



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **33717** DE 2017

(12 JUN 2017)

Radicación No. 13-277605

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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.

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, oportunidad en la que solicitaron que se decretaran como prueba algunos testimonios y documentos.

TERCERO: Que 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.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución No. 23259 de 2017 y dentro del término legal, **HILDA MARÍA PARDO HASCHE** y **JUAN CARLOS ARCHILA CABAL** interpusieron recursos de reposición contra la decisión de rechazo de pruebas. A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados.

4.1. En relación con el testimonio de CARLOS MATEUS SENDOYA

- No es cierto, como lo afirma la Superintendencia de Industria y Comercio, que un testimonio técnico como el que se solicitó no tuviera lugar en el proceso, toda vez que la prueba idónea por solicitar hubiese correspondido a la solicitud de un dictamen pericial.
- Lo que caracteriza a la prueba pericial son los especiales conocimientos científicos, técnicos y artísticos con los que cuenta una persona en razón de su profesión u oficio, sin embargo, la posesión de dichos conocimientos no es privativa de los peritos, pues también se predicán de los testigos técnicos, que es precisamente la calidad en la cual se llamó a testificar a **CARLOS MATEUS SENDOYA**. Los testigos técnicos, a diferencia de un perito, tienen conocimientos de los hechos objeto de investigación.
- CARLOS MATEUS SENDOYA**, en razón del cargo que en la época tenía como Vicepresidente de la División Móvil de Samsung en Colombia, posee conocimientos técnicos claves para el esclarecimiento de los hechos que se debaten y puede suministrar una información completa al Despacho sobre los hechos relacionados con la regulación aplicable y el manejo operativo del desbloqueo de bandas en los teléfonos celulares, la regulación que se expidió sobre la materia por parte de la CRC, los aspectos técnicos, comerciales y logísticos relacionados con el desbloqueo y la forma en la cual Samsung y Comcel interactuaron para el efecto.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4.2. En relación con los documentos

4.2.1. Frente a los documentos que prueban que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP no son pequeñas, medianas ni microempresas

- No pueden ser consideradas como impertinentes las pruebas que lleven a demostrar que los afectados por la supuesta configuración de la conducta anticompetitiva prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 no son Mipymes. Tal proceder implica prejuzgamiento, pues la Autoridad está haciendo una valoración a priori de los supuestos de hecho del artículo mencionado, siendo ésta, justamente, una de las líneas de defensa de los investigados.
- No es cierto que para que se configure la infracción prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 sea indiferente la condición de Mipymes de los afectados. Esto, pues el legislador previó que dicha conducta sólo se aplica en el caso de empresas pequeñas, medianas y microempresas.
- HILDA MARÍA PARDO HASHE** afirmó que el Despacho no hizo alusión frente a la prueba consistente en oficiar a la "Dirección Nacional de Impuestos de la DIAN, para que se certifique si durante los años 2010, 2011 y 2012 aplicó a las sociedades Telefónica Móviles Colombia S.A. y Colombia Móvil S.A. ESP los beneficios tributarios otorgados a las PYMES o MIPYMES en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la ley 590 de 2000" que tenía el mismo objeto de probar que **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP** no son Mipymes.

4.2.2. En relación con los oficios a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) solicitados por HILDA MARÍA PARDO HASCHE

- Si bien el Despacho negó los documentos cuyo oficio se solicitó ante la CRC, en la medida en la que cuatro (4) de los cinco (5) documentos que la investigada solicitó fuesen oficiados coinciden con los documentos ya obrantes en el expediente, lo cierto es que los documentos "Propuesta regulatoria para la Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia" y "Revisión de Condiciones de Competencia del Mercado de Voz Saliente Móvil" expedidos por la CRC en diciembre de 2008 y mayo de 2011, respectivamente, así como las resoluciones CRC 2062 de 2009 y CRC 2152 de 2009 están en el expediente en copia simple y no en copia auténtica como fue solicitado por parte de la investigada.

QUINTO: Que de acuerdo con el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011, este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados.

5.1. Análisis del Despacho en relación con el testimonio de CARLOS MATEUS SENDOYA

Los investigados solicitaron el decreto de la declaración de **CARLOS MATEUS SENDOYA** vicepresidente de División Móvil de Samsung, con el fin de que "rinda testimonio sobre el procedimiento de desbloqueo de bandas de equipos móviles celulares", objeto que, como se indicó en la Resolución No. 23259 de 2017 que aquí se impugna, se refiere únicamente a un concepto técnico que por su naturaleza tendría que ser rendido a través de una prueba pericial.

Sobre el particular afirmaron los investigados que **CARLOS MATEUS SENDOYA**, en razón del cargo de Vicepresidente de la División Móvil de Samsung en Colombia, que para la época ocupaba posee conocimientos técnicos claves para el esclarecimiento de los hechos que se debaten. Así, se argumentó que podría suministrar al Despacho, una información completa relativa a los hechos relacionados con la regulación aplicable y al manejo operativo del desbloqueo de bandas en los teléfonos celulares. También podría pronunciarse acerca de la regulación que se expidió sobre la materia por parte de la CRC, los aspectos técnicos, comerciales y logísticos relacionados con el desbloqueo y finalmente, la forma en la cual Samsung y Comcel interactuaron para el efecto. Por las razones aducidas, la recurrente considera que su declaración era procedente como testigo técnico y no como perito.

Sin perjuicio del análisis presentado más adelante por el Despacho, debe resaltarse frente a lo expuesto anteriormente, que tal y como se desprende de la mera lectura de los argumentos del recurso allegado por los investigados, los recurrentes solicitan que se revoque la decisión adoptada

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

por este Despacho. En su lugar se insta a que se decrete el testimonio de **CARLOS MATEUS SENDOYA**, bajo el argumento de que la prueba tiene un objeto claramente diferente al que fue puesto de presente al momento de su solicitud, por parte de los recurrentes. En efecto, de la solicitud inicial de pruebas no podía entenderse, como lo argumentan hoy, que la persona llamada a rendir la declaración había conocido de los hechos, ni que el objeto de la prueba tuviese relación con estos, es decir que era un real testigo.

Por el contrario, literalmente, el objeto de la prueba se limitó a que **CARLOS MATEUS SENDOYA** rindiera testimonio sobre un concepto técnico general relativo al "*procedimiento de desbloqueo de bandas de equipos móviles celulares*" y no sobre los hechos que supuestamente conoció y de su valoración de experto al respecto. En ese sentido, es claro que la decisión adoptada por este Despacho fue correcta, pues como lo indican los mismos investigados, una de las diferencias entre una experticia y un testigo técnico es el conocimiento directo de los hechos del declarante, y en este caso el objeto de la prueba no tenía relación alguna con el conocimiento de los hechos sino que se limitaba a rendir concepto sobre un tema técnico. Además, nunca se aludió, indicó, afirmó o siquiera sugirió que el declarante conoció de los hechos ni que el objeto de la prueba era tan amplio como hoy se pretende presentar.

Frente a este punto debe precisarse que el recurso de reposición no puede tener como finalidad un cambio respecto del objeto de la prueba, razón por la cual no es válido que hoy los investigados modifiquen su solicitud inicialmente planteada pues tal circunstancia se escapa del alcance del recurso. Ello de conformidad con el artículo 74 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

Por lo tanto, se confirmará esta decisión.

5.2. Análisis del Despacho en relación con los oficios a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) solicitados por HILDA MARÍA PARDO HASCHE

Este Despacho negó los documentos "*Propuesta regulatoria para la Definición de Mercados Relevantes de Telecomunicaciones en Colombia*" y "*Revisión de Condiciones de Competencia del Mercado de Voz Saliente Móvil*" expedidos por la CRC en diciembre de 2008 y mayo de 2011, respectivamente, así como de las resoluciones CRC 2062 de 2009 y CRC 2152 de 2009 que se solicitó oficiar a la CRC, en la medida en la que ya obraban en el expediente. Sin embargo, la investigada argumentó que la razón por la cual era procedente decretar dichas pruebas era que, si bien existen en el expediente copias simples de los documentos, la investigada los solicitó en copia auténtica.

Sobre este argumento es necesario resaltar que no puede la investigada pretender que, sin razón que lo justifique, se oficie a la CRC para que remita con destino a este expediente documentos en copia auténtica, cuando dichos documentos ya forman parte de las pruebas decretadas en esta investigación, aunque obrasen en copia simple. Por lo tanto, al ya tenerse los documentos como prueba, la nueva solicitud de la investigada resulta carente de utilidad y superflua, más si se tiene en cuenta que las copias simples que ya se encuentran en el expediente tienen el mismo valor probatorio que las copias auténticas, según lo establecido en el Código General del Proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que en todo caso, de acuerdo con el artículo 173 del Código General del Proceso, tal solicitud debe negarse porque el solicitante había podido conseguir dicha prueba por medio de derecho de petición ante la CRC, sin que se haya acreditado que hubiera elevado tal petición y no hubiese sido atendida.

Por lo expuesto es claro que la decisión tomada por este Despacho será confirmada

5.3. Análisis del Despacho en relación con los documentos con los que se pretende probar que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP no son pequeñas, medianas ni microempresas

Los investigados solicitaron en sus recursos de reposición que se oficiara a diversas entidades y empresas para que remitieran con destino a este expediente numerosos documentos que acreditan que **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP** no son pequeñas, medianas ni microempresas.

Dichas pruebas fueron rechazadas por impertinentes pues la condición de Mipymes de las empresas **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP** es

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

indiferente a la configuración de la conducta. Sobre el particular argumentaron entonces los investigados que tal consideración implica un prejuzgamiento e ignora que justamente este es uno de los argumentos de defensa que se presentan en el recurso.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el hecho que pretenden probar las investigadas, esto es, que **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP** no tienen condición de Mipymes, no es objeto de debate en esta actuación administrativa. En todo caso, además de ser un hecho notorio, lo que pretenden probar los investigados ya está acreditado también en el expediente con otras pruebas, como lo es el certificado de existencia y representación legal de las compañías o los estudios de la CRC, en el que –por ejemplo, con el capital reportado– es claro que no cumplen las condiciones para considerarse, y de hecho no son, medianas, pequeñas o micro empresas. Por lo tanto, si en gracia de discusión estas pruebas se consideraran pertinentes, serían inútiles, pues el hecho ya está suficientemente probado. Incluso, podría acudir a la información pública existente en la base de datos de la Superintendencia de Sociedades.

Así las cosas, no es cierto que se esté ante un prejuzgamiento pues el hecho que se pretende probar ya se dio por cierto pues, se reitera, se trata de un hecho notorio. Por el contrario, lo que se resalta es la inconducencia de la prueba para cumplir con el propósito aducido por los recurrentes.

Ahora bien, sobre la solicitud de oficiar a la DIAN para que remitiera determinados documentos que probaran que **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP** no tienen condición de Mipymes, debe advertirse que si bien a la hora de mencionar las pruebas en la Resolución No. 23259 de 2017, no se transcribió la solicitud de oficio a la DIAN, lo cierto es que como lo advierte la misma investigada **HILDA MARÍA PARDO HASHCE**, la consideración de todas estas pruebas se hizo en conjunto pues al tener exactamente el mismo objeto, la razón de su rechazo es el mismo. Por lo tanto, de fondo su procedencia sí fue estudiada y en el mismo sentido, ya fue debatida su negativa por la investigada a través de este recurso. Además, como se acaba de advertir, el objeto de la prueba ya está acreditado.

Si perjuicio de lo anterior, debe advertirse que las solicitudes relativas a que se oficiara a entidades públicas debían, en cualquier caso, ser rechazadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 173 del Código General del Proceso pues en este caso los solicitantes habían podido conseguir dichas pruebas por medio de derechos de petición, sin que se haya acreditado que se hubieran elevado tales peticiones y no hubiesen sido atendidas.

Por todo lo expuesto es claro que debe confirmarse la decisión, en el sentido de negar el decreto de todas las pruebas cuyo objeto fuera demostrar que **TELFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** y **COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP** no tienen condición de Mipymes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

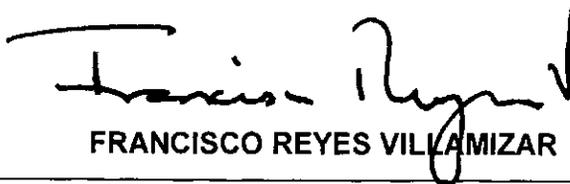
ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la Resolución No. 23259 de 2017.

ARTÍCULO SEGUNDO: 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 **12 JUN 2017**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD-HOC


FRANCISCO REYES VILLAMIZAR

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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