



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

RESOLUCIÓN NÚMERO () DE 2014 11 JUL 2014

42871

VERSIÓN PÚBLICA

Radicado N° 13 - 277605

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 1 y numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el artículo 333 de la Constitución Política establece: “[...] *La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades [...] El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional*”.

SEGUNDO: Que el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 en sus numerales 2 y 3, establecen como función de la Superintendencia de Industria y Comercio, “*en su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales*” así como: “*Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas, para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*”.

TERCERO: Que el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2012, establece como función del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:

“Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia”.

CUARTO: Que en el marco de la actuación administrativa radicada con el No. 11-137485, la Delegatura para la Protección de la Competencia mediante Resolución No. 36655 del 15 de junio de 2012, ordenó abrir una investigación para determinar si **COMUNICACIÓN CELULAR S.A.** (en adelante **COMCEL**), infringió lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, así como lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959¹.

QUINTO: Que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992², establece como función del Superintendente de Industria y Comercio:

¹ Ver folio 141 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

² Modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~6~~ - - 42871 DE 2014 Hoja N° 2

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

"Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia (...) imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor".

SEXTO: Que mediante la Resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013³, confirmada en su integridad a través de la Resolución No. 66934 del 19 de noviembre de 2013⁴, el Superintendente sancionó a **COMCEL** por infringir lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al realizar prácticas tendientes a limitar la libre competencia; y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al abusar de su posición dominante por obstruir a terceros el acceso a los canales de comercialización. Lo anterior, en el marco de los procesos de **PORTABILIDAD NUMÉRICA MÓVIL** (en adelante **PNM**) adelantados en Colombia desde el 29 de julio de 2011.

SÉPTIMO: Que en el ARTÍCULO CUARTO de la Resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013, se ordenó lo siguiente:

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

OCTAVO: Que el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992⁵, establece como función del Superintendente de Industria y Comercio:

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

NOVENO: Que en atención a lo previsto en la anterior disposición, mediante memorando interno radicado con el No. 13-277605-0 del 26 de noviembre de 2013, el Superintendente de Industria y Comercio remitió a esta Delegatura copia de las resoluciones No. 53403 del 3 de septiembre de 2013 y 66934 del 19 de noviembre de 2013⁶.

³ Folios 3 al 75 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al Expediente, el mismo corresponde al radicado con el No. 13-277605.

⁴ Folios 76 al 128 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵ Modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

⁶ Folios 1 y 2 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

DÉCIMO: Que de conformidad con lo previsto en el inciso tercero del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, en los procedimientos administrativos serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil. Así las cosas, y según lo dispuesto en el artículo 185 *ibídem*:

"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".

Bajo el contexto normativo antes señalado, corresponde analizar si en la presente actuación administrativa se cumplen los supuestos formales de hecho prevenidos en las disposiciones legales correspondientes, en aras de trasladar a la presente actuación administrativa las pruebas decretadas y practicadas en la investigación hacia **COMCEL** en el expediente administrativo radicado con el No. 11-137485.

De la lectura del artículo citado, la Delegatura advierte las siguientes condiciones para el traslado de una prueba y un criterio de apreciación de las evidencias que resulta transversal a todos los medios probatorios. A continuación se presenta un análisis sucinto de dichos presupuestos:

i) validez: el primer requisito consiste en que la prueba trasladada debe haber sido practicada válidamente en el proceso originario. Frente a este requisito, la doctrina se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*"Las pruebas no deben haber sido en el proceso de donde se trasladan, desconocidas o anuladas por ilegales o ilícitas; en otras palabras que hayan sido válidamente practicadas"*⁷.

Una vez revisadas las evidencias objeto de traslado a la presente actuación administrativa, si bien es cierto que respecto de algunas se petitionó su nulidad en el procedimiento originario, no se advierte que alguna de dichas peticiones haya prosperado, de lo cual se sigue que su plena validez se encuentra en firme⁸.

ii) autenticidad: en la norma objeto de estudio se dispone que las pruebas trasladadas deberán serlo en copia auténtica. A efectos de dar cumplimiento a este requisito, mediante memorando interno radicado con el No. 13-277605-4 del 27 de enero de 2014, esta Delegatura solicitó al Grupo de Notificaciones y Certificaciones de esta Entidad, la constancia de autenticidad de las copias de la totalidad del expediente radicado con el No. 11-137485, a fin de incorporarlas en la presente actuación administrativa⁹.

⁷ Jairo Parra Quijano. *Manual de derecho probatorio*, Bogotá, Librería del Profesional, 2002, pág. 161.

⁸ Respecto de las peticiones de nulidad presentadas por la investigada en el curso de la actuación administrativa radcada con el No. 11-137485, puede verse la Resolución SIC No. 53403 de 2013. Ver folios 66 al 72 del Cuaderno Público No. 1 expediente.

⁹ Folio 129 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

En atención a lo anterior, mediante memorando interno radicado con el No. 12-277605-6 del 26 de febrero del presente año, la Coordinadora del Grupo de Notificaciones y Certificaciones, dio fe de la autenticidad de la reproducción en medio magnético del expediente No. 11-137485¹⁰.

iii) aducción: la aducción de la prueba está íntimamente ligada con los principios de pertenencia, conducencia y utilidad; así mismo, existe una conexión con el derecho constitucional de defensa en su modalidad de contradicción de la prueba allegada en contra. Sobre el particular, quiere la Delegatura hacer hincapié en este aspecto, habida cuenta de que la evidencia objeto de traslado se constituye en elemento fundamental para abrir esta investigación por la presunta violación de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, habida cuenta de que dichas pruebas se tomaron como base para sancionar a **COMCEL** por prácticas anticompetitivas.

iv) apreciación: a nivel doctrinario y jurisprudencial, de tiempo atrás se ha establecido que la apreciación de las pruebas debe hacerse bajo las reglas de la *sana crítica*, principio tipificado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos:

"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".

Para la Delegatura es claro que la apreciación de las evidencias allegadas a esta actuación administrativa, habrán de ser valoradas con base en las reglas de la sana crítica y en el momento procedimental que en Derecho corresponda, con todo, en salva guardia del derecho constitucional de defensa de los investigados.

DÉCIMO PRIMERO: Que para los efectos de la presente actuación administrativa, se precisa identificar plenamente a las personas naturales respecto de las cuales se ordenó evaluar su presunta responsabilidad en las conductas anticompetitivas ejecutadas por **COMCEL**, lo anterior, a la luz de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

11.1. HILDA MARÍA PARDO HASCHE

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de **COMCEL** que obra en el expediente administrativo, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** identificada con cédula de ciudadanía No. 41.662.356 se ha desempeñado en los siguientes cargos¹¹:

¹⁰ Folios 130 a 132 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹¹ Folio 133 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.



RESOLUCIÓN NÚMERO --- 4 287 1 DE 2014 Hoja N° 5

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

Tabla No. 1 Relación de cargos ocupados por HILDA MARÍA PARDO HASCHE en COMCEL (2007-2013)

| Fecha de designación | Cargo | No. Acta Junta Directiva | Fecha de inscripción del acta | Número de inscripción y libro |
|----------------------|--|--------------------------|-------------------------------|-------------------------------|
| 13-dic-07 | Segundo Suplente del Presidente | 189 | 20-dic-07 | 1178879 del Libro IX |
| 26-ago-09 | Segundo Suplente del Presidente | N/A | 27-ago-09 | 01322263 del Libro IX |
| 27-mar-13 | Miembro de la Junta Directiva Suplente en el Segundo Renglón | 60 | 08-abr-13 | 01719932 del Libro IX |

Fuente: Diseño SIC, información proveniente del RUES

De acuerdo con la tabla anterior, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** además de encontrarse vinculada a la sociedad **COMCEL**, ha ocupado cargos de rango directivo y gerencial con poder de decisión al interior de la compañía, por lo menos desde diciembre de 2007 como Segunda Suplente del Presidente, tal como se acredita en el referido certificado de existencia y representación legal.

A su turno, en las declaraciones rendidas por dicha funcionaria en la diligencia de testimonio practicada el 22 de abril de 2013, manifestó lo siguiente respecto de las funciones generales y específicas asociados a los cargos desempeñados en **COMCEL**¹²:

"Pregunta: ¿Cuál es el cargo que usted desempeña en **COMCEL**? ¿Desde cuándo? ¿Cuáles son sus principales funciones generales y específicas?

Respuesta: Yo soy la Vicepresidenta Jurídica y Secretaria General de la compañía, estoy desempeñando ese cargo desde 1996, y la responsabilidad más importante es velar por los intereses de la compañía.

Pregunta: En aras de velar por los intereses de la compañía, ¿cuáles son sus principales actividades desempeñadas, particularmente en la Vicepresidencia Jurídica?

Respuesta: Son muchas las actividades: Tenemos el tema de procesos judiciales, llevamos el tema de las tutelas, el tema de las acciones populares, tenemos el área de contratos, tenemos el área de PQR, tenemos el área de distribuidores -contratos con distribuidores, contratos con usuarios-, tenemos el área de manejo del área corporativa, manejo de toda la parte accionaria, asambleas de accionistas, Juntas Directivas, libros de registro tanto de acciones como de actas de la compañía... Yo creo que esas son, en general, las funciones".

En adición a la información reportada en el certificado de existencia y representación legal, se advierte claramente que **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** también se ha desempeñado desde 1996, como Vicepresidenta Jurídica y Secretaria General de la compañía, en los precisos términos referidos en la mencionada diligencia de testimonio.

¹² Diligencia de testimonio de Hilda María Pardo Hasche en su calidad de Vicepresidenta Jurídica de COMCEL practicada el 22 de abril de 2013 en el marco de la actuación administrativa radicada con el No. 11-137485. Ver folio 145 del Cuaderno Reservado No. 2 del expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - - - 4 2 8 7 1 DE 2014 Hoja N° 6

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

Así pues, se trata de una funcionaria de la Alta Dirección con poder decisorio e incidencia directa en la planificación de las distintas estrategias implementadas por **COMCEL** en lo atinente a su cargo.

11.2. JUAN CARLOS ARCHILA CABAL

Ahora bien, en lo que respecta a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.409.270, conforme el certificado de existencia y representación legal de **COMCEL**, ha ocupado las siguientes posiciones en dicha compañía¹³:

Tabla No. 2 Relación de cargos ocupados por JUAN CARLOS ARCHILA CABAL en COMCEL (2009-2013)

| Fecha de designación | Cargo | No. Acta Junta Directiva | Fecha de inscripción del acta | Número de inscripción y libro |
|----------------------|---|--------------------------|-------------------------------|-------------------------------|
| 26-ago-09 | Presidente | N/A | 27-ago-09 | 01322263 del Libro IX |
| 27-mar-13 | Miembro de la Junta Directiva Suplente en el Primer Renglón | 60 | 08-abr-13 | 01719932 del Libro IX |

Fuente: Diseño SIC, información proveniente del RUES

De la tabla anterior se observa que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** ha estado vinculado a **COMCEL** por lo menos desde agosto de 2009, y se ha desempeñado como Presidente, siendo éste el cargo directivo más importante de la compañía.

DÉCIMO SEGUNDO: Que previo al análisis de la posible responsabilidad de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en las conductas objeto de sanción para **COMCEL**, esta Delegatura considera relevante i) contextualizar el entorno en el que se desarrollaron dichas conductas y ii) describir los supuestos de hecho que resultaron probados como anticompetitivos.

12.1. La PNM en Colombia

Sea lo primero poner de presente que de conformidad con el numeral 3.15 del artículo tercero de la Resolución CRC No. 2355 del 29 de enero de 2010¹⁴, la PNM fue definida en los siguientes términos:

"3.15. Portabilidad Numérica: Posibilidad del usuario de conservar su número telefónico sin deterioro de la calidad y confiabilidad, en el evento que cambie de Proveedor de Redes y Servicios de Telecomunicaciones".

¹³ Folio 133 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁴ Modificado por el artículo 1 de la Resolución CRC No. 2532 de 2010.

RESOLUCIÓN NÚMERO 42871 DE 2014 Hoja N° 7

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

En ese sentido, la **CRC** mediante la referida resolución estableció las condiciones para la implementación y operación de la PNM en Colombia, entre ellas, las especificaciones técnicas, operativas y económicas que debían regir en dicho proceso, además de regular lo referente al Comité Técnico de Portabilidad¹⁵ y el **ADMINISTRADOR DE LA BASE DE DATOS** (en adelante **ABD**).

En consecuencia, el 29 de julio de 2011 se implementó en Colombia la PNM como un derecho que le permite a todos los usuarios de la **TELEFONÍA MÓVIL CELULAR** (en adelante **TMC**) conservar el número asociado a su línea telefónica independientemente del proveedor que le suministre los servicios de telecomunicaciones.

Así, a partir de la entrada en vigencia de la PNM, cualquier usuario que lo desee, puede adelantar un proceso de portación a fin de eliminar el costo de cambio asociado a la pérdida de la línea telefónica como consecuencia de la migración hacia un determinado **PROVEEDOR DE REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES** (en adelante **PRST**). En esos términos, la PNM además de beneficiar a los usuarios que reciben servicios asociados a la telefonía móvil celular, es considerada como un mecanismo que impulsa a los PRST a realizar ofertas comerciales atractivas para competir por los abonados existentes en otras redes. Esto cobra especial importancia en el mercado de TMC, donde el nivel de penetración es superior al 100%¹⁶, de lo cual se infiere que en Colombia hay más dispositivos móviles que habitantes, por lo que se espera que la principal fuente de competencia entre dichos proveedores sea la disputa por los usuarios que ya reciben servicios de telecomunicaciones y no aquellos que apenas desean incursionar en la recepción de los mismos.

12.2. El Proceso de Portación

Una vez indicado en términos generales los beneficios de la PNM, se procederá a describir los aspectos relevantes atinentes a un proceso de portación. Para comenzar, la regulación definió este proceso como un:¹⁷

“Conjunto de procedimientos que se adelantan con el fin de cambiar de Proveedor de Servicios de Telecomunicaciones conservando el número cuando el Usuario lo haya solicitado”.

¹⁵ “Instancia permanente de carácter consultivo integrada por todos los Proveedores de Redes y Servicios de Telecomunicaciones a los cuales se les ha asignado Numeración No Geográfica que estén obligados a implementar la Portabilidad Numérica, bajo la dirección de la CRC y con el acompañamiento del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”. Numeral 3.5 del artículo 3 de la Resolución CRC No. 2355 de 2010, modificado por el artículo 1 de la Resolución CRC No. 2532 de 2010.

¹⁶ De acuerdo con las cifras reportadas por MINTICS, el nivel de penetración para el servicio de TMC en el 3 trimestre de 2013 ascendió al 100.6%. Ver página Web: <http://colombiatic.mintic.gov.co/estadisticas/stats.php?&pres=content&id=89> consulta: 19 de febrero de 2014

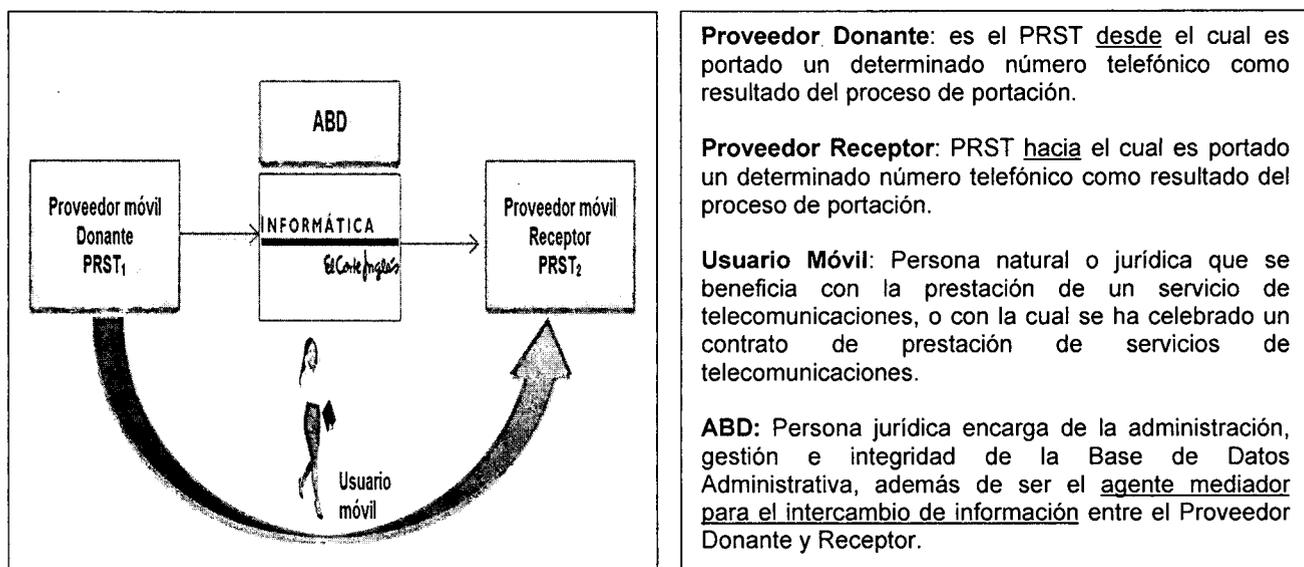
¹⁷ Resolución CRC No. 2355 de 2010, artículo 3.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

Partiendo del concepto anterior, esta Delegatura presenta el siguiente diagrama el cual ilustra un proceso de portación junto con las funciones que desempeñan cada uno de los agentes que intervienen en él:

Diagrama No. 1 Proceso de portación y agentes intervinientes



Fuente: Diseño SIC, información contenida en la Resolución CRC No. 2355 de 2010.

De lo anterior se evidencia que un proceso de portación es básicamente la migración de una línea telefónica de un usuario desde la red del PRST Donante hacia la red del PRST Receptor. Nótese que en el proceso interviene el ABD como persona jurídica encargada de la administración, gestión e integridad de la Base de Datos Administrativa¹⁸ y agente mediador para el intercambio de información entre el Proveedor Donante y Receptor. En Colombia, **INFORMÁTICA EL CORTE INGLÉS S.A.** (en adelante **IECISA**), fue la empresa seleccionada para adelantar dichas gestiones.

En la actualidad existen 9 PRST que prestan el servicio de PNM en el país. A continuación se relacionan éstos junto con sus cuotas de participación que en términos de abonados, poseen en el mercado de TMC:

¹⁸ "Base de datos administrada por el ABD, que contiene como mínimo la información necesaria para el enrutamiento de comunicaciones hacia números portados, y que se actualiza de conformidad con el Proceso de Portación". Resolución CRC No. 2355 de 2010, artículo 3, numeral 3.3.

RESOLUCIÓN NÚMERO --- 4 2 8 7 1 DE 2014 Hoja N° 9

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

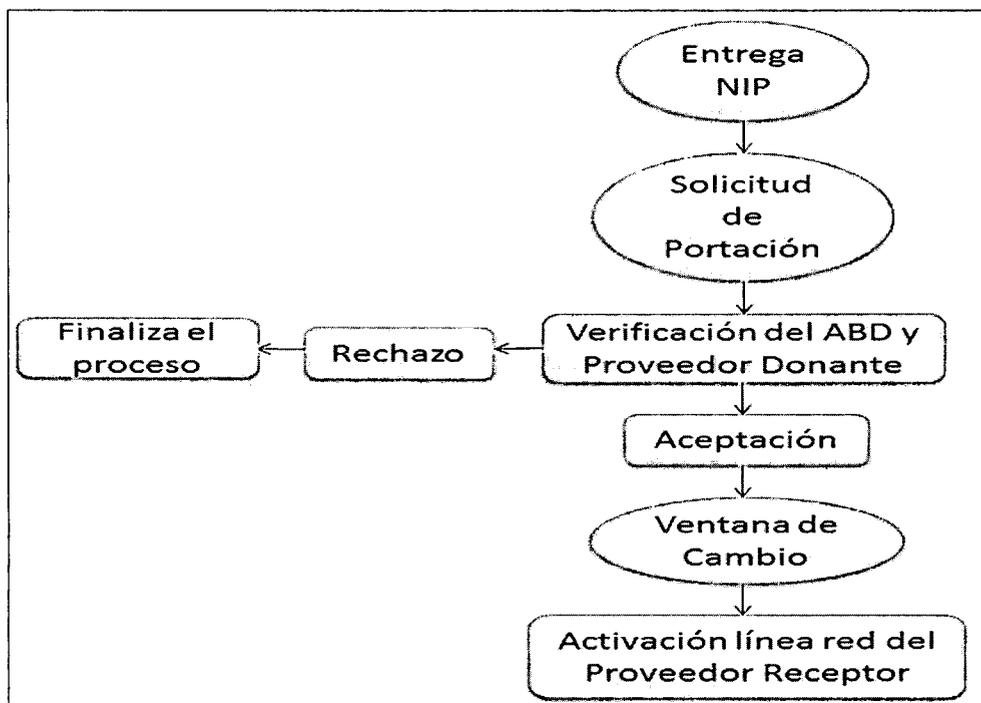
Tabla No. 1 Proveedores que prestan el servicio de PNM y cuotas de participación en el mercado de TMC (3T-2013).

| PRST | Cuota de mercado |
|--|------------------|
| COMCEL S.A. | 58,3% |
| COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP | 23,9% |
| COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP | 15,0% |
| UFF MÓVIL SAS | 0,8% |
| UNE-EPM TELECOMUNICACIONES S.A. ESP | 0,6% |
| ALMACENES ÉXITO INVERSIONES SAS | 0,2% |
| AVANTELS.A.S. | 0,4% |
| VIRGIN MOBILESAS | 0,6% |
| EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP | 0,1% |

Fuente: Diseño SIC, información proveniente del MINTIC.

Conforme se evidencia, el mercado de TMC se caracteriza por contar con tres operadores tradicionales: **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP** (en adelante **TELEFÓNICA**), **COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP** (en adelante **COLOMBIA MÓVIL**) y **COMCEL**, quienes a pesar de contar con cuotas de participación sustancialmente diferentes, concentran el 97.2% del total de abonados en el mercado, de lo cual se espera que entre ellos adelanten el mayor volumen de procesos de portación en el mercado. Vale aclarar que dicho volumen no tiene que corresponderse en estricto sentido con sus cuotas de participación. Dejando claro lo anterior, a continuación se ilustran las diferentes etapas que componen un proceso de portación en Colombia:

Diagrama No. 2 Proceso de portación en Colombia



Fuente: Diseño SIC, información contenida en la Resolución CRC No. 2355 de 2010

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

Según el anterior diagrama, un proceso de portación se compone de las siguientes etapas: i) generación del NIP de confirmación; ii) solicitud de portación; iii) verificación de la solicitud por parte del ABD; iv) aceptación o rechazo de la solicitud de portación por parte del Proveedor Donante; v) planeación de la ventana de cambio; y vi) activación del número portado.

El proceso de portación se origina con la manifestación de un usuario ante el Proveedor Receptor del deseo de portar su línea telefónica hacia su red. Posterior a esto, en caso en que el usuario sea una persona natural debe solicitar ante dicho proveedor el **NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN PERSONAL** (en adelante **NIP**) como un requisito irremplazable en la solicitud de portación. Sobre el envío de dicho código, es importante indicar que el Proveedor Donante es el encargado de suministrar el SMS contentivo del NIP de confirmación toda vez que para el momento de esta solicitud, dicho usuario continúa siendo su abonado.

Una vez el usuario recibe el NIP de confirmación, éste es suministrado al Proveedor Receptor junto con información adicional que debe anexarse a la solicitud de portación¹⁹. A continuación, la solicitud es enviada tanto al ABD como al Proveedor Donante para que éstos realicen sus respectivas validaciones, que posteriormente son comunicadas al Proveedor Receptor por intermedio del ABD²⁰.

Finalmente, si la solicitud de portación es aceptada por los dos agentes, dicho proceso culmina con la activación de la línea en la red del Proveedor Receptor mediante la programación de una ventana de cambio²¹.

12.3. Desbloqueo de los equipos terminales

En línea con el numeral anterior, vale la pena indicar que si bien un proceso de portación culmina con la activación de la línea en la red del Proveedor Receptor, para un usuario, el fin último de la PNM es la recepción de los servicios de telecomunicaciones en la red de su nuevo proveedor. En ese sentido, se debe tomar en consideración que el equipo terminal del usuario debe estar desbloqueado para que pueda reconocer y leer la *Simcard* suministrada por su nuevo PRST, y de esta forma, finalizar con éxito la PNM.

Al respecto, la CRC previó este posible impedimento y a través de la Resolución No. 3066 de 2011 **vigente hasta el 30 de septiembre de 2011**, ordenó inicialmente a todos los PRST, en su calidad de Proveedores Donantes, desbloquear los equipos terminales para aquellos usuarios que aun estando en el periodo de vigencia de su cláusula de permanencia, se encuentren adelantando procesos de portación, así lo dispuso:

¹⁹ Ver numerales 16.1 y 16.2 *ibídem*.

²⁰ Ver artículos 18 y 20 *ibídem*.

²¹ Ver artículo 21 *ibídem*.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

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

Posterior a esto, en aras de eliminar cualquier tipo de restricción para la liberación de los equipos terminales bloqueados, la CRC expidió la Resolución No. 3136 del 26 de septiembre de 2011, por medio de la cual se modificó el artículo 105 de la Resolución CRC No. 3066 de 2011 en el siguiente sentido:

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

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

En ese orden de ideas, el regulador ordenó a todos los PSRT dar inmediata respuesta a las solicitudes de desbloqueo de equipos terminales sin que medie ningún tipo de requisito adicional a la simple manifestación del usuario. Aunado a lo anterior, ordenó suspender la comercialización de equipos terminales bloqueados **a partir del 1 de octubre de 2011**, fecha de entrada en vigencia de la citada regulación.

DÉCIMO TERCERO: Que una vez contextualizado el entorno bajo el cual se ejecutaron las conductas anticompetitivas por parte de **COMCEL**, la Delegatura procederá a describir brevemente cada una de ellas.

13.1. Del bloqueo de los equipos terminales

De acuerdo con la Resolución SIC No. 53403 de 2013²², se acreditó que **COMCEL** infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al realizar prácticas tendientes a limitar la libre competencia, y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 al abusar de la posición dominante que ostenta en el mercado de “Voz Saliente Móvil” al obstruir a terceros el acceso al canal de comercialización tipificado como la PNM.

Se constató que **COMCEL** impuso requisitos adicionales a los usuarios que solicitaban el desbloqueo de sus equipos terminales, que nada tenían que ver con las disposiciones regulatorias proferidas por la CRC antes citadas. Dicha situación, se configuró como un claro mecanismo para impedir que sus usuarios, haciendo uso de la PNM, migraran de su red y recibieran servicios de comunicaciones a través de la red de sus competidores.

²² Confirmada en su integridad por la Resolución SIC No. 66934 del 19 de noviembre de 2013.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

Así mismo, el Despacho del Superintendente consideró anticompetitiva la política de **COMCEL** de no desbloquear los equipos terminales antes de ser comercializados en el mercado y puestos al servicio del usuario, habida cuenta que, tal como se demostró a lo largo de la resolución sancionatoria ya citada, solo era necesario ingresar o proveer a los usuarios los códigos de desbloqueo que, sin excepción, los fabricantes suministraban a **COMCEL** junto con el equipo.

En suma, se determinó que la obstrucción al canal de comercialización de la PNM por parte de **COMCEL**, impedía que sus competidores se beneficiaran de ella (fuente principal de competencia en el mercado) limitando así, el uso de este canal para acceder al mercado y lograr competir con quien ostenta posición dominante.

13.2. Del abultamiento de cifras

Se encontró acreditada la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por parte de **COMCEL**, por cuanto se corroboró que dicha sociedad tuvo pleno conocimiento y toleró las prácticas realizadas por algunos de sus distribuidores consistentes en la realización de portaciones ficticias dirigidas hacia su red.

Para el Despacho del Superintendente esas prácticas tuvieron la idoneidad de distorsionar a favor de **COMCEL** las cifras de PNM en el país, ya que las mismas fueron amplia y constantemente difundidas a los consumidores, por lo que podría haber generado una percepción equívoca sobre las tendencias de los usuarios que ejercieron su derecho a la PNM.

En ese sentido, el Despacho concluyó que la omisión intencional de **COMCEL** respecto de las conductas de sus distribuidores durante el periodo comprendido entre **diciembre de 2011 y marzo de 2012**, se constituyeron en una práctica idónea tendiente a limitar la libre competencia al afectar falsamente la posición de esta empresa en el mercado frente a las decisiones de consumo de los usuarios, su reputación, su marca y por consiguiente, su grado de rivalidad en el mercado.

DÉCIMO CUARTO: Que conforme fue descrito en el numeral anterior, el Superintendente de Industria y Comercio sancionó a **COMCEL** por incurrir en conductas anticompetitivas tendientes a limitar la libre competencia. Así las cosas, en el presente numeral esta Delegatura estudiará la posible responsabilidad personal en que habrían incurrido **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en su ejecución.

14.1. De la responsabilidad de las personas naturales

En las actuaciones administrativas adelantadas por las distintas autoridades de competencia, se propende por establecer la responsabilidad del agente económico infractor de la norma proteccionista de la competencia, así, nótese cómo el legislador estableció en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener

RESOLUCIÓN NÚMERO --- 4 2 8 7 1 DE 2014 Hoja N° 13

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico.

A su turno, es factible que en la conducta anticompetitiva resulte como determinador una persona natural vinculada a la firma, en cuyo caso habrá de comprometer su responsabilidad personal; con otras palabras, dos son los tipos de responsabilidad que se pueden derivar de un actuar anticompetitivo: i) de un lado está la responsabilidad de la empresa infractora, que tal como se indicó anteriormente, para el caso sub examine ya ha sido declarada y sancionada, y ii) del otro lado se tendrá la responsabilidad en que se puede incurrir, ya no a título empresarial sino personal la cual puede recaer sobre los funcionarios o personas naturales vinculadas con la empresa o un tercer agente ajeno a la misma.

Respecto de este segundo tipo de responsabilidad, esto es, aquella de carácter personal, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 26 facultó a la SIC para imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. En esta hipótesis, el título de imputación de responsabilidad no deriva directamente de la ejecución de una práctica comercial restrictiva de la libre y leal competencia económica, sino de su participación en la misma, bien sea con un comportamiento activo u omisivo.

En cuanto al comportamiento activo del agente, se tiene que su realización puede darse al colaborar, autorizar o ejecutar la conducta anticompetitiva, hipótesis contenidas en la norma *sub examine*. Ahora bien, puede ocurrir que con su comportamiento pasivo también contribuya de manera eficaz a la relación de la práctica anticompetitiva, ello ocurre cuando se facilita o tolera la conducta, política, directriz o instrucción que deviene en la violación positiva de las normas de competencia.

Para tal efecto, se procederá a definir las circunstancias en que dichas personas habrían facilitado, tolerado, ejecutado, permitido o realizado las conductas objeto de sanción a **COMCEL**.

14.2. De las circunstancias de tiempo

Para determinar una eventual responsabilidad en que pudieron haber incurrido los ahora investigados, se deberá precisar una identidad entre el periodo objeto de la conducta anticompetitiva sancionada y el periodo durante el cual los investigados estuvieron ejerciendo sus funciones dentro de la empresa infractora, basta con que el periodo en el cual se encontraban vinculados, esté contenido en el periodo objeto de la conducta sancionada.

En ese orden de ideas, tal como se indicó anteriormente la PNM entró en vigencia el 29 de julio de 2011, fecha en cual tanto **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** como **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** se encontraban vinculados a la compañía como Presidente y Primer Suplente del Presidente respectivamente, cargos que conllevan necesariamente

RESOLUCIÓN NÚMERO -- - 4 2871 DE 2014 Hoja N° 14

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

su participación activa en el diseño y ejecución de las políticas propias de la empresa en materia comercial, financiera, jurídica, entre otras.

Ahora bien, en lo que respecta a las conductas sancionadas a **COMCEL**, el Despacho del Superintendente acreditó que desde la fecha de entrada en vigencia de la PNM, es decir, 29 de julio de 2011, dicha empresa infringió lo dispuesto por la regulación en materia de desbloqueo de equipos terminales, a la luz de la Resolución CRC No. 3066 y 3136 de 2011.

Sobre el particular, conforme se indicó en los numerales 13.1 y 13.2 del presente acto administrativo, para la fecha de entrada en vigencia de la PNM -momento a partir del cual iniciaron las conductas anticompetitivas respecto del bloqueo de equipos terminales- las personas naturales investigadas se encontraban en ejercicio de sus cargos en la empresa infractora y por lo menos, hasta fecha en que finalizó dicha actuación administrativa.

Adicionalmente, en lo que respecta a la violación del artículo primero de la Ley 155 de 1959 el Despacho del Superintendente acreditó que durante el periodo comprendido entre diciembre de 2011 y marzo de 2012, **COMCEL** incurrió en una práctica por negligencia intencional respecto de las acciones de sus distribuidores, omisión que derivó en una conducta anticompetitiva al limitar la libre competencia en el mercado. Al respecto, se pone de manifiesto que para este periodo los investigados también se encontraban en el ejercicio de sus funciones tal como se describió anteriormente, en su calidad de Presidente y Primer Suplente del Presidente.

De acuerdo con lo anteriormente dicho, se puede concluir que en la presente actuación administrativa, las circunstancias de tiempo han quedado delimitadas, en el sentido en que para el periodo de ejecución de las conductas anticompetitivas por parte de **COMCEL**, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** se encontraban vinculados a la compañía, y en ejercicio de funciones con poder decisorio.

14.3. De las circunstancias de modo

Una vez delimitada la circunstancia de tiempo cuando se habría comprometido la responsabilidad personal de los investigados, en el presente apartado corresponde determinar las circunstancias de modo a fin de imputar una presunta responsabilidad a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Sea lo primer poner de presente que la doctrina enseña que los directores de las empresas pueden ver comprometida su responsabilidad personal, cuandoquiera que participen conscientemente en la conducta anticompetitiva²³. Este concepto jurídico de responsabilidad se conoce en nuestro entorno como "culpa consciente" por virtud de la cual, el agente actúa con razón de su conducta, pero por impericia, imprudencia o negligencia no determina su actuar dentro de un marco de legalidad.

²³ Cfr. Paul Auster. *Antitrust - Personal Liability of Corporate Officers Participating in Sherman Act Violations*, 4 Wm. & Mary L. Rev. 217 (1963).

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

A su vez, la jurisprudencia foránea distingue entre la capacidad representativa y la capacidad individual. Aquel individuo que está actuando por su propia cuenta, es considerado que actúa en su propia capacidad individual, mientras que aquel que representa a una empresa está actuando bajo su capacidad representativa²⁴. El anterior precepto jurisprudencial resulta de aplicación al comportamiento desplegado por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, quien en su condición de Presidente y Primer Representante Legal de **COMCEL**, no actúa a título particular sino en representación de la compañía.

Así pues, entiéndase por circunstancias de modo aquellos actos desplegados por las personas naturales investigadas que habrían contribuido en la realización de la conducta anticompetitiva de la empresa sancionada, mediante un comportamiento activo o pasivo.

14.3.1. De la responsabilidad frente a las conductas anticompetitivas relacionadas con el bloqueo de las bandas

A continuación se procederá a analizar la evidencia obrante en el expediente, relacionada con la presunta responsabilidad de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en las conductas anticompetitivas ejecutadas por **COMCEL**, las cuales resultaron ser violatorias del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al limitar la libre competencia y abusar de su posición dominante al obstruir a terceros el acceso al canal de comercialización de la PNM mediante el bloqueo de los equipos terminales.

A continuación se presenta el extracto de un correo electrónico enviado el 31 de agosto de 2011 a los directivos de **COMCEL**, entre ellos al Presidente **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** y la Vicepresidenta Jurídica **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**²⁵:

De: Ana Maria 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 un solicitud realizada por Giovanni mancilla (anexo mail). Quedo pendiente a cualquier comentario si hay que realizar algún cambio.
SIM Lock*

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

²⁴ Paul Auster, *ibídem*.

²⁵ Ver folio 144 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

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 de activo 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 notaría.
4. El usuario deberá presentar factura original del kit comprado en **COMCEL**, donde sea comprobable su titularidad mediante nombre y número de cédula.

Usuario Pospago en Proceso de Portabilidad

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

Tal como se aprecia, los investigados estuvieron enterados de la nueva directriz impartida por el Área de Coordinación de Protección Tecnológica de la compañía, en relación con el procedimiento de desbloqueo o entrega a los usuarios del código *SIM Lock* de su equipo terminal.

En opinión de la Delegatura, se advierte que los investigados tuvieron conocimiento de la política a implementar por la compañía encaminada a impedir el desbloqueo de los equipos terminales de aquellos usuarios que adelantando procesos de portación, así lo solicitaran. Lo anterior se advierte no solo porque se encuentran como destinatarios del citado correo electrónico, sino porque tal como se indicó anteriormente, las personas naturales aquí investigadas ostentaban para aquel momento cargos directivos con la potencialidad de avalar o impedir que dichas políticas se llevarán a cabo, *máxime* si el mismo regulador mediante la Resolución CRC No. 3066 de 2011, ordenó que el desbloqueo de los equipos terminales debía realizarse irrestrictamente para aquellos usuarios que estuviesen incursos en procesos de portación.

Frente a dicha directriz al parecer **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** Vicepresidenta Jurídica y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, en su calidad de Presidente, al parecer nada habrían hecho por impedir esta directriz, y bien por el contrario, habrían tolerado y autorizado su ejecución, resultando en la violación de las normas sobre libre competencia por parte de la compañía. Dicho comportamiento podría eventualmente comprometer la responsabilidad de ambos investigados a la luz de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Adicional a ello, y no bastando con la anterior directriz, aproximadamente un mes después, esto es, el 5 de octubre de 2011, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, envió un

RESOLUCIÓN NÚMERO --- 4 2 8 7 1 DE 2014 Hoja N° 17

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

correo electrónico a diferentes directivos de la compañía reiterando la posición de COMCEL respecto de la apertura de bandas de los equipos terminales. A continuación se presenta un extracto de dicho correo electrónico²⁶:

"De: Hilda Maria Pardo Hasche

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

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

CC: Juan Carlos Archila

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

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

SIM Lock

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

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

A- Lo anterior significa que si vamos a subsidiar equipos se debe continuar incluyendo la cláusula 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 mismos 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.***

²⁶ Ver folio 144 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

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 (se subraya y resalta).

De la anterior evidencia se aprecia que la propia investigada, fue la persona encargada de proferir con carácter imperativo las instrucciones que la compañía debía adelantar en materia de bloqueo de equipos terminales. En ese sentido, se evidencia que los destinatarios del correo electrónico debían atenerse únicamente a la ejecución e implementación de las instrucciones impartidas, de tal suerte que de las mismas no se advierte un carácter facultativo o potestativo.

Para esta Delegatura la presunta responsabilidad de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** tendría un carácter superlativo en la medida en que, de acuerdo con el correo anterior, se advierte que la investigada estaría interpretando de una manera ventajosa e ilegal la regulación recientemente expedida por la CRC el 26 de septiembre 2011 a través de la resolución 3136. Nótese que además de reiterar la imposición de requisitos que no se encontraban previstos en la regulación en materia de apertura de bandas, ordenó continuar con la adquisición y comercialización de equipos terminales bloqueados. Situación que se configuró en una violación de las normas sobre libre competencia, tal como fue evidenciado en la resolución sancionatoria de **COMCEL**.

Ahora bien, del análisis realizado hasta este punto, resultaría más reprochable la conducta ejecutada por la investigada ya que de la simple lectura del texto normativo regulatorio, no se desprende ningún sentido ambivalente susceptible de interpretación, por el contrario, para la Delegatura es claro que no existía ningún tipo de requisito adicional de los taxativamente contenidos en la citada disposición, siendo esta de obligatorio cumplimiento.

Por lo anteriormente dicho, se considera que la responsabilidad de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** podría verse comprometida en el marco del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber presuntamente ejecutado la conducta anticompetitiva relacionada con el bloqueo de los equipos terminales.

Ahora bien, en lo que respecta al Presidente de la compañía, se observa que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** tuvo conocimiento de las directrices impartidas por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, pues además de haber sido destinatario preferente del correo electrónico enviado por la investigada, al ostentar el principal cargo directivo de la empresa es quien tiene la facultad de avalar o vetar cada una de las políticas que se pretendan desarrollar o implementar al interior de la compañía, entre las cuales se encuentran las directrices impartidas por quien jerárquicamente se encuentra en una situación de subordinación funcional como lo es, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**.

En ese sentido, preliminarmente encuentra la Delegatura que el Presidente de **COMCEL**, mantuvo una actitud pasiva, en la medida en que al parecer no objetó, rechazó o de cualquier forma se opuso a tal directriz, derivándose de aquello, una presunta conformidad respecto de las instrucciones impartidas por **HILDA MARÍA PARDO**



Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

HASCHE, de lo cual se desprende su posible responsabilidad al haber facilitado y tolerado, y en su condición de Presidente, autorizado la conducta infractora del régimen de la competencia por parte de **COMCEL**.

De lo anteriormente expuesto en el presente numeral, se concluye que al parecer tanto **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** como **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** habrían incurrido en la responsabilidad personal prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en cuanto a la probada conducta violatoria del régimen de competencia relacionada con la obstrucción del canal de comercialización de la PNM, al impedir el desbloqueo de los equipos terminales.

14.3.2. De la responsabilidad frente a las conductas anticompetitivas relacionadas con el abultamiento de cifras

Se encuentra en el expediente evidencia directa relacionada con la presunta responsabilidad de **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, Presidente de **COMCEL** al haber facilitado y tolerado, la conducta que se encontró probada como violatoria de la libre competencia a través del abultamiento de las cifras de la PNM en el país.

En primer lugar, vale la pena poner de presente algunas consideraciones realizadas por el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio respecto de la conducta sancionada a **COMCEL** por haber limitado la libre competencia:

"(...) para este Despacho, el hecho demostrado de que COMCEL no haya actuado oportunamente para detener a sus distribuidores -habiendo conocido de su conducta y estando advertidos de las consecuencias que generaba en el mercado-, y el hecho de que solo hubiere actuado 4 meses después del inicio de la conducta (...) se configura como una conducta intencional por negligencia para actuar y detener oportuna, vigorosa y eficazmente las prácticas que conocía estaban realizando sus distribuidores y que (...) distorsionaron a su favor las cifras sobre los procesos de portación en el país (...)

*(...) los resultados que muestren las cifras que son entregadas a los consumidores son **factores de competencia** que influyen el posicionamiento de la compañía, en la percepción que de la misma tienen los consumidores y, sobre todo, en el desenvolvimiento que tiene la empresa en el mercado. Y 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 (...)"* (resaltado dentro del texto original).

De acuerdo con el análisis anterior, el Despacho encontró probado que el comportamiento de **COMCEL** se encuadraba en una conducta intencional por negligencia, al haber tomado acciones respecto de sus distribuidores, 4 meses después del inicio de la conducta, derivándose en una limitación a la libre competencia en el mercado.

Partiendo de lo anterior, la Delegatura procederá a exponer las consideraciones que le permitieron concluir preliminarmente que el Presidente de **COMCEL**, en su calidad de persona natural investigada en la presente actuación administrativa, incurrió en la responsabilidad consagrada en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 así:

RESOLUCIÓN NÚMERO - - - 4 2 8 7 1 DE 2014 Hoja N° 20

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

En primer lugar, tal como se aprecia de las declaraciones de **JOSÉ ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO** en su calidad de Director de operaciones de **COMCEL**, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** revisaba semanalmente junto con él, el comportamiento de las cifras de PNM, así lo manifestó²⁷:

Pregunta: *¿Esos reportes de activación hacia quién van dirigidos, cada cuánto se revisan...?*

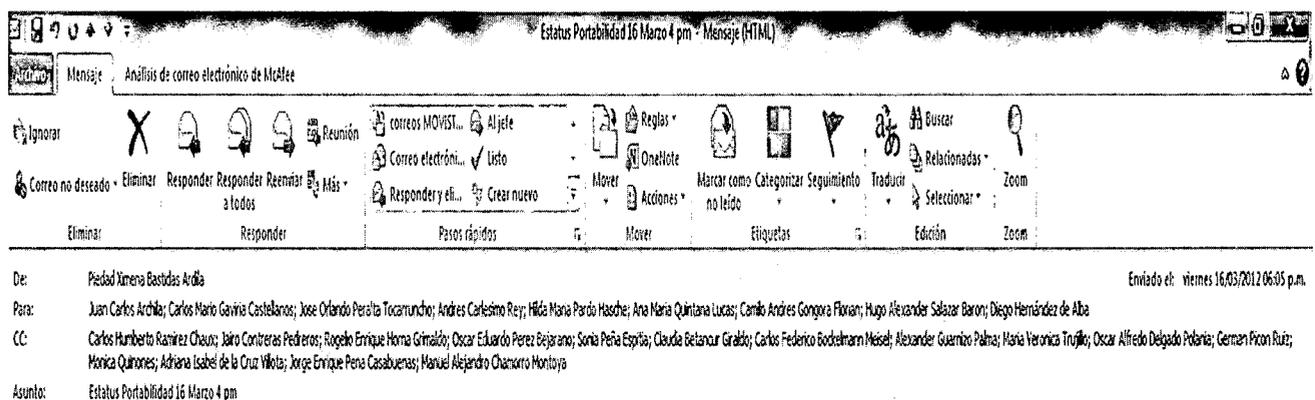
Respuesta: *Hay diferentes frecuencias, dependiendo de cómo se haga (...) la que te puedo decir es la más generalizada, que revisamos con el Presidente es semanal, pero los muchachos tienen la facultad de generar reportes a diario.*

Pregunta: *¿Pero qué reportes realizan semanalmente con el Presidente?*

Respuesta: *Con el Presidente revisamos semanalmente cómo van las portaciones "in" y cómo van las portaciones "out", el potencial de clientes que hayan manifestado su intención de irse, ventanas de cambio que efectivamente funcionan (...) entonces todos esos reportes que son básicamente gestión operativa, la manejamos nosotros. La Alta Gerencia quiere saber a nivel de portaciones, a nivel de canales cómo vamos, si hay cualquier variación hacia arriba o hacia abajo la detectamos".*

Teniendo en consideración la anterior declaración, para la Delegatura no cabe duda que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** conocía de primerísima fuente las inusitadas portaciones *in* que se dieron hacia la red de **COMCEL** durante diciembre de 2011 y marzo de 2012, y por ende aquellas correspondientes a su red de distribución. En esos términos, el Presidente de **COMCEL**, al parecer tuvo pleno conocimiento, o bien, tuvo la posibilidad de conocer, aquellas portaciones ficticias desde un primer momento de su ocurrencia.

Adicional a las declaraciones de **JOSÉ ORLANDO PERALTA TOCARRUNCHO**, el siguiente extracto del correo electrónico da cuenta de los reportes periódicos de PNM que enviaba la Coordinación de Control Portabilidad de **COMCEL** a los directivos de la compañía, entre ellos figurando en primer lugar, su Presidente **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**²⁸:



²⁷ Diligencia de testimonio de José Orlando Peralta Tocarruncho en su calidad de Director de operaciones de COMCEL practicada el 12 de marzo de 2013 en el marco de la actuación administrativa radicada con el No. 11-137485. Ver folio: 145 del Cuaderno Reservado No. 2 del expediente.

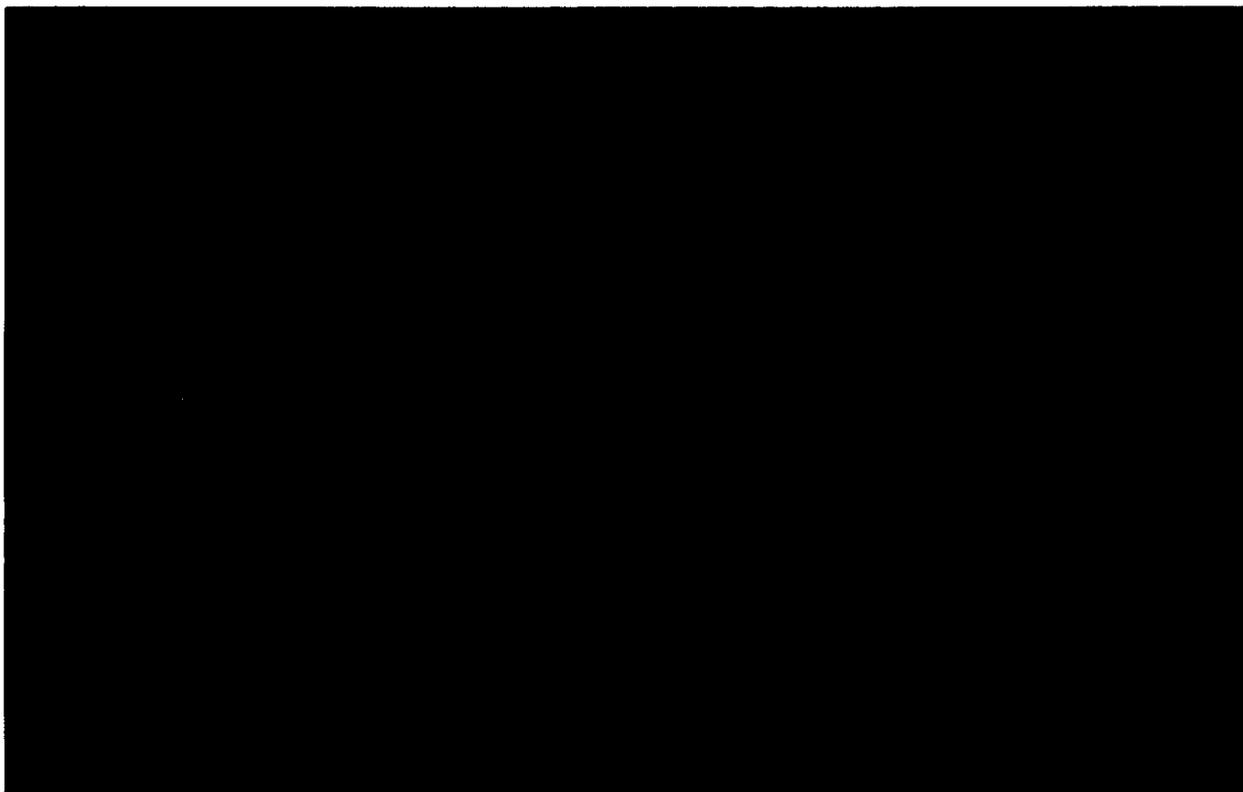
²⁸ Ver folio 145 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO --- 4 2 8 7 1 DE 2014 Hoja N° 21

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

*"Buenas Noches,
Adjunto Estatus de proceso Portabilidad Numérica.
Información tomada de las tablas productivas a corte de 16 Marzo 4pm"*



De acuerdo con el extracto del correo anterior, el Presidente de **COMCEL**, tenía a su disposición la información relacionada con el comportamiento de la PNM, de lo cual se puede advertir que se encontraba en la capacidad de conocer o por lo menos indagar, respecto del aumento anómalo de las portaciones "in" de la compañía, y por ende, en el evento en que así lo hubiese dispuesto, tomar acción respecto del comportamiento fraudulento de su red de distribución.

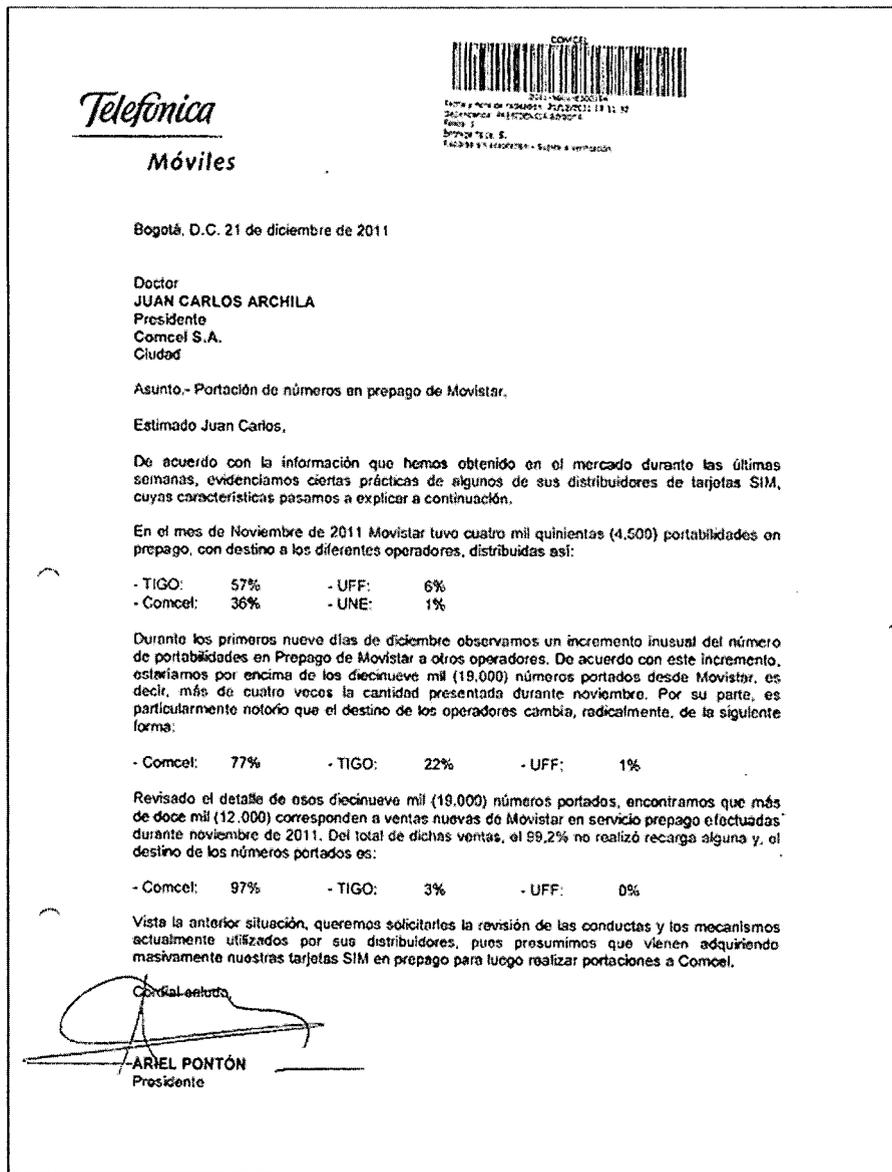
En línea con lo anterior, se presenta la comunicación enviada el 21 de diciembre de 2011 a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** por su homólogo de **TELEFÓNICA** a través de la cual, le advierte sobre la conducta desplegada por su red de distribución.

Handwritten signature or mark in the bottom right corner.

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

Imagen No. 1 Oficio remitido el 21 de diciembre de 2011 por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP a COMCEL



Fuente: Folio 148 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

Pues bien, tal como se aprecia en el texto anterior, el Presidente de TELEFÓNICA, le advierte directamente a **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** desde sus inicios y con meridiana claridad la situación que se venía presentando con su red de distribución, la cual resultó desencadenando una conducta que limitó la libre competencia en el mercado.

No obstante lo anterior, **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** como destinatario de la comunicación y en su calidad de Presidente de **COMCEL**, tuvo conocimiento desde un primer momento sobre la conducta desplegada por sus distribuidores, pues tal como se indicó anteriormente, no solo estaba informado cuando menos, semanalmente, del comportamiento de las cifras de PNM, sino porque a través de dicha comunicación, el

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

Presidente de **TELEFÓNICA** le alertó respecto de la conducta ejecutada por su red de distribución tanto en su magnitud como en su extensión.

No obstante lo anterior, tal como se afirmó en la resolución sancionatoria ya citada, fue solo hasta el 30 de marzo de 2012, cuando **COMCEL** tomó acción respecto de las conductas ilegales realizadas por su red de distribución, así quedó consignado²⁹:

“(...) de conformidad con la información obrante en el expediente, y según lo afirma la propia investigada, fue hasta el día 30 de marzo de 2012 cuando COMCEL decidió finalmente revisar las situaciones relacionadas con las portaciones masivas realizadas por sus distribuidores”.

Por consiguiente, la compañía decidió revisar la situación que se estaba presentando con su red de distribución transcurridos cuatro meses después del inicio de la conducta, advirtiéndose que, al parecer el Presidente de **COMCEL** se abstuvo de desplegar una acción eficaz y eficiente para hacerle frente a dicha conducta, aun cuando, además de contar con los medios de información y monitoreo de los procesos de PNM adelantados por sus distribuidores, le fue advertida tal situación desde sus inicios.

Así pues, advierte esta Delegatura que la conducta desplegada por **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL**, podría encuadrarse en los supuestos de responsabilidad contenidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber presuntamente tolerado y permitido los comportamientos fraudulentos de su red de distribución, el cual derivó en una limitación a la libre competencia. De lo cual se desprende, tal como lo indicó el Despacho del Superintendente, una conducta por negligencia intencional que contribuyó eficientemente con la generación de la conducta.

Se reitera que **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en su condición de Presidente de **COMCEL**, al estar estatutariamente vinculado con las instrucciones referentes a la política comercial, es evidente que en el ejercicio de dichas funciones, debió haber tenido conocimiento, o bien los instrumentos para conocer de las procesos fraudulentos adelantados por su red de distribución.

Por lo anterior, encuentra esta Delegatura que el Presidente de la sociedad sancionada, posiblemente incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber tolerado y permitido la conducta ejecutada por la red de distribución de **COMCEL**, la cual resultó acreditada como un mecanismo idóneo para limitar la libre competencia en el mercado de “Voz Saliente Móvil”.

DÉCIMO QUINTO: Que esta Delegatura atendiendo a los criterios de jerarquía y control de toda empresa, encuentra que los cargos ocupados por **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** como Vicepresidenta Jurídica y Segunda Suplente del Presidente, así como **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en su calidad de Presidente de **COMCEL**, al menos les habrían permitido tener conocimiento acerca de las políticas implementadas en su momento por la empresa, de lo cual se advierte que al parecer habrían colaborado,

²⁹ Ver folio 58 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO -- - 4 2 8 7 1 DE 2014 Hoja N° 24

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado, las conductas violatorias de las normas sobre Protección de la Competencia, dispuestas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Finalmente, vale reiterar que la presente investigación administrativa habrá de adelantarse en contra de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** en su condición de personas naturales y de ninguna manera frente a la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. (COMCEL S.A.)** la anterior precisión se hace teniendo en consideración que respecto de dicha empresa, esta Delegatura a través del expediente radicado con el No. 11-137485 cursó una investigación administrativa por estos hechos ahora investigados respecto de las personas naturales antes mencionadas, la cual culminó en la declaración de la infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, a través de la Resolución No. 53403 del 3 de septiembre de 2013 confirmada en todas sus partes mediante la Resolución No. 66934 del 19 de noviembre de 2013.

En mérito de lo anterior, esta Delegatura,

RESUELVE:

ARTICULO PRIMERO: ABRIR investigación para determinar si **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** identificada con cédula de ciudadanía No. 41.662.356 y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.409.270, infringieron lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** identificada con cédula de ciudadanía No. 41.662.356 y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.409.270, entregándoles copia de la misma para que dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación del presente acto, soliciten o aporten las pruebas que pretendan hacer valer dentro de esta investigación.

PARÁGRAFO: En caso de no ser posible la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la comunicación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente, acompañado de copia íntegra del acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por artículo 158 el Decreto 19 de 2012.

ARTÍCULO TERCERO: En contra de la decisión contenida en el presente acto administrativo no procede recurso alguno, en los términos del artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO CUARTO: PUBLICAR en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio el presente acto administrativo de apertura de investigación, de conformidad

RESOLUCIÓN NÚMERO -- -- 4 287 1 DE 2014 Hoja N° 25

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a los investigados que dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 modificado por artículo 158 el Decreto 19 de 2012, deberán realizar la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** identificada con C.C. 41.662.356 y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** identificado con C.C. 80.409.270, informan que: Mediante Resolución N° _____ de 2014 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se abrió investigación en contra de **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** identificada con C.C. 41.662.356 y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** identificado con C.C. 80.409.270, por la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber tolerado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.*

Por lo tanto, en los términos previstos por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 modificado por el artículo 157 del Decreto 19 de 2012, los competidores, consumidores o, en general, aquél que acredite un interés directo e individual en la presente actuación administrativa, dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la publicación de la apertura de la investigación en la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio, podrán intervenir haciendo las consideraciones y aportando las pruebas que pretendan hacer valer, al expediente radicado No. 13-277605, el cual reposa en la Superintendencia de Industria y Comercio".

ARTÍCULO SEXTO: COMUNICAR el presente acto administrativo, en cumplimiento del artículo 8 de la Ley 1340 de 2009, al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para que, si así lo consideran, emitan concepto técnico en relación con el asunto de esta investigación administrativa, dentro de los diez (10) días siguientes a la comunicación de la presente resolución.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

11 JUL 2014

Dada en Bogotá, a los

11 JUL 2014

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

GERMÁN ENRIQUE BACCA MEDINA

Elaboró : Dayhana Jiménez
 Marco Jiménez
Revisó : Juliana Chinchilla
Aprobó : Germán Bacca

RESOLUCIÓN NÚMERO -- - 4 2 8 7 1 DE 2014 Hoja N° 26

Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos

VERSIÓN PÚBLICA

NOTIFICACIONES:

Señor
Juan Carlos Archila Cabal
C.C. 80.409.270
Dirección: Calle 90 No. 14 - 37
Correo electrónico: juan.archila@claro.com.co
Teléfono: 6169797
Bogotá - Colombia

Señora
Hilda María Pardo Hasche
C.C. 41.662.356
Dirección: Calle 90 No. 14 - 37
Correo electrónico: hilda.pardo@claro.com.co
Teléfono: 6169797
Bogotá - Colombia

COMUNICACIONES:

Doctora
Mayerly Díaz Rojas
Directora de Vigilancia y Control
Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
Cra. 8 Calles 12 y 13 Edificio Murillo Toro
Correo electrónico: mdiazr@mintic.gov.co
Teléfono: 3443460
Bogotá - Colombia

Doctor
Pablo Márquez
Director Ejecutivo
Comisión de Regulación de Comunicaciones
Calle 59A Bis No. 5 - 53 Piso 9 Edificio Link
Correo electrónico: expertoscomisionados@crcom.gov.co
Teléfono: 3198300
Bogotá - Colombia