría modificado en nada el procedimiento por realizar en cabeza de esta Superintendencia de Industria y Comercio y menos las oportunidades de defensa y contradicción de los investigados. Por lo que es claro que, tal y como se advirtió en la Resolución Sancionatoria, tras haberse analizado cabalmente, los argumentos de los investigados sobre el particular no son de recibo para este Despacho.

4.12. Análisis del Despacho en relación con los supuestos defectos de la imputación

Los investigados insistieron en argumentar que se les habría imputado la comisión de la conducta anticompetitiva investigada bajo el concepto de "culpa consciente" el cual no está previsto en las normas sobre protección de la competencia. Al respecto se reitera lo expuesto en la Resolución Sancionatoria:

"En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene esta Superintendencia en aplicación de la 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 sanción⁸⁷.

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.

⁸⁷ Resoluciones Nos. 23521 de 2015 y 16562 de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

□ *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 Comercio⁸⁸ y la Ley 222 de 1995⁸⁹, 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."

Ahora bien, respecto de la imputación también afirmaron los investigados que al no haber señalado el verbo rector específico que se habría infringido se habría incurrido en una irregularidad en la Apertura de Investigación. Sobre el particular se resalta que en la resolución mediante la cual se abrió la investigación y se formuló pliego de cargos, se expusieron de manera clara, concisa y suficiente los hechos en los que se fundó la decisión de iniciar investigación administrativa en contra de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** e **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente resaltar, con fundamento en la jurisprudencia constitucional⁹⁰, que en materia administrativa sancionatoria la aplicación de las garantías que constituyen el derecho al debido proceso se satisfacen con el rigor propio de las reglas y características de la actuación administrativa, que por supuesto no son las mismas que rigen el debido proceso en materia penal.

Sobre esa base, es claro que la imputación contenida en la resolución que abrió la presente investigación atendió las condiciones que establece la normativa aplicable a las actuaciones administrativas sancionatorias para la formulación de la imputación. En efecto, en aquella resolución

⁸⁸ 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 (...)"

⁸⁹ 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 detenten esas funciones". Por su parte el artículo 23 ibidem 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. (...)".

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

se formuló con claridad una imputación consistente en que las personas naturales habrían colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos anticompetitivos que se atribuyeron a **COMCEL**.

Por lo tanto, los investigados contaban con los elementos de juicio suficientes para comprender el contenido de la imputación que se les formuló, pues se les acusó de colaborar, facilitar, ejecutar, autorizar o tolerar las conductas reprochables mencionadas en la resolución en las condiciones que se siguen de las pruebas que sirvieron de base para la acusación. Por lo tanto, tenían la posibilidad de ejercer su derecho de defensa en debida forma.

Adicionalmente, la imputación fue adecuada en la medida en que, como se probó, los investigados infringieron más de un verbo rector, pues no es cierto que sean excluyentes, toda vez que una misma persona puede tener una participación activa respecto de ciertos hechos que constituyeron la conducta y pasiva frente a otros.

Esta circunstancia no es extraña ni ajena a este tipo de comportamientos, pues en efecto se han sancionado a diversas personas naturales que tienen una responsabilidad por un comportamiento activo y pasivo simultáneamente. En el cartel de "Papeles Suaves" identificado con el radicado No. 14-151027, por ejemplo, se sancionaron a varios directivos que en determinados periodos del acuerdo actuaron directamente en las reuniones e intercambio de listas y en otros periodos permitieron que sus subordinados lo hicieran, lo que implica una responsabilidad por verbos rectores pasivos y activos, sin que ello pueda resultar contradictorio.

4.13. Análisis del Despacho en relación con la competencia de los funcionarios que adelantaron la instrucción de la investigación

Otro punto de insistencia por parte de los investigados, recayó sobre la existencia de vicios en 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. Lo anterior en virtud de haber sido el funcionario instructor de la investigación contra **COMCEL** por los mismos hechos. Sobre el particular, dado que este asunto ya fue tratado íntegramente, se reitera lo expuesto ampliamente en la Resolución Sancionatoria, en el sentido 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:

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 **GERMÁN BACCA MEDINA** al Superintendente de Industria y Comercio, como la Resolución que acepta la recusación y designa Superintendente Delegado Ad Hoc, fueron el 5⁹¹ y 8⁹² 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."*

De otro lado, respecto del supuesto impedimento de **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA** para instruir la investigación por, supuestamente, haber conocido de hechos similares en una

⁹¹ Folio 241 y 242 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹² Folio 275 al 277 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

investigación de protección del consumidor, basta con reiterar que, lo que se indicó en la Resolución No. 1542 del 20 de enero de 2017, mediante la cual se rechazó la recusación presentada en su contra, en atención a lo previsto en el artículo 142 del Código General del Proceso:

"(...) No podrá recusar quien sin formular la recusación haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez haya asumido su conocimiento, si la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, ni quien haya actuado con posterioridad al hecho que motiva la recusación. En estos casos la recusación debe ser rechazada de plano. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto).

Frente a la recusación presentada contra **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA** afirmó **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que el rechazo de plano que profirió el funcionario se fundó en normas que no son aplicables a este trámite, pues el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece el procedimiento que debe seguirse en este tipo de investigaciones. Al respecto, este Despacho aclara que si bien el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé cuál es el procedimiento cuando el estudio de la recusación es procedente, no prevé cuál es el procedimiento cuando no lo es, por lo que debe remitirse a las normas del Código General del Proceso que sí lo contempla.

Ahora bien, si en gracia de discusión se concediera, que no es posible, que fuera procedente siquiera analizar la causal de impedimento, debe reiterarse que de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del Código General del proceso, todas las actuaciones adelantadas por el recusado antes de la presentación de la respectiva solicitud son válidas. Por lo tanto, en este caso toda la instrucción de la investigación, incluyendo el Informe Motivado, sería válida y la recusación de los investigados no tendría ningún efecto sustancial, pues en todo caso el único funcionario que tiene facultades para conocer y decidir sobre el caso, una vez se presenta el Informe Motivado, es el Superintendente de Industria y Comercio.

Sobre el particular afirmaron también los investigados que al margen de la forma en que se resolvió la recusación, **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA** no tenía competencia para conocer de la investigación, por lo que estaría viciada. Al respecto, este Despacho resalta que sólo hasta esta oportunidad (el recurso contra la Resolución Sancionatoria) y después de transcurriesen casi dos años desde que **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA** hubiera conocido de la investigación en su calidad de Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, los investigados argumentaron la falta de competencia del Delegado para conocer de la investigación, aun cuando la Resolución No. 4430 de 2015, en la que sustentan la supuesta falta de competencia, fue proferida en febrero de 2015.

En ese sentido, debe recordarse que de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 "los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3o del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992.", esto es, antes del traslado del Informe Motivado. En este caso es claro que el supuesto vicio se originó antes de dicho traslado y nunca, antes de esta oportunidad, fue alegado, por lo que si en gracia de discusión se hubiera configurado, tal irregularidad se habría saneado.

Sin perjuicio de lo anterior debe resaltarse que **JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA** era competente para conocer de esta investigación, pues además de tratarse la Resolución No. 4430 de 2015 de una decisión mediante la cual se resolvió un recurso de apelación frente a una infracción conocida en el marco de las facultades de protección al consumidor, el Delegado no decide en la presente investigación, sino que tal facultad le corresponde al Superintendente de Industria y Comercio (en este caso ad-hoc). Adicionalmente, en todo caso, en la mencionada resolución el Delegado no hizo alusión alguna a la posible responsabilidad o no de los aquí investigados por infracciones relacionadas con el régimen de libre competencia económica.

Por todo lo expuesto es claro que los argumentos de los investigados relacionados con la competencia de los Superintendentes Delegados que conocieron de la actuación administrativa carecen de todo fundamento.

4.14. Análisis del Despacho en relación con la caducidad de la conducta

Argumentaron los investigados que la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio había caducado para el momento de proferirse la Resolución No. 7676 de 2017. En

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

efecto, en su opinión, la imputación se limitó al segundo semestre de 2011, por lo que la caducidad se materializó desde el segundo semestre de 2016.

Al respecto se reitera que, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, no es cierto que la imputación se haya limitado al segundo semestre de 2011. Ahora bien, sobre este punto afirmaron los investigados que de ser cierta la posición de la Superintendencia, según la cual no se habría definido un periodo de investigación específico, se estaría ante una violación al derecho al debido proceso de los investigados, pues la misma Corte Constitucional ha indicado que la imputación debe limitar la conducta temporalmente.

Sobre el particular se aclara que al ser las conductas que aquí se investigaron, comportamientos continuados, de tracto sucesivo y que no ocurrieron una única vez en el tiempo, el límite temporal de la imputación lo define la continuidad de la existencia de la conducta. Así, si se hubiera probado que aun hoy persistían las infracciones a la libre competencia imputadas, podrían sancionarse, con independencia de que la formulación de la imputación se hubiese proferido hace algunos años. Por lo tanto, la caducidad de la facultad sancionatoria comienza a contarse desde el último acto restrictivo y no, desde el periodo que según los investigados limitaba la imputación, razón por la cual no es de recibo el argumento de los recurrentes.

Debe destacarse que tal circunstancia no viola de ninguna forma el derecho de defensa de los investigados, pues la imputación fáctica y jurídica es la misma y, en todo caso, incluso hoy, siguen ejerciendo su derecho de defensa.

En el mismo sentido, afirmaron los recurrentes que la Superintendencia fundamentó su decisión en materiales probatorios que no fueron si quiera mencionadas en la Resolución de Apertura de Investigación, lo cual habría tenido el supuesto fin de aumentar el término de caducidad. Sobre el particular se resalta que, tal y como lo ha explicado la Superintendencia de Industria y Comercio en múltiples oportunidades⁹³, la Resolución de Apertura de Investigación con pliegos de cargos no tiene que contener todas y cada una de las pruebas que se encuentran en el expediente ni hacer alusión a la totalidad de las pruebas que se utilizarán para sustentar la eventual decisión, entre otras, porque muchas de ellas se aportan con posterioridad a la imputación, durante el periodo probatorio. Aceptar la tesis de los investigados significaría que el periodo probatorio sería una simple formalidad, toda vez que el Despacho no podría valorar las pruebas practicadas durante el mismo pues constituiría, en su forma de razonar, una violación del debido proceso de los investigados.

Sin perjuicio de lo anterior, se reitera que todas las pruebas han estado a disposición y han sido susceptibles de contradicción por parte de los investigados, por lo que si un análisis de ellas permite concluir la continuación de la conducta infractora, la consecuencia natural es la prolongación del término de caducidad de la facultad sancionatoria.


Ahora bien, debe resaltarse que contrario a lo afirmado por los investigados, frente a ninguna de las conductas aquí imputadas se configuró el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria. Por el contrario, frente a la conducta de obstrucción por bloqueo de bandas, la prueba más reciente es la respuesta dada por **COMCEL** el 3 de abril de 2012 a un usuario, frente a una solicitud que este habría formulado desde el 17 de febrero de 2012. En esta comunicación, **COMCEL** finalmente accede a entregarle el código de desbloqueo al usuario en los siguientes términos:

ESPACIO EN BLANCO

⁹³ Casos "Papeles", "Pañales", "Azúcar" entre otros.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4A



COMCEL
Compañía Colombiana Operadora 2012-03PQR01-0053445
NIT: 907.623.993-1

Bogotá, 03 de Abril de 2012

SEÑOR:
JAIRO ANDRES GALVIS
CARRERA 101 N.º 82 - 57 INT 5 APT 100
CIUDAD

Asunto: Solicitud Código Sim Lock

Respetado cliente

En respuesta a su solicitud del código Sim Lock del equipo celular Sony Ericsson w150A con serial 012429003377804, nos permitimos informarle lo siguiente:

Simlock: 4334218473787213

SONY-ERICSSON
¡¡¡¡¡ IMPORTANTE!!! Este equipo solo cuenta con 5 intentos para ingresar el código Simlock, una vez terminados, el móvil quedará bloqueado permanentemente. De ser necesario enviar el equipo al fabricante.

b. **Sony Ericsson Plataformas Sony Ericsson:**
PARA VALIDAR NUMERO DE INTENTOS:
(Los movimientos se hacen con el joystick)

- Star * 123 123 * 123 *
- Servicios Info
- Simlock
- Network (debe aparecer un número mayor o igual a 5)

PARA INGRESAR CÓDIGO DE DESBLOQUEO:

- Encender el teléfono con una SIM CARD de otro operador.
- 123 * ^ 123
- Se muestra un mensaje temporal "Personalizado con CSR"
- En el menú personalizar aparecen dos opciones:
• Red y Subscripción red
- Seleccione Red
- En pantalla aparece INDI
- Ingresar el código de desbloqueo SIMLOCK

Se muestra un mensaje temporal Red desbloqueada

No obstante lo anterior, con el objeto de ingresar el código de manera acertada y evitar el bloqueo permanente e irreversible de su equipo celular, le sugerimos acercarse a un Centro de Atención a Clientes con el equipo celular y su código original para proceder con el ingreso, o en su defecto con el envío al fabricante para efectuar la apertura de bandas de su equipo terminal.

Agradecemos nos haya brindado la oportunidad de dar respuesta a su petición y reiteramos nuestro compromiso de satisfacer sus expectativas.

(Firma manuscrita)

VIVIANA BINEZ VALENCIA
Gerente de Reclamaciones del Cliente
Coordinación de Reclamaciones

0290841

Anexo Físico: 0 hojas
Anexo Digital: 0

Bogotá, D.C. - Colombia
29
28

4A

La anterior respuesta obedeció a la denuncia formulada por el usuario el 9 de marzo de 2012, en la que indicó:

"(...) 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 postpago:

(...) 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.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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.⁹⁴

En razón de lo citado, y tomando en consideración que entre las pruebas que dieron cuenta de esta conducta se encuentran quejas de usuarios que acreditan la imposibilidad de desbloquear sus celulares, la conducta se habría prolongado por lo menos hasta el **3 de abril de 2012**, y en ese sentido, la caducidad de la facultad sancionatoria no se habría producido. Lo anterior, pues la Resolución Sancionatoria se notificó el **8 de marzo de 2017** y el fenómeno de la caducidad se habría producido el **3 de abril de 2017**.


Ahora bien, respecto de la conducta de abultamiento de cifras, por la cual **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** deliberada y convenientemente permitió que los efectos en el mercado, que se presentaron como producto de portaciones ficticias, continuaran desarrollándose y distorsionando las cifras de portación, para el Despacho es claro que no hay posibilidad de que hubiese transcurrido el término de caducidad, por cuanto las pruebas obrantes en el expediente dan cuenta de que dicha conducta se mantuvo por lo menos hasta el 13 de marzo de 2012, fecha en la cual **COMCEL**, finalmente, decidió realizar actuaciones tendentes a interrumpir el abultamiento de cifras con base en portaciones fraudulentas.

En efecto, el 13 de marzo de 2012, **COMCEL** expidió la circular No. 2012-GSDI01-S048774, con la que ajustó el incentivo dirigido a los distribuidores, tras anunciar que el incentivo de \$3.000 por portación a su red solo sería entregado si la misma presentaba una recarga mínima de \$5.000. De esta manera, se eliminó el incentivo para los distribuidores que pretendía o permitía lograr portaciones fraudulentas, lo cual conllevó a un abultamiento artificial de las cifras del mercado.

En tal virtud, nótese que al cabo del término de 5 años contados a partir del 13 de marzo de 2012, esto es, el 13 de marzo de 2017, la Resolución Sancionatoria ya había sido expedida y notificada a todas las partes, por lo que el fenómeno de la caducidad no sucedió.

A continuación se presenta la mencionada circular:

Circular informativa No. "2012-GSDI01-S048774 del 13 de marzo de 2012



CIRCULAR INFORMATIVA

COMCEL

Para De Asunto Distribuidores Comcel
 María del Pilar Suárez G.
INCENTIVO POR PORTACIONES EN PREPAGO DEL 13 AL 31 de MARZO DE 2012

CONTINUAS GANANDO CON LA PORTABILIDAD EN PREPAGO

LA PORTACION SOLO DEBE SER EFECTIVA Y PRESENTAR RECARGA.

INCENTIVO DEL 13 AL 31 DE MARZO DE 2012

LOS VENEDORES QUE REALICEN SOLICITUDES DE PORTACION EN PREPAGO, QUE SEAN APROBADAS Y PRESENTE UNA RECARGA MINIMA ACUMULADA DE \$5.000 PESOS DENTRO DE LOS 60 DIAS SIGUIENTES A LA PORTACION RECIBIRAN UN BONO SODEXHO PASS DE \$3.000 PESOS POR LINEA.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 13 y 31 de MARZO de 2012.
- > 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.
- > Tener presente que esta circular reemplaza la emitida bajo el numero 2012-GSDI01-S041017-3

Sin otro particular,



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

Fuente: Información obrante en folio 145 del cuaderno reservado No. 1 del expediente⁹⁵ (sección resaltada en rojo fuera de la imagen original).

Por todo lo expuesto es claro que el fenómeno de la caducidad no se configuró respecto de ninguna de las conductas investigadas.

4.15. Análisis del Despacho en relación con la supuesta "falsa de motivación" de la Resolución Sancionatoria

HILDA MARÍA PARDO HASCHE afirmó que la Resolución Sancionatoria estaba viciada por "falsa motivación". Para sustentar su afirmación se limitó a referirse a las siguientes dos citas presentadas en la resolución impugnada:

*"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 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."*

*"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."*

Al respecto, indicó la investigada que las pruebas con las que la Superintendencia de Industria y Comercio sustentó dicha afirmación —relativa a que las órdenes impartidas por **HILDA** fueron efectivamente acatadas— resultaba desproporcionada si se compara lo que refleja el material probatorio, pues lo único que daba cuenta de la conclusión del Despacho eran las denuncias "presentadas por cuatro usuarios" y la relación de órdenes de equipos pedidos a Nokia entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2011. Por lo tanto, en opinión de la investigada, dicha circunstancia configuraba una causal de nulidad de toda la actuación, de acuerdo con el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sobre el particular es relevante resaltar que, en primer lugar, el fundamento de la investigada resulta por sí mismo carente de toda suficiencia para considerar que la Resolución Sancionatoria está viciada por falsa motivación. De hecho, que la investigada no esté de acuerdo con una de las conclusiones a las que llegó el Despacho con base en el análisis de pruebas, no puede significar, de forma alguna, que el acto administrativo esté indebida o falsamente motivado, pues como lo reconoce la misma recurrente, la conclusión tiene sustento en diversas pruebas entre las que se

⁹⁵ Folio 145 del cuaderno reservado No. 1 del expediente/ CUADERNO 7 – COMCEL/FOLIO 1933/11-137485/2012-GSDI01-S048774.pdf

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

encuentran denuncias, compras de equipos y órdenes de compras: Mucho menos puede aceptarse que esa única afirmación vicie el sustento fáctico y jurídico en el que se soporta la decisión sancionatoria.

En segundo lugar, es claro que la afirmación del Despacho, en la que se fundamentó la "falsa motivación" por parte de la investigada, no es desproporcionada en relación con las pruebas que obran en el expediente. Por el contrario y como se demostró en la Resolución Sancionatoria, la mayor parte de las pruebas dan cuenta de la existencia de una política restrictiva en relación con el bloqueo de bandas en los equipos terminales, que fue acatada y ejecutada.

En similar sentido, afirmó **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** que la Resolución Sancionatoria estaba viciada por falsa motivación pues se había limitado a hacer una referencia general de las pruebas y la autoridad competente había utilizado solo las que le convenían a su posición, sin hacer un análisis íntegro y conjunto de todas las pruebas.

Al respecto debe advertirse que el investigado alude a determinados apartes de la resolución en la que es obvio que se llegan a conclusiones o se hacen referencias a situaciones detalladamente probadas. De otro lado, el Despacho hizo un análisis integral de todas las pruebas y desvirtuó aquellas que las investigadas pusieron de presente para atacar la imputación. Todo aquello se puede evidenciar con la simple lectura de la Resolución Sancionatoria por lo que no es de recibo el argumento del investigado.

Debe señalarse, por último, que ninguno de los presupuestos que ha señalado el Consejo de Estado⁹⁶ para entender que existió falsa motivación, se presentaron en este caso. En efecto, en la Resolución Sancionatoria existen amplios fundamentos de hecho y de derecho, las pruebas recaudadas dan cuenta de que los hechos esgrimidos corresponden a la realidad, los hechos demostrados dan cuenta de una infracción a las normas de libre competencia y el Despacho ha realizado un análisis detallado de los hechos y pruebas con los que se fundamenta la decisión, como puede verificarse con la simple lectura de la decisión impugnada. Finalmente, vale la pena recordar, que el hacer una imputación de este tipo requiere un umbral probatorio mínimo. Una afirmación de tal alcance no puede presentarse tangencialmente sin poner de presente los eventuales argumentos que servirían de sustento frente a dicho señalamiento.

En consecuencia de lo expuesto, se concluye que los argumentos de la investigada carecen de fundamento y por lo tanto, no se configura vicio alguno en la presente actuación administrativa.

4.16. Análisis del Despacho en relación con los criterios de graduación de la sanción

4.16.1. HILDA MARÍA PARDO HASCHE

Argumentó la investigada que de no revocar la sanción impuesta, debe tenerse en cuenta que dentro de los criterios de graduación que son aplicables, no se demostró un impacto en el mercado ni se comprobó un beneficio obtenido por la comisión de las presuntas conductas anticompetitivas. En razón de lo anterior, se solicitó, se disminuyese la sanción impuesta. Adicionalmente, puso de presente la investigada, la importancia de no perder de vista que ella nunca había sido sancionada por violación de las normas de protección de la competencia y su conducta procesal fue siempre correcta y dispuesta a colaborar.

Al respecto se aclara que, contrario a lo afirmado por la investigada, sí se demostró el impacto en el mercado que tuvo la conducta restrictiva, respecto del cual –como se indicó en la Resolución Sancionatoria– se resalta el efecto de cierre de mercado que ocasionó la conducta de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, toda vez que al 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.

Ahora bien, en relación con el beneficio obtenido por la comisión de la conducta, se aclara que dicho criterio no es aplicable en la graduación de la conducta de las personas naturales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 25000232400020080026501, abr. 14/16. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Frente a la inexistencia de sanciones precedentes por conductas restrictivas de la competencia, este Despacho tuvo en cuenta tal circunstancia para tasar la sanción, según lo prevé el criterio de *"reiteración de la conducta prohibida"*.

Por último, en relación con la conducta procesal de la investigada, este Despacho destaca que en las etapas de este trámite administrativo encontró por parte de la investigada una conducta procesal neutra, habida cuenta de que ejerció su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la agravación de la sanción, como tampoco alguna actuación que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa.

Por lo tanto, no hay razón para disminuir la sanción impuesta.

4.16.2. JUAN CARLOS ARCHILA CABAL

Argumentó el investigado que de mantenerse la multa, debe disminuirse el monto impuesto de cara a los criterios de graduación, pues respecto del impacto en el mercado es claro que la conducta no fue siquiera significativa y el impacto habría sido mínimo teniendo en cuenta la cantidad de líneas celulares que existían para la época de los hechos. Adicionalmente no se puede afirmar que el investigado haya sido persistente en la conducta, cuando en efecto, tomó las medidas necesarias y de forma contundente para cumplir con la regulación y acabar con las portaciones irregulares. De otro lado, no puede decirse que tuvo un papel activo y preponderante ni activo pues la misma resolución indicó que su conducta se enmarcó en el verbo "tolerar". Por último, no se tuvo en cuenta que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** nunca había sido sancionado por infracciones al régimen de competencia, no tuvo ningún beneficio personal y su conducta procesal fue siempre correcta y en disposición de colaborar con la autoridad.

Al respecto debe destacarse, en primer lugar, y en relación con el impacto de la conducta, que dicho comportamiento afectó considerablemente las cifras de PNM en favor de **COMCEL**, vulnerando el poder de libre decisión en cabeza de los consumidores, de escoger un operador de su preferencia. Además de perjudicar a sus competidores y a los usuarios al permitir que se difundieran al público cifras abultadas fraudulentamente que podrían distorsionar la percepción del mercado, por lo que no se trata de un impacto insignificante ni mínimo.

Ahora bien, sobre la persistencia de la conducta se especificó objetivamente su comportamiento, al afirmar que 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, por lo que el análisis respecto de este criterio de graduación es completamente proporcional.

Sobre el grado de participación debe aclararse que si bien frente a la conducta de abultamiento de cifras de portabilidad el investigado tuvo, por lo menos, una conducta de "tolerancia", lo cierto es que en la conducta de bloqueo de bandas de equipos terminales sí se encontró participación activa, y en todo caso, en ambas conductas su comportamiento fue preponderante pues dada su posición en la empresa, bastaba con una directriz para evitar o cesar las conductas restrictivas. Así mismo, debe mencionarse que la ley no distingue entre los diferentes verbos rectores para efectos de la graduación de la eventual sanción por imponer.

Por último, frente al argumento según el cual no se tuvo en cuenta que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** nunca había sido sancionado por infracciones al régimen de competencia, no tuvo ningún beneficio personal y su conducta procesal fue siempre correcta y en disposición de colaborar con la autoridad, es necesario hacer las siguientes precisiones: en primer lugar, si se tuvo en cuenta que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** no tenía sanciones precedentes por infracciones al régimen de competencia, aunque es cierto que se omitió hacer referencia expresa a este criterio en la sanción, razón por la cual no se le aplicó como agravante de la sanción, según prevé el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. En segundo lugar, como ya se mencionó, el beneficio personal no es un criterio aplicable en la graduación de la conducta de las personas naturales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Y finalmente, en relación con la conducta procesal del investigado, este Despacho advierte por parte del investigado una conducta procesal neutra, habida cuenta de que ejerció su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

agravación de la sanción, como tampoco alguna actuación que ameritara conceder un beneficio por esta misma causa.

Por lo tanto, se considera que la sanción impuesta es proporcional y cumple con los criterios de graduación previstos por la ley, por lo que no es procedente ninguna disminución.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No. 7676 de 2017.

ARTÍCULO SEGUNDO: NEGAR las solicitudes de nulidad formuladas por los investigados, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **HILDA MARIA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, entregándoles una copia e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, D.C., a los **14 JUN 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